

Sentencia T-508/19

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Naturaleza y contenido

DERECHO A LA SALUD-Marco jurídico

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Concepto

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, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

El derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la prescripción. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que (i) se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, (ii) se determine 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’”, y (iii) se suministre la medicación o las terapias de forma oportuna.

VALIDEZ DEL CONCEPTO EMITIDO POR MEDICO NO ADSCRITO A EPS-Reglas

(i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica. (ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio. (iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS. (iv) La EPS ha

valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como “tratantes”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

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

DERECHO A LA SALUD-Médico tratante es el único capaz de determinar la idoneidad de un tratamiento médico

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

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance y contenido

PERSPECTIVA DE GENERO EN SALUD-Servicios en materia de salud de la mujer deben permitir y facilitar el ejercicio de sus derechos, especialmente los sexuales y reproductivos

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA-Elementos

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA-Consentimiento libre e informado

DERECHO AL DIAGNOSTICO EFECTIVO COMO UNA DE LAS FACETAS DEL DERECHO A LA SALUD-Orden a EPS efectuar valoración integral a paciente

Referencia: Expediente T-7.257.615.

Acción de tutela instaurada por M.G.P.[1] contra Sura EPS.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien

la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en única instancia por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla el 8 de noviembre de 2018.

I. ANTECEDENTES

El 25 de octubre de 2018, M.G.P. presentó acción de tutela contra EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. (en adelante, Sura EPS), al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social. Como sustento de su solicitud, relacionó los siguientes,

Hechos

1. La señora M.G.P., quien está afiliada al régimen subsidiado de salud[2], indicó que el 22 de enero de 2016, luego de practicarse una citología, fue diagnosticada con “ANORMALIDADES EN LAS CELULAS EPITELIALES ESCAMOSAS (sic)”[3] y, además, con una “LESIÓN INTRAEPITELIAL ESCAMOSA DE BAJO GRADO”[4]. Asimismo, precisó que el 19 de abril de 2016, producto de esa valoración, le fue practicada una biopsia por colposcopia en Profamilia, que culminó con el dictamen de “LESION (sic) ESCAMOSA INTRAEPITELIAL DE ALTO GRADO (sic)”[5] y “CERVICITIS CRONICA MODERADA CON EXTENSION GLANDULAR (sic)”[6].

2. Afirmó que el 25 de agosto de 2016, luego de haber acudido a una consulta ginecológica con el Dr. Mario Rafael Rojano Fritz, le fue realizado un procedimiento denominado conización fría bajo colposcopia con radiofrecuencia en Profamilia. Expuso, a su vez, que el 31 de agosto de 2016 le fue reportado el siguiente diagnóstico: “LESION ESCAMOSA INTRAEPITELIAL DE ALTO GRADO (NIC II -HPV) PRESENTE EN 6 DE 11 FRAGMENTOS EVALUADOS. || BORDES DE SECCION (sic) EXTERNO E INTERNO NEGATIVOS PARA LESION (sic)”[7]. Comentó, asimismo, que sus síntomas empeoraron después de haberse realizado esa intervención.

3. Informó que el 24 de marzo de 2017, ante la persistencia de los problemas en su estado

de salud, acudió a una consulta médica particular. Igualmente, explicó que en esa ocasión se le practicó otra colposcopia que culminó con la siguiente valoración: “GENITALES EXTERNOS SANOS. ESPECULOSCOPIA: CERVIS SANO, COLPOSCOPIA: ADECUADA, ZT TIPO 3, SUPERFICIE MICROPPAPILAR EN HORA 12 PERI-ORIFICIARIA. NO BIOPSIA (sic)”[8].

Adicionalmente, refirió que ese mismo día se realizó una ecografía autorizada por Sura EPS, que reportó el siguiente diagnóstico: “LO DESCRITO EN CAVIDAD ENDOMETRIAL SUGIERE POLIPO (sic)”[9].

4. Puntualizó que el 12 de junio de 2017, en respuesta al resultado de la ecografía, le fue realizado el procedimiento de resección de pólipo endometrial por histeroscopia, que arrojó el dictamen de “POLIPO (sic) ENDOMETRIAL FUNCIONAL (sic)”[10]. Lamentó, sin embargo, que la ejecución de esa intervención no mejoró su estado de salud.

5. Mencionó que el 22 de agosto de 2017 se le efectuó una nueva ecografía pélvica transvaginal y que se le diagnosticó “OVARIO DERECHO Mide 38 x 28 mm, Aumentado de volumen con mas (sic) de 10 folículos (sic) corticales menores de 9mm. || OVARIO IZQUIERDO Mide 31 x 20 mm, Aumentado de volumen con mas (sic) de 10 folículos (sic) corticales menores de 9mm. || IMPRESIÓN DIAGNOSTICA: OVARIOS DE ASPECTO POLIQUISTICO (sic)”[11]. Agregó que el tratamiento que le fue prescrito en esa ocasión consistió en un control con reguladores de ciclo, pero que no obtuvo la mejoría esperada. Al respecto, puntualizó que, como lo expresó en diferentes consultas, “(...) estos [procedimientos] aumentan la complejidad de [sus] síntomas y [le] provocan fuertes migrañas acompañadas de auras y vómitos”[12].

6. Aseveró que el 1° de marzo de 2018 le fue practicada, nuevamente, una citología y que esta evidenció “PRESENCIA DE COMPONENTE DE ZONA DE TRANSFORMACIÓN”[13] y, además, que el aspecto del cuello uterino era sangrante.

7. Expuso que el 10 de marzo de 2018 acudió a las instalaciones de Profamilia para practicarse una nueva biopsia por colposcopia por control post conización. Sin embargo, indicó que, en tanto Sura EPS había finalizado el convenio suscrito con esa entidad, no pudo ser atendida, pues la orden médica fue anulada. Seguidamente, precisó que, luego de asistir a la IPS Sura Murillo, se le asignó un nuevo prestador y, consecuentemente, se emitió una nueva orden para ser atendida.

8. Sostuvo que el 9 de mayo de 2018 se le realizó la colposcopia en la Unidad de Ginecología Oncológica Misión Médica, a través de la cual se logró obtener el siguiente dictamen “EVALUACIÓN GENERAL: ADECUADA - VISIBILIDAD DE UNIÓN ESCAMOCOLUMNAR: NO VISIBLE -ZONA DE TRANSFORMACIÓN TIPO: 3 -HALLAZGOS COLPOSCÓPICOS NORMALES: EPITELIO ESCAMOSO ORIGINAL MADURO - HALLAZGOS COLPOSCÓPICOS ANORMALES: GRADO 1 (MENOR): EPITELIO ACETOBLANCO DELGADO Y BORDE IRREGULAR; UBICACIÓN DE LA LESIÓN ACETOBLANCO DELGADO Y BORD IRREGULAR; UBICACIÓN DE LA LESIÓN No. CUADRANTES: 4, PORCENTAJE DEL CUELLO UTERINO 40%, VAGINA: SI; IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA LEI DE BAJO GRADO; OTROS VAINA NI; BIOPSIA: NO (...)”[14].

Además, refirió que se le ordenó la práctica de un test de alto riesgo del virus de papiloma humano y que el resultado de este estudio reportó: “La técnica de Reacción de Cadena de polimerasa en tiempo real (RT-PCR) detecta los tipos de VPH de alto riesgo (...)”[15].

9. Detalló que el 17 de mayo de 2018 presentó un derecho de petición ante la entidad accionada en el que requirió que se le practicara una histerectomía radical, dado el grave deterioro de su salud desde el 2015[16]. Anotó que el 30 de mayo de 2018 Sura EPS le informó la necesidad de suministrar una orden médica para que se pudiera llevar a cabo esa operación.

10. Expresó que el “(...) 17 de junio de 2018 (sic) (...)”, luego de haber obtenido los resultados de los exámenes prescritos, acudió a una consulta especializada ginecológica con el Dr. Mario Rafael Rojano Fritz. Explicó que le mencionó al médico su requerimiento presentado ante Sura EPS, en relación con la realización de la histerectomía, pero que este no le prescribió ese procedimiento. Particularmente, subrayó que el profesional de la salud no le autorizó esa intervención “(...) debido a que a [sus] 30 años no [tiene] hijos y más adelante pued[e] cambiar de opinión respecto a esta decisión”[17].

Paralelamente, indicó que el Dr. Rojano Fritz le autorizó un plan de vacunación que, en atención a lo señalado por el Dr. Robinson Fernández Mercado, no es adecuado para ella, pues, dado que es portadora de alto riesgo del virus del papiloma humano y tiene más de 25 años, existe un riesgo del 800% de desarrollar un cáncer invasivo si le son aplicadas esas dosis[18].

11. Apuntó que el 26 de junio de 2018, luego de acudir a la Personería Distrital de

Barranquilla, Sura EPS le informó que, en tanto no podía emitir una autorización sin la existencia de una prescripción médica de la red de prestadores, lo adecuado era remitirla a un especialista distinto al que la había valorado.

12. Mencionó que ese mismo día le fue asignada una cita con el Dr. Jorge Rivera Citarella. No obstante, advirtió que este profesional le manifestó que no le ordenaría ese procedimiento “(...) debido a que a [sus] 30 años no [tiene] hijos y ‘que más adelante esta decisión puede repercutir en [su] estado de ánimo o en las decisiones futuras y [se] pued[e] arrepentir’”[19]. Con todo, mencionó que, dado el dolor pélvico crónico y permanente que padecía, el Dr. Rivera le autorizó una laparoscopia exploratoria para determinar si ese padecimiento era causado por una endometriosis y que, además, la remitió a otra consulta especializada ginecológica.

13. Adujo que, como resultado de esa orden, “(...) el día 19 de junio de 2018 (sic)(...)” fue atendida por el Dr. Robinson Fernández Mercado que, a su vez, reiteró los argumentos expuestos en relación con la inconveniencia de la práctica de la histerectomía radical y, del mismo modo, le autorizó la realización de una ecografía pélvica. Con todo, puntualizó que en esa ocasión el médico tratante no registró esa valoración en su historia clínica.

14. Comentó que el 8 de septiembre de 2018 se le practicó en las instalaciones de Profamilia una laparoscopia exploratoria. Puntualizó, asimismo, que producto de ese procedimiento no se hallaron evidencias de endometriosis, pero que se encontró lo siguiente: “OVARIOS AUMENTADOS DE TAMAÑO Y DE SUPERFICIE LISA”[20].

15. Aseguró que el 24 de octubre de 2018 asistió a una consulta médica particular con la Dra. Yelkis Herrera de Moya y que esta sugirió la realización del procedimiento quirúrgico perseguido.

16. Informó que en las últimas revisiones médicas ha manifestado que presenta graves dolores pélvicos que la obligan a ingerir medicamentos para esos padecimientos, lo que le ha provocado afecciones en su sistema digestivo y en su ciclo hormonal. Al respecto, explicó que, debido a la gravedad del dolor, se le diagnosticó que estas molestias podrían haber sido causadas por cálculos renales. Indicó, sin embargo, que el 10 de mayo de 2018, después de habersele practicado una ultrasonografía de vías urinarias y vejiga, se emitió el siguiente dictamen: “ECOGRAFÍA RENAL Y VIAS URINARIAS DENTRO DE LOS LIMITES

NORMALES (sic)”[21]. En esa medida, concluyó que “(...) los fuertes dolores son producto de la inflamación crónica que presento y son propios de mis órganos reproductivos”[22].

En un sentido semejante, argumentó que ha acudido a múltiples consultas médicas[23] a través de los servicios de Sura EPS, así como de forma particular, debido a que “(...) por este prolongado periodo de tiempo [su] salud se ha visto comprometida por diferentes y repetitivos episodios en los cuales h[a] presentado dolor pélvico crónico, dolor tipo cólico menstrual, hipermenorrea, dismenorreas y menstruaciones de +- 20 días por mes, sangrado abundante y moderado, metrorragia disfuncional, fuerte dolor abdominal, migrañas, vómitos entre otros síntomas (...)”[24]. Adicionalmente, aseguró que esa situación ha repercutido gravemente en sus labores diarias, pues no se encuentra laborando y, consecuentemente, se ha visto limitada la posibilidad de ejercer su profesión y de desarrollar múltiples actividades diarias.

Finalmente, insistió que la continuidad de las afecciones a su estado de salud ha perjudicado gravemente su proyecto de vida. Puntualmente, presentó algunas alusiones concretas, las cuales por su importancia se transcriben in extenso:

“(...) soy consciente de que mis actos y decisiones afectan directamente mi calidad de vida y me doy por entendida de que por mis antecedentes clínicos quedar en este estado de embarazo comprometería mi estado de salud y mi vida dadas las diferentes complicaciones que he presentado en mi aparato reproductor, las cuales también dificultan el hecho de que pueda concebir, que en los últimos tres años he sido sometida a tres cirugías con la esperanza de que estas iban a contribuir a la recuperación de mi salud y no ha sido de esta manera sino que por el contrario (sic) cada día los dolores y el sangrado se vuelven más insoportables, que la mayoría de los días no me puedo levantar de mi cama, que al ser una mujer joven es muy difícil para mí no poder realizar las diferentes funciones a las que estaba acostumbrada, luce (sic) en gran manera por cumplir mi meta de ser profesional, trabajar y estudiar (sic) simultáneamente debido a que no conté con apoyo económico alguno para cubrir los gastos de mis estudios, los cuales pude culminar y obtener mi título profesional en ADMINISTRACIÓN DE NEGOCIOS INTERNACIONALES, [...] que me he visto imposibilitada para acceder a estudios de posgrado (sic) lo que representa una meta importante para mí (sic) cumplir, que mi estado de salud me impide laborar dadas las condiciones que me limitan físicamente, situación que es muy difícil para mí (sic) [...] lo que

ha ocasionado que mi situación económica sea precaria, a lo cual no estoy acostumbrada debido a que me caracterizo por ser una mujer emprendedora, trabajadora, responsable y desde muy temprana edad independiente económicamente; que para mí es sumamente difícil tener que recibir apoyo económico de mis familiares que no se encuentran en condiciones económicas solventes para apoyarme pero que por su amor a mi (sic) lo hacen, cuando dentro de mis expectativas estaba el trabajar para darles a ellos una mejor calidad de vida [...] debido a que no se me practique una cirugía que mejoraría mi estado de salud porque quedaría imposibilitada para tener hijos biológicos, sin considerar que la suma de todas las condiciones médicas que he padecido provocan una inflamación crónica y permanente de mis órganos reproductivos, razón por la cual no considero favorable bajo ningún punto de vista el hecho de quedar en estado de embarazo; además manifiesto que hago claridad y evidencio mi deseo de no tener hijos puesto que en las diferentes consultas que he manifestado a los médicos que me han tratado mi deseo de que se me practique una HISTERECTOMIA RADICAL (sic) [...] reitero que soy una mujer que poseo la capacidad de tomar mis propias decisiones sin ser influenciada por terceros y que para mi (sic) prima mi derecho a gozar de una vida digna, sin discriminaciones y estigmatizaciones por mi decisión de no tener hijos biológicos (...)”[25].

17. Con sustento en lo expuesto, solicitó que se ordene a Sura EPS que autorice la realización del procedimiento médico denominado histerectomía radical.

Trámite procesal

18. El Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla, por medio de auto del 26 de octubre de 2018, admitió la acción de tutela. Como resultado, dio traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos que originaron la solicitud de amparo constitucional.

19. Sura EPS, mediante comunicación del 7 de noviembre de 2018, respondió la acción de tutela. Luego de hacer alusión a la afiliación y al estado de salud de la actora[26], mencionó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y que se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado. Al respecto, explicó que el 16 de octubre de 2018 el Dr. Jorge Rivera Citarella valoró a la peticionaria y, además, le expresó que se encuentra pendiente el concepto del ginecólogo oncólogo en torno al procedimiento

solicitado. Asimismo, precisó que, en tanto esa cita está autorizada, la histerectomía radical solamente se podrá practicar cuando ese profesional determine que sí es viable su realización.

Seguidamente, argumentó que la actora carece de cualquier tipo de legitimación para que prospere la acción de tutela contra Sura EPS. Por último, reiteró que ha actuado de forma diligente y que no le ha negado el acceso a los servicios de salud a la solicitante. Por el contrario, adujo, se han adoptado las actuaciones necesarias para garantizar su valoración y que, en esa medida, se determine si es factible efectuar la histerectomía radical.

Por ello, concluyó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y, adicionalmente, pidió que se declare la carencia actual de objeto por hecho superado.

Sentencia objeto de revisión

Decisión de única instancia

20. El Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla, a través de fallo del 8 de noviembre de 2018, declaró improcedente la acción de tutela al considerar que se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado. Lo anterior, por cuanto consideró que a partir de los documentos allegados en el trámite de amparo, en relación con la autorización para que el ginecólogo oncólogo valore si se requiere la operación referida, se logró concluir que se superó la situación que originó la acción de tutela.

Adicionalmente, agregó que con esa actuación se aseguró la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la actora y que, por ello, no existe vulneración a esas garantías por parte de Sura EPS.

Pruebas que obran en el expediente

21. En el escrito de tutela se encuentran relacionados como pruebas las copias de los siguientes documentos:

(i) Cédula de ciudadanía de la señora M.G.P.[27].

(ii) Derecho de petición presentado por la actora ante Sura EPS el 17 de mayo de 2018[28].

(iii) Respuesta emitida por Sura EPS el 30 de mayo de 2018 a la solicitud presentada por la peticionaria[29].

(iv) Informe de citología del 22 de enero de 2016[30].

(v) Informe sobre la colposcopia realizada el 19 de abril de 2016[31].

(vi) Informe de anatomía patológica del 21 de abril de 2016[32].

(vii) Informe de descripción quirúrgica del procedimiento médico denominado conización con radiofrecuencia del 25 de agosto de 2016[33].

(viii) Informe de anatomía patológica del 31 de agosto de 2016[34].

(ix) Informe de citología del 21 de enero de 2017[35].

(x) Informe de consulta especializada con el Dr. Robinson Fernández Mercado del 24 de marzo de 2017[36].

(xi) Informe de ecografía pélvica transvaginal del 24 de marzo de 2017[37].

(xii) Informe de colposcopia del 24 de abril de 2017[38].

(xiii) Informe de anatomía patológica del 28 de abril de 2017[39].

(xiv) Informe de descripción quirúrgica del procedimiento médico denominado resección pólipo endometrial del 12 de junio de 2017[40].

(xvi) Informe de ecografía pélvica transvaginal del 22 de agosto de 2017[42].

(xvii) Informe de citología del 6 de marzo de 2018[43].

(xvii) Informe de colposcopia del 9 de marzo de 2018[44].

(xviii) Informe sobre ecografía renal y de vías urinarias[45].

(xix) Informe sobre test del virus del papiloma humano por PCR del 17 de mayo de 2018[46].

(xx) Informe de ecografía pélvica transvaginal del 25 de septiembre de 2018[47].

(xxi) Informe de contrarremisión a la especialidad de ginecología y obstetricia del 18 de junio de 2018[48].

(xxii) Informe de descripción quirúrgica del procedimiento médico denominado laparoscopia exploratoria del 8 de octubre de 2018[49].

(xxiii) Informe de consulta particular suscrito por la Dra. Yelkis Herrera de Moya el 24 de octubre de 2018.

(xxiv) Historial de autorizaciones de la accionante[50].

(xxv) Orden de consulta para el ginecólogo oncólogo del 7 de noviembre de 2018[51].

(xxvi) Informe de atención del 16 de octubre de 2018.

22. La Sala de Selección Número Tres, mediante auto del 28 de marzo de 2019, dispuso la selección para revisión del presente asunto.

23. Posteriormente, el Magistrado Sustanciador estimó oportuno obtener mayores elementos de juicio para mejor proveer. Por ello, a través de auto del 6 de mayo de 2019, libró un despacho comisorio al Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla para que ampliara la versión rendida por la accionante[52]. Asimismo, se requirió a Sura EPS con la finalidad de que suministrara información relacionada con la historia clínica de la peticionaria, los conceptos médicos rendidos en este asunto y los motivos que originaron las actuaciones censuradas en la solicitud de amparo[53].

Por otra parte, se invitaron algunas instituciones que tienen un objeto asociado con el debate planteado para que rindieran su opinión científica y jurídica sobre los hechos expuestos en este caso. De ese modo, se le pidió a la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, a la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana -Profamilia- y al Instituto Nacional de Cancerología que emitieran su opinión o concepto sobre la

problemática científica suscitada en este asunto.

Igualmente, se invitó a la Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU; al Centro de Derechos Reproductivos; a Women's Link Worldwide; al Observatorio de Género de la Universidad Nacional de Colombia; al Grupo de Investigación en Derecho y Género de la Universidad de los Andes; a los programas de Derecho de las universidades Externado, de Caldas, Libre de Colombia, del Tolima y de la Sabana para que emitieran su opinión o concepto sobre la problemática jurídica planteada.

24. El 14 de mayo de 2019, el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla remitió el acta, así como la grabación fílmica, de la audiencia pública a través de la cual absolvió el despacho comisorio que fue decretado por esta Corporación. En esa diligencia, la señora M.G.P. informó que el 13 de noviembre de 2018, luego de haber sido valorada por el ginecólogo oncólogo, no le fue autorizada la histerectomía radical, en tanto el profesional de la salud le informó que no era adecuado efectuar tal intervención debido al estado en el que se encontraban sus células precancerígenas, en ese momento.

Igualmente, explicó que el 17 de mayo de 2018 solicitó por primera vez la realización del procedimiento, debido a que el resultado de la última colposcopia efectuada en ese mes permitía inferir que existía una invasión de células precancerígenas del 40% del cuello uterino y que estas se habían extendido hacia el área de la vagina. Paralelamente, sostuvo que debido a la prescripción del oncólogo no le fue tomada una biopsia y que cuando llevó el resultado al ginecólogo, este le informó que sin biopsia él no podía autorizar el procedimiento médico.

Por otra parte, señaló que Sura EPS le ha proporcionado todos los servicios de diagnóstico, así como las cirugías que se han llevado a cabo, que hasta ese momento han sido tres. Igualmente, informó que le comunicó a la entidad accionada que ha acudido a citas por medicina particular, pero que esta le manifiesta que solo un médico adscrito a su red de servicios es quien puede dar esa autorización.

En cuanto a la posibilidad de acudir a otras opciones de tratamiento terapéutico, la accionante explicó que para mejorar su ciclo menstrual le practicaron una histeroscopia para retirar unos pólipos endometriales, debido a que se pensaba que el sangrado permanente y los dolores estaban asociados a esa patología. Preciso que, a pesar de que se

realizó esa intervención en el mes de julio 2017, los síntomas persistieron, motivo por el cual los médicos le han prescrito tratamiento hormonal con reguladores de ciclo, frente a los cuales su cuerpo no reacciona bien, sino que, por el contrario, agravan sus ciclos menstruales por lo que se ha visto obligada a suspenderlos.

Agregó que se autorizó una laparoscopia exploratoria para descartar que los síntomas estuvieran relacionados con una endometriosis o a otras patologías del aparato reproductivo, pero que el procedimiento no dio como resultado esa situación. En este sentido, subrayó que, aunque se ha sometido a todos estos procedimientos, su estado de salud no mejora.

Posteriormente, manifestó que su intención de practicarse la histerectomía radical está relacionada directamente con su estado de salud, por cuanto esa situación ha sido incapacitante y a que quisiera retomar su vida como era antes del deterioro de su salud. Al respecto, expresó que es una persona muy trabajadora, ha desarrollado diferentes actividades, tiene una muy buena hoja de vida, tiene referencias laborales y experiencia que lo certifica, pero no ha podido desarrollar sus actividades laborales en tanto las patologías que padece la limitan totalmente.

Aunado a lo anterior, señaló que “el antecedente es por un cáncer de cérvix in situ, que en el momento en el que [fue] diagnosticada el médico [le] dijo: (...) si no hubieses tenido este diagnóstico tan temprano y hubiesen pasado dos años sin que (...) te hubiesen diagnosticado (...) ya estaríamos hablando de un cáncer invasivo, de pronto hasta de una metástasis”[54]. De conformidad con ello, sostuvo que saber que su vida está en riesgo y que el virus puede evolucionar le genera una incertidumbre, cuando eso se puede corregir según le han dicho algunos médicos particulares y otros allegados a su familia.

Asimismo, reiteró que conoce las implicaciones de esa operación en su fertilidad y las asume, debido a que es consciente que esas decisiones van a tener incidencia en su calidad de vida. Igualmente, aseveró que siente que le han vulnerado sus derechos pues su requerimiento está soportado en su historial clínico.

En otro orden de cosas, afirmó que no está laborando debido a su mal estado de salud y que hasta el 2015 tenía unos ingresos que le permitían tener una buena calidad de vida. Lamentó, igualmente, que varios proyectos personales se han visto congelados como

resultado de sus patologías. Acto seguido, la accionante se refirió a los problemas que ha padecido en el desarrollo de su trabajo y de su estudio por culpa de las hemorragias que padece, así como al hecho de verse obligada a acudir a la ayuda de su familia, a pesar de que su deseo siempre ha sido que ella sea quien le suministre el apoyo necesario a estos. Comentó, adicionalmente, que continúa con dolores crónicos y que cada vez que tiene su periodo menstrual no puede realizar ninguna actividad. Asimismo, señaló que su vida laboral, académica y familiar se ha visto notoriamente afectada, y que no ha retomado su vida sentimental.

Por último, la señora M.G.P. sostuvo lo siguiente:

“(…) a mis 31 años de edad me siento totalmente limitada a desarrollar las funciones cotidianas de mi vida, que en este momento creo, considero, basada en toda mi historia clínica y en los conceptos médicos particulares, que esta cirugía de histerectomía, y entiendo todas las consecuencias que esta puede tener, pero manifiesto que considero que esto sería lo más conveniente para mí en este momento para retomar todas mis actividades y todo lo que en realidad tenía proyectado para realizar en mi presente y en mi futuro”[55].

25. El Instituto Nacional de Cancerología, a través de oficio del 20 de mayo de 2019, concluyó que de conformidad con la información que obra en el expediente “(…) todos los exámenes imagenológicos, procedimientos quirúrgicos y tratamientos efectuados que se le han realizado son adecuados y estaban indicados (...)”[56].

Seguidamente, explicó que la histerectomía radical es un procedimiento médico que se realiza como tratamiento para los pacientes con diagnóstico de carcinoma infiltrante de cérvix y que la accionante “no tiene indicación para que se le realice una Histerectomía Radical [y que los] síntomas (sic) pueden ser manejados con tratamiento medico (sic) hormonal”[57]. Adicionalmente, recordó que, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, el médico no puede exponer a su paciente a riesgos injustificados.

26. La Universidad del Tolima, por medio de escrito del 22 de mayo de 2019, presentó un breve análisis acerca de la violencia causada por cuestiones de género y su especial incidencia en la sociedad colombiana. Después de ello, subrayó que el derecho que tiene todo ser humano de decidir sobre su sexualidad se encuentra íntimamente relacionado con

la libertad de regular sus actos frente a la sociedad y que, en esa medida, se trata de un bien jurídico de naturaleza personal.

A partir de allí, concluyó que la opción de tener, o no, hijos recae únicamente en el titular del derecho, “(...) sea mujer o sea hombre (...)”, por lo que nadie puede intervenir esa autonomía. Aunado a lo anterior, concluyó que la mujer tiene la posibilidad de determinar su propia vida y que, al Estado y a la sociedad les compete asegurar esa reivindicación de derechos, debido a que actuar de forma contraria constituiría una forma de violencia contra esta.

Por otra parte, explicó que “[e]l alcance del consentimiento informado no es el resultado de la suscripción de un documento, como ha dicho la Corte Constitucional es una evaluación de factores, para un tema de derechos y autonomía de la mujer (...)”[58]. Bajo tal perspectiva, concluyó que corresponde a la mujer adoptar las decisiones pertinentes acerca de sus derechos reproductivos y que “(...) la negativa del sistema de salud a persuadir a la mujer, libre y autónoma de cambiar sus determinaciones por cuestiones de su edad y su sexo”[59] constituye un acto de violencia por cuestiones de género.

27. El 23 de mayo de 2009, la Secretaría Técnica del Observatorio de Asuntos de Género de la Universidad Nacional indicó que “[l]os derechos reproductivos son el ejercicio y la facultad de una persona para tomar decisiones sobre su posibilidad de procreación”[60]. Asimismo, afirmó que la decisión de no tener hijos es legítima y que debe ser respetada, en tanto involucra aspectos estrictamente personales.

Por otro lado, afirmó que los actos de discriminación basados en el género en el ámbito de la salud se refieren a la invisibilización de las decisiones que adopta la mujer en relación con su cuerpo. En igual sentido, señaló que la accionante fue objeto de esa clase de estereotipos; particularmente, los relativos a la designación de la mujer en el papel único de madre.

Finalmente, cuestionó que en este caso se hubiese desconocido el alcance del consentimiento informado, en tanto consideró que “la opinión personal del médico sobre la implicación de la histerectomía [en] una maternidad futura, fue la causante de las demoras del procedimiento”[61]. En esa medida, sugirió que se le brinde a la peticionaria un acompañamiento psicosocial adecuado, que asegure que sus decisiones serán respetadas.

28. La Universidad de los Andes, en intervención del 30 de mayo de 2019, afirmó que el ordenamiento jurídico nacional le otorga una amplia libertad a las personas para decidir si quieren, o no, tener hijos. Igualmente, aseveró que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto por los derechos de las mujeres.

En cuanto al caso concreto, consideró que las actuaciones cuestionadas en la solicitud de amparo constituyen una forma de discriminación en razón del género, debido a que no solamente se le impidió a la actora acceder al procedimiento médico reclamado, sino que no se valoraron las consecuencias económicas y personales que estaba enfrentando como resultado de su condición. En esa medida, explicó que debido a esa negligencia es necesario que se desarrolle “(...) una regla sobre indemnización que sea lo suficientemente poderosa como para prevenir que este tipo de casos se repita en el futuro”[62].

Por último, concluyó que, en lo referente a los derechos reproductivos, el principio de beneficencia “(...) no puede ir más allá de explicar a la paciente las consecuencias de los tratamientos disponibles para que tome la mejor decisión posible”[63].

29. El 27 de mayo de 2019, Profamilia presentó su concepto científico sobre la controversia planteada. Así, destacó que en mayo de 2018 a la peticionaria se le realizó una colposcopia de control y que esta arrojó hallazgos de anormalidad en el 40% del cérvix e invasión de la vagina. Además, refirió que desde que se tomó un “RT-PCR para VHP” la señora M.G.P. solicitó la histerectomía radical. A partir de ello, presentó las siguientes conclusiones:

“No hay indicación para histerectomía radical, dado que aún no se ha establecido un diagnóstico de cáncer por el cual se deba realizar linfadenectomía, adicionalmente a la histerectomía. || Con los hallazgos de la colposcopia realizada en mayo de 2018, sí existía indicación para Histerectomía (sic) ampliada (donde se extrae la porción superior de vagina), ya que se comprobó que la paciente tiene una enfermedad persistente potencialmente maligna con extensión a vagina. || No es adecuado hacer otra conización porque no hay muñón cervical; se tendría que hacer traquelectomía en el caso que la usuaria desee conservar su fertilidad. || La usuaria debe continuar previniendo la sobreinfección de VPH utilizando preservativo en sus relaciones. || La vacunación está indicada, como prevención a los serotipos de los cuales aún no ha sido contagiada y para

mejorar su estado inmunológico a los ya presentes. || Se evidencia una mezcla de diagnósticos (HUA y dolor pélvico crónico) al solicitar el procedimiento, ya que es claro que la Hemorragia Uterina Anormal no ha sido tratada con las demás alternativas no quirúrgicas disponibles. || Conclusión: ya que en pacientes con antecedentes de NIC se debe hacer seguimiento con colposcopia cada 6 meses y que la última es de hace un año, es indispensable tomar una nueva colposcopia y con ella determinar la conducta a seguir, teniendo en cuenta que hay un porcentaje importante de autoresolutividad; en caso que esta nueva colposcopia salga positiva, la histerectomía ampliada estaría absolutamente indicada”[64].

30. La Universidad de Caldas, a través de escrito del 28 de mayo de 2019, presentó un extenso análisis dogmático en torno a la controversia suscitada en esta ocasión y luego destacó la especial importancia del respeto por las decisiones adoptadas por las mujeres. En ese orden de ideas, sostuvo que si la realización de la histerectomía radical permite superar los problemas de salud padecidos por la peticionaria, ni la EPS o su personal médico pueden restringir el acceso a esa solución.

Aunado a lo anterior, estimó que el desarrollo de la atención médica no puede estar condicionado por prejuicios o nociones socioculturales acerca de los roles que históricamente se le han asignado a los hombres y las mujeres. En esa medida, sostuvo que “[l]a situación en la que se ha visto envuelta la accionante se constituye en un caso de violencia reproductiva, dado que los médicos, todos ellos hombres, con excepción de la ginecóloga que le recomienda la histerectomía radical, han basado sus decisiones en un estereotipo de género, olvidando el principio de autonomía-beneficiencia que rige su práctica profesional”[65].

No obstante, también afirmó que “[s]i la razón de la negativa de la entidad accionada en que la histerectomía radical no resulta una intervención idónea, proporcionada y eficaz para aliviar el dolor y padecimiento de la accionante, en principio, esa razón puede ser válida desde el punto de vista constitucional solo y sí (sic) se demuestra la desproporción del procedimiento visto a la luz de las alternativas médicas”[66].

31. El 29 de mayo de 2019, la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana consideró que no existió vulneración a los derechos

fundamentales de la peticionaria, debido a que Sura EPS le ha suministrado todos los servicios disponibles para tratar de solucionar sus problemas de salud y que la no autorización de la histerectomía radical obedeció a “(...) la necesidad de realizar una valoración médica por parte de un oncólogo y así, bajo un criterio meramente clínico, saber si éste es el procedimiento adecuado para tratar su problema de salud”[67].

En tal sentido, destacó que (i) en este caso no existe autorización médica que avale la realización del procedimiento reclamado, (ii) al profesional de la salud le corresponde determinar cuáles son los tratamientos que se le deben prescribir a un paciente y, finalmente, (iii) no existe material probatorio que permita determinar que la negación de la histerectomía obedeció a una medida paternalista, tal como se alega en la solicitud de amparo. Por ello, solicitó que esta Corporación declare improcedente la acción de tutela.

32. Por su parte, Sura EPS guardó silencio y no cumplió la orden dispuesta por esta Corporación, a pesar de haber sido requerida nuevamente para tal fin[68].

34. El 21 de junio de 2019, la peticionaria remitió la documentación que le fue pedida. En tal sentido, suministró la historia clínica que fue registrada en el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y junio de 2019. Asimismo, allegó nuevamente los resultados de los exámenes que le han sido practicados, así como el concepto médico particular que avaló la realización de la histerectomía radical, entre otros documentos que ya obraban en el expediente.

35. Con base en ello, a través de providencia del 11 de julio de 2019, se le solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que presentara un dictamen pericial en el que informara si el procedimiento médico denominado histerectomía radical se ajusta a las condiciones médico-patológicas de la señora M.G.P.; es decir, si las enfermedades que presenta la solicitante pueden ser atendidas a través de esa intervención.

36. El 6 de agosto de 2019, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses presentó el dictamen pericial que le fue solicitado por parte de esta Corporación. En ese documento, la entidad pública indicó que:

“SE TRATA DE UNA PACIENTE FEMENINA DE 30 AÑOS CON DIAGNÓSTICOS POR

COLPOSCOPIA Y BIOPSIA DE CUELLO UTERINO DEL 21/04/2016 DE LESIÓN INTRAEPITELIAL DE ALTO GRADO NIC II CON EXTENSIÓN GLANDULAR ASOCIADA A INFECCIÓN POR VIRUS DEL PAPILOMA HUMANO POR LO CUAL SE PRACTICA UNA CONIZACIÓN CON RADIOFRECUENCIA DEJANDO BORDES DE SECCIÓN EXTERNO E INTERNO NEGATIVOS PARA LESIÓN. EN MAYO/2018 REPORTE DE COLPOSCOPIA DE LESION INTRAEPITELIAL DE BAJO GRADO CON GENOTIPIFICACIÓN POSITIVA PARA VIRUS DE ALTO RIESGO. CONTROLADA CON VACUNACIÓN DE GARDASIL 3 DOSIS Y SEGUIMIENTO Y CONTROL EN 6 MESES Y CUYA ULTIMA (sic) CITOLOGÍA VAGINAL EL 06/03/2019 ES NEGATIVA PARA LESIÓN INTRAEPITELIAL O MALIGNIDAD (sic)”[69].

Seguidamente, subrayó que “EN UN ESTUDIO RETROSPECTIVO DE MAS (sic) DE 3000 MUJERES CON LESION (sic) INTRAEPITELIAL (LIE) DE ALTO GRADO MUESTRA QUE EN LAS 125 PERSONAS QUE SE LES PRACTICO (sic) UNA HISTERECTOMIA (sic) ANTES DE LOS 6 MESES DEL DIAGNOSTICO (sic), UN 7.4% DESARROLLARON POSTERIORMENTE NEOPLASIAS VAGINALES, CONCLUYENDO EL ESTUDIO QUE LA HISTERECTOMIA (sic) NO PUEDEN CONSIDERARSE EL TRATAMIENTO DEFINITIVO Y QUE OBLIGA A UN SEGUIMIENTO POSTERIOR CUIDADOSO”[70]. Aunado a lo anterior, precisó que guías de práctica clínica revisadas no recomiendan la histerectomía como tratamiento inicial para una lesión intraepitelial de alto grado, pero que, en cualquier caso, sí señalan que podría estar recomendada en los siguientes escenarios:

“COEXISTENCIA CON PROCESOS GINECOLOGICOS (sic) BENIGNOS (MIOMA, PROLAPSO, ENDOMETRIOSIS). || SI TRAS UNA CONIZACIÓN EXISTE LA SOSPECHA DE QUE LAS LESIONES PUEDAN PERSISTIR EN LAS ZONAS MARGINALES DEL CUELLO UTERINO. || CUANDO SE DIAGNOSTICA UNA LESIÓN INVASIVA PRECOZ (CARCINOMA MICROINVASIVO ESCAMOSO DE CERVIX ESTADIO A) Y LA MUJER NO SE PLANTEA TENER MAS (sic) HIJOS. || UNA DE LAS GUÍAS IDENTIFICA COMO UN GRUPO ESPECIAL DE RIESGO LAS MUJERES EN LAS QUE SE HA DEMOSTRADO UNA LESIÓN CERVICAL PERSISTENTE POR SEROTIPOS DE ALTO RIESGO DE VIRUS DEL PAPILOMA HUMANO (VPH). || EN ESTE GRUPO TRAS LA CONIZACIÓN SE RECOMIENDA UN SEGUIMIENTO RIGUROSO MEDIANTE LA COLPOSCOPIA, CITOLOGIA (sic) VAGINAL Y ESTUDIO PARA VPH. || LA REVISIÓN RATIFICA QUE AL PRESENTAR MAS (sic) COMPLICACIONES LA HISTERECTOMIA (sic) RADICAL NO ES EL MÉTODO MAS (sic) IDÓNEO PARA EL TRATAMIENTO DE ESTAS LESIONES, PERO CUANDO SE CONFIRMA MEDIANTE BIOPSIA LA AFECTACIÓN DE LOS MARGENES (sic) DEL CUELLO, ESPECIALMENTE EN EL

CONTEXTO DE UNA MUJER QUE NO SEA TENER MAS (sic) HIJOS Y SI NO HAY SEGURIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DEL SEGUIMIENTO O CUANDO LA REPETICIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN NO ES TRATAMIENTO VIABLE CUANDO EL CUELLO DEL ÚTERO Y LA VAGINA ESTÁN AFECTADAS DE UNA MANERA COMPROMETE SERIAMENTE LA FIABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CITOLOGÍA (sic) VAGINAL Y DIFICULTA LA REALIZACIÓN DE UN SEGUIMIENTO CLÍNICO DE LA HISTERECTOMÍA TOTAL ES EL MÉTODO INDICADO”[71].

En igual sentido, sostuvo lo siguiente:

“SEGÚN LAS ÚLTIMAS (sic) GUÍAS DEL MINISTERIO DE SALUD Y EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA LA HISTERECTOMIA (sic) RADICAL QUE ES LA EXTIRPACIÓN QUIRÚRGICA DEL ÚTERO, CUELLO UTERINO, AMBAS TROMPAS DE FALOPIO Y AMBOS OVARIOS, Y PARAMETRIOS QUE ES EL TEJIDO QUE RODEA AL ÚTERO, ES EL TRATAMIENTO QUIRÚRGICO ESTANDAR EN PACIENTES CON CARCINOMA INFILTRANTE DE CUELLO UTERINO ESTADIO IA2 CON EL FIN DE PREVENIR LA PROGRESIÓN DE LA ENFERMEDAD Y LA MORTALIDAD POR CÁNCER QUE NO ES EL CASO DE LA PACIENTE QUIEN EN SU ÚLTIMA (sic) CITOLOGÍA (sic) VAGINAL DEL 06/03/2019 REPORTE (sic) NEGATIVA PARA LESIÓN INTRAEPITELIAL O MALIGNIDAD”[72].

En suma, concluyó que la histerectomía radical no se ajusta a las condiciones patológicas de la accionante. Asimismo, subrayó que es recomendable que esta continúe con sus controles con la especialidad de ginecología para tratar oportunamente cualquier evolución que presenten sus enfermedades[73].

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2. La señora M.G.P. reclamó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, vulnerados, en su criterio, por Sura EPS al no autorizarle

el procedimiento médico de histerectomía radical. En armonía con lo expuesto en los antecedentes de esta providencia, se observa que la negativa de la autoridad accionada se originó, al parecer, en la edad de la peticionaria y su eventual posibilidad de tener hijos.

3. Por su parte, Sura EPS argumentó que, en tanto ha actuado de forma diligente, no ha vulnerado ningún derecho fundamental y que se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado. En relación con ello, explicó que se encuentra pendiente la valoración de un especialista y que, por esta razón, esa intervención solo se podrá practicar cuando ese profesional determine que sí es viable su realización.

4. Bajo esa perspectiva, le corresponde a esta Sala analizar si una entidad promotora de salud vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana de una mujer al no autorizarle un procedimiento que ha sido prescrito por un médico no adscrito a la EPS y que posiblemente permite tratar las patologías que padece, debido a su edad y a que este restringiría su posibilidad biológica de tener hijos.

5. Así las cosas, para resolver el problema jurídico planteado este Tribunal abordará su jurisprudencia en relación con los siguientes tópicos: (i) el derecho fundamental a la salud, (ii) el derecho al diagnóstico y la autonomía personal, (iii) la validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS, (iv) la idoneidad y la inconveniencia de los tratamientos médicos, (v) el marco constitucional de los derechos reproductivos, y (vi) el consentimiento libre e informado en materia de salud reproductiva. A partir de esos planteamientos, se analizará (vii) el caso concreto.

El derecho fundamental a la salud

6. La Constitución Política estableció que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos cuya prestación es responsabilidad del Estado[74]. Asimismo, dispuso que todas las personas tienen la facultad de acceder “(...) a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”[75].

7. A su turno, en el Bloque de Constitucionalidad también existen precisiones acerca de esta garantía[76]. En tal sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estableció que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el

vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”[77]. Asimismo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales definió que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”[78].

En concordancia con este último instrumento internacional, el Comité DESC puntualizó, en su Observación General No. 14 de 2000, que “[l]a salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”[79].

8. En cuanto al desarrollo legal del derecho a la salud se pueden destacar dos normas: la Ley 100 de 1993 y la Ley 1751 de 2015. La primera reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud y determinó como principios de esta estructura la universalidad[80], el enfoque diferencial[81], la calidad[82] y la equidad[83], entre otros.

Del mismo modo, señaló que esta garantía está integrada por los elementos esenciales de disponibilidad[86], aceptabilidad[87], accesibilidad[88] y, finalmente, calidad e idoneidad profesional[89]. Tales criterios, a su vez, parten de lo establecido por el Comité DESC en su Observación General No. 14 de 2000[90].

Paralelamente, la Ley 1751 de 2015 incluyó nuevos principios a la esfera de este derecho fundamental, tales como la oportunidad[91], la interpretación pro homine[92] y la interculturalidad[93].

Adicionalmente, el párrafo del artículo 6 de esa norma estableció que los principios enunciados se deben interpretar armónicamente, con lo cual se proscribe, prima facie, la posibilidad de preferir alguno de ellos sobre los demás. En cualquier caso, también señala que esa premisa no constituye un obstáculo para que se implanten “(...) acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección”[94].

9. La sentencia C-313 de 2014, por su parte, se ocupó de efectuar el control previo de constitucionalidad al Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de Senado y 267 de Cámara[95].

En esa decisión, la Corte encontró que los elementos esenciales y los principios contenidos en la Ley 1751 de 2015 se encontraban ajustados a la Constitución. En cualquier caso, este Tribunal presentó algunas precisiones en torno a la comprensión de esos criterios normativos. Por ese motivo, sostuvo que la disponibilidad[96], la accesibilidad y la idoneidad profesional no comprenden solamente el acceso a los servicios y tecnologías e instituciones, como lo establece la norma, sino que también conlleva la prestación efectiva de las “(...) facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud”[97]. Esta interpretación más amplia, dijo la Corte, guarda una íntima relación con el respeto de los artículos 2 y 49 de la Constitución.

10. En cuanto a la aceptabilidad, subrayó que:

“(...) es el elemento esencial del derecho fundamental a la salud que realiza la dimensión de la autonomía de las personas como portadoras de una identidad cultural, unas convicciones y una cosmovisión. Es en ese sentido que resulta oportuno atender también lo dispuesto en el párrafo 8 de la Observación 14 cuando se declara ‘(...) 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 (...)’”[98].

11. Igualmente, cuando valoró la constitucionalidad de los principios que reglan, a nivel legal, el derecho fundamental a la salud, este Tribunal sostuvo que, en la medida que funcionan como mandatos de optimización[99], como ya se precisó, su aplicación en los casos concretos puede desatar conflictos que obligan a que se privilegie alguno de ellos. En relación con lo que interesa en esta ocasión a la Sala, al examinar la exequibilidad del principio de interpretación pro homine, la sentencia C-313 de 2014 señaló:

“El principio pro homine incluido por el legislador estatutario en el catálogo de principios que rigen el derecho fundamental a la salud, se ofrece como una cláusula hermenéutica para la interpretación de los derechos fundamentales y, consiste, principalmente, en la obligación que tiene el intérprete de adoptar el sentido más favorable que el contenido de estos derechos recrea, esto es, ‘...debe privilegiar la hermenéutica que resulte menos restrictiva para el ejercicio de los mismos’[100]. Dado que se trata de un principio cuyo particular interés se funda en el respeto de la dignidad humana, parece razonable que las

decisiones que involucran garantías fundamentales deban orientarse por aquellas opciones interpretativas que mejor protejan al individuo y le permitan hacer efectivo su propio plan de vida”[101].

12. Por otro lado, esta Corporación ha definido el derecho a la salud como “(...) la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”[102]. Con todo, la Corte ha mencionado que en el marco de un Estado Social de Derecho no existe una noción exclusiva y unívoca de la salud, debido a que esta es “(...) sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia”[103].

13. Adicionalmente, ha sostenido que la prestación de los servicios médicos requeridos por una persona debe ser integral[104]. La integralidad, como se vio, hace parte de los principios y elementos que componen esa garantía y comporta la obligación de asegurar la disponibilidad de todos los tratamientos, medicamentos e intervenciones necesarias para garantizar la plenitud física y mental de los individuos[105].

14. En armonía con lo expuesto, se logran derivar las siguientes conclusiones: (i) todas las personas tienen el derecho de acceder a todos los tratamientos, medicamentos e intervenciones que integren el Plan de Beneficios en Salud y que sean necesarios para asegurar el más alto nivel de salud posible[106]. Ello, a su vez, supone que (ii) la prestación de tales servicios debe tener en cuenta las condiciones particulares de quien requiere un procedimiento o intervención médica y, en armonía con ese aspecto, (iii) debe asegurar que la realización de tales tratamientos respete la autonomía de los pacientes, pues ello garantiza la efectividad de otros valores fundamentales como, por ejemplo, la dignidad humana.

El derecho al diagnóstico y la autonomía personal

15. La Corte Constitucional ha definido el derecho al diagnóstico como la facultad que tiene todo paciente “(...) 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, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”[107].

16. En esa medida, es claro que la posibilidad de una persona de obtener cualquier tipo de terapia médica resulta inane si no se logra identificar, con certeza y objetividad, cuál es el tratamiento que puede atender sus enfermedades. Por ello, el acceso a un diagnóstico efectivo constituye un componente del derecho fundamental a la salud, que, a su vez, obliga a las autoridades encargadas de prestar este servicio a establecer una serie de mecanismos encaminados a proporcionar una valoración técnica, científica y oportuna[108]. Del mismo modo, esa garantía comporta tres facetas, a saber:

“(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”[109].

Adicionalmente, la práctica oportuna de ese dictamen no está condicionada por la existencia de una enfermedad especialmente grave o de un hecho de urgencia médica. Por el contrario, la Corte ha expresado que la expedición de una opinión profesional en un tiempo adecuado es común a todas las patologías y que el derecho al diagnóstico debe materializarse de forma completa y de calidad[110].

17. En un sentido semejante, a través de su jurisprudencia este Tribunal ha identificado tres escenarios en lo que se transgrede este componente del derecho fundamental a la salud. Veamos:

“(i) Cuando la Empresa Promotora de Salud o su personal médico rehúsan o demoran la emisión de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente[111].|| (ii) Cuando la Empresa Promotora de Salud, con base en razones financieras –exclusión del POS-, administrativas o de conveniencia, niega al paciente la práctica de un examen o se rehúsa a autorizar la remisión al especialista a pesar de haber

sido ordenadas por el médico tratante adscrito a la misma[112]. || (iii) Cuando la Empresa Promotora de Salud se niega a autorizar las prescripciones –exámenes, remisión al especialista, medicamentos o procedimientos médicos- dadas por un médico no adscrito a la misma, precisamente por no haber sido emitidas por personal médico propio[113]”[114].

18. Incluso, en algunas decisiones este Tribunal ha señalado que el incumplimiento de la obligación de ofrecer una valoración oportuna infringe otros derechos fundamentales. Véase, por ejemplo, que en la sentencia T-1041 de 2006 se estableció que “(...) 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”[115].

19. Bajo esa perspectiva, se puede concluir que el derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la prescripción[116]. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que (i) se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, (ii) se determine 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’”[117], y (iii) se suministre la medicación o las terapias de forma oportuna[118].

La vinculatoriedad del concepto emitido por un médico tratante no adscrito a la EPS

20. La Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo, en tanto esta es la “(...) persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente”[119], aun cuando este no se encuentre adscrito a la entidad promotora de salud[120]. No obstante, esta Corporación también ha señalado que ese criterio no es exclusivo, pues en ciertos eventos lo prescrito por un galeno particular puede llegar a ser vinculante para las entidades prestadoras del servicio de salud[121].

21. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que “(...) para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado”[122]. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de puntualizar cuáles son los parámetros optativos que determinan la vinculatoriedad de las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la que se encuentra afiliado el usuario. Veamos[123]:

(i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.

(ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.

(iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.

(iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como “tratantes”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

De ese modo, cuando se configura alguna de esas hipótesis el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a “(...) confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto[124]. Tal resultado también puede darse como resultado (sic) del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS”[125].

22. Bajo esa perspectiva, este Tribunal ha concluido que una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando niega el acceso a un servicio o a un procedimiento médico tan solo bajo el argumento de que fue prescrito por un profesional de la salud que no integra su red de servicios, y a pesar de que:

“(i) Existe un concepto de un médico particular; || (ii) Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; || (iii) La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en

razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo”[126].

Distinción entre idoneidad y conveniencia de los tratamientos médicos

23. Como se señaló anteriormente, Corte Constitucional ha sostenido que en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud la competencia para establecer si una persona requiere determinado procedimiento, intervención o medicamento recae, en principio, en el médico tratante, debido a que este es quien cuenta con la formación académica necesaria para evaluar la procedencia científica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente[127].

En armonía con ello, la Ley 23 de 1981 estableció que el ejercicio de la profesión médica“(...) tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso”[128]. En un sentido semejante, ese precepto también determinó que el profesional de la salud “(...) no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen”[129] y que, además, “(...) no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”[130].

24. A partir de esas disposiciones, este Tribunal ha sostenido que los médicos están en la obligación de prescribir tratamientos que efectivamente se adecúen a la condición del paciente, es decir, procedimientos que resulten idóneos a la luz de las condiciones clínico-patológicas del enfermo[131]. En tal sentido, la sentencia T-234 de 2007 explicó que “(...) 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”[132].

25. Por otra parte, además de la adecuación técnica de la terapia médica a la situación del paciente, la Corte ha destacado que a partir del grado de efectividad que puede tener un procedimiento para tratar las patologías de un ser humano se logra derivar una situación distinta que, a su vez, supone una consecuencia jurídica diversa. Ciertamente, esta Corporación ha reconocido que la observación estricta de los protocolos médicos no

conlleva per se a la consecución de los resultados físicos esperados en el paciente, pues el éxito de cada intervención está condicionado por una extensa serie de factores previsibles y no previsibles[133]. Por ese motivo, la responsabilidad de los profesionales de la salud “(...) por las reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto”[134].

Como resultado de ello, la práctica de un procedimiento médico no está supeditada solamente por la idoneidad del mismo, sino que también se condiciona por el análisis que se realice en cada caso acerca de su efectividad, a partir de las probabilidades de recuperación, los riesgos previsibles y la estimación de las posibles contingencias inesperadas[135]. En cualquier caso, la Corte ha explicado que esa distinción no es en absoluto radical, sino que, por el contrario “(...) no tiene límites tajantes, pues por un lado la ambigüedad del lenguaje no lo permite[136], y por otro la inconveniencia de un procedimiento médico puede interpretarse como falta de idoneidad del mismo[137]”[138]. No obstante, en torno a esa incertidumbre esta Corporación también ha sostenido que:

“(...) 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”[139].

26. Como se anticipó, la Corte Constitucional ha precisado que las implicaciones prácticas y las consecuencias jurídicas de la determinación de idoneidad o inconveniencia de un procedimiento médico son distintas[140]. Por ello, a continuación la Sala se ocupará de hacer una breve relación de cada uno de esos escenarios.

27. En torno a la noción de idoneidad, este Tribunal ha destacado que los jueces carecen del conocimiento necesario para prescribir los tratamientos médicos requeridos por un paciente y que, además, la competencia para prescribir tales medicamentos o intervenciones recae, prima facie, en el médico tratante[141]. Esa premisa, a su vez, se origina en tres motivos esenciales, a saber: (i) la preparación profesional y técnica que

poseen los galenos, (ii) el conocimiento acerca de la historia clínica del enfermo y, además, (iii) el hecho de actuar en nombre de la entidad promotora de salud[142]. Sobre ese aspecto, a través de la sentencia T-345 de 2013, esta Corporación puntualizó lo siguiente:

“(…) siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico[143]. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, 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, tal como podría ocurrir en el caso concreto[144]”[145].

28. Aunado a lo anterior, esta Corporación ha decantado un conjunto de criterios a partir de los cuales se deriva la facultad exclusiva de los profesionales de la salud para ordenar los tratamientos requeridos por los individuos. Veamos[146]:

(i) Necesidad: El médico es quien posee el conocimiento técnico y científico para determinar cuál es el examen, tratamiento o intervención que se requiere para tratar las patologías que padece una persona.

(ii) Responsabilidad: Con base en el régimen que regula la actividad médica en el país, se origina un compromiso entre los profesionales de la salud y sus pacientes, con ocasión de los servicios que prescriben los primeros.

(iii) Especialidad: Las características propias del cuidado físico de las personas impiden que se pueda suplantar el criterio médico por el jurídico.

(iv) Proporcionalidad: A pesar de las particularidades propias del ejercicio de la actividad médica, ese ámbito no es incontrolable, pues, dadas las condiciones de su actividad, los galenos están obligados a desempeñar sus funciones con especial cuidado a favor de los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, la intervención que

excepcionalmente efectúen los jueces para asegurar la efectividad de las garantías superiores debe ser especialmente cuidadosa.

En relación con este último parámetro, en la sentencia T-059 de 1999, la Corte sostuvo que en el marco de un Estado Social de Derecho no existen autoridades que resulten ajenas a la vigencia de la Constitución y, además, se puntualizó que:

“(…) 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”[147].

29. En suma, la potestad para determinar la idoneidad de un servicio de salud recae en los médicos y no le corresponde al paciente, o incluso a los jueces de la República, valorar la adecuación científica de esos procedimientos a la luz de las condiciones particulares de cada persona.

30. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la inconveniencia de la práctica de un procedimiento médico, la Corte Constitucional ha sostenido que en esos casos se debe asegurar la supremacía de la autonomía del paciente[148].

En consonancia con ello, la doctrina constitucional ha precisado que esa potestad guarda íntima relación con el carácter pluralista del Estado colombiano y los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad[149]. Sobre tal aspecto, es oportuno destacar que en el marco establecido por la Constitución Política de 1991 se asegura el respeto por las decisiones autónomas de cada individuo, siempre y cuando no interfieran en el goce efectivo de los derechos de los demás[150]. La vigencia de la libertad individual, entonces, constituye un pilar esencial de la sociedad colombiana, en tanto garantiza que todos los seres humanos que residen en el país tienen la posibilidad de establecer un proyecto de vida personal y actuar conforme a él.

31. En relación con este punto, la jurisprudencia constitucional es profusa y consistente.

Véase, por ejemplo, que desde la sentencia C-221 de 1994 se estableció que:

“El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. || [...] || Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia”[151].

32. Asimismo, en la sentencia T-234 de 2007, se aseguró que:

“(...) en el punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, la Corte ha realzado la garantía del derecho de autonomía personal[152]. 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”[153].

33. Bajo tales parámetros, entonces, se puede deducir que, luego de haber superado las discusiones acerca de la idoneidad del procedimiento médico, la competencia para decidir sobre la conveniencia de la realización de un tratamiento de salud recae en cabeza del paciente, en tanto haya sido informado acerca de las demás opciones terapéuticas.

El marco constitucional de los derechos reproductivos

34. La Constitución Política consagra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y, además, establece que “[l]a pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (...)”. A partir de allí, este Tribunal ha decantado la existencia de los derechos reproductivos y ha explicado que estos “(...) reconocen y protegen por un lado, la autodeterminación reproductiva libre de todo tipo de interferencias, como la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, y por otro, el acceso a servicios de salud reproductiva[154]”[155].

35. En un sentido semejante, distintos instrumentos internacionales han reconocido esta potestad[156]. Así, el artículo 12 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce la posibilidad que tienen todas las personas para acceder al más alto de nivel de salud posible, lo que incluye el goce pleno de sus derechos sexuales y reproductivos[157]. A su turno, el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer dispone la facultad que tienen tanto hombres como mujeres para “(...) decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (...)”[158]. En el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, se concertó que los hombres y mujeres tienen la facultad de contraer matrimonio y formar una familia, si tienen las condiciones fijadas en la ley para ello[159].

36. Igualmente, en el ámbito internacional se han expedido documentos en lo que se precisa el alcance de las garantías sustantivas reconocidas en los instrumentos a los que se hizo alusión anteriormente. En tal sentido, el Comité DESC presentó en su Observación General No. 22 un conjunto de amonestaciones en relación con el derecho a la salud sexual y reproductiva. Para tal efecto, definió que la salud reproductiva suponía “(...) la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”[160].

37. Igualmente, en ese documento el Comité DESC señaló que los derechos sexuales y reproductivos también se estructuran a través de los elementos de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad[161]. En otro orden de cosas, al referirse a la igualdad y la perspectiva de género en el marco de esas garantías, el Comité sostuvo que todas las personas deben poder acceder en las mismas condiciones a la universalidad de bienes y servicios disponibles en este ámbito y que, además, “[l]a igualdad de género requiere que se tengan en cuenta las necesidades en materia de salud de las mujeres, distintas de las de los hombres, y se presten servicios apropiados para las mujeres en función de su ciclo vital”[162].

Aunado a lo anterior, afirmó que la discriminación contra la mujer origina la obligación de

adoptar las medidas necesarias para suprimir la segregación directa e indirecta y asegurar su igualdad formal y sustantiva. En relación con este último tópico, puntualizó que:

38. En un sentido semejante, la Recomendación General No. 24 del Comité Cedaw señaló que “(...) los Estados eliminarán la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto”[165]. Adicionalmente, en ese documento se sostuvo que, en armonía con la obligación de respetar, los Estados deben abstenerse de imponer trabas a las mujeres para lograr sus objetivos en materia de salud[166].

Finalmente, en lo que interesa a la Sala, el Comité Cedaw señaló que a partir del literal e del párrafo 1º del artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer los Estados deben garantizar que esta “(...) tenga los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos”[167].

39. En ese contexto, este Tribunal ha explicado que esta garantía tiene una dimensión positiva y una negativa. Según la primera faceta, al Estado le corresponde adelantar todas las medidas necesarias para asegurar la vigencia material, y no solo formal, de esa libertad[168]. Por otra parte, el aspecto pasivo supone un verdadero deber de abstención, de conformidad con el cual la estructura estatal no puede imponer obstáculos para su ejercicio[169]. En tal sentido, en la sentencia T-732 de 2009, la Corte recordó que “(...) tanto el legislador como la administración deberán respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas”[170].

40. Igualmente, esta Corporación ha señalado que el surgimiento de esta garantía guarda especial armonía con el proceso de especificación que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos ha ocurrido a favor de la mujer[171]. Ciertamente, a través de la doctrina constitucional se ha reconocido la especial importancia que para el

desarrollo pleno de los derechos de la mujer tiene esa libertad[172]. Esa particular relevancia, a su vez, da cuenta del grave proceso de discriminación histórica del que ha sido víctima ese género y de las medidas que en el marco de un Estado Social de Derecho se deben adoptar para atender esa situación.

41. Al respecto, en múltiples decisiones esta Corte ha identificado la existencia de prejuicios, restricciones e imposiciones en contra de la mujer que, además de estructurar una grave enfermedad social, constituyen un obstáculo para el ejercicio efectivo de la autonomía y la libertad de cada una de ellas[173]. En lo que tiene que ver con el potencial reproductivo de la mujer, en la sentencia C-297 de 2016 se señaló que “[l]a violencia contra la mujer se fundamenta en prejuicios y estereotipos de género. Éstos, a su vez, se desprenden del lugar histórico que la mujer ha cumplido en la sociedad, generalmente ligado a su función reproductiva y a labores domésticas como la limpieza y la crianza”[174].

La identificación del rol que la sociedad le ha impuesto a la mujer, como autómatas de la reproducción, no es nueva, sino que se ha identificado de antaño en la jurisprudencia constitucional. Por ello, en la sentencia C-410 de 1994, la Corte determinó que:

“(…) la creciente vinculación de la mujer a la fuerza productiva no ha sido suficiente para relevarla del cumplimiento de las labores domésticas que tradicionalmente se han confiado a su exclusiva responsabilidad; esas tareas no retribuidas, no reconocidas y ejecutadas sin la ayuda de nadie, preceden a la existencia del mercado económico regular y continúan hoy en día al margen del mismo; de ahí que las heterogéneas y complejas labores del ama de casa ligadas a la función “reproductiva y alimentadora” y que abarcan desde la crianza y educación de los hijos hasta la producción y transformación de alimentos, pasando por la provisión de servicios, el aseo y el cuidado de enfermos o impedidos, además de no retribuidas sean desconocidas como trabajo efectivo, incluso por las mismas mujeres, quienes suelen entender por trabajo exclusivamente el empleo remunerado que desarrollan fuera del hogar”[175].

42. En otro orden de cosas, a pesar de que la problemática planteada en este caso tiene que ver con el goce efectivo de la libertad reproductiva de la mujer, la Corte no puede pasar por alto que esas restricciones no son exclusivas de esa dimensión, sino que, por el contrario, se trata de un inconveniente común a los distintos ámbitos de la vida en sociedad. En relación con ello, este Tribunal en la sentencia SU-096 de 2018 reconoció que

la autonomía de la mujer se ha visto restringida por las siguientes circunstancias:

“i) el reforzamiento del paradigma social construido en torno al hombre, y a partir del cual se deriva la concepción de la mujer como débil y sumisa[176]; ii) su escasa participación en los espacios decisorios del Estado[177]; iii) la designación de roles de género, junto con la consecuente desvalorización de su papel como sostén económico de la familia[178]; iv) su cosificación como elemento direccionado al hogar, a su esposo y a la procreación[179]; v) su invisibilización en los distintos estamentos normativos[180] y; vi) la discriminación y la violencia de género, junto con la consecuente impunidad de estas conductas[181]”[182].

43. En respuesta a ello, ha dicho este Tribunal, la autonomía reproductiva le otorga a las mujeres “el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no”[183].

44. En suma, la Corte Constitucional ha concluido que el derecho a la salud reproductiva está integrado por los siguientes elementos[184]:

i) El acceso a la educación y la información sobre los distintos servicios, medicamentos e insumos acerca de los métodos anticonceptivos. Este punto, a su vez, comprende la facultad de preferir de forma libre y autónoma cualquiera de esos procedimientos, de conformidad con los artículos 10[185] y 12[186] de la CEDAW[187].

ii) La adopción de medidas encaminadas a asegurar el desarrollo de la maternidad sin riesgos en el embarazo, parto y lactancia y que otorguen el más alto nivel de salud posible en relación con la salud de los hijos[188]. Concretamente, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia.

iii) La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino[189].

iv) La posibilidad de acceder a tecnología científica para procrear hijos biológicos[190].

v) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo bajo los estándares de disponibilidad, accesibilidad y calidad, de acuerdo con los parámetros desarrollados por el

Comité DESC, en los casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006[191], así como la obligación del Estado de proteger y respetar este componente de los derechos sexuales y reproductivos.

El consentimiento libre e informado en materia de salud reproductiva

45. La Corte Constitucional ha señalado que el consentimiento informado hace parte de los derechos a la autonomía y a recibir información, consagrados en los artículos 16 y 20 de la Carta Política, respectivamente[192]. Igualmente, esta Corporación ha precisado que, además de poseer la connotación de principio autónomo[193], esa garantía “(...) materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual, el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona[194]”[195].

47. En lo concerniente a la salud reproductiva de la mujer, en su Observación General No. 14 el Comité DESC indicó lo siguiente:

“Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”[198].

48. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés) señala que “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de

la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, precisó los estándares que reglamentan el acceso a la información y el consentimiento informado en el marco de los derechos reproductivos. En este sentido, refirió que es necesario informar sobre la naturaleza del procedimiento, las opciones de tratamiento y las alternativas razonables, así como acerca de los riesgos y beneficios de la intervención. Al respecto, explicó que eso conlleva que “la información que se brinde debe ser oportuna, completa, accesible, fidedigna y ofensiva. Asimismo debe ser comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada”[199].

Adicionalmente, la CIDH sostuvo que se debe ofrecer información apropiada teniendo en cuenta las necesidades especiales de la persona, con lo cual “(...) los profesionales de la salud están en la obligación de garantizar que las decisiones que las mujeres adopten en materia sexual y reproductiva”[200].

Finalmente, la Comisión recordó que el consentimiento que se profiera en esta materia debe ser libre y voluntario. Por ende, señaló que:

“(...) la falta de voluntariedad en los procedimientos médicos pueden constituir una violación a los derechos a la integridad, vida, y a la igual protección a la ley, conforme a la Convención Americana, así como formas de violencia y discriminación contra las mujeres, conforme a las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante “Convención de Belém do Pará”)[201].

49. Por lo tanto, las actuaciones que estén encaminadas a limitar la posibilidad con la que cuenta una persona para optar por una u otra decisión respecto a la realización de un procedimiento o intervención médica que afecte su integridad física constituyen, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana[202].

Caso concreto

50. Según la información que obra en el expediente, el 22 de enero de 2016, luego de practicarse una citología, la accionante fue diagnosticada con “ANORMALIDADES EN LAS CELULAS EPITELIALES ESCAMOSAS (sic)”[203] y, además, con una “LESIÓN INTRAEPITELIAL ESCAMOSA DE BAJO GRADO”[204]. Desde ese momento, la peticionaria inició un complejo proceso médico que aún no culmina y que ha comportado una grave afectación al desarrollo normal de su vida.

En el marco de esa problemática, la actora le solicitó a Sura EPS la autorización del procedimiento médico reclamado por vía de tutela[205]. Tal actuación, según la peticionaria, se originó debido a que el resultado de la última colposcopia efectuada en el mes de mayo de 2018 permitió inferir que existía una invasión de células pre-cancerígenas del 40% del cuello uterino y que estas se habían extendido hacia el área de la vagina.

Sin embargo, el 18 y el 26 de junio de 2018, así como el 19 de julio de ese mismo año, los médicos adscritos a la entidad accionada no ordenaron la intervención exigida. En este punto, es oportuno señalar que, de conformidad con el relato presentado en la solicitud de amparo, todos los profesionales de la salud hicieron alusión a la edad de la peticionaria y a su eventual imposibilidad de tener hijos como motivos determinantes para no acceder al pedido.

Posteriormente, el 24 de octubre de 2018 la peticionaria acudió a una consulta médica particular con la Dra. Yelkis Herrera de Moya, quien sugirió la realización de la histerectomía. No obstante, tal concepto no fue tenido en cuenta debido a que Sura EPS argumentó que no fue expedido por un médico adscrito a su red de servicios[206].

51. Con sustento en lo expuesto, la señora M.G.P. presentó acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana. Lo anterior, debido a que Sura EPS no autorizó la práctica del procedimiento médico de histerectomía radical.

52. El Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla, por su parte, declaró que en este caso se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado. Lo anterior, por cuanto consideró que a partir de los documentos allegados en el trámite de amparo, en relación con la autorización para que el ginecólogo oncólogo valore si se requiere la operación referida, se logró concluir que se superó la situación que originó la

acción de tutela.

Procedibilidad formal de la acción de tutela

53. Legitimación por activa: En esta ocasión, se encuentra superada esta exigencia debido a que la persona que presentó la solicitud de amparo es la señora M.G.P., es decir, quien presuntamente ha visto vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana y quien reclama su protección.

54. Legitimación por pasiva: En este caso se cumple ese criterio, pues se demanda a quien le compete autorizar el procedimiento médico reclamado en la acción de tutela, esto es, a Sura EPS.

55. Subsidiariedad: El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “(...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”[207]. En relación con el primer escenario, esta Corporación ha precisado que este se configura cuando no existe mecanismo ordinario de defensa o cuando, a pesar de existir, este carece de idoneidad y eficacia para para soluciones[208].

Bajo tal perspectiva, este Tribunal ha examinado la aptitud del procedimiento jurisdiccional cursado para proteger derechos fundamentales ante la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con la Ley 1122 de 2007[209]. De ese modo, la Corte ha señalado que ese trámite adolece de una serie de vacíos que descartan su idoneidad y eficacia, debido a que, por ejemplo, no contempla un término para que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial resuelvan la apelación que eventualmente se presenta contra la decisión adoptada en primera instancia, ni tampoco consagra mecanismos para hacer cumplir lo ordenado[210]. Asimismo, se ha cuestionado que la Superintendencia Nacional de Salud no tiene sedes o dependencias en todo el territorio del país[211].

En efecto, en la sentencia T-239 de 2019 este Tribunal destacó que: “[e]l mismo Superintendente Nacional de Salud al acudir a la Corte Constitucional en el marco del seguimiento realizado a la sentencia T-760 de 2008, explicó el grave atraso que enfrentaba la entidad para resolver las solicitudes ciudadanas. Indicó dicho funcionario que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días; (ii)

existe un retraso de entre 2 y 3 años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y entre las que se encuentran la reclamación de licencias de paternidad; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital”[212].

Así las cosas, en este caso se supera el requisito de subsidiariedad, debido a que la accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial apto para proteger sus derechos fundamentales.

56. Inmediatez: En este caso, la Sala encuentra superado este requisito de procedibilidad, debido a que la acción de tutela se presentó el 25 de octubre de 2018, es decir, cuatro meses y 6 días después de que se le reiteró por última vez a la peticionaria la inconveniencia de la práctica de la histerectomía radical.

Análisis material de la acción de tutela

57. Como se mencionó en las consideraciones de esta decisión, todas las personas tienen el derecho de acceder a los tratamientos, medicamentos e intervenciones implícitamente incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y que son necesarios para asegurar el más alto nivel de salud posible. Tal garantía, a su vez, comporta la posibilidad de contar con un diagnóstico efectivo y de acceder a los procedimientos y servicios médicos requeridos para atender las patologías padecidas, aun cuando estos conlleven un riesgo que incluso el mismo médico tratante puede considerar como demasiado alto. Asimismo, todo ello guarda relación con el ejercicio efectivo del consentimiento informado.

58. Bajo tales parámetros, le corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar si en este caso Sura EPS vulneró los derechos fundamentales de la señora M.G.P. al no autorizar el procedimiento médico denominado histerectomía radical. Para ello, confrontará si la entidad accionada cumplió los parámetros que reglan esta materia. Veamos:

(i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en criterios

científicos.

(ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.

(iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.

(iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como “tratantes”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

60. En lo relacionado con el asunto de la referencia, la Sala advierte que en este caso se profirió por lo menos un dictamen médico particular que recomendó la realización de la histerectomía radical y que este le fue dado a conocer a la entidad promotora de salud[213]. Ciertamente, el 24 de octubre de 2018 la Dra. Yelkis Herrera de Moya señaló que “[d]ebido a los soportes (...) y el estado actual de la paciente se sugiere la histerectomía, para mejor su estado de salud y poder vincularse a su actividad laboral y familiar (...)”[214].

61. En cuanto a la respuesta que Sura EPS ofreció en torno a la recomendación de la histerectomía se observa que, según lo expuso la accionante ante el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla, el 13 de noviembre de 2018 “no [le] fue realizado el procedimiento porque de acuerdo a la prescripción del Dr. Robinson no es adecuado practicar una histerectomía en el estado en el que se encuentran [sus] células precancerígenas en este momento”[215]. De tal afirmación se logra inferir que un médico adscrito a la entidad accionada descartó la pertinencia de la histerectomía en tanto encontró que no estaban configuradas las condiciones físicas necesarias para ello. Paralelamente, esta Sala no avizora que ese concepto se haya fundado en la edad de la paciente ni en su imposibilidad de tener hijos, sino en razones de carácter técnico, pese a lo inicialmente afirmado por ella en el escrito de tutela; lo cual descarta, frente a este punto concreto, una vulneración a los derechos fundamentales de la solicitante.

62. Ahora bien, es oportuno señalar que la conclusión a la que llega el médico de Sura EPS coincide con el resultado de las opiniones científicas y el dictamen pericial allegado en sede

de revisión. Lo anterior refuerza la conclusión relacionada con la impertinencia técnica del concepto particular aportado en la solicitud de amparo, pues esta Sala no pasa por alto que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “(...) el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo”[216].

Efectivamente, el Instituto Nacional de Cancerología sostuvo que “(...) todos los exámenes imagenológicos, procedimientos quirúrgicos y tratamientos efectuados que se le han realizado son adecuados y estaban indicados (...)”[217]. Además, señaló que la accionante “no tiene indicación para que se le realice una Histerectomía Radical [y que los] síntomas (sic) pueden ser manejados con tratamiento medico (sic) hormonal”[218].

Asimismo, Profamilia indicó lo siguiente:

“No hay indicación para histerectomía radical, dado que aún no se ha establecido un diagnóstico de cáncer por el cual se deba realizar linfadenectomía, adicionalmente a la histerectomía. || Con los hallazgos de la colposcopia realizada en mayo de 2018, sí existía indicación para Histerectomía (sic) ampliada (donde se extrae la porción superior de vagina), ya que se comprobó que la paciente tiene una enfermedad persistente potencialmente maligna con extensión a vagina.|| (...) || La vacunación está indicada, como prevención a los serotipos de los cuales aún no ha sido contagiada y para mejorar su estado inmunológico a los ya presentes. || Se evidencia una mezcla de diagnósticos (HUA y dolor pélvico crónico) al solicitar el procedimiento, ya que es claro que la Hemorragia Uterina Anormal no ha sido trata con las demás alternativas no quirúrgicas disponibles. Conclusión: ya que en pacientes con antecedentes de NIC se debe hacer seguimiento con colposcopia cada 6 meses y que la última es de hace un año, es indispensable tomar una nueva colposcopia y con ella determinar la conducta a seguir, teniendo en cuenta que hay un porcentaje importante de autoresolutividad; en caso que esta nueva colposcopia salga positiva, la histerectomía ampliada estaría absolutamente indicada”[219].

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por su parte, afirmó que:

“SEGÚN LAS ULTIMAS (sic) GUÍAS DEL MINISTERIO DE SALUD Y EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA LA HISTERECTOMIA (sic) RADICAL QUE ES LA EXTIRPACIÓN QUIRÚRGICA DEL ÚTERO, CUELLO UTERINO, AMBAS TROMPAS DE FALOPIO Y AMBOS OVARIOS, Y

PARAMETRIOS QUE ES EL TEJIDO QUE RODEA AL ÚTERO, ES EL TRATAMIENTO QUIRÚRGICO ESTANDAR EN PACIENTES CON CARCINOMA INFILTRANTE DE CUELLO UTERINO ESTADIO IA2 CON EL FIN DE PREVENIR LA PROGRESIÓN DE LA ENFERMEDAD Y LA MORTALIDAD POR CÁNCER QUE NO ES EL CASO DE LA PACIENTE QUIEN EN SU ULTIMA (sic) CITOLOGIA (sic) VAGINAL DEL 06/03/2019 REPORTO (sic) NEGATIVA PARA LESIÓN INTRAEPITELIAL O MALIGNIDAD”[220].

Con base en ello, concluyó que:

“ANALIZADA LA HISTORIA CLÍNICA APORTADA Y LAS REVISIONES BIBLIOGRÁFICAS REALIZADAS LA HISTERECTOMÍA RADICAL NO SE AJUSTA A LAS CONDICIONES PATOLÓGICAS DE LA SEÑORA [M.G.P.] || ES RECOMENDABLE QUE LA PACIENTE CONTINUÉ (sic) CON SUS CONTROLES DE GINECÓLOGO A FIN DE TRATAR OPORTUNAMENTE CUALQUIER EVOLUCIÓN QUE SE PRESENTE DE SU PATOLOGÍA”[221].

Adicionalmente, esta Sala quiere señalar que las conclusiones científicas a las que se hizo alusión responden a razones de idoneidad y no de conveniencia, lo que descarta la posibilidad de que la peticionaria puede optar por la realización de la histerectomía radical en contravía de estas. Ciertamente, la Corte Constitucional no puede ordenar la materialización de un procedimiento que, según distintos reportes médicos, no se ajusta a las condiciones clínico-patológicas de quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales, pues ello constituiría una transgresión a la integridad personal de la actora.

Por otra parte, la Corte tampoco encuentra que en este caso se haya configurado alguno de los otros escenarios en los que adquiere vinculatoriedad el concepto proferido por un médico que no está adscrito a la EPS, pues (i) no se encuentra que los profesionales de la salud que hacen parte de la entidad accionada hayan valorado de forma inadecuada a la peticionaria, tal como se explicó en los párrafos anteriores, (ii) la paciente sí ha sido examinada por los especialistas de Sura EPS, recuérdese que desde 2016 ha estado siendo tratada por las patologías que la aquejan, y (iii) no existe prueba acerca de que la entidad promotora de salud haya aceptado un concepto emitido por un médico ajeno a su red de servicios.

En armonía con lo expuesto, esta Corporación no accederá a la pretensión presentada por la

señora M.G.P. en su solicitud de amparo.

63. Adicionalmente, este Tribunal no encuentra que se haya configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, tal como lo consideró el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla. Concretamente, esa autoridad estimó que a partir de la autorización que expidió Sura EPS, en relación con la revisión por parte del ginecólogo oncólogo, se podía concluir que se superó la situación que originó la presentación de este mecanismo de protección.

64. Dicho lo anterior, la Sala entrará a valorar los cuestionamientos efectuados por la accionante en relación con los motivos por los cuales los médicos adscritos a Sura EPS no prescribieron la histerectomía radical. En tal sentido, la peticionaria afirmó que el 18 y el 26 de junio de 2018, así como el 19 de julio de ese mismo año, los galenos adscritos a Sura EPS no le autorizaron el procedimiento referido en atención a su edad y su posibilidad de tener hijos.

En lo concerniente a la información que obra en el expediente acerca de esos hechos, esta Sala debe señalar que tan solo en la historia clínica que data del 26 de junio de 2018 existe una anotación al respecto. En esa ocasión, el médico dejó la siguiente constancia:

“PCTE DE 30 AÑOS G0P0 ANTECEDENTE DE NIC 2 QUE FUE CONIZADO EN AGOSTO /16 RESULTADO DE PATOLOGÍA DEL CONO ABRIL 21/16 LIE DE ALTO GRADO NIC II + VPH BORDES LIBERES (sic) DE LESION CERVICITIS CRONICA MODERADA CON EXTENSION GLANDULAR NO DESEA EMB EN ESTOS MOMENTOS PADECE DE DOLOR PELVICO PERO NO TIENE ESTUDIOS LAPAROSCOPICO HA DECIDIDO QUE SE QUIERE REALIZAR HISTERECTOMIA SIN JUSTIFICACION MEDICA ACTUAL (...) SOLICITA QUE SE LE PRACTIQUE HISTERECTOMIA TOTAL ABDOMINAL Y HA ACUDIDO A DERECHO DE PETICION Y LUEGO A PERSONERIA (sic)”[223].

Asimismo, se encuentra que en la contestación de la acción de tutela Sura EPS afirmó que no vulneró ningún derecho fundamental y que se encontraba pendiente el concepto del ginecólogo oncólogo en torno a esa intervención. No obstante, esa entidad no respondió el informe que le fue pedido por parte de este Tribunal en sede de revisión, a pesar de que, entre otras cosas, allí se le interrogó acerca de los motivos por los cuales dilató la práctica de la histerectomía radical.

En ese contexto, la Corte considera que en el trámite de tutela no se descartó la veracidad de las afirmaciones de la accionante, pues la entidad accionada no se pronunció acerca de las mismas. Ciertamente, Sura EPS no se ocupó de rebatir los argumentos presentados por la señora M.G.P. en torno a este punto de la discusión de tutela. Por ende, en este caso se aplicará la presunción de veracidad respecto de las aseveraciones relacionadas con la imposición de barreras con motivo del género de la paciente.

Adicionalmente, se subraya que, si bien en sede de revisión se logró constatar que la histerectomía radical no se ajusta a las condiciones clínico-patológicas de la peticionaria, no resulta posible concluir que, en efecto, ese haya sido el motivo que originó la negativa de los profesionales de la salud adscritos a Sura EPS, pues la entidad accionada, a quien le correspondía incorporar elementos de juicio para desvirtuar esas afirmaciones, resolvió simplemente guardar silencio frente a ese punto.

Así las cosas, para esta Sala resulta preocupante que subsistan este tipo de restricciones en el marco de la atención en salud, pues con ello se desconoce no solamente las normas que reglamentan la prestación de los servicios médicos, sino que también se perpetúan una serie de prejuicios contrarios a los derechos sexuales y reproductivos, así como a la dignidad humana, de las mujeres. Por lo tanto, se advertirá a Sura para que, en lo sucesivo, garantice el respeto por las decisiones que adopten sus pacientes en torno a la decisión de tener, o no, hijos.

65. Finalmente, este Tribunal recuerda que la labor del juez de tutela no se limita únicamente a valorar la prosperidad de las pretensiones presentadas en la acción de tutela, sino que este tiene el deber de “proteger adecuadamente y conforme a los hechos probados en el proceso, aquellos derechos vulnerados, incluso si el accionante no los invocó”[224]. Por ello, a continuación la Sala se ocupará de hacer alusión a los hechos que, a pesar de no haber sido cuestionados expresamente en la acción de tutela, implican la vulneración de los derechos fundamentales de la señora M.G.P. y adoptará las decisiones extra petita a que haya lugar.

66. Como se refirió anteriormente, desde el 2016 la peticionaria inició un complejo proceso médico que aún no culmina y que ha comportado una grave afectación al desarrollo normal de su vida. En el curso de ese trámite, la peticionaria le solicitó a la entidad accionada la

realización de la histerectomía radical, en atención a que el resultado de la última colposcopia efectuada en el mes de mayo de 2018 permitía inferir que existía una invasión de células precancerígenas del 40% del cuello uterino y que estas se habían extendido hacia el área de la vagina.

No obstante, según lo afirma la señora M.G.P., debido a que por prescripción del oncólogo no le fue tomada una biopsia, el ginecólogo le informó que no podía autorizar el procedimiento médico.

Sumado a esa afirmación, en sede de revisión Profamilia afirmó que “[c]on los hallazgos de la colposcopia realizada en mayo de 2018, sí existía indicación para Histerectomía (sic) ampliada (donde se extrae la porción superior de vagina), ya que se comprobó que la paciente tiene una enfermedad persistente potencialmente maligna con extensión a vagina”[225].

67. De ese modo, se logra concluir que para esa época la entidad accionada no aseguró efectivamente el derecho al diagnóstico de la peticionaria, pues no efectuó los exámenes médicos requeridos para autorizar la histerectomía radical. En cualquier caso, este Tribunal encuentra que, además de ello, existen una serie de falencias en el proceso de diagnóstico de la accionante, particularmente relacionadas con los problemas originados a partir del ciclo menstrual de la paciente. En este sentido, resulta oportuno referir que Profamilia también señaló que se “(...) evidencia una mezcla de diagnósticos (HUA y dolor pélvico crónico) al solicitar el procedimiento, ya que es claro que la Hemorragia Uterina Anormal no ha sido tratada con las demás alternativas no quirúrgicas disponibles”[226].

Tal concepto, a su vez, guarda armonía con lo afirmado por parte de la peticionaria, en tanto explicó que:

“Para los temas de mejorar el ciclo menstrual (...) [le] practicaron una histeroscopia para retirar unos pólipos endometriales, pues se pensaba que el sangrado permanente y (...) los dolores estaban asociados a esta patología. [Se] practicó esa histeroscopia en el año 2017, a principios del mes de julio, y una vez pasado el tiempo de incapacidad y recuperación los síntomas persistieron”[227].

De ahí, se puede concluir que Sura EPS no ha cumplido con todas las obligaciones que

posee por mandato de Constitución y la ley, pues a pesar de que ha autorizado una serie de procedimientos y exámenes, estos no han atendido de forma integral todas las patologías que padece la peticionaria, por cuanto no se han adoptado las demás opciones de tratamiento terapéutico para tratar sus patologías. Igualmente, tal omisión resulta especialmente preocupante si se tienen en cuenta que los problemas con su ciclo menstrual le han ocasionado graves dificultades en el marco de sus relaciones laborales, familiares y personales, así como le han impedido desarrollar de forma adecuada su proyecto de vida[228].

Por ello, se concluye que si bien Sura EPS no infringió el derecho fundamental a la salud al no autorizar la histerectomía radical, sí vulneró el derecho al diagnóstico de la señora M.G.P. En consecuencia, esta Corporación le ordenará a la entidad accionada que conforme una junta médica para que se emita una nueva valoración frente a las patologías relacionadas con el aparato reproductor de la peticionaria y, a partir de ahí, se inicie el proceso médico a que haya lugar, siempre y cuando se cuente con el consentimiento informado de la accionante.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, 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 de única instancia proferida por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla, el 8 de noviembre de 2018, mediante la cual se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud de la señora M.G.P., en su faceta de diagnóstico.

SEGUNDO.- ORDENAR a Sura EPS que, en el término de 15 días siguientes a la notificación de esta decisión, conforme una junta médica para que se emita una nueva valoración frente a las patologías relacionadas con el aparato reproductor de la peticionaria y, a partir de ahí, se inicie el proceso médico a que haya lugar, siempre y cuando se cuente con el consentimiento informado de la accionante.

TERCERO.- ADVERTIR a Sura EPS para que, en lo sucesivo, garantice el respeto por las decisiones que adopten sus pacientes en torno a la decisión de tener, o no, hijos.

CUARTO.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-508/19

DERECHO AL DIAGNOSTICO EFECTIVO COMO UNA DE LAS FACETAS DEL DERECHO A LA SALUD-El caso no versa sobre el derecho a la libertad reproductiva, sino sobre el derecho a la salud, en la faceta de diagnóstico (Salvamento parcial de voto)

Ref.: Expediente T-7.257.615

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sala de Revisión, suscribo el presente salvamento parcial de voto. Considero que la advertencia contenida en el punto resolutivo tercero, dirigida a Sura EPS, es injustificada, porque (i) el presente caso no versa sobre el derecho a la libertad reproductiva de la accionante, sino sobre su derecho a la salud, en la faceta de diagnóstico y (ii) no está acreditado en el expediente que dicha EPS no haya respetado la decisión de la accionante de no tener hijos.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Como una medida para asegurar el derecho fundamental a la intimidad de la accionante, la Sala Octava de Revisión no hará alusión a su nombre completo y la identificará únicamente a partir de las iniciales de su nombre y sus apellidos.

[2] Folio 50 cuaderno de instancia

[3] Folio 20 del cuaderno de instancia.

[4] Ibídem.

[5] Folio 22 del cuaderno de instancia.

[6] Ibídem.

[7] Folio 24 del cuaderno de instancia.

[8] Folio 26 del cuaderno de instancia.

[9] Folio 27 del cuaderno de instancia.

[10] Folio 31 del cuaderno de instancia.

[11] Folio 32 del cuaderno de instancia.

[12] Folio 4 del cuaderno de instancia.

[13] Folio 33 del cuaderno de instancia.

[14] Folio 4 del cuaderno de instancia.

[15] Folio 36 del cuaderno de instancia.

[16] Folios 12 a 18 del cuaderno de instancia.

[17] Folio 4 del cuaderno de instancia.

[18] La accionante refirió que le fueron prescritas tres dosis de gardasil.

[19] Folio 5 del cuaderno de instancia.

[20] Ibídem.

[21] Ibídem.

[22] Ibídem.

[24] Folio 3 del cuaderno de instancia.

[25] Folios 6 y 7 del cuaderno de instancia.

[26] Sura EPS afirmó que M.G.P. está afiliada al régimen subsidiado de salud y que padece “LESIÓN ESCAMOSA INTRAEPITELIAL DE ALTO GRADO PRESENTE EN 6 DE 11 FRAGMENTOS EVALUADOS; CERVICITIS CRÓNICA LIGERA; OVARIOS DE ASPECTO POLIQUÍSTICO” (Folio 6 del cuaderno de instancia).

[27] Folio 11 del cuaderno de instancia.

[28] Folios 12 a 18 del cuaderno de instancia.

[29] Folio 19 del cuaderno de instancia.

[30] Folio 20 del cuaderno de instancia.

[31] Folio 21 del cuaderno de instancia.

[32] Folio 22 del cuaderno de instancia.

[33] Folio 23 del cuaderno de instancia.

[34] Folio 24 del cuaderno de instancia.

[35] Folio 25 del cuaderno de instancia.

[36] Folio 26 del cuaderno de instancia.

[37] Folio 27 del cuaderno de instancia.

[38] Folio 28 del cuaderno de instancia.

[39] Folio 29 del cuaderno de instancia.

[40] Folio 30 del cuaderno de instancia.

[41] Folio 31 del cuaderno de instancia.

[42] Folio 32 del cuaderno de instancia.

[43] Folio 33 del cuaderno de instancia.

[44] Folio 34 del cuaderno de instancia.

[45] Folio 35 del cuaderno de instancia.

[46] Folio 36 del cuaderno de instancia.

[47] Folio 37 del cuaderno de instancia.

[48] Folio 38 del cuaderno de instancia.

[49] Folio 39 del cuaderno de instancia.

[50] Folio 51 a 54 del cuaderno de instancia.

[51] Folio 55 del cuaderno de instancia.

[52] Concretamente, se le pidió al Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla lo siguiente: “(i) Ampliar la versión de la accionante, M.G.P., en relación con los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela, en donde por lo menos precise los siguientes aspectos: || a. Puntualice cuál fue el resultado de la cita médica con el ginecólogo oncólogo que estaba programada para el 13 de noviembre de 2018. Igualmente, precise cuáles fueron los motivos que expuso el profesional de la salud para proferir el concepto que allí se emitió y, en caso de haber prescrito la histerectomía, informe si ya se efectuó. || b. Mencione cuándo fue la primera vez que solicitó ante Sura EPS la práctica de la histerectomía y con base en qué criterio médico presentó esa solicitud. || c. Señale cuál ha sido la evolución de su estado de salud y, además, la incidencia de la dilación de Sura EPS en la práctica de la histerectomía en sus patologías. Asimismo, informe si puso en conocimiento de Sura EPS los conceptos médicos particulares en relación con la práctica de la histerectomía. || d. Indique si las otras opciones de tratamiento terapéutico para atender su estado de salud han sido descartadas. || e. Aclare si la determinación adoptada frente a la histerectomía es producto de su autodeterminación personal o responde, únicamente, a su condición médica. Igualmente, precise si siente limitada su autodeterminación frente a sus derechos sexuales y reproductivos. || f. Mencione si está trabajando o, en su defecto, desde cuándo no labora y por qué motivo. Además, indique cuál es su condición económica actualmente. || g. Afirme cuál es su estado de salud actual y si sigue con dolores crónicos. || h. Profundice acerca del impacto que ha tenido su condición de salud en el desarrollo de su vida cotidiana. || (ii) Efectuar las demás preguntas que estime pertinentes, con base en el interrogatorio del numeral anterior”.

[53] A su turno, a Sura EPS se le pidió que: “(i) suministre la historia clínica completa y actualizada de la accionante. Asimismo, que informe (ii) si la accionante le suministró los conceptos médicos particulares emitidos frente a la histerectomía y, en caso afirmativo, cuál fue el motivo para descartar esos conceptos o si se surtió el trámite establecido en el artículo 16 de la Ley 1751 de 2015; y (iii) cuáles han sido los motivos por los cuales ha

dilatado la práctica del procedimiento de histerectomía. Finalmente, que puntualice (iv) bajo qué criterios puede negar la práctica de un procedimiento de esterilización a una mujer que decide no procrear y, además, si la edad es un factor para restringir el acceso a esos servicios”.

[54] Minuto 16:16 a 16:48 del documento remitido por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla.

[55] Minuto 25:58 a 27:03 del documento remitido por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla.

[56] Folio 56 del cuaderno de revisión.

[57] Ibídem.

[59] Folio 68 del cuaderno de revisión.

[60] Folio 73 del cuaderno de revisión.

[61] Folio 74 del cuaderno de revisión.

[62] Frente a este punto, la Universidad de los Andes precisó lo siguiente: “(...) se sugiere ordenar el pago de salarios dejados de percibir al menos desde el momento en el que la paciente recibió el primer rechazo de parte del médico de la empresa, utilizando como parámetro para el pago lo que una profesional de sus calidades y con cinco años de experiencia podría obtener. Adicionalmente debería proceder el pago de perjuicios por el daño emocional causado con insistencia en la maternidad como único proyecto de vida aceptable en el contexto de una persona que no puede reproducirse de manera segura por la enfermedad que ha desarrollado en su sistema reproductivo”.

[63] Folio 80 del cuaderno de revisión.

[64] Folio 84 del cuaderno de revisión.

[65] Folio 117 del cuaderno de revisión.

[66] Folio 118 del cuaderno de revisión.

[67] Folio 121 del cuaderno de revisión.

[68] A través de auto del 23 de mayo de 2019, el suscrito Magistrado Sustanciador volvió a requerir a Sura EPS con la finalidad de que remitiera la información que le fue pedida.

[69] Folio 391 del cuaderno de revisión.

[70] Ibídem.

[71] Ibídem.

[72] Folio 392 del cuaderno de revisión. Negrilla fuera del texto.

[73] El 24 de septiembre de 2019, después de haber sido radicado el proyecto de fallo por parte del Magistrado Ponente, se allegó un escrito suscrito por Juliana Martínez Londoño, Ana María Méndez Jaramillo y María Fernanda Falla Ospina, miembros de La Mesas por la Vida y la Salud de las Mujeres.

[74] Constitución Política, artículo 49.

[75] Ibídem.

[76] Además de los instrumentos que a continuación se enlistan, se puede consultar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[77] El documento se puede consultar en la dirección electrónica <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>

[78] Ibídem.

[79] Comité DESC, Observación General No. 14, párrafo 1. El documento se puede consultar en la dirección electrónica <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

[80] Ley 100 de 1993, artículo 153: “El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida”.

[81] Ley 100 de 1993, artículo 153: “El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación”.

[82] Ley 100 de 1993, artículo 153: “Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada”.

[83] Ley 100 de 1993, artículo 153: “El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población”.

[84] Ley 1751 de 2015, artículo 2.

[85] *Ibídem.* Negrilla fuera del texto

[86] Ley 1751 de 2015, artículo 6: “El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente”.

[88] Ley 1751 de 2015, artículo 6: “Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”.

[89] Ley 1751 de 2015, artículo 6: “Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello

requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

[90] Comité DESC, Observación General No. 14, párrafo 12.

[91] Ley 1751 de 2015, artículo 6: “La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones”.

[92] Ley 1451 de 2015, artículo 6: “Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas”.

[93] Ley 1751 de 2015, artículo 6: “Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global”.

[94] Ley 1751 de 2015, artículo 6.

[95] Hoy Ley 1751 de 2015.

[96] En relación con este parámetro, la sentencia también señaló que “(...) resulta pertinente advertir que contrastado el contenido del precepto, con lo estipulado en el literal d) del párrafo 12 de la Observación 14, se echa de menos la presencia de medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobado, en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas como componentes de la calidad del derecho. Por ende y, en concorde con la interpretación amplia acogida en este pronunciamiento, el precepto de la ley estatutaria debe comprenderse incorporando los aspectos faltantes anotados, pues, de no ser así se reduciría la garantía del derecho en contravía de lo establecido en la Carta”.

[97] Sentencia C-313 de 2014. Negrilla fuera del texto.

[98] *Ibíd.*

[99] En relación con esta noción se pueden consultar las sentencias C-748 de 2011 y C-228 de 2011.

[100] Sentencia C-186 de 2006.

[101] Sentencia C-313 de 2014. Negrilla fuera del texto.

[102] Sentencias T-065 de 2018, T-201 de 2014, T-355 de 2012, T-184 de 2011, T-454 de 2008 y T-137 de 2003.

[103] Sentencia T-760 de 2008.

[104] Sentencia T-100 de 2016.

[105] Sentencias T-100 de 2016; T-619 y T-395 de 2014; T-392 de 2013; T-053 de 2009; T-536 de 2007; T-136 de 2004; T-133 de 2001 y T-179 de 2000.

[106] En relación con el acceso a servicios médicos que están excluidos del PBS se puede consultar, entre otras, la sentencia T-309 de 2018.

[107] Sentencia T-1041 de 2006. Ese concepto ha sido reiterado en las sentencias T-076 de 2008; T-274 de 2009; T-359 y T-452 de 2010; T-639 y T-841 de 2011; T-497, T-887, T-952 y T-964 de 2012; T-033, T-298, T-680, T-683 y T-927 de 2013; T-154, T-361, T-543, T-650, T-678, T-728 y T-859 de 2014; T-027 y T-644 de 2015; T-248 de 2016; T-036 y T-445 de 2017; y T-061, T-259 y T-365 de 2019.

[108] Sentencias T-171 de 2018; T-710, T-558, T-552, T-445, T-376 y T-365 de 2017; T-248 y T-100 de 2016; T-719 de 2015; T-787 y T-395 de 2014; T-927 y T-020 de 2013; T-964 y T-064 de 2012 y T-359 de 2010. Sobre el particular, en la sentencia T-760 de 2008, la Corte también afirmó lo siguiente: “[e]n 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”.

[109] Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009 y T-083 de 2008.

[110] Sentencia T-452 de 2010.

[111] Es el caso de las sentencias T-646 de 2009, T-050 de 2009 y T-1180 de 2008.

[112] Es el caso de las sentencias T-274 de 2009, T-398 de 2008, T-795 de 2008, T-253 de 2008, T-570 de 2008, T-684 de 2008, T-685 de 2008 y T-1177 de 2008, entre otras.

[113] Es el caso de las sentencias T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-881 de 2008, T-151 de 2008 y T-324 de 2008, entre otras.

[114] Sentencia T-452 de 2010.

[115] Sentencia T-1041 de 2006. Esa afirmación ha sido reiterada en las sentencias T-274 de 2009, T-452 de 2010 y T-841 de 2011.

[116] Sentencias T-558 de 2017 y T-100 de 2016.

[117] Sentencia T-274 de 2009.

[118] Ibídem.

[119] Sentencia T-320 de 2009. Adicionalmente, se pueden consultar las sentencias T-235 de 2018, T-742 de 2017, T-637 de 2017, T-686 de 2013, T-374 de 2013, T-025 de 2013, T-872 de 2011, T-178 de 2011 y T-435 de 2010, entre otras.

[121] Sentencia T-235 de 2018, T-036 de 2017, T-545 de 2014 y T-025 de 2013.

[122] Sentencia T-235 de 2018 y T-545 de 2014.

[123] A continuación se hace alusión a los criterios señalados en la sentencia T-545 de 2014.

[124] En la sentencia T-500 de 2007, por ejemplo la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la E.P.S., que había considerado la patología en cuestión como de “carácter estético” sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

[125] Sentencia T-637 de 2017.

[126] *Ibídem*.

[127] Sentencias T-651 de 2014; T-345 de 2013; T-873 de 2011; T-410 de 2010; T-344 de 2002; T-786 y T-414 de 2001; SU-819 de 1999; SU-480 de 1997 y T-721 de 1995.

[128] Ley 23 de 1981, artículo 1.

[129] Ley 23 de 1981, artículo 10.

[130] Ley 23 de 1981, artículo 15.

[131] Sentencia T-234 de 2007. En este mismo sentido el artículo 7 del Decreto 3380 de 1981 señaló que: “Se entiende por exámenes innecesarios o tratamientos injustificados: || a) Los prescritos sin un previo examen general; || b) Los que no correspondan a la situación clínico-patológica del paciente”.

[132] Sentencia T-234 de 2007.

[133] *Ibídem*.

[134] Ley 23 de 1981, artículo 16.

[135] Sentencia T-234 de 2007.

[136] 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.

[137] 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].

[138] Sentencia T-234 de 2007.

[139] Ibídem. Negrilla fuera del texto.

[140] Sentencias T-452 de 2010, T-732 de 2009, T-653 de 2008 y T-234 de 2007.

[141] Sentencia T-873 de 2011, T-410 de 2010, T-344 de 2002, T-786 de 2001, entre otras.

[142] Sentencia T-345 de 2013, T-674 de 2009, T-760 de 2008, T-1080 de 2007, T-007 de 2005, T-344 de 2002, T-749 de 2001 y T-378 de 2000, entre otras.

[143] Sentencias T-234 de 2007, T-569 de 2005, T-412 de 2004, T-398 de 2004, T-256 de 2002, T-1325 de 2001, T-179 de 2000, T-059 de 1999.

[144] Este principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, entre otras, en las sentencias T-1325 de 2001, reiterada en la T-427 de 2005 y en la T-234 de 2007.

[145] Sentencia T-345 de 2013. Esta decisión ha sido reiterada en las sentencias T-061 de 2019, T-196 de 2018, T-171 de 2018, T-552 de 2017, T-644 de 2015, T-510 de 2015, T-940 de 2014, T-904 de 2014, T-651 de 2014, T-568 de 2014 y T-441 de 2014, entre otras.

[146] A continuación se recogen los parámetros que presentó la sentencia T-452 de 2010.

[147] Sentencia T-059 de 1999.

[148] Sentencia T-452 de 2010.

[149] Sentencia T-234 de 2007.

[150] Particularmente, el artículo 16 de la Constitución Política establece que: “[t]odas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

[151] Sentencia C-221 de 1994.

[152] 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."

[154] Sentencias T-272 de 2015, C-131 de 2014, C-815 de 2013, T-627 de 2012 y T-732 de 2009.

[155] Sentencia C-182 de 2016. Sobre el particular, en la sentencia SU-096 de 2018 también se definió que “(...) los derechos reproductivos le otorgan a todas las personas, especialmente a las mujeres, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo” (negritas del texto).

[156] En el contexto internacional, la primera ocasión en la que se categorizó como derecho a la salud reproductiva fue en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo. Concretamente en el documento de la Conferencia se sostuvo que: “[l]a salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”. El documento se puede consultar en la dirección electrónica https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

[157] En este sentido, se puede consultar la Observación General No. 22 de ese mismo Comité, acerca del acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva.

[158] El documento se puede consultar en la dirección electrónica <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

[159] Concretamente, en esa norma se establece que: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. ||2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. || 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. || 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la

igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. || 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo". Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, extendió el alcance del artículo en cita, así como del 11 de esa misma Convención, y señaló que a partir de ahí se derivaba una verdadera protección a los derechos reproductivos.

[160] Comité DESC, Observación General No. 22, párrafo 6. Asimismo, en ese documento se indicó que: "[l]a no discriminación y la igualdad requieren no solo la igualdad jurídica y formal sino también la igualdad sustantiva. || La igualdad sustantiva requiere que se aborden las necesidades particulares en materia de salud sexual y reproductiva de grupos concretos, así como cualquier obstáculo con que puedan tropezar".

[161] *Ibíd.*, párrafos 12 a 21.

[162] *Ibíd.*, párrafo 25.

[163] Véase Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 5.

[164] Comité Cedaw, Recomendación General No. 24, párrafo 27.

[165] Comité Cedaw, Recomendación General No. 24.

[166] *Ibíd.*, párrafo 14.

[167] *Ibíd.*, párrafo 28.

[168] Sentencia SU-096 de 2018.

[169] Sentencias T-502 de 2011 y T-732 de 2009.

[170] Sentencia T-732 de 2009.

[171] Sentencia SU-096 de 2018.

[172] Sentencias SU-096 de 2018, T-502 de 2011 y T-732 de 2009.

[173] Sobre el particular, la sentencia C-586 de 2016 señaló que “[l]a discriminación a la mujer ha sido ampliamente documentada por las sentencias de la Corte Constitucional desde diversos planos, como pueden serlo el de la imposición del modelo patriarcal, que constituyó la preocupación de la Corporación durante la década de los noventa, las violencias de diferente clase, la discriminación como forma de violencia sobre las mujeres, y más recientemente, la tarea social y judicial de remoción de patrones socioculturales y estereotipos que permiten y prolongan formas de violencia y de discriminación”.

[174] Sentencia C-297 de 2016. Negrillas fuera del texto.

[175] Sentencia C-410 de 1994. Negrillas fuera del texto.

[176] Sentencia C-082 de 1999.

[177] Sentencia C-371 de 2000.

[178] Sentencia T-500 de 2002. En un sentido semejante, en la Observación General número 22 del Comité DESC se indicó que “Los Estados deben reconocer las normas sociales y estructuras de poder arraigadas que impidan el ejercicio de ese derecho en igualdad de condiciones, como los papeles asignados a cada género, que afectan a los determinantes sociales de la salud, y adoptar medidas para corregirlas”.

[179] Sentencia C-507 de 2004.

[180] Sentencia C-804 de 2006.

[181] Sentencias C-355 de 2013 y T-967 de 2014.

[182] Sentencia SU-096 de 2018.

[183] Sentencia T-627 de 2012. Reiterada en las sentencias T-274 de 2015 y SU-096 de 2018.

[184] A continuación se recogen parte de las conclusiones que presenta la sentencia SU-096 de 2018.

[185] “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) || h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

[186] “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

[187] Cfr. Sentencia T-627 de 2012.

[188] Al respecto, ver CIDH, “Acceso A Servicios De Salud Materna Desde Una Perspectiva De Derechos Humanos”, 7 junio 2010.

[189] En la sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una “cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así mismo, en la sentencia T-636 de 2007, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado “cariotipo materno” con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos espontáneos.

[190] Cfr. Sentencia C-093 de 2018.

[191] Cfr. Sentencias T-585 de 2010 y T-841 de 2011.

[192] Sentencias T-059 de 2018 y C-405 de 2016.

[193] Según lo explica la decisión C-405 de 2016, en la sentencia SU-377 de 1999 este Tribunal señaló lo siguiente: “La información que el médico está obligado a transmitir a su

paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto.

El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio”

[195] Sentencia C-405 de 2016.

[196] Ibídem.

[197] Sentencia T-059 de 2018.

[198] Ibídem, párrafo 21.

[199] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos, 2011, p. 15. El documento se puede consultar en la dirección electrónica <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ACCESO%20INFORMACION%20MUJERES.pdf>

[200] Ibídem, p. 18.

[201] Ibídem, p. 21.

[202] Ibídem.

[203] Folio 20 del cuaderno de instancia.

[204] Ibídem.

[205] Ese requerimiento se presentó por primera vez el 17 de mayo de 2018.

[206] La accionante precisó esta situación ante el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla.

[207] Constitución Política, artículo 86.

[208] Sentencia T-495 de 2018.

[209] Según el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud se activa en los siguientes escenarios: “a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (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, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia. || b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos: || 1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen. || 2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica. || 3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. || c) Conflictos derivados de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados. || d) Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. || e) Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. || f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

[210] Sentencia T-458 de 2018. Adicionalmente, se pueden consultar las sentencias T-651 de 2017; T-603 y T-121 de 2015; y T-728 de 2014.

[211] Sentencias T-253 de 2018; y T-710, T-651 y T-425 de 2017.

[212] Esta cita hace referencia a la intervención del Superintendente Nacional de Salud en la audiencia pública adelantada el 6 de diciembre de 2018.

[213] A pesar de la que la accionante hace alusión al concepto rendido por algunos médicos particulares, en la información que obra en el expediente solamente se encuentra información relacionada con el diagnóstico expedido el 24 de octubre de 2018. Igualmente, frente al conocimiento de Sura EPS de ese dictamen, la accionante aseveró ante el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla que le comunicó a la entidad accionada que ha acudido a citas por medicina particular, pero que esta le manifestó que solo un médico adscrito a su red de servicios es quien puede dar esa autorización.

[214] Folio 41 del cuaderno de instancia.

[215] Minuto 10:12 a 10:29 del documento remitido por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla.

[216] Sentencia T-545 de 2014.

[217] Folio 56 del cuaderno de revisión.

[218] Ibídem.

[219] Folio 84 del cuaderno de revisión.

[220] Folio 386 del cuaderno de revisión.

[221] Folio 387 del cuaderno de revisión.

[222] En cualquier caso, es necesario precisar que el fenómeno del hecho superado se configura con la efectiva cesación de la vulneración de los derechos fundamentales y no está invariablemente ligado a la estricta satisfacción de la pretensión de amparo.

[223] Folio 286 del cuaderno de revisión.

[224] Sentencia T-255 de 2015.

[225] Folio 84 del cuaderno de revisión.

[226] Ibídem. Negrilla fuera del texto.

[227] Minuto 13:44 a 14:14 del documento remitido por el Juzgado Quince Civil Municipal de

Barranquilla.

[228] Véase, por ejemplo, que en la acción de tutela la peticionaria sostuvo que “(...) [su] salud se ha visto comprometida por diferentes y repetitivos episodios en los cuales h[a] presentado dolor pélvico crónico, dolor tipo cólico menstrual, hipermenorrea, dismenorreas y menstruaciones de +- 20 días por mes, sangrado abundante y moderado, metrorragia disfuncional, fuerte dolor abdominal, migrañas, vómitos entre otros síntomas (...)”.