

Sentencia T- 595-09

Referencia: expediente T-2260547

Acción de tutela interpuesta por la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, como agente oficioso del señor Víctor Manuel Barragán Ortiz, contra Ana Susana Barragán Ortiz, Eliserio Barragán Ortiz, Víctor Ferney Barragán Rivera y Julián David Barragán Rivera.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil nueve (2009)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado 39 Civil del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela instaurada por la Corporación Universitaria Juan Ciudad, como agente oficioso del señor Víctor Manuel Barragán, contra Ana Susana Barragán Ortiz, Eliserio Barragán Ortiz, Víctor Ferney Barragán Rivera y Julián David Barragán Rivera.

I. ANTECEDENTES

La Corporación Universitaria Juan Ciudad obrando como agente oficioso del señor Víctor Manuel Barragán, interpuso la presente acción de tutela por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y la seguridad social de su paciente en estado vegetativo, quien a su juicio requiere permanecer en otra institución médica. La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos

1. Afirma el gestor jurídico del ente hospitalario accionante que el señor Víctor Manuel

Barragán, acudió a la Clínica San Pedro Claver el 14 de marzo de 2008, según descripción de resumen médico, como un “paciente de 51 años de edad que ingresó con cuadro clínico de 45 minutos de evolución dado por dolor precordial asociado a disnea y mareo con electrocardiograma “EKG” sugestivo de infarto agudo de Miocardio “IAM” cara inferior elevación de enzimas cardíacas, por lo que es llevado a cateterismo el cual no puede realizarse por no paso de la guía de catéter decidiéndose manejo quirúrgico”.

Así mismo, el agente oficioso describió los diversos procedimientos a los que fue sometido el señor Víctor Manuel Barragán y las complicaciones de los mismos, lo que dio como consecuencia de esta enfermedad coronaria “encefalopatía anoxo-isquémica severa y un estado vegetativo permanente con pronóstico funcional vital malo.”.

2. Ilustra que el 1 de mayo de 2008, la Corporación Universitaria Juan Ciudad, asumió la prestación de los servicios de salud de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación (Clínica San Pedro Claver). El 4 de mayo de 2008 el señor Barragán fue valorado por el servicio de medicina interna el cual sugirió “que una vez se concluya tratamiento trasladar al paciente a una IPS de segundo nivel.

3. Informa que el 7 de mayo del 2008 el paciente fue valorado por neurólogos adscritos a la entidad, los cuales determinaron: “el paciente se encuentra en estado vegetativo en evolución secundario a encefalopatía hipóxico isquémica, frente al dictamen emitido, la familia del paciente es informada de la necesidad del traslado del paciente, además, se aclara la expectativa de no recuperación neurológica y la necesidad del traslado para evitar riesgos de infección que lleve a una situación de salud mas gravosa para el paciente, de la misma forma para realizar apoyo inotrópico- terapia respiratoria y física.”

Como producto de la valoración y la recomendación reseñada anteriormente, ante la permanente negativa de los familiares accionados en la aceptación del traslado, la Corporación Universitaria Juan Ciudad afirma haber agotado diversas instancias al fin de salvaguardar los derechos fundamentales del señor Barragán, tales como acudir a la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, la cual llamó a conciliación sin éxito, por la renuencia de los familiares del paciente.

4. Indica que en diversas ocasiones el médico tratante del señor Víctor Manuel Barragán explicó a la familia las complicaciones derivadas de su permanencia en la IPS, pues “a pesar de encontrarse en una habitación individual, ha padecido y continua expuesto a graves infecciones nosocomiales, entre otras, como la infección de vías urinarias nosocomial por *seudomona aeruginosa*, atelectasia basal derecha, infección de traqueostomía e infección de gastrectomía.”

5. Adicionalmente, la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad informa que para la fecha de la interposición de la presente acción (enero de 2009), estaba tramitando un cupo para el traslado del paciente a la Clínica de la Paz, unidad de crónicos, entidad de segundo nivel adscrita a la Nueva EPS (entidad a la que se encuentra afiliado el paciente) y con la cual la IPS tiene convenio. No obstante, informa que los familiares del paciente no admiten el traslado aduciendo que sólo lo harían cuando la clínica les diera una carta en la que la entidad acepte la responsabilidad del estado actual de salud presentado por el señor Barragán.

Sobre la base de los argumentos expuestos, solicitó mediante el escrito tutelar, que se ordene el traslado del señor Víctor Manuel Barragán a una Institución Prestadora de Salud de segundo nivel. Al igual que se ilustre a los accionados sobre la importancia del traslado de su familiar a la entidad sugerida.

2. Trámite procesal

El Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá en Auto del 28 de enero de 2009, por medio del cual avocó el conocimiento de la presente acción de tutela, ordenó (i) vincular a la presente acción de tutela a la Nueva EPS; (ii) notificar a los accionados la interposición de la acción de tutela en su contra; (iii) oficiar a la Secretaría Distrital de Salud y al Instituto Nacional de Medicina Legal para que contestaran interrogantes relacionados con infecciones nosocomiales; y (iv) oficiar a la Clínica de la Paz para que se pronunciara sobre qué tipo de pacientes se atienden en la unidad de crónicos y qué clase de asistencia le puede suministrar al señor Barragán.

Igualmente, el 9 de febrero del presente año el Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá ordenó a la entidad accionante (i) remitir las historia clínica del paciente; (ii) informar si el citado señor ha presentado paros cardiovasculares, en caso afirmativo, en qué fechas y si

tiene tendencia a sufrir los mismos; (iii) si para atender los paros cardiovasculares se requiere que el paciente permanezca en la unidad de cuidados intensivos o pueden ser atendidos en una institución de nivel 2.

3. Contestación de los familiares accionados

Ana Susana Barragán Ortiz y Eliserio Barragán Ortiz en calidad de hermanos, y Víctor Ferney Barragán Rivera y Julián David Barragán Rivera, como hijos del paciente, contestaron la presente tutela exponiendo los argumentos que se resumen.

Ponen de presente que su padre y hermano ingresó al centro clínico “por una afección cardiovascular definida en perfectas condiciones neurológicas, motrices, con todas sus facultades de intercomunicación, respiratorias y/o pulmonares, renales y sin ningún tipo de infección”. Pero con ocasión de la intervención quedó en el deplorable estado de postración neurológica (estado vegetativo), por lo que requiere respiración asistida, alimentación asistida y cuidado especializado.

Sostienen que la condición de salud de su hermano y padre exige que se tomen precauciones especiales, dado que éste desde la época de la intervención ha sufrido varios paros cardio-respiratorios, por los cuales ha sido internado en la Unidad de Cuidados Intensivos con que cuenta la Corporación hospitalaria Juan Ciudad y no la IPS a la que lo pretenden trasladar.

Sumado a ello, exponen que el ente accionante no ha entregado un informe convincente acerca del procedimiento médico utilizado en el tratamiento de su familiar. Ya que aducen, que el señor Víctor Manuel Barragán, al salir del procedimiento quirúrgico, (en la parte superior interna del muslo de la pierna izquierda presentó quemaduras y en la pierna derecha a la misma altura una herida a manera de incisión).

Igualmente, argumentan que el hospital no se ha pronunciado sobre el suministro al paciente del medicamento denominado “Dipirona”, proscrito por la comunidad médica internacional, pues según los familiares han investigado y éste medicamento catalogado es como: “una droga fatal, pues el mayor riesgo a la salud sería el debilitamiento del sistema inmunológico o agranulocitosis, producto de la pérdida de glóbulos blancos, dejando al enfermo extremadamente vulnerable a contraer diferentes tipos de

infecciones, que pueden llegar a producirle la muerte.” En consecuencia, considera contradictorio el argumento de la entidad accionante que el cambio de hospital obedezca al riesgo de contraer infecciones.

Por el anterior antecedente que califican de sospechoso, los familiares afirman que se han visto obligados a tener que asistir a su familiar en los cuidados básicos y vigilar qué tipo de medicamentos le suministren las 24 horas del día.

Adicionalmente, aducen que obtuvieron información del Director Científico del Hospital militar sobre la posibilidad de recuperación de su familiar por medio de una cámara hiperbárica que ayudaría a la curación de heridas de difícil cicatrización y rehabilitación neurológica.

Por lo expuesto, solicitan que sean desestimadas las pretensiones de la entidad demandante y reiteran su oposición a la autorización de cambio de entidad hospitalaria para su familiar. Así mismo, solicitan la protección de su decisión y el suministro de todo lo requerido por el señor Víctor Manuel Barragán, con tratamiento integral y acompañante 24 horas. Además, piden la práctica de tratamientos neurológicos que la ciencia tenga a su alcance. De otra parte, pretenden la cancelación de las incapacidades en los porcentajes dispuestos por la ley y la entrega de la totalidad de la historia clínica del señor Barragán, la cual les fue negada.

4. Contestación de Nueva EPS

La apoderada legal de Nueva EPS S.A contestó la demanda, informando que al paciente se le está garantizando toda la atención en salud requerida, por lo que coadyuva las pretensiones de la parte accionante y manifiesta que en el momento en que se requiera estaría dispuesta a expedir las autorizaciones de traslado que se requieran a una IPS de 2do nivel.

5. Concepto de la Secretaría de Salud de Bogotá

A las preguntas formuladas por la juez de primera instancia, la Secretaria de Salud de Bogota informó que la infección nosocomial es aquella “que no estaba presente, ni se encontraba en periodo de incubación al momento del ingreso del paciente al hospital o

realizarse un procedimiento, también incluye algunas enfermedades ocupacionales adquiridas por el personal de salud”.

De otra parte, señaló que las infecciones nosocomiales se pueden presentar en cualquier institución hospitalaria, incluyendo servicios ambulatorios.

En cuanto a la sintomatología manifestó que no se puede hablar de una sola, ya que esta varía de acuerdo al órgano u órganos afectados o de si la afección es localizada o sistémica, por lo que no es tan fácil establecer una escala para calificar su impacto.

6. Concepto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

A los cuestionamientos hechos por el Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá, el instituto de medicina legal se refirió a los factores que influyen en la manifestación de las infecciones nosocomiales, la vulnerabilidad de los pacientes, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, los factores ambientales y la resistencia bacteriana.

Posteriormente, concluyó que las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias consisten en “una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en periodo de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento sus manifestaciones o sintomatología, clasificación, tratamiento depende de múltiples factores: como: edad del paciente, tipo de infección adquirida, microorganismo causal, órganos o estructuras comprometidas, resistencia a antimicrobianos entre otros”.

7. Concepto de la Clínica Nuestra Señora de la Paz

Informó que cuenta con un programa de atención hospitalaria especial denominado MIA (Medicina Integral para el Adulto) dirigido a pacientes que luego de estar estables médicamente requieren un tratamiento de rehabilitación, ya que no son candidatos a manejo domiciliario inmediato.

Estableció dentro del informe las características de los cuidados paliativos explicando que “se ofrece atención integral ante la presencia de una enfermedad

avanzada, progresiva, incurable con falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico y que generalmente se asocia a numerosos síntomas intensos, múltiples, multifactoriales con un gran impacto emocional en paciente y familia generalmente con un pronóstico de vida inferior a 6 meses.”.

Se refirió a que cuenta con unidades de media para pacientes adultos de mediana gravedad y de larga para pacientes que requieren de cuidado crónico con monitoreo y enfermera las 24 horas.

Posteriormente, se pronunció sobre el diagnóstico del señor Barragán del cual opinó: “(...) el paciente tiene marcado compromiso de sus funciones mentales superiores pero no ha presentado compromiso de reflejos primitivos del tallo cerebral (compromiso de nervios que salen del centro del cerebro) por lo que puede seguir con la mirada, localizar el dolor cerrar o abrir los pero no establece contacto con el medio que lo rodea volviéndose completamente dependiente para realizar funciones básicas como: aseo, vestidos, control de esfínteres, nutrición, y respiración, el daño neuronal es irreversible y en un gran porcentaje de los casos, más del 90 por ciento no hay recuperación neurológica...”.

Así mismo, frente a la pregunta realizada por el juzgado en cuanto a la atención suministrada al señor Víctor Manuel Barragán en el caso de presentarse paros cardiovasculares teniendo en cuenta la patología de encefalopatía hipoxia - isquémica con estado neurológico estacionario, la Clínica responde que si algún paciente de la misma llegare a padecer un paro cardio-respiratorio el proceso a seguir incluye: 1) activación de código azul (paro Cardiorrespiratorio), 2) realización de protocolo de código azul institucional (ENT-07V2-protocolo azul). “Este procedimiento se realizará en todo paciente que presente paro cardiorrespiratorio, salvo aquellos casos de limitación del esfuerzo terapéutico dado por voluntad expresa de los familiares y/o acudientes; indicación médica o concepto del comité de bioética

Resalta por último, que para proceder a la limitación del esfuerzo terapéutico se realiza reunión con familiares y equipo profesional explicando diagnóstico, pronóstico, comorbilidades, complicaciones posibles, todo esto con el objetivo que la decisión de la familia se tome con la información amplia y suficiente y se proceda a la firma del

documento destinado para tal fin (MIF-19 FORMATO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LIMITACIÓN DE ESFUERZO REANIMATORIO).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá, en providencia del 10 de febrero de 2009, concedió el amparo solicitado. EN su criterio los familiares del señor Víctor Manuel Barragán con su oposición al traslado de centro hospitalario, vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social del paciente. Por lo que decidió autorizar el traslado del señor Barragán de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad – Hospital Universitario Mayor a la Clínica Nuestra Señora de la Paz. Así mismo, ordenó a la Nueva EPS dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 1122 de 2007, respecto de los medicamentos, exámenes y procedimientos excluidos del POS.

Consideró que según las pruebas obrantes en el expediente y las pruebas solicitadas por el despacho, es claro que el señor Barragán se encuentra incluido dentro del grupo de personas propensas a adquirir infecciones nosocomiales y que el nivel de complejidad de dichas infecciones aumenta según el nivel hospitalario en el cual se encuentre. De igual forma, establece que la decisión fue emitida por los médicos tratantes del señor Barragán, el cual es el criterio orientador pertinente sobre la necesidad de realizar el cambio de centro asistencial o no.

En cuanto a la preocupación de los familiares relacionada con la tecnología e infraestructura que tenga la institución a la que sería trasladado el actor, para afrontar eventuales ataques cardiovasculares, ante el informe de la Clínica Nuestra Señora de la Paz concluyó que la entidad se encontraba en capacidad de prestar la atención pertinente.

Referente a la responsabilidad médica y a las “presuntas irregularidades” que según estos se cometieron en la atención de su familiar, consideró la juez de primera instancia que la acción de tutela no es el escenario para debatir esta controversia, ya que ésta corresponde a responsabilidades civiles, disciplinarias e incluso penales, que no corresponde resolver al juez de tutela.

Impugnación

Inconforme con la anterior decisión el señor Eliserio Barragán Ortiz, se opuso a la decisión de primera instancia recalcando la peligrosidad del medicamento “dipirona”, por lo que a su forma de ver la situación durante el tiempo que ha estado en el Hospital, la institución buscó el desalojo del paciente, ante los altos costos que implica estar en una clínica de nivel 4.

Pone de presente la necesidad de que la entidad a la cual sería trasladado no cuente con unidad de cuidados intensivos. Por lo que agrega que estaría de acuerdo con el traslado “no importa que el nivel sea dos o tres, pero que cuente con unidad de cuidados intensivos”, lo cual a su juicio ha sido la única razón de oposición al cambio de entidad.

Así mismo, solicitó que se garantizara a su familiar enfermo, el suministro de utensilios básicos para poder llevar una vida digna tales como pañales, cremas y colchón especial; además, insiste en la necesidad de un auxiliar de enfermería como acompañante permanente.

Tramite Procesal

El Juzgado 39 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá, el 24 de febrero de 2009 admitió la impugnación del fallo de primera instancia referenciado y solicitó a medicina legal un detallado informe sobre el estado de salud del señor Víctor M. Barragán, al igual que preguntó sobre el tratamiento, consecuencias y demás factores colaterales de riesgo para la vida del paciente.

Segundo concepto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en este proceso

El instituto de medicina legal presentó un informe en el que especificó la revisión bibliográfica de la enfermedad denominada “encefalopatía hipóxica”, explicando las causas, incidencia y factores de riesgo, los síntomas, signos y exámenes, tratamiento, expectativas (pronóstico) y complicaciones.

Una vez presentado el estudio concluyó “No contamos con información que nos permita establecer el estado de salud actual del paciente y emitir concepto en relación al tratamiento suministrado actualmente ni el requerido para el manejo de la patología presentada; este es un concepto que debe ser emitido por el equipo médico tratante ya que son ellos quienes conocen la historia clínica del paciente, la etiología del cuadro clínico presentado, la evolución del mismo y la respuesta a los tratamientos médicos implementados”.

Sumado a que debe ser analizado por un grupo de especialistas en las áreas de la neurología, psiquiatría, medicina interna, terapia física, entre otros “quienes dependiendo de las condiciones y limitaciones presentadas por el paciente, evalúen riesgo- beneficio e implementen el esquema de tratamiento indicado en beneficio de la salud del paciente y de mejorar condiciones de calidad de vida”

2. Sentencia de segunda instancia.

El 24 de marzo de 2009, el Juzgado 39 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá confirmó la sentencia impugnada.

Estableció bajo los mismos argumentos de la juez de primera instancia la negación a las pretensiones de la impugnación, recalcando la importancia del concepto de los médicos tratantes en armonía con la intervención del segundo dictamen de medicina legal. Igualmente, recalcó que la IPS a la que el paciente fue trasladado cuenta con los mecanismos para atender una posible emergencia cardíaca y prestar los servicios que su estado requiere.

Adicionalmente, ordenó a la Personería Distrital de Bogotá designar un funcionario para que periódicamente haga seguimiento a la atención médica suministrada al señor Barragán y que en un caso futuro sea esta entidad la que se encargue de agenciar los derechos del señor Barragán, siendo esta institución la que tome la vocería en defensa de los intereses y garantías inherentes al paciente.

III. Pruebas

Del material probatorio allegado a esta Corporación, la Sala destaca lo siguiente:

1. Informe de Comité Medico Interno Institucional de fecha 8 de septiembre de 2008, en el cual se presenta resumen de historia clínica y se da respuesta a derecho de petición presentado por los accionados (folios 1 a 7).

1. Escrito dirigido por parte de la entidad accionante a la Defensoría del Pueblo, de fecha 10 de octubre de 2008, en la cual se advierte sobre la situación del paciente y la renuencia de la familia para aceptar el traslado a una clínica nivel dos. Así mismo, informó sobre una recaída presentada por el señor Barragán al presentar una infección urinaria nosocomial. (Folios 8 y 9).

1. Constancia de no acuerdo para conciliación emitida por la Personería de Bogota, el 5 de noviembre de 2008. (Folios 10 y 11).

1. Escritos de petición elevados por los familiares del señor Víctor Manuel Barragán en los cuales solicitan se esclarezcan las causas de las heridas generadas durante el periodo de intervención quirúrgica, como las diversas causas del deterioro de la salud de su familiar, que lo llevaron al estado vegetativo. Además solicitaron que de ser realizado un cambio de centro hospitalario éste sea a un, lugar que cuente con un nivel de especialización mayor. Solicitan que cese el hostigamiento por parte del hospital frente a la aceptación de cambio pretendido por la Corporación hospitalaria (folios 16, 17, 20, 21, 22).

1. Respuestas emitidas por la Corporación hospitalaria Juan Ciudad a los escritos de petición elevados por los familiares accionados (folio 12-14, 18-19).

IV. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN.

Mediante Auto del 22 de julio de 2009, considerando la necesidad de documentarse sobre el asunto planteado y ante la orden de seguimiento ordenada a la Personería Distrital por el juez de segunda instancia, el magistrado sustanciador, en uso de sus facultades constitucionales y legales dispuso la práctica de la siguiente prueba:

“PRIMERO. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación, se solicite a la Personería Distrital de Bogotá que en el término de (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente Auto, se sirva informar a este despacho cuáles han sido las actuaciones adelantadas respecto del “seguimiento adecuado” ordenado en providencia del 24 de marzo de 2009 por el Juzgado (31) Civil del Circuito de Bogotá, en el caso del señor Víctor Manuel Barragán.

“Igualmente, deberá agotar las diligencias pertinentes con el fin de informar al despacho cuál es el estado actual del asunto de la referencia, es decir, en que circunstancias se le está prestando el derecho a la salud al señor Barragán.

“De la misma forma, se le pide que indague por procesos judiciales y/o investigaciones de cualquier índole que se hubiese o estén adelantando por los hechos que originaron la presente acción de tutela.

“SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación, para mejor proveer, se envíe fotocopia del presente expediente a la Personería Distrital de Bogotá, para que se pronuncie sobre las preguntas atrás formuladas y si lo considera pertinente, sobre las particularidades del caso.”

El Personero Delegado para la Vigilancia de las Entidades Descentralizadas-Sector Social, en escrito del 3 de agosto de 2009, contestó: 1

“ (...) este órgano de control ha realizado el seguimiento del caso, encontrando que el mencionado señor VICTOR MANUEL BARRAGAN ORTIZ, de 52 años de edad, se encuentra en la Unidad de Cuidados Crónicos de la Clínica Nuestra Señora de la Paz, ubicada en la Calle 13 No.68 F-25, ya que según informe del médico adscrito a la Delegada en análisis de la Historia Clínica de fecha 2 de octubre de 2008, el señor se encuentra en estado vegetativo permanente; posteriormente se precedió telefónicamente con la médica de Cuidados crónicos Doctora Laura Tenjo, quien informó que el señor Barragán

Ortiz, recibe permanente visita de sus familiares. No obstante esta delegada ha estado atenta en el seguimiento de este caso.

“De lo anterior se ha comunicado en su oportunidad al Juzgado 65 Civil Municipal el 25 de junio de 2009, según radicado de egreso (...)”.

De manera posterior, el 20 de agosto del año en curso el referido Personero allegó a esta Corporación copia del informe rendido por un médico adscrito a la Personería Distrital, el cual realizó visita a las instalaciones de la Clínica de Nuestra Señora de la Paz el 12 de agosto de 2009, informando el estado del paciente en los siguientes términos: 2

“Paciente con secuela encefalopatía hipóxico isquémica de más o menos 15 meses de evolución, secundaria, a paro cardiorespiratorio intraoperatorio, durante procedimiento de revascularización miocárdica, producto de enfermedad coronaria. Al parecer con cardio reanimación cardio-cerebro pulmonar prolongada...”

“El paciente se encontraba en la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi, se plantea el traslado a una unidad de menor complejidad, motivo por el cual llega a la unidad de Cuidados Crónicos de la Clínica de Nuestra Señora de la Paz. Donde permanece con atención integral y administración de medicación para el manejo de su morbilidad lográndose retirar la traqueostomía y un manejo enteral por sonda gastrostomía.

“CONCLUSIÓN

-Paciente con encefalopatía hipóxico isquémica. Secundaria, a paro Cardiorespiratorio durante revascularización miocárdica.

-Paciente permanece en estado vegetativo persistente.

-Paciente con nivel de conciencia mínimo.

-Paciente con pronóstico neurológico irreversible.

-Se considera que el paciente se encuentra en manejo paliativo.

-La clínica de la Paz ha actuado de manera ético-científica hasta la fecha brindándole al paciente, el manejo adecuado para su patología de base en la Unidad de Cuidados Crónicos Medicina Integral Adultos (MIA)."

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto de 14 de mayo de 2009 de la Sala de Selección de Tutela núm. 5 de la Corte Constitucional.

2. Problema jurídico

Considerando los antecedentes expuestos, corresponde a esta Sala de revisión resolver tanto el problema jurídico planteado por la entidad que obra como agente oficioso, como los que a juicio de la Sala comprometen los derechos fundamentales del señor Víctor M. Barragán y que fueron propuestos por los familiares del mismo. En este orden de ideas, la Sala estudiará los siguientes problemas jurídicos:

1.) ¿Los familiares del señor Víctor Manuel Barragán (quien se encuentra en estado vegetativo), han vulnerado o no los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad de su padre y hermano, por oponerse al traslado de un hospital nivel IV a un hospital nivel II en el que eventualmente correría menos peligro de contraer infecciones nosocomiales o por el contrario la medida propuesta por la entidad demandante, concerniente en ordenar el traslado del paciente, conforme al diagnóstico resulta necesaria, adecuada y proporcional?

2.) ¿Debe ordenarse el tratamiento integral en salud para la atención del diagnóstico del señor Víctor Manuel Barragán y el agotamiento de los criterios expuestos por médicos no tratantes ni adscritos a la entidad?

3.) ¿Los familiares del señor Víctor Barragán tienen derecho a acceder a la totalidad de la historia clínica de su padre y hermano desde el momento de la hospitalización en la clínica San Pedro Claver (hoy Corporación Hospitalaria Juan Ciudad)?

Para solucionar los problemas jurídicos planteados, esta Sala se pronunciará sobre (i) la agencia oficiosa en materia de tutela; (ii) los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas; (iii) el concepto del médico tratante, como principal criterio para determinar el servicio que se requiere, sin ser el único; (iv) la naturaleza jurídica de la historia clínica y su carácter de documento sometido a reserva, (v) el acceso de familiares a la historia clínica sin previa autorización del paciente fallecido o en incapacidad por grave enfermedad física o mental. Con fundamento en ello la Corte abordará el análisis del caso concreto.

3. La agencia oficiosa en materia de tutela. Legitimidad e interés.

3.1 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado el alcance interpretativo que debe darse al inciso 2º del artículo 10º del Decreto-Ley 2591 de 1991 en relación con la posibilidad de que las personas agencien derechos ajenos. A saber, la norma mencionada contempla:

“ARTICULO 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

Ha dicho la Corte que la denominada agencia oficiosa en materia de tutela debe reunir dos aspectos mínimos de procedibilidad que son: (i) la manifestación de estar actuando como agente oficioso a nombre de quien no está en condiciones de promover su defensa y (ii) que el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa, condición que, como es lógico, no basta afirmar sino que es menester demostrar.³

Frente al primer requisito, la Corte ha sostenido que por el carácter informal de la acción de tutela, la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita ya que basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito.⁴

En relación con el segundo aspecto, la Corte ha precisado que la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe existir y tener siquiera carácter sumario. La

incapacidad a la que se hace referencia cuando se habla de agencia oficiosa, atenúa la concepción tradicional de la misma (referida a minoría de edad o alienación mental) y se extiende a la incapacidad física del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda.

3.2 La presente acción fue ejercida por la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad-Hospital Universitario Mayor, como agente oficioso del señor Víctor Barragán, a través de un gestor jurídico cuyo poder para actuar consta en el expediente.⁵

De otra parte, está ampliamente probado que el accionante se encuentra en estado neurológico vegetativo, hospitalizado y dependiente de medios artificiales para vivir,⁶ razones suficientes para que se encuentre legitimado por activa el hospital accionante para interponer la presente demanda de tutela.

En lo que corresponde a la legitimación por pasiva, como bien lo estudiara la juez de primera instancia la vinculada Nueva EPS es una entidad promotora de salud del régimen contributivo, constituida como sociedad anónima que presta el servicio público de salud, lo que hace procedente el estudio del amparo requerido en su contra (numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

Respecto de los familiares del paciente la legitimación por pasiva también se configura en la medida que se trata de personas naturales que está enfocada para tutelar a quien se encuentra en situación de subordinación o indefensión, dentro del marco del (numeral 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991). Que para el caso es el señor Barragán está demostrado que se encuentra en estado de indefensión absoluta, toda vez que no tiene la capacidad ni física ni absoluta para decidir sobre su traslado.

4. Los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

4.1 Como lo ha venido reiterando esta Corporación, en la Sentencia T-760 de 2008 se confirmaron los distintos criterios establecidos y sostenidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Uno de esos criterios consiste en el posicionamiento del derecho a la salud como un derecho fundamental por vía de interpretación o creación jurisprudencial, ya que “el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito

internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.” 7

Del mismo modo, se concretó que esta Corporación ha protegido de las siguientes formas este derecho: (i) en una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, equiparando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) indicando su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran afectados o en peligro sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros; (iii) contemplando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, ya que es necesario proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cual sea la persona que lo necesite.

Así, reconocer a la salud como un derecho fundamental y los servicios que se requieren⁸, se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no como un patrón deontológico que repose en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud o el POS. De ser así, se estaría en una situación de desprotección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede sustraerse.⁹

Por ello, en la Sentencia T-760 de 2008 se explicó detalladamente que toda persona tiene el derecho constitucional de acceder a unos servicios que pueden ser resguardados mediante el recurso de amparo en el evento en que sean indispensables para conservar la salud, o cuando se encuentre comprometida la vida, la integridad personal o la dignidad.¹¹ Según la Corte:

“Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad.¹² El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos,

el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”

El derecho constitucional de acceso a los “servicios que se requieran”, tal y como se puntualizó, no depende que los mismos estén incluidos o no en un plan de salud (llámese como se llame), o si la entidad responsable cuenta o no con los mecanismos para prestarlos directamente, ya que si el sistema de seguridad social no garantiza los medios para otorgar un servicio necesario, ello constituye un obstáculo al acceso; y en tal medida se irrespeta el derecho a la salud.¹³

4.2 De otra parte, los derechos a la dignidad y a la vida en condiciones dignas, están inmersos dentro del derecho a la salud, ya que estos derechos especialmente comparten núcleos fundamentales que se proyectan en el individuo, la familia, la sociedad y el medio que los rodea. Por ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha elaborado un concepto amplio del derecho a la salud, considerando que tal derecho no es plausible entenderlo desde una dimensión meramente biológica, sino como un derecho cualificado que implica el reconocimiento y la aconsejable búsqueda de una vida digna, pues “el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna. 14

Ligado a lo anterior, en cuanto a la noción que la Corte Constitucional ha recogido del derecho a la dignidad, como se trató en la Sentencia T-227 de 2003, este derecho se “explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera

esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.”

A manera de ilustración, esta Corporación, en la Sentencias T-881 de 2002, explicó y citó apartes de más jurisprudencia en la que se ha estudiado el concepto de dignidad humana¹⁵ precisando que (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.¹⁶

Concatenado con lo expuesto, cuando se habla de dignidad irremediablemente se hace referencia al derecho a la vida, en el entendido que la vida no se circunscribe a la simple existencia sensorial, sino que esta incorpora el concepto de dignidad, razón por la cual el derecho a la vida ha de entenderse como “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”¹⁷

Por ello, negar a una persona el pleno goce de su derecho a la vida en condiciones dignas, y en especial cuando se encuentra comprometida su salud, ya sea porque se le obliga a tolerar afecciones y situaciones de dolor insoportable, o simplemente porque se le impide por un tiempo prolongado e indefinido acceder a los diferentes medios que le permitan aliviarse en procura de obtener una mejor existencia, es una evidente violación del derecho a la vida digna. De esta manera, ha de entenderse que el derecho a la vida en condiciones dignas, involucra más elementos que una simple existencia, pues comporta igualmente una existencia sana y coherente con la condición humana, en la que la salud adquiere especial connotación, esencialmente cuando la misma ha sido alterada o se encuentra menguada de modo notable.

En armonía con lo expuesto y a la luz de la Constitución de 1991, la Corte en la Sentencia C-239 de 1997 puso de presente que la vida es un derecho y no un deber de las personas, en la medida que así exista consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los

demás derechos, como bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería posible “su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia.”

Por ello, es necesario ponderar el derecho a la vida desde una óptica secular y pluralista, que respete la dignidad del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestra Constitución Política vigente. Así, en palabras de la Sentencia C-239 de 2007, “la decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos”.

(...)

“Nada 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 hacer”.¹⁸

En síntesis, “si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de

desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad¹⁹.”(Subrayados y negrillas por fuera del texto original).

5. El concepto del médico tratante es el principal criterio para determinar el servicio que se requiere; no obstante, no es el único. Reiteración de jurisprudencia.

Como se manifestó anteriormente, el servicio que se requiere puede estar o no dentro del plan obligatorio de salud. En ambos supuestos, la jurisprudencia constitucional ha estimado que ello debe ser decidido por el médico tratante, ya que es la persona capacitada, que cuenta con el criterio científico y que conoce el diagnóstico concreto y al paciente.²⁰ En palabras de la Corte, el médico tratante es aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de la prestación; por esta circunstancia, en principio, se ha negado el amparo cuando no se cuenta con su concepto.²¹

No obstante, esta regla no es absoluta puesto que, en algunos casos, no aceptar per se el criterio de un médico externo puede convertirse en una barrera al acceso del derecho constitucional a la salud. Por ejemplo, ello ha ocurrido cuando la entidad responsable tuvo conocimiento de dicho concepto, pero no lo descartó con base en información científica y en la historia clínica particular sea porque: (a) se valoró inadecuadamente a la persona; (b) hubo ausencia de evaluación médica de los especialistas que sí estaban adscritos, sin importar el argumento que originó la mala prestación del servicio; o (c) en el pasado, la entidad apreció y aceptó su dictamen como médico tratante.²²

La Sentencia T-760 de 2008 indicó que esta excepción puede aplicarse cuando: (i) exista un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación; (ii) se trata de un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; y (iii) la entidad no lo ha desvirtuado, según las razones científicas pertinentes en el caso específico del paciente. Todo esto debido a que la entidad debe someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y si no desvirtúa el juicio del médico externo, debe atender y cumplir lo que éste prescribió.

Así mismo, ante un claro incumplimiento y tratándose de un caso de especial urgencia, “el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el

acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva.²³ En armonía con lo anterior, frente a un caso límite, donde exista duda acerca de la protección de un derecho fundamental, resulta pertinente la aplicación del principio pro homine, que se constituye en una valiosa pauta hermenéutica la cual ordena la adopción de la interpretación que mejor se compadezca con los derechos fundamentales vulnerados o en peligro de serlo.²⁴

En contraste, la jurisprudencia de la Corte ha tutelado el derecho a la salud cuando el servicio que se ‘requiere’, a pesar de ser un servicio ‘útil’ y recomendado, no resulta indispensable y determinante en el manejo de la enfermedad del paciente. En tal evento, la jurisprudencia ha establecido un límite a este derecho y denegado la autorización por vía de tutela del mismo.²⁵

6. La naturaleza jurídica de la historia clínica y su carácter de documento sometido a reserva. Reiteración de jurisprudencia.

Como se manifestó por parte de esta Sala de Revisión en la reciente Sentencia T-182 de 2009, la historia clínica es un documento en el que consta una relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos acerca de los aspectos físicos, psíquicos y sociales del paciente. En ella, además, deben obrar no sólo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la actividad médica relativa a su salud, todos los actos de diagnóstico, estudios, tratamientos quirúrgicos y terapéuticos, entre otros. El artículo 34 de la Ley 23 de 1981 define la historia clínica como: “(...) el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”. (Subrayado fuera de texto original).

Así mismo, el artículo 23 del Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la Ley 23 de ese mismo año, estipula que: “[E]l conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de ésta”. (Subrayado fuera de texto).

De la normativa anterior se infiere que la historia clínica es un documento privado, sometido a reserva legal, al que sólo en principio pueden acceder su titular y terceros

autorizados por éste o por la ley.²⁶ En ese orden de ideas, el artículo 14 de la citada Resolución amplía el grupo de personas que pueden acceder a la información contenida en la historia clínica al señalar:

“Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley:

1. El usuario.
2. El Equipo de Salud.
3. Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.
4. Las demás personas determinadas en la ley.

PARÁGRAFO. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal”.

Sobre este punto, en la Sentencia T-158 A de 2008, la Corte sostuvo:

“El carácter reservado de la historia clínica, entonces, se funda en la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del individuo sobre una información que, en principio, únicamente le concierne a él y que, por tanto, debe ser excluida del ámbito de conocimiento público. A partir de tal consideración, en nuestro ordenamiento jurídico existen distintas disposiciones a través de las cuales se establece la naturaleza reservada de este documento y se determina quienes están autorizados para acceder a su contenido.

(...)

“Del recuento normativo señalado, se tiene que aun cuando la regla general es que la historia clínica es un documento sometido a reserva no es posible predicar de ella un carácter absoluto, particularmente, por cuanto es posible que terceros conozcan su contenido bien porque han obtenido la autorización del titular, bien porque existe orden de autoridad judicial competente que así lo establece o debido a que se trata de

individuos que por razón de las funciones que cumplen en el sistema de seguridad social en salud tienen acceso a ella, lo cual se explica si se considera la utilidad de este documento como mecanismo para determinar de qué manera deben ser tratadas las dolencias de un paciente en aras de restablecer su salud.

“No obstante lo anterior, frente a terceros que no se encuentran en ninguna de las situaciones atrás descritas, la reserva sí es oponible y, en consecuencia, no es posible que respecto de ellos se produzca la circulación del dato médico contenido en la historia clínica del paciente”.

En conclusión, aunque en principio el paciente es el único que puede tener acceso a la información contenida en la historia clínica y es él quien puede autorizar a terceros su conocimiento, la ley autoriza expresamente a ciertas personas para acceder a ella, por ejemplo, al equipo de salud y a las autoridades judiciales. De este modo, la definición legal de las personas que pueden conocer la información contenida en la historia clínica obedece a la estrecha vinculación que tiene dicho documento con el derecho a la intimidad de su titular, pues contiene datos determinados por la confidencialidad.

7. Acceso de familiares a la historia clínica sin previa autorización del paciente fallecido o en incapacidad por grave enfermedad física o mental. Reiteración de jurisprudencia

Como se detalló en la evolución jurisprudencial contenida en la reciente Sentencia T-182 de 2009, en la que se puso de presente la jurisprudencia de la Corte que ha sostenido en numerosas oportunidades, que por regla general, la muerte o incapacidad física o mental del paciente no conduce a que la reserva legal de su historia clínica desaparezca automáticamente, pues la divulgación de los datos personales y médicos contenidos en ella puede significar la violación del derecho a la intimidad del titular²⁷. De esta forma, cuando se trata de hacer oponible la reserva de la historia clínica a los familiares del enfermo que fallece o del paciente en incapacidad por grave enfermedad física o mental, la jurisprudencia constitucional ha trazado algunos lineamientos especiales.

7.1. En un primer momento la Corte sostuvo que la autorización para levantar la reserva de la historia clínica de aquellos derechos que la doctrina llama de la personalidad, intransmisibles y con un carácter extrapecuniario, ante la muerte del titular del

derecho, no desaparecía el carácter reservado de su historia clínica y para levantar tal reserva debía acudirse a los medios judiciales pertinentes.

Es así como en la Sentencia T-650 de 1999, esta Corporación negó bajo los anteriores argumentos la acción interpuesta por el hijo de una mujer que había fallecido, quien solicitaba copia de la historia clínica de su madre para adelantar trámites con algunas compañías aseguradoras y para iniciar una eventual demanda contra el hospital por malos manejos médicos.

7.2. La anterior posición fue reiterada por esta Corporación en la Sentencia T-596 de 2004. No obstante, en esta oportunidad se expuso que, aunque en principio la familia de un paciente sólo puede acceder a su historia clínica cuando él la haya expresamente autorizado, hay casos en los que los familiares, actuando en representación del paciente, tienen derecho a conocer esta información de manera inmediata, porque, por ejemplo, el paciente se encuentra en un estado mental o de salud que no le permite manifestar su consentimiento frente al tratamiento que se le vaya a suministrar, o no está en condiciones para autorizar que sus familiares sean enterados de su situación clínica.

7.3. Del mismo modo, en la Sentencia T-158 A de 2008 la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por un hijo que solicitaba copia de la historia clínica de su madre, quien había fallecido en la entidad demandada, ya que ni él ni su familia estaban conformes con la información brindada por el médico tratante. La Corte concedió la tutela al concluir que la reserva de la historia clínica no le es oponible a los familiares más cercanos de un paciente fallecido, y por lo tanto éstos tienen el derecho a exigir de la respectiva entidad de salud que les permita conocer el contenido de la historia clínica, sin necesidad de acudir al mecanismo de las pruebas anticipadas del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que en algunos casos el acceso a la historia clínica resulta de vital importancia para el ejercicio de otros derechos fundamentales, y por lo tanto, bajo esas circunstancias el carácter reservado de ese documento no puede presentarse como un obstáculo para acceder a la información que contiene.

No obstante, se enfatizó en que las anteriores consideraciones solo aplican a los parientes más próximos del paciente fallecido o incapacitado para solicitar la expedición de historia; es decir, su madre, su padre, sus hijos o hijas y su cónyuge o compañera permanente, pues son las personas que podrían llegar a verse afectadas con la información contenida en la historia clínica.

De igual forma aclaró que la no oponibilidad de la reserva legal de la historia clínica en los términos antes señalados, también es predicable de los familiares de una persona que no se encuentra en capacidad de dar su consentimiento para que la historia clínica sea conocida por ellos, a causa de su estado mental o de salud, siempre y cuando exista la necesidad de que un miembro del núcleo familiar de la persona acceda a la información contenida en dicho documento para poder proteger alguno de sus derechos fundamentales, y que el acceso a esa información no vaya en “desmedro de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad del paciente”.²⁸

Finalmente, la Corte precisó que el acceso a la historia clínica de los familiares del paciente fallecido, así como del que no se encuentre en condiciones de autorizar a sus familiares por su estado de salud mental o físico, debe estar sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos:

“a) La persona que eleva la solicitud deberá demostrar que el paciente ha fallecido [o que el afectado no se encuentra en condiciones de adelantar la solicitud de la historia clínica]

“b) El interesado deberá acreditar la condición de padre, madre, hijo o hija, cónyuge o compañero o compañera permanente en relación con el titular de la historia clínica, ya que la regla aquí establecida sólo es predicable de los familiares más próximos del paciente.

“c) El peticionario deberá expresar las razones por las cuales demanda el conocimiento de dicho documento, sin que, en todo caso, la entidad de salud o la autorizada para expedir el documento pueda negar la solicitud por no encontrarse conforme con dichas razones. A través de esta exigencia se busca que el interesado asuma algún grado de responsabilidad en la información que solicita, no frente a la institución de salud sino, principalmente, frente al resto de los miembros del núcleo familiar, ya que debe recordarse que la

información contenida en la historia clínica de un paciente que fallece está reservada debido a la necesidad de proteger la intimidad de una familia y no de uno sólo de los miembros de ella.

“d) Finalmente y por lo expuesto en el literal anterior, debe recalcar que quien acceda a la información de la historia clínica del paciente por esta vía no podrá hacerla pública, ya que el respeto por el derecho a la intimidad familiar de sus parientes exige que esa información se mantenga reservada y alejada del conocimiento general de la sociedad. Lo anterior, implica que no es posible hacer circular los datos obtenidos y que éstos solamente podrán ser utilizados para satisfacer las razones que motivaron la solicitud”.

Estos son los criterios o requisitos mínimos que la Corte ha tenido en cuenta para adoptar decisiones en casos similares y entregar la historia clínica a los familiares de un paciente fallecido o que se encuentre incapacitado física o mentalmente para hacerlo.²⁹

8. Análisis del caso concreto.

Traslado al que sus familiares (dos hermanos y dos hijos), se opusieron básicamente porque la entidad a la que sería trasladado no cuenta con unidad de cuidados intensivos y debido a irregularidades en la atención de la urgencia médica que lo llevaron al estado de postración neurológica en que se encuentra, sumado a las sospechas respecto del tipo de tratamiento que se le está suministrando al enfermo. Por lo que en las distintas intervenciones hechas en esta acción de tutela presentaron criterios de médicos externos que al parecer podrían garantizar la mejoría de su familiar, solicitando a la entidad accionada sobre la base de criterios médicos externos el tratamiento integral en salud para el mismo y la entrega de la totalidad de la historia clínica de su pariente.

Los juzgados de instancia, acogiendo el criterio expuesto por entidades especializadas consultadas, autorizaron el traslado del paciente al hospital de nivel 2 pretendido, en la medida que allí los riesgos de contraer infecciones disminuyen y teniendo en cuenta que el centro hospitalario dispone de los medios necesarios para atender al paciente.

8.2. Antes de entrar a revisar de fondo el presente asunto es pertinente recordar que el

presente caso reviste una particular importancia, ya que se trata de la protección de los derechos fundamentales de un paciente que se encuentra en estado vegetativo, el cual es un sujeto de especial protección constitucional.

8.3 Conforme a los problemas jurídicos planteados en esta providencia, la Sala de Revisión procede a resolverlos de la siguiente forma:

¿Los familiares del señor Víctor Manuel Barragán (quien se encuentra en estado vegetativo), han vulnerado o no los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad de su padre y hermano, por oponerse al traslado de un hospital nivel IV a un hospital nivel II en el que eventualmente correría menos peligro de contraer infecciones nosocomiales o por el contrario la medida propuesta por la entidad demandante, concerniente en ordenar el traslado del paciente, conforme al diagnóstico resulta necesaria, adecuada y proporcional?

En lo que concierne al traslado del paciente, la principal razón expuesta por la entidad accionante para solicitarlo, consistió en el riesgo que ostenta en una clínica nivel IV para adquirir las denominadas infecciones nosocomiales. Los jueces de instancia, sobre la base de las pruebas solicitadas al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Clínica Nuestra Señora de la Paz y la Secretaría de Salud de Bogotá, concluyeron que el traslado era necesario ya que en la institución de nivel II correría menos peligro de adquirir este tipo de infecciones.

Para la Sala, según lo conceptuado por la Secretaría de Salud de Bogotá, “las infecciones nosocomiales se pueden presentar en cualquier institución prestadora de servicios de salud, de cualquier nivel de complejidad, incluyendo los servicios ambulatorios. De otro lado se ha estimado que 1/3 de las infecciones nosocomiales no son susceptibles de prevenir pues se han relacionado con la existencia de factores de riesgo endogenos como edad: infancia y vejez; presencia de inmunosupresión en los pacientes. Teniendo en cuenta lo anterior, es frecuente que en instituciones como la mencionada a nivel mundial, se presenten este tipo de eventos”. 30 (Subrayado fuera del texto original).

Lo que llevaría a pensar que en un centro hospitalario de cualquier nivel el paciente correría tangencialmente los mismos riesgos de adquirir las infecciones nosocomiales, por

lo que el traslado por este mero argumento no era pertinente ya que la gravedad del contagio es proporcional a los factores endógenos del paciente. Debiendo tenerse en cuenta el criterio del médico tratante que para el caso concreto fue la junta médica que analizó el caso del señor Barragán, la cual concluyó: “las razones medicas por las cuales se insiste en un manejo por un segundo nivel es porque se trata de un paciente neurológicamente no recuperable, es decir sin pronóstico neurológico, que solo requiere medidas de soporte física, respiratoria, nutricional y de medidas básicas de enfermería y además el riesgo de estar en una institución de tercer nivel (sic) lo expone permanentemente a infecciones nosocomiales altamente agresivas que en sus circunstancias pueden tener un desenlace fatal”. 31

Sumado al anterior criterio médico, ante un interrogatorio planteado por el juez de primera instancia a la entidad accionante, ésta ofreció un argumento que compromete no solo al paciente, sino al interés general y que resulta determinante para resolver el problema jurídico que se estudia, en la medida en que manifestó que indirectamente se vulneran los derechos fundamentales a la salud de “los pacientes que acuden a esta IPS y que si tienen posibilidad de rehabilitación y que no pueden llegar a ser hospitalizados en éste nivel de complejidad por estar ocupada la cama por un paciente que no requiere servicio de este nivel”32

Bajo el raciocinio esbozado, la solución planteada por el Hospital accionante es adecuada porque tiene un fin legítimo y resulta idóneo para alcanzarlo ya que (i) busca la protección del derecho a la salud de los pacientes que tienen un pronóstico de rehabilitación; y (ii) pretende el bienestar del paciente, ya que según sus médicos tratantes en el nivel IV aumentan los riesgos de contraer infecciones nosocomiales, lo cual si bien no está del todo claro, bajo el postulado de la prevención resulta pertinente hacerlo.

Igualmente, para la Sala la solución planteada resulta necesaria, ya que en el presente caso insistir en la permanencia en un centro hospitalario de nivel IV de un paciente que según la ciencia médica no tiene posibilidad de recuperación y que puede ser tratado en el nivel II, resulta de la mano de los conceptos emitidos por las entidades consultadas en esta providencia además proporcionada, ya que el beneficio buscado con la medida no sacrifica en alto grado valores y principios constitucionales, puesto que la entidad está

garantizando la continuidad en la prestación del servicio de salud, tanto del señor Barragán como de otras personas que cuentan con un diagnóstico de recuperación y que necesitan del talento humano en salud, la infraestructura y la tecnología necesaria para atenderlos según sus complejidades.

De otra parte, las razones presentadas por los familiares accionados para evitar el traslado relativas a que el centro hospitalario Nuestra Señora de la Paz (institución de nivel II) no contaba con Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) y que su familiar lo requería, ante esta situación la entidad accionante informó:

“(…) tal como se evidencia en los registros de la historia clínica, y máxime, cuando las personas que lo hacen no cuentan con un criterio médico especializado para ello. Es importante aclarar que por lo anterior este paciente no tiene indicación de ingreso a la Unidad de Cuidados Intensivos de acuerdo a los criterios de ingreso internacionales de candidatos a la Unidad de Cuidados Intensivos, ya que caeríamos en encarnizamiento terapéutico lo cual va en contravía de los preceptos de Ética Medica”.³³

Sumado a lo anterior y como bien lo aclararon los jueces de instancia -cuya labor acuciosa y diligente destaca la Corte Constitucional- con fundamento en el concepto solicitado a la Clínica Nuestra Señora de la Paz a la cual sería y fue traslado el paciente, se pudo establecer que cuenta con los equipos y el personal necesario para atender conforme al diagnóstico del señor Barragán las posibles complicaciones en su salud, motivo por el que tampoco se justificaba la permanencia en la clínica de nivel IV de complejidad, así tuviera unidad de cuidados intensivos y la otra no.

Además, conforme a lo constatado en sede de revisión³⁴, el Personero Delegado para la Vigilancia de las Entidades Descentralizadas-Sector Social, informó a este despacho sobre la base de una visita efectuada por un médico adscrito a la Personería Distrital, que al señor Barragán se le está brindando “atención integral y administración de medicación para el manejo de su morbilidad lográndose retirar la traqueostomía y un manejo enteral por sonda gastrostomía.” ³⁵

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que si bien los accionados no vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad de su familiar, ante el

riesgo que dicho traslado significaba para la salud tanto del paciente como de terceros, éste resultó necesario, proporcional y adecuado ejecutarlo, motivo por el que se confirmarán bajo las razones y los términos de esta sentencia, los fallos revisados.

8.4 Agotado el análisis del problema jurídico antedicho, la Sala pasa a estudiar el segundo problema jurídico que surgió del trámite de la presente acción de tutela, el cual está enfocado a la protección del derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Víctor Barragán y que hace referencia a lo siguiente:

¿Debe ordenarse el tratamiento integral en salud para la atención del diagnóstico del señor Víctor Manuel Barragán y el agotamiento de los criterios expuestos por médicos no tratantes ni adscritos a la entidad?

Como se manifestó en la parte considerativa de esta providencia, en principio, los servicios que se pretendan como necesarios para el manejo de algún tipo de enfermedad, deben ser ordenados por un médico tratante adscrito a la entidad encargada de suministrarlos.

En el presente caso, a juicio de los familiares del paciente, su pariente requiere que se garantice el suministro de utensilios básicos para poder llevar una vida digna tales como pañales, cremas y colchón especial; además, insisten en la necesidad de un auxiliar de enfermería como acompañante permanente. Adicionalmente, aducen que obtuvieron información del Director Científico del Hospital Militar sobre la posibilidad de recuperación de un paciente en estado vegetativo por medio de una cámara hiperbárica que ayudaría a la curación de heridas de difícil cicatrización y rehabilitación neurológica.

Ahora, si bien estos interrogantes surgieron del desarrollo de la presente acción de tutela, ante estas circunstancias el juez constitucional no puede ser indiferente, por lo que así no exista certeza de que los servicios requeridos sean necesarios o indispensables para el paciente, ante la falta de existencia de un criterio médico que así lo indique en el caso específico del señor Víctor Barragán Ortiz, se ordenará en el termino de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y a Nueva EPS, que deberán agotar una junta médica en la que se analicen y bajo criterios científicos se aprueben o refuten en los términos de la Sentencia T-760 de 2008, la viabilidad y la necesidad de los servicios que a juicio de los familiares del

paciente éste requiere. En dicha junta médica los interesados podrán llevar a consideración del comité tanto prescripciones de médicos adscritos a la entidad, como criterios de médicos externos.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a estimar ineludible la intervención del juez constitucional para la protección de los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud del señor Víctor M Barragán Ortiz, por lo que en el evento que la junta médica que analice su caso encuentre viable el suministro de un servicio requerido, de no estar aquél o aquellos incluidos dentro del Plan Obligatorio en Salud, se advertirá a la Nueva EPS y a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad que si lo consideran pertinente podrán solicitar el recobro ante el Fosyga, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Sentencia C-463/08 y el literal “j” del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007. 36

8.5 Agotado el estudio anterior, la Sala procede a analizar el último de los problemas jurídicos planteados, concerniente a la viabilidad de la entrega de la historia clínica a los familiares del paciente.

¿Los familiares del señor Víctor Barragán tienen derecho a acceder a la totalidad de la historia clínica de su padre y hermano desde el momento de la hospitalización en la clínica San Pedro Claver (hoy Corporación Hospitalaria Juan Ciudad)?

Conforme se expuso en las consideraciones de esta providencia la historia clínica es un documento en el que consta una relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos acerca de los aspectos físicos, psíquicos y sociales del paciente, constituyéndose en un documento privado sometido a reserva, que solo puede ser conocido por terceros previa autorización del titular o en los casos previstos en la Ley.

No obstante, esta Corporación permite el acceso excepcional a la historia clínica por parte de los familiares del paciente fallecido o del paciente en incapacidad por grave enfermedad física o mental, sin que medie previa autorización como se trata en el presente asunto, así la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad ante el requerimiento del juez de primera instancia y las peticiones de los familiares para tal fin, adujera que sólo podía entregar la historia clínica de 7 de los 11 meses que llevaba en ese momento hospitalizado el señor Barragán, en la medida en que desde tan solo 7 meses atrás había iniciado las

funciones como administradora del centro Hospitalario que antiguamente se llamaba Clínica San Pedro Claver.

Planteado así el problema, la Sala encuentra que la totalidad de la historia clínica debe ser entregada por dos razones: La primera porque se satisfacen los requisitos que la jurisprudencia de la Corte contempla para la entrega de la historia clínica a los familiares de una persona, ya que (i) está plenamente probado que el señor Víctor Manuel Barragán Ortiz se encuentra incapacitado para adelantar la solicitud de los documentos debido a que su diagnóstico por distintos médicos corresponde a una “secuela encefalopatía hipóxico isquémica de más o menos 15 meses de evolución, secundaria, a paro cardiorrespiratorio intraoperatorio, durante procedimiento de revascularización miocárdica, producto de enfermedad coronaria”,³⁷ lo que se traduce en que se trata de un paciente en estado vegetativo; (ii) los interesados que requieren la expedición de la historia clínica son hijos y hermanos del paciente titular de la historia, estando reconocidos como tales por los médicos y por la entidad a la que se solicita la entrega de los registros; (iii) los familiares del paciente dan a entender que la razón por la que solicitan la historia clínica está enfocada al esclarecimiento de las irregularidades que se dieron en la atención de la urgencia que presentó su familiar -y que según el sentir de sus familiares- es la que lo tiene en ese estado de postración neurológica, puesto que según informan a la salida del procedimiento quirúrgico “en la parte superior interna del muslo de la pierna izquierda presentó quemaduras y en la pierna derecha a la misma altura una herida a manera de incisión”.

La segunda razón por la cual debe ser otorgada la totalidad de la historia clínica del señor Barragán, refuta el argumento formalista expuesto por la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad para no entregarla, en la medida en que a pesar de que había iniciado como IPS el 1 de mayo de 2008, el argumento es contradictorio, ya que en la contestación a un escrito de petición de los familiares afirma “a efectos de realizar una revisión integral del estado de salud del paciente se hace referencia a registros clínicos anteriores a la fecha mencionada”³⁸

Sumado a lo expuesto, existe un argumento de orden pragmático que refuerza el criterio anterior, puesto que no hay explicación acerca de cómo hizo la entidad para atender sin las historias clínicas a los pacientes que recibió para continuar tratándolos.

En tales condiciones y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional analizada en la parte dogmática de esta providencia, es evidente que la entidad accionada, si bien no ha vulnerado el derecho de petición de los solicitantes, en virtud de que respondió oportunamente su solicitud, aunque de forma parcial, si les está conculcando los derechos fundamentales a la información y de acceso a la administración de justicia.

En consideración a que están demostrados todos los requisitos jurisprudenciales, la Sala concluye también que los familiares del señor Barragán tienen el legítimo derecho de acceder a la historia clínica de su pariente con el fin de informarse acerca de las razones que dieron origen al diagnóstico actual de su padre y hermano, el tratamiento, los medicamentos y procedimientos médicos que le aplicaron. Y así tanto saber la verdad como adelantar las demandas que consideren pertinentes ante la jurisdicción competente por los daños en la salud y la persona de su padre y hermano, en la medida que por dichas circunstancias en esta acción de tutela denunciaron presuntas irregularidades en el suministro de un medicamento y conductas incorrectas por parte del personal médico. Circunstancia que lleva a esta Sala de Revisión a confirmar lo expresado por la Juez de primera instancia que consideró:

“Los familiares del accionado en su normal preocupación por el estado de salud de su ser querido, han referido en la contestación de la tutela distintos hechos en los que dan cuenta de presuntas irregularidades del acto médico y en general de la atención brindada por la accionante al señor Barragán, debiendo sobre este punto señalarse que ese debate no puede sustituirse por la vía de la tutela, de manera tal, que si los accionados consideran la existencia de irregularidades, deben acudir a las distintas autoridades judiciales administrativas, a fin que se impartan las medidas correctivas o sancionatorias a que haya lugar, pues se insiste, este no es el escenario para discutir responsabilidades patrimoniales o de otra índole, ya que el campo de acción de la tutela se circunscribe a la protección de derechos fundamentales”. 39

En consecuencia, la Corte ordenará a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y Nueva EPS, si aún no lo hubieren hecho, expidan a los familiares accionados en esta tutela la copia completa e íntegra de la historia clínica del señor Víctor Manuel Barragán Ortiz, para su uso exclusivo y reservado, en el entendido que no podrán hacerla pública, ya que el respeto por el derecho a la intimidad de su pariente exige que esa información se

mantenga reservada y alejada del conocimiento general de la sociedad. Lo anterior, implica que no es posible hacer circular los datos obtenidos y que éstos solamente podrán ser utilizados para satisfacer las razones que motivaron la solicitud.

5.6 Consiente la Sala de la complejidad del asunto que se presentó a revisión, se ordenará a la Personería Distrital de Bogotá y a la Defensoría del Pueblo que, conjuntamente, apoyen, acompañen y vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo y postulados de la jurisprudencia de esta Corporación, con el fin de garantizar de manera efectiva las ordenes aquí dadas.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR por las razones y en los términos de esta sentencia, los fallos proferidos en el asunto de la referencia, por los Juzgados 65 Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado 39 Civil del Circuito de la misma ciudad.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y a Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, lleve a cabo una junta médica en la que se analicen y bajo criterios científicos se aprueben o refuten en los términos de la Sentencia T-760 de 2008 de esta Corporación, la viabilidad y la necesidad de los servicios que a juicio de los familiares del señor Víctor M. Barragán Ortiz éste requiere. En dicha junta médica los interesados podrán llevar a consideración del comité tanto prescripciones de médicos adscritos a la entidad, como criterios de médicos externos.

TERCERO.- ADVERTIR a Nueva EPS y a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad que, en el evento que la junta médica que analice el caso del señor Barragán encuentre viable el suministro de un servicio requerido, de no estar aquél o aquellos incluidos dentro del Plan Obligatorio en Salud, podrá solicitar el recobro ante el FOSYGA, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Sentencia C-463 de 2008 y el literal “j” del artículo 14 de la ley

1122 de 2007.

CUARTO.- ORDENAR a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y Nueva EPS, (si aún no lo hubieren hecho), expedir a los familiares accionados en esta tutela la copia completa e íntegra de la historia clínica del señor Víctor Manuel Barragán Ortiz, para su uso exclusivo y reservado, en el entendido que no podrán hacerla pública, ya que el respeto por el derecho a la intimidad de su pariente exige que esa información se mantenga reservada y alejada del conocimiento general de la sociedad. Lo anterior implica que no es posible hacer circular los datos obtenidos y que éstos solamente podrán ser utilizados para satisfacer las razones que motivaron la solicitud.

QUINTO.- ORDENAR a la Personería Distrital de Bogotá y a la Defensoría del Pueblo, que conjuntamente, apoyen, acompañen y vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo y postulados de la jurisprudencia de esta Corporación, con el fin de garantizar de manera efectiva las ordenes aquí dadas.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 18 del cuaderno de revisión

2 Folio 22 del cuaderno de revisión

3 Ver Sentencias T-023/95, T-342/04, T-294/04, T-061/04, T-531/02, T-1224/00, entre otras.

4 Ver Sentencias T-232/04 y T-172/07, entre otras.

5 Folios 114 y 115.

6 Folios 1 a 5.

7 Sentencia T-760/08

8 Los servicios que se requieran son aquellos servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal, no importa como se conozcan en el argot médico o científico, ya sea que se trate de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, diagnósticos, exámenes, consultas con especialistas, tratamientos, traslados de centros hospitalarios, etc.

9 Confróntese la Sentencia T-396/08.

10 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-016 de 2007, T-200 de 2007, T-233 de 2008, T-517 de 2008, T-548 de 2008, T-760 de 2008, T-120 de 2009, entre otras.

11 Recuérdese que de acuerdo con el artículo 49 de la Carta Política, la salud es un derecho y un servicio público, cuya prestación es organizada y coordinada por el Estado y en virtud del texto superior, debe garantizarse a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

12 “La jurisprudencia sobre el acceso a los servicios de salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Entre otras sentencias, pueden consultarse al respecto, la SU-480 de 1997 (...) y la SU-819 de 1999 (...).”

13 Sobre este aspecto, la Sentencia T-760 de 2008 señaló: “De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.”

14 En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-597 de 1993, manifestó que es recomendable entender 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. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.

15 Ver la sentencia T-881 de 2002, en la cual se hace un exhaustivo recuento de los alcances funcionales y normativos del concepto dignidad humana.

16 En la sentencia T-220 de 2004 también se explicó: “El derecho fundamental a la dignidad humana está determinado en su dinámica funcional, por un contenido específico en tres ámbitos de protección: el ámbito de la autonomía, el del bienestar material y el de la integridad física y moral. Su cualificación como fundamental parte de una interpretación de varias disposiciones constitucionales que determinan su dimensión normativa en el ámbito interno (Artículos. 1, 42 y 53 y 70 CN). De otro lado, su condición de derecho público subjetivo está determinada por la concurrencia de tres elementos definitorios. Un titular universal: la persona natural; un objeto debido: la interdicción de las conductas que interfieran el ámbito de su protección (autonomía, bienestar e integridad); y un destinatario universal de la prestación: toda persona pública o privada.”

17 Sentencia T-881 de 2002 En la sentencia T-220 de 2004 también se dijo: “17. El derecho fundamental a la dignidad humana está determinado en su dinámica funcional,

por un contenido específico en tres ámbitos de protección: el ámbito de la autonomía, el del bienestar material y el de la integridad física y moral. Su cualificación como fundamental parte de una interpretación de varias disposiciones constitucionales que determinan su dimensión normativa en el ámbito interno (Artículos 1, 42 y 53 y 70 CN). De otro lado, su condición de derecho público subjetivo está determinada por la concurrencia de tres elementos definitorios. Un titular universal: la persona natural; un objeto debido: la interdicción de las conductas que interfieran el ámbito de su protección (autonomía, bienestar e integridad); y un destinatario universal de la prestación: toda persona pública o privada.” Esta sentencia fue reiterada en la sentencia T-917 de 2006.

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

19 Así lo ha expresado en varias oportunidades esta Corporación. Ver, entre otras, sentencias T-366 de 1993 y T-123 de 1994.

20 Sentencia T-760 de 2008.

21 Cfr. Sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001 y T-476 de 2004.

22 Cfr. Sentencias T-304, T-835, T-1041 y T-1138 de 2005; T-662 de 2006; T-500 de 2007; T-083 y T-151 de 2008; entre otras.

23 Al respecto, ver la Sentencia T-083 de 2008.

24 Esta Corporación ha aplicado el principio pro homine para la protección del derecho a la salud, entre otras, en las siguientes Sentencias: T-037, T-308, T-730 y T-945 de 2006; T-200, y T-499 de 2007.

25 Ver Sentencia T-277 de 2003.

26 Sobre el carácter reservado de la historia clínica véase, entre otras, las Sentencias: T-161 de 1993, T-413 de 1993, T-158 de 1994, SU-256 de 1996, T-623 de 1996, T-1563 de 2000, T-275 de 2005 y T-513 de 2006.

27 Sentencias T-303 de 2008, T-343 de 2008, T-837 de 2008 y T-119 de 2009, entre otras.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-158A de 2008.

29 Los requisitos expuestos pueden verse tratados en las Sentencias T-303 de 2008, T-343 de 2008, T-837 de 2008 y T-119 de 2009. En la Sentencia T-343 de 2008 se precisó que en el caso de las personas que se encuentran en estado de incapacidad física o mental para autorizar a terceros el acceso a su historia clínica, deben tenerse en cuenta, además, los parámetros sentados en la Sentencia C-264 de 2006, según la cual: “La entrega de información médica a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas totalmente incapaces, no quebranta el secreto profesional médico. La relación médico-paciente, desde el punto de vista jurídico no puede, en este caso, prescindir de los representantes legales del menor o del incapaz. El suministro de las informaciones médicas a los susodichos representantes legales, corresponde al cumplimiento del deber del médico de procurar un consentimiento ilustrado y no puede, por ende, considerarse en modo alguno violación al secreto profesional. De otro lado, las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso del menor y del incapaz enfermos, reclaman de la sociedad y de sus parientes próximos el mayor cuidado, y éste no puede darse si sus representantes legales no reciben información de parte del médico tratante.”

30 Folio 91

31 Folio 5

32 Folio 107

33 Folio 5

34 Folio 18 del cuaderno de revisión

35 Folio 22 del cuaderno de revisión

36 Recuérdese que las EPS deben poner a consideración de los respectivos Comités Técnicos Científicos todas las peticiones de los usuarios de cualquier tipo de servicio médico que no se encuentre incluido en el plan de salud. De ser autorizadas, están

facultadas para solicitar el recobro total del costo del servicio. Si no es aprobada, no se estudia oportunamente o no se tramita la misma ante el respectivo comité, y por ello la persona o quien la represente se ve obligada a acudir a la acción de tutela para lograr su suministro; los costos que se originen por dicha prestación deben ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga en el régimen contributivo.

37 Folio 22 y 23 del cuaderno de revisión.

39 Folio 120. Subrayado fuera del texto original.