

Sentencia T-636/07

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Procedencia

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Concepto

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Demora injustificada en diagnóstico

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Vulneración por no realizarse examen de diagnóstico

DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA-Desarrollo del ordenamiento jurídico interno a partir del derecho internacional

El desarrollo que ha tenido la garantía del derecho a la salud sexual y reproductiva en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido a actualizar y a complementar la protección que este derecho recibe en el ordenamiento jurídico interno. Se mantiene así la búsqueda por ampliar y profundizar cada vez más su garantía. Este avance se muestra con claridad cuando se lee la argumentación utilizada por la Corte Constitucional para fundamentar la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenalizó el aborto inducido bajo ciertas circunstancias. Allí hizo especial hincapié la Corporación acerca de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Resaltó la Corte que: “En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.”

CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER/DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA Y PLANIFICACION FAMILIAR

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Documentos importantes en relación con su desarrollo

DERECHO A LA SALUD SEXUAL-Lineamientos jurisprudenciales

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Reconocimiento como derechos humanos y derechos constitucionales fundamentales

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Es susceptible de protección a través de acción de tutela

La acción de tutela se torna procedente para garantizar el derecho al examen de diagnóstico cuando éste ha sido prescrito por el médico o la médica tratante y de no efectuarse dicho examen bien sea (i) se pone en peligro la vida o la salud del (de la) paciente; o (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma; o (iii) se desconoce la estrecha relación existente entre el resultado del examen y el tratamiento integral de la enfermedad.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de realizar el diagnóstico

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Repetición contra el FOSYGA

Referencia: expediente T-1597440

Acción de tutela instaurada por Blanca Isabel Posada Castañeda contra COOMEVA E. P. S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Catalina Botero Marino y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulúa, Valle.

I. ANTECEDENTES.

La ciudadana Blanca Isabel Posada Castañeda instauró acción de tutela con el propósito de solicitar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida (artículo 11 C. N.); a la salud (artículo 49 C. N.); al respeto por la dignidad humana (artículo 1º C. N.); al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C. N.) que considera fueron desconocidos por COOMEVA E. P. S. con fundamento en los siguientes

Hechos.

1.- Relata la actora que es beneficiaria de su esposo, Diego Patiño Agudelo y que ha quedado embarazada en varias oportunidades pero por razones desconocidas los embarazos terminan en abortos, motivo por el cual se le han efectuado procedimientos para saber cuáles son las razones de esos abortos (expediente, cuaderno uno a folio 2).

2.- Manifiesta que en vista de que ninguno de los tratamientos ha dado el resultado esperado, esto es, no la han conducido a procrear, la doctora Ana Isabel Bravo quien trabaja en la Clínica San Francisco de la ciudad de Buga le ordenó practicarse los exámenes CARIOTIPO MATERNO Y CARIOTIPO PATERNO con el propósito de establecer cuáles son la causas de los abortos y seguir el tratamiento correspondiente (expediente a folio 2).

3.- Expresa que una vez prescritos los exámenes se elevó ante COOMEVA E. P. S. solicitud para realizarlos, petición que fue rechazada por la entidad demandada mediante orden de negación del servicio (expediente a folio 2).

4.- Alega que esa negación por parte de la E. P. S. la priva de tener una familia y de “realizarse como mujer.” Dice que esa actitud omisiva por parte de la E. P. S. impide también tener hijos a su marido. Agrega que la entidad demandada desconoce además su derecho “a la vida, a la dignidad humana por que como mujer gestora de vida [se] siente frustrada y lo mismo su esposo.” Concluye diciendo que la entidad demandada desconoce su derecho al libre desarrollo de la personalidad así como el derecho a tener una familia (expediente a folio 2).

Solicitud de Tutela.

5.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Blanca Isabel Posada Castañeda

solicita que se le amparen los derechos constitucionales fundamentales que estima fueron desconocidos por la entidad demandada y exige que se ordene al gerente de COOMEVA E. P. S. o a quien haga sus veces que ordene la realización de los exámenes CARIOTIPO PATERNO Y CARIOTIPO MATERNO.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

6.- En el expediente obran las siguientes pruebas:

-Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Diego Patiño Agudelo (expediente a folio 4).

-Ficha emitida por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas Programa de Derecho de la Unidad Central del Valle del Cauca el día 18 de enero de 2007 en la cual la actora declara que tiene un ingreso individual de \$400.000.00 y relata que ha tenido cinco abortos y que la médica tratante le ordenó exámenes que la entidad COOMEVA E. P. S. se ha negado a practicar (expediente a folio 5).

-Fotocopia del documento por medio del cual COOMEVA E. P. S niega la practica de los exámenes CARIOTIPO PATERNO y CARIOTIPO MATERNO a la señora Blanca Isabel Posada fechado el día 11 de diciembre de 2006 (expediente a folio 6).

-Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Blanca Isabel Posada Castañeda.

-Ficha elaborada por el Consultorio Jurídico de la Universidad Central del Valle del Cauca - Facultad de Derecho - en la que la peticionaria relata los hechos relacionados con su caso (expediente a folio 11).

-Declaración juramentada rendida por la señora Blanca Isabel Posada Castañeda ante el Despacho del Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías constitucionales de Tulúa Valle el día 24 de enero de 2007 mediante la cual manifiesta lo siguiente:

“A mi la doctora Ana Isabel Bravo me mandó un examen llamado cariotipo materno y otro cariotipo paterno. Coomeva me dice que estos exámenes no están dentro del POS y yo no tengo el dinero suficiente par pagarlos, y de ese examen depende si puedo embarazarme o no. PREGUNTADO. Manifieste al Despacho cuál es la enfermedad que usted padece.

CONTESTO: Yo tengo abortos constantemente, ya llevo 5 abortos, todos antes de los 6 meses de gestación. A mi me han tomado toda clase de exámenes para poder determinar si puedo volverme a embarazar pero todos salen buenos, y por ese motivo la doctora me manda estos exámenes para poder determinar si puedo volverme a embarazar, y si mis genes son compatibles con los de mi esposo. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho qué costo tienen los exámenes cariotipo materno y cariotipo paterno. CONTESTO: En el consultorio Ángel los dos exámenes cuestan \$540.000.00 PREGUNTADO: Manifieste cuál es su médico tratante. CONTESTO: La Doctora Ana Isabel Bravo. Ella trabajaba en la Clínica San Francisco. PREGUNTADO. Sabe usted si su médico tratante se encuentra adscrito a COOMEVA EPS. CONTESTO: Ella se encuentra adscrita a Coomeva EPS, ella atiende paciente (sic) de alto riesgo. PREGUNTADO: Diga al Despacho si la cita que sacó usted con la cual la atendió la Doctora Bravo la hizo a través de su EPS Coomeva. CONTESTO: si, me dieron cita con mi carné y la saqué en la clínica San Francisco. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si usted es cotizante o beneficiaria de la entidad Coomeva EPS. CONTESTO: Soy beneficiaria por parte de mi esposo Diego Patiño Agudelo. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho a qué se dedica usted, si tiene ingresos mensuales, además nos dirá en qué estrato vive. CONTESTO: Yo me dedico a ser ama de casa, no tengo ingresos mensuales y yo vivo en estrato dos en el barrio Aguaclara. PREGUNTADO: Cuáles son los ingresos familiares suyos. CONTESTO: yo vivo con mi esposo y con una sobrina de 9 años de edad, mi esposo actualmente está desempleado pero es motorista, vivimos en una casa arrendada, estamos subsistiendo con lo poco que tenemos ahorrado. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si Usted tiene otro servicio médico con el cual pueda acceder a los exámenes cariotipo materno y cariotipo paterno. CONTESTO: No tengo otro tipo de servicio médico. PREGUNTADO: Tiene algo más que decir en la presente diligencia. CONTESTO: Siempre quedo embarazada, estoy en embarazo de alto riesgo, me cuido bastante para ver si de pronto prospera mi embarazo y finalmente aborto, pero no tengo problemas con mi salud." (Expediente a folio 16).

Respuesta de la entidad demandada.

7.- La entidad demandada responde que no puede autorizar los exámenes prescritos por cuanto no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. Expresa que la entidad le ha brindado a la actora todos los servicios y atenciones contempladas dentro del POS y que, por consiguiente, no ha desconocido ningún derecho fundamental de la peticionaria. Solicita negar la tutela y exonerar a la entidad de brindar a la accionante el procedimiento no POS

por ella requerido. Añade que de concederse el amparo, entonces se especifique en la parte resolutive de la sentencia que la entidad COOMEVA EPS tendrá derecho a recobrar el dinero al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).j

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera instancia.

8.- El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Tulúa, Valle, mediante providencia fechada el día seis de febrero de 2007, resolvió declarar improcedente la acción de tutela con fundamento en los motivos que se sintetizan a renglón seguido.

El despacho aceptó los argumentos expresados por el Ministerio de la Protección Social encaminados a subrayar que los exámenes solicitados están excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Estimó el Juzgado que en el caso bajo análisis tampoco se cumplía con los requisitos jurisprudenciales para otorgar por vía de tutela prestaciones no contempladas en el Plan Obligatorio de Salud. Citó la sentencia T-689 de 2001 por medio de la cual la Corte Constitucional estableció que “el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable cuando éste se dirige a posibilitarle mediante acción positiva, verbigracia una intervención médico quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer cuya función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal (...)”. Según lo manifestado por el despacho, la patología sufrida por la actora no afecta de modo serio su salud, ni su vida, motivo por el cual la tutela no resulta procedente en el caso sub examine por cuanto se solicita el amparo de derechos de segunda generación que sólo pueden ser tutelados si está demostrada una amenaza inminente para la vida de la accionante.

Segunda instancia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulúa Valle por medio de sentencia emitida el día 22 de marzo de 2007 confirma la decisión del a quo y acoge los argumentos esgrimidos por ese despacho para fundamentar su fallo. Expresa, en esa dirección, que si bien es cierto a partir de lo dispuesto en el ordenamiento constitucional la función de procreación de la mujer está protegida, tal salvaguardia no puede extenderse en el sentido de exigir que el Estado deba efectuar acciones para que las mujeres puedan procrear sino que ha de limitarse a no

obstruir el derecho de las mujeres a procrear. De conformidad con lo manifestado por el despacho, “existe el derecho de todo ser humano a procrear pero la existencia de ese derecho no implica el deber del Estado de garantizar tal condición biológica de una persona cuando naturalmente esa función no se tiene, es decir, es decir la protección por parte del Estado se circunscribe a que la persona tenga la posibilidad de procrear y elegir libremente el número de hijos que desea tener.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2.- Planteamiento del caso concreto y problema jurídico objeto de estudio.

3.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si una Entidad Promotora de Salud vulnera los derechos constitucionales fundamentales a la vida; al respeto por la dignidad humana; a la salud sexual y reproductiva; al libre desarrollo de la personalidad de una mujer al negarse a practicarle exámenes necesarios para verificar cuáles son las patologías que le impiden llevar a término sus embarazos cuando estos exámenes fueron prescritos por la médica tratante y la mujer carece de medios suficientes para solventar por sí misma el costo de las pruebas ordenadas.

4.- Para resolver los anteriores asuntos constitucionalmente relevantes, esta Sala de Revisión se pronunciará sobre: (i) los aspectos relativos a la protección del derecho constitucional fundamental a la salud mediante acción de tutela; (ii) la protección del derecho fundamental a la salud incluye el derecho al diagnóstico de conformidad con las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional; (iii) protección reforzada de la salud sexual y reproductiva: en el ordenamiento jurídico interno y en el ámbito internacional; (iv) jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela para reconocer prestaciones comprendidas en la atención de la salud sexual y reproductiva excluidas del Plan Obligatorio de Salud -POS-;(v) el caso concreto.

Protección del derecho constitucional fundamental a la salud por acción de tutela

5.- Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación –derecho constitucional fundamental y servicio público¹-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

En este orden de ideas, el artículo 49 de la Constitución Nacional dispone que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

6.- En relación con la protección del derecho constitucional fundamental a la salud mediante acción de tutela, ha expresado la Corporación que la salud no es un derecho fundamental cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La implementación práctica de este derecho implica no desconocer su faceta prestacional, asunto éste, que obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que la eficacia de este derecho tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la puesta en vigencia de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

7.- De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización - y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

8.- A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.

9.- Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, "(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo."³ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

10.- En relación con la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en tal materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de

reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.⁴

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

11.- Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares – en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente⁵ de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

12.- No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"⁶. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

La protección del derecho constitucional fundamental a la salud incluye el derecho al diagnóstico de conformidad con las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional.

13.- La Corte Constitucional ha considerado que el derecho al diagnóstico forma parte integral del derecho constitucional fundamental a la salud⁷. Recientemente, en la sentencia T-499 de 2007 recordó la Corte que el servicio de salud debe prestarse de manera continua existiendo un estrecho nexo entre la prestación ininterrumpida del servicio y la calidad así como la eficacia del mismo. A partir de lo anterior, resulta obligatorio para las Empresas Promotoras de Salud obrar de manera pronta, oportuna, eficaz y continua en la prestación del servicio de salud. No pueden estas entidades abstenerse de realizar procedimientos u omitir actuaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos⁸.

14.- En relación con el derecho al diagnóstico, estima la Sala pertinente recordar la definición contenida en el literal 10 del artículo 4^o del Decreto 1938 de 1994 de conformidad con la cual debe entenderse por diagnóstico "todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad". En ese orden, negar la realización de un examen diagnóstico significa privar a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento e implica, en tal sentido, vulnerar su derecho fundamental a vivir una vida en condiciones de calidad y de dignidad.

15.- La Corte Constitucional ha sostenido que la negación o el retraso en la autorización de

un examen diagnóstico ordenado por el médico tratante conlleva a un desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales a la vida digna y a la salud⁹. La vulneración de los derechos constitucionales fundamentales por la falta de continuidad o el retraso en la prestación del servicio de salud o por la negación de exámenes diagnósticos no ocurre sólo “cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino cuando se suspenden injustificadamente procedimientos que son necesarios para recuperar el restablecimiento de la salud perdida o cuando se niegan diagnósticos que revelarían o descartarían una anomalía en la salud”¹⁰.

Por el motivo expuesto, ha sido la Corte enfática en rechazar argumentos encaminados a sostener que un examen de diagnóstico formulado por el médico tratante no se puede efectuar por cuanto no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud¹¹. En este lugar resulta oportuno recordar lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia T-366 de 1999 respecto del derecho al examen diagnóstico como uno de los elementos integrantes del derecho a la salud, el cual, a juicio de la Corporación :

“no solamente incluye [el derecho a] reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente (...) la seguridad de que, si los médicos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que éstos ordenen.”

la entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos a la salud de sus usuarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor.”

16.- Ha acentuado la Corte en relación con esta temática, que al médico tratante le corresponde determinar si es o no necesario realizar un examen para determinar el estado de salud de los pacientes así como el posible tratamiento a seguir para obtener, bien, la

mejoría, o las posibles soluciones médicas que le permitan al paciente vivir en condiciones dignas. Como ya resalta en lo arriba dicho, es el médico tratante quien de conformidad con las circunstancias particulares de cada paciente define cuál es el tratamiento que ha de seguirse o el examen diagnóstico que debe efectuarse de modo que “la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional¹².”

17.- Así cabe subrayar que negar la práctica de un examen diagnóstico indispensable para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja a un paciente o necesario a fin de precisar el nivel de afectación de la salud y determinar el tratamiento apropiado, significa, de modo simultáneo, desconocer o poner en grave peligro los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física, psíquica y emocional de los pacientes. Practicar exámenes diagnósticos le permite “a los médicos marcar los derroteros a seguir para combatir una enfermedad, aplicando el tratamiento acorde con las condiciones del paciente y su padecimiento¹³..” Las Entidades Promotoras de Salud no pueden por tanto dejar de apreciar la importancia que tienen los exámenes de diagnóstico y deben abstenerse de anteponer razones de orden administrativo para omitir su práctica.

18.- En este lugar se pone de manifiesto que la Corte en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado acerca de los exámenes de diagnóstico excluidos del POS. Al respecto se expresó la Corporación en la sentencia T-110 de 2004 y sostuvo que cuando las circunstancias del asunto en particular así lo ameritaran debía protegerse el derecho al diagnóstico e ilustró por medio de algunos ejemplos en qué casos se justificaba tal protección.

El derecho al examen de diagnóstico debe garantizarse siempre que de no efectuarse tal examen (i) se pone en peligro la salud y la vida del paciente (Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2001); (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma (Corte Constitucional. Sentencias T-260 de 1998, T-185 de 2004); (iii) se desconoce la estrecha relación que existe entre el resultado del examen y el tratamiento integral de la enfermedad (Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2004); (iv) se imposibilita que el paciente pueda ser tratado médicamente en forma tal que se le facilite “desarrollar al máximo sus actividades diarias y desempeñarse normalmente en sociedad” (Corte Constitucional. Sentencia T-304 de 2005).

19.- En los casos enunciados previamente o en otros similares en los que está en juego la garantía del derecho constitucional fundamental a la salud de personas requeridas de tratamiento, examen, intervención, medicamento o diagnóstico, si la Entidad Promotora de Salud niega la prestación del servicio argumentando que este se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, la acción de tutela se torna procedente. Así las cosas, la E. P. S. está obligada a prestar el servicio que se requiera. Ahora bien, con el propósito de preservar el equilibrio financiero, las Entidades Promotoras de Salud tienen la posibilidad de recobrar contra el FOSYGA14.

20.- Los mecanismos de protección interna de los derechos constitucionales fundamentales se refuerzan con aquellos previstos en los documentos internacionales encaminados a asegurar la vigencia de los derechos humanos así que cuando se han agotado todos los recursos disponibles en el ordenamiento jurídico interno o cuando se hace evidente que los instrumentos existentes no garantizan el acceso a la justicia, se puede acudir a la vía que ofrecen las instancias internacionales de protección de los derechos humanos. Lo expresado con antelación ha sido ya mencionado por la Corte Constitucional en otras ocasiones y fue reiterado más recientemente en la sentencia T-704 de 2006. En aquella oportunidad evocó la Corte lo siguiente:

“El Estado que suscribe, aprueba y ratifica un Tratado o Convenio Internacional sobre Derechos Humanos se compromete a que todas las autoridades que actúan a nombre del mismo cumplirán con las obligaciones derivadas de aquellos Tratados. El Estado se obliga tanto frente a los individuos que habitan en su territorio como respecto de los otros Estados que junto a él aprobaron el texto de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos

Las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son múltiples y comprometen a todos los sectores estatales sin excepción: político, administrativo y judicial. En tal sentido, deben los Estados: (i) interpretar los derechos constitucionales fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales aprobados por el Estado; (ii) ajustar la legislación interna así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales Pactos; (iii) abstenerse de promulgar normas que contraríen esos Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos; (iv) evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales se

desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales - con independencia del cargo en el cual se desempeñen las autoridades o agentes estatales o el nivel en que realicen sus funciones - sea en el plano nacional o en el territorial -incluso cuando se trata de la omisión de prevenir o reprimir acciones ilícitas de los particulares; (v) procurar vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia.

Si el Estado colombiano, en cualquiera de los campos en que se desenvuelve la actividad estatal - legislativo, administrativo y judicial - y en el ámbito en que opere - sea territorial o nacional - no interpreta los derechos constitucionales fundamentales de acuerdo con lo establecido por los Convenios Internacionales aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional; o no ajusta la legislación interna a lo preceptuado por esos instrumentos internacionales; o promulga leyes contrarias a lo previsto en los mismos; o no evita que se vulneren tales Pactos internacionales mediante la acción u omisión de sus agentes - o de particulares que obran en su nombre; o se abstiene de diseñar vías ciertas, expeditas y efectivas de acceso a la justicia, incurre en incumplimiento de las obligaciones derivadas de la firma, aprobación y ratificación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y debe, por consiguiente, responder.

En concordancia con lo expresado, el artículo 93 de la Constitución Nacional prevé que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional que prohíben la limitación de los derechos en estados de excepción, forman parte del llamado bloque de constitucionalidad¹⁵. Establece, además, que todos los derechos y deberes consignados en la Constitución Nacional deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado colombiano¹⁶. Esta obligación comprende la necesidad de actualizar los contenidos de las normas que acogen derechos constitucionales fundamentales de acuerdo con lo dispuesto por estos tratados. (Énfasis añadido).

Abarca, también, la posibilidad de complementar las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico interno a favor de los derechos constitucionales fundamentales con aquellas previstas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Lo anterior supone, desde luego, la aplicación del principio pro homine, esto es, las normas han de complementarse de manera tal, que siempre se amplíe la protección prevista en el orden

jurídico interno y no se disminuya. En el evento en que la norma que se desprende del Tratado internacional sea más restrictiva, se aplicará de preferencia la norma de derecho interno. De otra parte, en virtud de lo dispuesto por el artículo 94 superior, así como a partir de lo consignado en el artículo 44 de la Constitución Nacional- sobre los derechos de los niños y de las niñas - la obligación de interpretar los derechos constitucionales fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia contiene, de igual modo, la posibilidad de adicionar el ordenamiento jurídico interno con nuevos derechos siempre, claro está, bajo aplicación del principio pro homine mencionado atrás. (Énfasis añadido).”

21.- Como tendrá la Sala oportunidad de mostrarlo a continuación, el desarrollo que ha tenido la garantía del derecho a la salud sexual y reproductiva en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido a actualizar y a complementar la protección que este derecho recibe en el ordenamiento jurídico interno. Se mantiene así la búsqueda por ampliar y profundizar cada vez más su garantía. Este avance se muestra con claridad cuando se lee la argumentación utilizada por la Corte Constitucional para fundamentar la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenalizó el aborto inducido bajo ciertas circunstancias. Allí hizo especial hincapié la Corporación acerca de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Resaltó la Corte que:

“En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.”

22.- Dentro de los documentos internacionales más destacados la Corte hizo referencia a la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en el año de 1968¹⁷. Subrayó particularmente la importancia de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993 pues a partir de ahí se determinó que “los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales.”

23.- Hizo memoria la Corporación sobre la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en el año de 1994¹⁸ en la cual se dio un gran paso respecto de la protección de los derechos humanos de la mujer y, en concreto, en relación con la necesidad

de amparar sus derechos sexuales y reproductivos en tanto derechos humanos reconocidos por tratados internacionales. En el mismo orden de ideas arriba expuesto, destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, cómo los distintos tratados internacionales configuran el fundamento para efectos de reconocer y proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y en qué medida el amparo de tales derechos se relaciona, de modo simultáneo, con “la protección de otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia”, derechos éstos, “que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos.” En esa misma dirección, acentuó la Corte cómo cuando se desconocen los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, otros derechos pueden resultar también directamente afectados de modo que pueden tomarse como canon “para proteger y garantizar [los] derechos sexuales y reproductivos” de las mujeres.

24.- Luego de destacar la Corte cuán importantes resultan para la protección de los derechos de las mujeres documentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos, resaltó la Corporación, en particular, los beneficios que en orden a asegurar la vigencia de los derechos de la mujer se derivan, por una parte, de lo consignado en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981 y, por otra, de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, entrada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995. Subrayó la Corporación, cómo estos tratados “junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales” resultan “fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional¹⁹.”

25.- En lo concerniente a la efectiva realización del derecho fundamental a la salud de las mujeres - la cual incluye la protección de sus derechos sexuales y reproductivos - recordó la Corte lo siguiente:

“en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la

planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos.

También en el área de salud, se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente²⁰.”

26.- Más adelante, resaltó el Tribunal la necesidad de no obstaculizar el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer y la importancia de asegurar la vigencia del derecho de las mujeres a controlar su fecundidad. Justo en esa dirección, advirtió que prácticas encaminadas a imponer métodos anticonceptivos o a prescribir la esterilización involuntaria constituían graves vulneraciones del derecho a la autodeterminación reproductiva. Expresó, de otra parte, cómo el derecho a decidir el número de hijos está relacionado de modo estrecho con el derecho a la vida de la mujer, de ahí la forma en que incide en la garantía de tal derecho la existencia de “legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna²¹.” Subrayó la Corte Constitucional cómo

“[o]tros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le

obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.”

27.- Respecto del derecho a la igualdad y no discriminación, mencionó la Corporación que la Convención de la Mujer había consagrado el derecho de las mujeres a

“disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación.”

28.- Destacó la Corte, por último, la íntima relación existente entre el derecho a la educación y la puesta en vigencia de los derechos sexuales y reproductivos e indicó que tal nexo podía analizarse en distintos horizontes principiando por el nivel de educación básica de modo que se asegure a las mujeres desde el comienzo la capacidad para actuar de manera autónoma dentro de su familia y en su comunidad siempre procurando que ellas tomen conciencia de sus derechos. En relación con lo anterior, puso de relieve la Corporación la necesidad de que la garantía de la educación abarque el derecho de las mujeres a recibir información sobre su salud reproductiva y la posibilidad de decidir en forma libre el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.

30.- Como puede comprobarse a partir de lo expuesto hasta aquí, los tratados internacionales sobre derechos humanos así como los documentos expedidos por las instancias internacionales encaminados a amparar y a desarrollar los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva, tienen una especial relevancia al momento de proteger los derechos constitucionales fundamentales así como en el instante de fijar el sentido y alcance de tales derechos. A continuación, mencionará la Sala algunos de los documentos más importantes en relación con la puesta en vigencia de los derechos sexuales y reproductivos.

31.- En el campo de la realización de los derechos sexuales y reproductivos se destaca la definición de salud sexual emitida por la Organización Mundial de la Salud. Esta entidad considera que la salud sexual consiste en “la integración de los aspectos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual, a través de formas que realzan y enriquecen la personalidad, la comunicación y el amor.” Por su parte, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo que como se mencionó en líneas

anteriores tuvo lugar en el Cairo de 1994²⁴, estableció que la salud reproductiva tenía como propósito procurar un “estado general de bienestar físico, mental y social” de las personas y no se reducía únicamente a garantizar “la mera ausencia de enfermedades o dolencias.” Según el programa la salud reproductiva se endereza a proteger las facetas vinculadas “con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos” así como “la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear y la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.”

32.- De conformidad con lo establecido por la CIPD la atención de la salud reproductiva abarca:

“el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen al bienestar y salud en ese campo a través de la prevención y la resolución de sus problemas. La adecuada atención de la salud sexual y reproductiva implica una integración de los servicios y tecnologías de salud, comprendiendo la atención integral del embarazo, parto, puerperio y lactancia, planificación familiar, métodos anticonceptivos, morbilidad materno infantil, la atención del VIH-SIDA, y otras enfermedades de transmisión sexual, tratamientos de patologías genitomamarias y/o prostáticas, tratamientos de infertilidad y esterilidad, en un abordaje conjunto de los servicios de salud con los servicios sociales y educativos.”

33.- El informe presentado por Naciones Unidas de la CIPD incluye un capítulo completo dedicado a los derechos reproductivos y la salud reproductiva. En éste, se afirma que el origen último de tales derechos descansa en el reconocimiento de ciertos derechos humanos, consagrados en legislaciones nacionales y en documentos internacionales sobre derechos humanos, tales como: (i) el derecho de las parejas y de los individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos, así como a disponer de la información y los medios para ello²⁵; (ii) el derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva; y (iii) el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminaciones, coacciones ni violencia.

No obstante, reconoce que muchas personas en el mundo no tienen acceso a la salud reproductiva a causa de factores como la falta de educación sobre la sexualidad humana, los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva, la persistencia de comportamientos sexuales de alto riesgo, las prácticas sexuales discriminatorias, la

discriminación de que son objeto mujeres y niñas y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres en relación con su vida sexual y reproductiva.

Por ello, el Programa de Acción de la CIPD insta a los países a que se esfuercen por que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas “lo antes posible y a más tardar para el año 2015”²⁶ mediante el sistema de atención primaria de salud, con inclusión de los servicios ya reseñados en el fundamento jurídico No. 10 de esta sentencia.

34.- La Declaración o Plataforma de Beijing de 1995, establece, de otro lado, que “[l]os derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”²⁷ y dentro de las medidas que los Estados deben adoptar, la Declaración incluye aquella relativa a proporcionar servicios de atención primaria en salud, así como en salud sexual y reproductiva más accesibles, económicos y de calidad que comprendan servicios de planificación familiar e información relativa a estos servicios; de igual manera, insta a los Estados a conceder especial importancia a los servicios de maternidad y de obstetricia de urgencia, según lo acordado en el Programa de Acción de la CIPD²⁸.

35.- Como fue señalado más arriba y se reitera en este lugar, el desarrollo que ha tenido la garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido a actualizar y a complementar la protección que estos derechos reciben en el ordenamiento jurídico interno. Esta circunstancia puede constatarse asimismo cuando se examina la manera como las distintas Salas de Revisión de Tutelas de la Corte han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la procedibilidad de este mecanismo para ordenar el acceso a prestaciones enmarcadas en la atención propia de la salud sexual y reproductiva que no se encuentran incluidas en el POS. Esta Sala de Revisión pasará entonces a estudiar la jurisprudencia constitucional en materia de prestaciones comprendidas en la atención de la salud sexual y reproductiva.

Jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela para reconocer prestaciones comprendidas en la atención de la salud sexual y reproductiva excluidas del Plan Obligatorio de Salud -POS-

36.- Esta Corporación ha revisado en varias ocasiones fallos proferidos dentro de acciones de tutela interpuestas en busca de suministros de prestaciones relativas a la salud sexual y reproductiva que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

Al ocuparse de asuntos relativos a patologías que alteran la vida sexual normal de las personas, ha señalado la Corte Constitucional que el pleno goce de la salud sexual hace parte del ejercicio de derechos fundamentales como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre su procreación, así como los de la salud, la vida digna, el libre desarrollo de la personalidad. Por esa razón, ha insistido en señalar que las exclusiones del POS no pueden, de ninguna manera, desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas.

37.- Así, por ejemplo, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, en sentencia T-926 de 1999, decidió ordenar a la EPS el suministro del medicamento denominado Viagra excluido del POS, que el actor requería para tratar su problema de disfunción eréctil causado por la diabetes que padecía. La Corporación señaló, entonces, que la salud sexual es un elemento del derecho a la vida en condiciones dignas, al puntualizar:

“Es claro que hace parte del derecho fundamental a la vida, el que tiene toda persona a gozar de una vida sexual normal; en repetidas ocasiones esta Corporación se ha ocupado de considerar la trascendencia del tratamiento médico de afecciones que impiden el desarrollo normal de la fisiología sexual humana, y de valorar la importancia que él tiene en el desarrollo de la persona y en el de la personalidad individual de cada uno. Debe resaltarse que lo comprometido en este caso no es sólo una afección psicológica que merma la autoestima; su padecimiento pone en juego su capacidad de relación, en uno de los aspectos esenciales de la misma: la vida de pareja, y compromete el ejercicio de otros derechos indudablemente fundamentales, como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre la procreación de los hijos. Es que no sólo se trata en este caso de molestias psicológicas, sino de las que se desprenden de una dolencia que equivale, para fines prácticos, a lo que la ley laboral denomina pérdida funcional”.

Por esta razón, concedió la tutela al demandante, y ordenó a la EPS a la cual éste se encontraba afiliado, entregarle el medicamento prescrito por el médico especialista en urología.

38.- En una ocasión posterior, mediante la sentencia T-143 de 2005, la Corte decidió amparar los derechos de un ciudadano de la tercera edad que padecía disfunción eréctil, para cuyo tratamiento, los médicos adscritos a la EPS a la cual se encontraba afiliado en calidad de beneficiario de su hija, habían probado varios medicamentos sin obtener resultados satisfactorios. Finalmente, los especialistas concluyeron que era indispensable el implante de una prótesis peneana (inflable o maleable). Sin embargo, al reclamar la autorización para el implante requerido, la entidad demandada dio respuesta negativa al peticionario, en atención a que la prótesis peneana solicitada se encontraba excluida del POS.

Además de tener en cuenta que la interrupción del tratamiento para la disfunción eréctil, ya iniciado al actor, afectaba la continuidad en el servicio y, en consecuencia, uno de los principios rectores del sistema de seguridad social, cual es la eficacia en la prestación del mismo, la Sala Cuarta de Revisión estableció que la sexualidad de las personas forma parte integral del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y de otros derechos como la intimidad, por lo cual su protección por vía de tutela resulta procedente. Consideró entonces la Corte para conceder la solicitud de amparo constitucional que:

“[S]i la persona que comienza a presentar limitaciones para sostener una actividad en su vida sexual, en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de salud, habrá de advertirse que no se trata tan sólo de simples afecciones de la salud, sino que también comporta la afectación de otros derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la familia e incluso a la vida misma.

Así, cuando el paciente que por razones de salud tiene dificultades para sostener una relación sexual satisfactoria o en el peor de los casos, para tener una relación sexual completa, aún cuando tal situación no comprometa su integridad física o su propia vida, reclama de todos modos el amparo de otros derechos fundamentales a los cuales ya se hizo mención.

Pero, si además, dichas dificultades físicas o de salud obligan a quien las sufre a acudir al servicio de salud, y se da inicio a una de varias posibles opciones tendientes a solucionar su

problema, podrá igualmente reclamar el acceso a todas las demás opciones que médicamente le permitan recuperar su salud y en particular su actividad sexual.

En consecuencia, la atención en salud del paciente que se ve aquejado por disfunciones en su actividad sexual, se somete a los mismos criterios de la continuidad en la prestación de los servicios médicos frente a otras dolencias, en tanto se cumpla con los requisitos que jurisprudencialmente se han determinado. De esta manera, cuando el particular que viene siendo atendido por la entidad prestadora de sus servicios de salud, en razón a una reclamación suya para solucionar un problema en su salud sexual, podrá, si en algún momento le es negado algún procedimiento o medicamento que le ha sido diagnosticado por su médico tratante para solucionar su problema de salud, alegar la aplicación del criterio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Así, en estos casos, aún cuando el derecho a la salud respecto del cual se reclama su protección no tiene conexidad con derechos fundamentales como la vida e integridad física, si presenta una conexidad directa con otros derechos fundamentales, como la dignidad, la intimidad, y el derecho a la familia.”

39.- La jurisprudencia constitucional ha encontrado, asimismo, que de presentarse en el caso concreto ciertas circunstancias, puede acudirse a la acción de tutela para reclamar, por esa vía, prestaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva y, en particular, con tratamientos de infertilidad. En tal sentido, (i) cuando de conformidad con las características del asunto particular se constata afectación del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, esto es, cuando se verifica que el tratamiento ya se había iniciado por parte de la E. P. S. y fue abruptamente interrumpido, la acción de tutela resulta procedente para solicitar la protección del principio de continuidad y eficiencia que forman parte integral de la garantía del derecho fundamental de la salud. También resulta procedente acudir a la referida acción (ii) cuando la infertilidad surge como producto de otras patologías que afectan también la vigencia de derechos constitucionales fundamentales²⁹ tales como el derecho a la salud, a la integridad personal, a la vida en condiciones dignas³⁰.

40.- Si a lo expuesto en líneas precedentes se suman los avances que en materia de protección de la salud sexual y reproductiva de las mujeres efectuara la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 -expuestos en detalle con antelación -, puede confirmarse que los derechos sexuales y reproductivos han sido, en efecto, “reconocidos como derechos humanos, y en cuanto tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional”³¹. Se ha

producido así una ampliación y una profundización en el plano de protección de estos derechos con fundamento en los textos incluidos en tratados y documentos internacionales sobre derechos humanos que parten “de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social³².”

41.- Una vez constatado el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en tanto que derechos humanos y derechos constitucionales fundamentales y verificada la manera como los instrumentos internacionales han contribuido a ampliar y a profundizar la protección de estos derechos en el ordenamiento jurídico interno, en especial, respecto de los derechos de las mujeres y niñas, le corresponde a la Sala Séptima de Revisión establecer si al abstenerse la E. P. S. de autorizar el examen solicitado por la médica tratante, - el cual, resulta indispensable para establecer las patologías que impiden a la actora llevar a término sus embarazos y para determinar el procedimiento a seguir en su caso particular -, desconoce la entidad demandada el derecho de la peticionaria al examen de diagnóstico y vulnera, de paso, su derecho a la salud sexual y reproductiva cuya vigencia se vincula simultáneamente con la protección de sus derechos a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la vida en condiciones de dignidad.

El caso concreto.

42.- En el asunto sub judice la peticionaria relata que ha quedado embarazada en varias oportunidades sin que estos embarazos hayan podido llevarse a término, pues siempre concluyen en abortos. En vista de lo anterior, la médica tratante le ordenó practicarse los exámenes CARIOTIPO MATERNO y CARIOTIPO PATERNO con el fin de detectar las posibles causas de los abortos y así formular el tratamiento adecuado para contrarrestar la patología.

La entidad demandada, COOMEVA E. P. S., se niega a efectuar los exámenes ordenados por la médica tratante alegando que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. En primera instancia, se niega la tutela por improcedente. El a quo estima que la no realización de los exámenes no afecta de manera seria los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la paciente. El ad quem confirma la sentencia de primera instancia con el argumento

según el cual si bien es cierto la función de procreación de la mujer está garantizada en el ordenamiento jurídico constitucional no lo está su derecho a procrear.

43.- La Sala indicó en las consideraciones de la presente sentencia, cómo la jurisprudencia constitucional ha establecido de modo reiterado que el derecho al examen de diagnóstico forma parte integral del derecho constitucional fundamental a la salud. El examen de diagnóstico no sólo resulta indispensable para determinar el estado de salud de las y de los pacientes sino para efectos de establecer cuál ha de ser el procedimiento a seguir con el propósito de obtener, bien sea su mejoría o plantear las alternativas que puedan asegurarles vivir en condiciones dignas, libres de padecimientos extremos o de obstáculos que impidan su realización personal.

44.- Como tuvo ocasión de recordarlo la Sala en líneas precedentes, la acción de tutela se torna procedente para garantizar el derecho al examen de diagnóstico cuando éste ha sido prescrito por el médico o la médica tratante y de no efectuarse dicho examen bien sea (i) se pone en peligro la vida o la salud del (de la) paciente; o (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma; o (iii) se desconoce la estrecha relación existente entre el resultado del examen y el tratamiento integral de la enfermedad.

45.- En el caso concreto, la médica tratante le ordenó a la actora practicarse la prueba CARIOTIPO MATERNO y CARIOTIPO PATERNO con el propósito de detectar la existencia de una patología que le impida a la peticionaria llevar a término sus embarazos. Con fundamento en tal examen, procederá la médica a establecer cuál ha de ser el tratamiento que debe aplicarse para garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de la peticionaria. Así las cosas, puede decirse que en el asunto bajo examen se cumplen los requisitos que hacen procedente la tutela para garantizar la protección del derecho al examen de diagnóstico.

No puede, por tanto, negar la E. P. S. la autorización para practicar el examen de diagnóstico alegando como excusa que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud. La E. P. S. está obligada a prestar el servicio requerido. Ahora bien, con el fin de preservar el equilibrio financiero puede ejercer el recobro de las sumas en que haya incurrido, frente a la correspondiente subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

46.- En el presente caso, al abstenerse de practicar la prueba prescrita por la médica tratante, la entidad demandada no sólo desconoció el derecho al examen de diagnóstico que - como lo indicó la Sala y lo ha subrayado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia - forma parte integral del concepto de salud. Vulneró, simultáneamente, el derecho a la protección de la salud sexual y reproductiva de la peticionaria.

En las consideraciones de la presente sentencia se subrayó que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos especialmente protegidos en el ámbito internacional que por la vía de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Constitución Nacional han adquirido la categoría de derechos constitucionales fundamentales y están estrechamente relacionados con la protección de otros derechos constitucionales fundamentales como lo son los derechos a conformar libremente una familia y a decidir sobre la procreación, así como los derechos a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad.

47.- La titularidad de estos derechos recae particularmente en cabeza de las mujeres, pues una adecuada atención en salud sexual y reproductiva constituye un elemento clave para obtener mayor equidad de género y social. En esa misma dirección, se indicó que la salud sexual y reproductiva no se reduce únicamente a garantizar la ausencia de enfermedades o dolencias. Se encamina, del mismo modo, a proteger el sistema reproductivo en todos sus aspectos, funciones y procesos de forma que las mujeres puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, exenta de riesgos, así como de “la posibilidad de procrear y de la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia³³.” Abarca, aspectos que desde el punto de vista social y educacional se encaminen a reforzar de manera integral la protección de los derechos sexuales y reproductivos³⁴ estrechamente relacionados con la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad.

48.- Por los motivos expuestos, esta Sala tutelaré los derechos cuya protección invoca la peticionaria y, en ese mismo orden, revocará la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Tulúa, Valle. Adicionalmente, ordenará a COOMEVA E. P. S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice la realización del examen CARIOTIPO MATERNO y CARIOTIPO PATERNO prescrito por la médica tratante.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, por la razones expuestas en la presente sentencia, el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulúa, Valle el día 22 de marzo de 2007. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos cuya protección invocó la peticionaria Blanca Isabel Posada Castañeda.

SEGUNDO.- ORDENAR a COOMEVA E. P. S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la práctica del examen CARIOTIPO MATERNO y CARIOTIPO PATERNO recetado por la médica tratante a la peticionaria Blanca Isabel Posada Castañeda.

TERCERO.- AUTORIZAR a COOMEVA E. P. S. para ejercer el recobro de las sumas en que haya incurrido, frente a la correspondiente subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

Magistrada (E)

CON ACLARACION DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

2 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

3 Sentencia T-859 de 2003.

4 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos

asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

5 Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999.

7 La Corte ha considerado que el derecho al diagnóstico hace parte del derecho a la salud y se justifica en la medida en que de éste depende un tratamiento adecuado para el restablecimiento de la salud. Al respecto, en la sentencia T-862 de 1999, se señaló “El aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad. En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución, atenta contra [el derecho a la salud].” Esta consideración ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias: T-148 de 2007; T-499 de 2007; T-500 de 2007; T-887 de 2006; T-752 de 2006; T-555 de 2006; T-762 de 2005; T-1014 de 2005; T-817 de 2004.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-1198 de 2003.

9 *Ibíd.*

10 *Ibíd.*

11 *Ibíd.*

12 Corte Constitucional. Sentencia T-366 de 1999.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2004.

14 Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, T-578 de 2003, entre otras.

15 Respecto de la noción de bloque de constitucionalidad consultar la sentencia T-1319 de 2001.

16 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencias C-010 de 2000; T-306 de 2006; T-468 de 2006; T-435 de 2006.

17 En dicha ocasión, se destacó la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres “a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”. Rememoró la Corporación que en el año de 1975 la Asamblea General de Naciones Unidas había declarado celebrar el Año Internacional de la Mujer y había establecido que la década de 1975 a 1985 debía estar dedicada a mejorar la condición de la mujer. En 1980 y 1985 fueron convocadas dos Conferencias, respectivamente, en Copenhague y en Nairobi.

18 Naciones Unidas. Documento A/Conf.171/13: Informe de la CIPD de Naciones Unidas, 18 de octubre de 1994.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

20 Recomendación General No. 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –la mujer y la salud.

22 *Ibíd.*

23 *Ibíd.*

24 Naciones Unidas. Documento A/Conf.171/13: Informe de la CIPD de Naciones Unidas, 18 de octubre de 1994.

25 Derecho éste reconocido en la CEDAW, en su artículo 16.1. En Colombia, éste es un derecho de rango constitucional, reconocido en el artículo 42, inciso 9° del Texto Superior en los siguientes términos: “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

26 Ver numeral 7.6 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD).

27 Ver numeral 96 de la Declaración de Beijing de 1995.

28 *Ibíd.*, numeral 106, e).

29 Por ausencia de estos requisitos, la Corte Constitucional ha negado las acciones de tutela, cuyos fallos de instancia fueron revisados mediante las sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T-512 de 2003 y T-242 de 2004, entre otras.

30 En aplicación de estos criterios jurisprudenciales, la Corte ha concedido acciones de tutela como aquella presentada por una ciudadana que padecía la patología denominada “miomatosis uterina de grandes elementos” que le generaba infertilidad, para cuyo tratamiento requería el suministro de varios medicamentos. La Sala Novena de Revisión, en sentencia T-901 de 2004, ordenó no sólo la autorización para la entrega de dichos fármacos, sino que impuso a la ARS demandada, el deber de suministrar a la actora los “demás medicamentos y procedimientos médicos requeridos dentro del tratamiento” de su padecimiento. Para lo anterior, consideró que la enfermedad del aparato reproductor, padecida por la peticionaria, afectaba sustancialmente su salud y su vida en condiciones dignas. De igual manera ha procedido esta Corporación en aquellos casos en que ha verificado la ocurrencia de una interrupción en los tratamientos de infertilidad ya iniciados. En efecto, en sentencia T-572 de 2002, confirmó la sentencia de segunda instancia que había concedido el amparo, por considerar que la suspensión del tratamiento que venía recibiendo la actora con inyecciones, representaba la afectación de su derecho a una vida digna, a la integridad física y a la posibilidad de ser madre.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

32 *Ibíd.*

33 Naciones Unidas. Documento A/Conf.171/13: Informe de la CIPD de Naciones Unidas, 18 de octubre de 1994.

34 *Ibíd.*