

Sentencia T-710/17

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Contenido y alcance

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Oportunidad, eficacia y calidad en el acceso a los servicios de salud

DERECHO AL DIAGNOSTICO DE UNA ENFERMEDAD HACE PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

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

Referencia: Expediente T-6.319.768.

Acción de tutela instaurada por María Benita Palacios Palacios en contra de Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido, en primera y única instancia, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó, el treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017), que negó el amparo de los derechos solicitados por María Benita

Palacios Palacios.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA¹

1. María Benita Palacios Palacios interpuso acción de tutela en contra de Coomeva E.P.S. por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida. Lo anterior, en consideración a que se le negó la realización del procedimiento de histerectomía, el cual fue ordenado por un médico particular.

B. HECHOS RELEVANTES

2. Manifiesta la accionante que, desde el año 2015², ha venido padeciendo de una hemorragia vaginal, por lo cual ha sido hospitalizada en distintas oportunidades. Esta circunstancia le ha causado dolores de cabeza, mareos, visión borrosa, cólicos muy fuertes y dolores en la rodilla.

Asimismo, se ha visto enfrentada a un serio deterioro emocional por cuanto, según se indicó, su vida como líder de la Congregación Hermanos Menonitas y docente de la escuela dominical se ha visto trastornada por su enfermedad y, a su vez, su situación económica no ha sido fácil en razón a que consume al menos cinco (5) paquetes de toallas de maternidad por semana, por las cuales debe pagar al mes trescientos setenta y cinco mil pesos (\$ 375.000)³ y, además, debe cubrir el valor de unas inyecciones que la accionada no le suministra por encontrarse excluidas del POS y que requiere para la disminución del sangrado⁴.

3. El 4 de enero de 2016, mediante informe No. 0027393 del Laboratorio de Patología S.A.S y sin que se hubiera especificado la fecha en la que se efectuó dicho examen, el médico patólogo recomendó, después de analizar una muestra del útero y del endometrio de la accionante, una toma de muestra más representativa⁵. Sin embargo, este procedimiento nunca se volvió a repetir por parte del Hospital San Francisco de Asís –ahora Hospital Ismael Roldán II-.

4. El 15 de abril de 2016, un médico del Hospital Departamental San Francisco de Asís

dispuso que la señora María Benita Palacios Palacios debía asistir a una valoración pre-quirúrgica para el procedimiento de “histerectomía”⁶. No obstante que, según indica la accionante, para esta fecha se encontraba hospitalizada en esa institución médica, tal procedimiento no se llevó a cabo y, por el contrario, fue remitida a una cita con nutricionista. Para el 26 de abril de 2016, se programó tal consulta en la que se le recomendó a la accionante una dieta rica en vitaminas, minerales, acompañada de continuo ejercicio⁷.

5. El 05 de mayo de 2016, un ginecólogo y obstetra envía a la señora María Benita Palacios Palacios a una consulta de “ginecología con resultados”, la cual fue radicada en Coomeva EPS el 18 de mayo de 2016⁸. Fue autorizada por la accionada, y programada para mucho tiempo después, esto es el 1 de marzo de 2017.

6. El 1 de marzo de 2017, asistió a esta consulta –ginecología con resultados- y, como consecuencia de ello, una médica radióloga determinó la presencia en el útero de la accionante de un “mioma calcificado subseroso lateral izquierdo de 34 mm”⁹.

7. Manifiesta la accionante que el día 03 de marzo de 2017, a partir de una hemorragia vaginal grave, fue remitida de Istmina a la ciudad de Quibdó. A partir de este suceso, en la historia clínica se determina que después de la práctica de un examen físico, se concluyó que en el cuerpo de la accionante “(...) [había] sangre en abundante cantidad por introito vaginal, (...) cuello cerrado con salida de origen uterino” y que existía un “mioma calcificado”¹⁰. Como consecuencia de lo anterior, se determinó que el diagnóstico de María Benita Palacios Palacios correspondía a (i) hemorragia vaginal uterina anormal, (ii) leiomioma del útero y (iii) obesidad debido a acceso de calorías y, por tanto, como plan de manejo se solicitó una valoración urgente por ginecología y manejo de cuadro clínico en segundo nivel¹¹.

8. El 05 de marzo de 2017, María Benita Palacios Palacios fue dada de alta por el médico tratante. Según se indica, después de esto, autorizó una cita con ginecología para control, la cual fue programada el 10 de marzo de dicho año. Sin embargo, la accionante cuestionó que en dicha oportunidad se le hubiere remitido a una cita con un nutricionista, cuando lo que ella ha solicitado es que se le dé atención a su sangrado crónico que se ha extendido por más de dos (2) años y que, por su edad, hace que sufra de graves dolores de cabeza y mareos, los cuales podrían ser solucionados con la realización del procedimiento de histerectomía¹².

9. El 14 de marzo de 2017, acudió a una cita con un médico particular, quien indicó que la accionante requería que se le efectuara de manera inmediata la histerectomía. Como diagnóstico señaló que María Benita Palacios sufre –entre otras- de metrorragia, anemia y obesidad. En consecuencia, era urgente realizar el procedimiento quirúrgico de histerectomía, pues por la patología de base se ha desencadenado “(...) un deterioro en su condición de salud irreversible”¹³.

10. En consideración a lo expuesto, el 17 de marzo de 2017, la señora María Benita Palacios Palacios –de 67 años¹⁴- interpuso acción de tutela en contra de Coomeva E.P.S. S.A. por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida. Lo anterior, con sustento en que no se le ha autorizado la histerectomía ordenada. En consecuencia, solicitó que se le ordene a la accionada dar respuesta en los términos solicitados y en un tiempo que no exceda de las cuarenta y ocho (48) horas. Finalmente, se refirió a la necesidad del amparo y a su crítica situación en los siguientes términos:

“(...) Le digo señor juez con el corazón en la mano, no tengo la misma fuerza de hace dos años, me siento cansada e impotente al ver lo que me está pasando y lo más duro de todo es que soy quien cotizo (al sistema de) salud, me duele mucho mi cuerpo, no puedo caminar porque si lo hago me corre demasiada hemorragia, me duele mucho la cabeza, con decirle que es raro el día en que no me duele, uso desde toallas a pañales, no duermo bien porque se mancha la cama y debo cambiarme cada hora por mucho la toalla o el pañal, ya no sé qué más hacer, por eso acudo antes su despacho para que se ponga en mi lugar y me ayuda (a) alivianar este dolor que me ataño”¹⁵.

C. FALTA DE CONTESTACIÓN DE COOMEVA E.P.S. Y AMPLIACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

12. Pese a la notificación de la accionada¹⁷, Coomeva E.P.S se abstuvo de dar respuesta al amparo interpuesto.

13. El 22 de marzo de 2017, se recibió en el Juzgado Primero Penal Municipal de Quibdó la ampliación de la acción de tutela de la señora María Benita Palacios Palacios¹⁸.

13.1. Indicó que es pensionada de la Alcaldía y reside en el municipio de Istmina, Chocó. Señaló que el sangrado le empezó a mediados de noviembre de 2015, momento en el cual acudió al médico y le suministró una inyección que le calmó esta molestia por un tiempo. No

obstante, apenas un mes después, el sangrado volvió y cada día era peor pues ahora presentaba coágulos, motivo por el cual tuvo que acudir a la Clínica María Concepción de Istmina que, a su vez, la remitió ambulatoriamente a un Hospital Nivel II en Quibdó. En este centro médico fue hospitalizada y se vio obligada a empezar a usar pañales debido al exorbitante incremento del sangrado y, como consecuencia, sufrió una baja de hemoglobina.

13.2. Superada esta crisis, la accionante fue dada de alta y le recetaron unos medicamentos -no se especifica su tipo-, que tuvieron que ser cubiertos por María Benita Palacios Palacios, debido a que estos no hacían parte del Plan Obligatorio de Salud -POS-. Durante tres (3) semanas no presentó ningún síntoma y cuando éstos reaparecieron se le formuló sulfato ferroso, el que -según indica la accionante- sólo terminó por aumentar el sangrado. Debido a esto último, el médico tratante le suspendió el medicamento y, por tanto, la doctora Andrea Vergara le informó que la respuesta a sus padecimientos consistía en la realización de una operación que se denomina histerectomía. Frente a este diagnóstico acudió a Coomeva E.P.S y fue remitida a cita con el nutricionista, se le efectuó un electrocardiograma y una cita con el ginecólogo, a las cuales asistió, pero no recibió respuesta y tampoco se le realizó la cirugía.

Señaló que retornó a Istmina y, encontrándose allí, de nuevo empezó el sangrado. Ante esta situación, Coomeva E.P.S le ordenó una citología transvaginal, la cual se realizó el 01 de marzo de 2017, a partir de la que fue remitida a cita con nutricionista, sin embargo por no contar con esta especialidad en donde vive, no pudo asistir a tal consulta. El 03 de marzo de 2017, la vuelven a hospitalizar en la Clínica de Istmina y, un día después, la accionante fue remitida a Quibdó, en donde permaneció internada durante tres (3) días, sin que Coomeva hubiera procedido a efectuar el procedimiento de histerectomía, a pesar de que el médico tratante había ordenado su valoración con tal fin.

13.3. Asimismo, en relación con el tratamiento que fue sugerido por el médico tratante, precisó la actora que “(...) tanto los de Istmina como los de Quibdó han confirmado que el procedimiento a seguir es la histerectomía, razón por la cual no entiende porque COOMEVA a la fecha no me ha realizado todos los trámites pertinentes”¹⁹. Aclaró también que la pretensión del amparo solicitado era que Coomeva E.P.S. cumpliera con el tratamiento impuesto por los médicos, ya que no siente que su organismo se encuentre bien y, por tanto,

necesita la realización de la histerectomía y la atención prioritaria en un hospital de tercer nivel, de acuerdo con su edad y condición de salud.

D. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Tramitado en única instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó, el treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017)20.

14. El juez de instancia negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida, invocados por María Benita Palacios Palacios. Esta providencia analizó (i) el carácter fundamental del derecho a la salud, (ii) la importancia del concepto científico del médico tratante como principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud y (iii) algunas reglas jurisprudenciales acerca de la validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la E.P.S. Sin embargo, al descender al caso concreto, consideró que de las pruebas aportadas por la accionante no se puede establecer si el último médico -particular- que le ordenó la histerectomía a la accionante era especialista en ginecología.

Además, pese a que existe certeza de que la accionante ha venido sufriendo de un sangrado desde hace más de un año y medio y, que incluso estuvo ad portas de que se le realizara la histerectomía que había solicitado, la realidad es que “(...) la accionante al parecer no volvió a consultar de manera externa sino por urgencias hasta 10 meses después, cuando en el mes de marzo de esta anualidad se practicó ecografía pélvica transvaginal el 1 de marzo y luego acudió por urgencia el 3 de marzo hogaño, hasta lo ocurrido el día 14 en consulta con el médico particular”21.

Por lo tanto, sostuvo el juez de instancia que en el presente caso el concepto del médico particular no puede ser vinculante, no obstante a que lleva padeciendo esta enfermedad de tiempo a atrás, por cuanto (i) la accionante no continuó, de forma diligente, con el tratamiento del médico tratante adscrito a la E.P.S, (ii) no se evidencia que exista razón suficiente que obligara a María Benita Palacios Palacios a acudir al criterio de un profesional de salud no adscrito a la E.P.S y (iii) no se allegó documento alguno que demuestre que dicho concepto hubiere sido puesto en conocimiento de la accionada. En consecuencia, de acuerdo a la situación descrita, decidió negar el amparo solicitado.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

15. Mediante auto del trece (13) de octubre de dos mil diecisiete (2017)²², proferido por el Magistrado Sustanciador²³, se ofició a María Benita Palacios Palacios con el fin de (i) que demostrara cuál es su situación económica, la conformación de su núcleo familiar y si Coomeva E.P.S. ya había autorizado la realización del procedimiento de histerectomía. Asimismo, le solicitó (ii) que aclarara qué sucedió después de que se le ordenara la valoración prequirúrgica, el nombre del médico que suscribió dicha orden y si el médico tratante, adscrito a la E.P.S. de la referencia, le explicó los motivos por los cuales no le había ordenado dicho procedimiento quirúrgico o si existía un tratamiento, menos invasivo, que permitiera obtener el mismo resultado. Finalmente, (iii) se requirió a la accionante para que profundizara en los motivos que la llevaron a acudir a un médico particular y en la forma en la que ha cambiado su vida desde que sufre de esta hemorragia.

También se ofició a Coomeva E.P.S. con el fin de que indicara (i) los motivos por los cuales una cita –ordenada por un especialista– para “ginecología con resultados” que fue radicada el dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016), apenas pudo ser programada el primero (1º) de marzo de dos mil diecisiete (2017), pese a que la accionante acababa de ser hospitalizada y (ii) las razones por las cuales no ha procedido a ordenar el procedimiento solicitado, no obstante que el médico particular indicó que se requería de forma urgente. Por último, (iii) se requirió a dicha entidad a efectos de que le solicitara al médico tratante indicar si existía un tratamiento alternativo que le permita a María Benita Palacios Palacios recuperar su estado de salud y calidad de vida.

De otra parte, se ofició al Hospital San Francisco de Asís –ahora Hospital Ismael Roldán II– de Quibdó con el fin de que informara a la Sala por qué, pese a que un médico internista ordenó la valoración prequirúrgica, ésta no fue tramitada en su momento, no obstante que la actora afirmó que en dicho lapso se encontraba internada en esta institución médica. Del mismo modo, se solicitó al Ministerio y a la Superintendencia Nacional de Salud para que indicaran si, de acuerdo con su criterio técnico y con la Ley 1751 de 2015, debe ser cubierto un procedimiento como el solicitado y con qué criterios deben resolverse las controversias surgidas entre dos especialistas.

16. En respuesta a los anteriores requerimientos del auto de pruebas, se recibieron las siguientes comunicaciones y documentos²⁴:

Superintendencia Nacional de Salud²⁵

17. Esta entidad afirmó que “(...) la Superintendencia Nacional de Salud no es competente para pronunciarse al respecto, toda vez que, al tratarse de un procedimiento médico, puede estar la competencia en cabeza del Tribunal de Ética Médica”. En ese sentido, después de una breve alusión a la regulación de dicho tribunal –Ley 28 de 1981 y Decreto 3380 de 1981-, se adujo que ella es la autoridad que debe conocer de los procesos disciplinarios y ético profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia. En consecuencia, se abstuvo de responder el primer interrogante.

En relación con la segunda pregunta, advirtió que la competencia para absolver esta duda se encuentra radicada en el Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con lo dispuestos en el artículo 1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016. En efecto, indicó que “(...) la Superintendencia Nacional de Salud, es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema de Seguridad Social en Salud, debe propugnar porque los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley, y demás normas reglamentarias para garantizar los servicios de salud a sus afiliados, mediante una labor de auditoria preventiva y reactiva, esta última a través de las quejas de los usuarios del Sistema, mas no tiene competencia para investigar a los profesionales de medicina en ejercicio de su profesión o la idoneidad científica o técnica de los procedimientos médicos”.

Hospital Local Ismael Roldán²⁶

18. El Gerente de la I.P.S de la referencia aclaró que el Hospital Departamental San Francisco de Asís, en virtud de la intervención a la que estaba sujeto, fue objeto de la toma de posesión de los bienes y negocios por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y se ordenó su liquidación. No obstante, para garantizar la prestación de los servicios de salud en el Departamento de Chocó, se contempló que podría disponer de sus bienes con destino a la salud, siempre que se hubiere celebrado un convenio interadministrativo con el Hospital Local Ismael Roldán de Quibdó.

En consecuencia, con el fin de cumplir con el requerimiento de esta Corporación, se realizaron gestiones con el Hospital San Francisco de Asís –en liquidación- por ser la entidad que en la actualidad cuenta con el control del archivo histórico de las historias clínicas. Sin embargo “por razones institucionales” no se pudo tener acceso a la información relacionada con la accionante.

Ministerio de Salud y Protección Social²⁷

19. A través de la Subdirectora de Asuntos Normativos, el Ministerio de Salud y de Protección Social indicó que, de acuerdo a la Sentencia T-760 de 2008, una entidad encargada de garantizar el derecho a la salud sólo puede desconocer el concepto de un médico reconocido que no está adscrito a su red de prestadores cuando su posición se funda en razones médicas especializadas sobre el caso en cuestión. En la intervención del Ministerio se cita el siguiente aparte de dicha providencia:

“¿Desconoce el derecho a la salud de una persona, la entidad encargada de garantizarle la prestación del servicio requerido cuando fue ordenado por un médico que no está adscrito a la entidad respectiva, pero es especialista en la materia y trataba a la persona? Ahora bien, el expediente en el que esta cuestión se plantea, contempla un segundo problema relacionado con aquel (expediente T-1281247): ¿puede el juez de tutela considerar que la entidad de salud encargada de garantizar la prestación del servicio no violó el derecho de una persona, únicamente por el hecho de que fue ordenado por un médico no adscrito a la entidad, incluso cuando la entidad acusada nunca lo negó por esa razón, ni se aportaron razones médicas al proceso en tal sentido? Con base en su jurisprudencia, la Sala reiterará que cuando (i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) que la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda. No obstante, 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”.

Con sustento en la anterior providencia de la Corte Constitucional, afirmó el Ministerio que siempre y cuando se cumplan los anteriores presupuestos, las E.P.S. o E.P.S.-S no pueden negar la prestación del servicio argumentando que el concepto médico no proviene de un profesional adscrito a su red. Asimismo, después de solicitar la improcedencia de la acción respecto de dicha entidad, se precisó que el procedimiento de “histerectomía” se encuentra incluido en el Anexo 2 de la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, sustituido mediante Resolución 1687 del 22 de mayo de 2017. En consecuencia, la E.P.S. “(...) no puede negar la prestación de un servicio argumentando que el concepto médico no lo dictaminó un médico adscrito a su red”.

20. El funcionario a cargo de la liquidación del Hospital de la referencia indicó que esta institución, desde hace algunos años, se ha enfrentado a una crisis financiera y administrativa, que hizo necesaria la intervención forzosa por la Superintendencia Nacional de Salud. En consecuencia, se nombró a la interviniente como liquidadora. Después de una descripción detallada de tal situación, indicó que no tienen contacto con el personal que, en su momento, atendió a María Benita Palacios Palacios.

No obstante, con sustento en la historia clínica de la accionante, la cual se encuentra en custodia la de la Nueva E.S.E.-29, es posible concluir que el 15 de abril de 2016 asistió a valoración pre-quirúrgica para procedimiento de histerectomía, sin que al momento se cuente con certeza alguna de si Coomeva E.P.S. la autorizó. De otra parte, de un análisis preliminar de la historia clínica, no existe certeza de que la accionante hubiere estado hospitalizada para el momento en el que se le sugirió tal valoración. Finalmente, como elemento relevante, aporta copia de la historia clínica que reposa en su poder.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

21. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección de Tutelas

Número Ocho de la Corte, que decidió someter a revisión la decisión adoptada por el juez de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS -PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA-

22. Previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental, (ii) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia de la exigencia de inmediatez.

23. Alegación de un derecho fundamental: La actora aduce la presunta trasgresión de sus derechos fundamentales a la vida³⁰ y a la salud³¹.

24. Legitimación por activa: María Benita Palacios Palacios interpuso acción de tutela contra Coomeva E.P.S, entidad a la que se encuentra afiliada, acorde con el artículo 86 de la Carta Política³², que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

25. Legitimación por pasiva: Como la presente acción de tutela se dirige contra Coomeva E.P.S. la cual presta un servicio público³³, debe entenderse que esta acción de tutela procede contra él, según se dispuso en el artículo 86 de la Constitución y, en particular, en el numeral 3° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991³⁴.

26. Subsidiariedad: El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en los cuales sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o efectivos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.

26.1. Procedimiento Jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud. El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007³⁵ creó un procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de resolver aquellas controversias que se presenten entre las

entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios. Para ello, estableció que esta entidad podrá “(...) conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez” los siguientes asuntos: (i) la cobertura respecto de procedimientos, actividades e intervenciones contempladas en el POS o similares, cuando su negativa ponga en riesgo la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que hubiere incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias, en aquellos eventos en donde hubiere sido atendido en una IPS que no cuente con contrato con la respectiva EPS y, a su vez, hubiere sido autorizado por esta última o se encuentre demostrada una incapacidad o negligencia de ésta; (iii) los conflictos que se susciten por problemas de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y (iv) los que se presenten entre los usuarios, aseguradoras y/o las prestadoras de salud que estén relacionados con la movilidad dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud³⁶.

26.1.1. En la sentencia C-117 de 2008, esta Corporación conoció una demanda que indicaba que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 era contrario a los artículos 13, 29, 31, 209 y 229 de la Constitución. El demandante afirmaba que, primero, que se trasgredía el principio de imparcialidad y la función administrativa por cuanto la Superintendencia Nacional de Salud ejercería facultades jurisdiccionales sobre entidades respecto de las cuales también ejercía facultades de inspección y vigilancia. Asimismo señalaba, segundo, que al no designarse una autoridad judicial que conociera de la apelación, se afectaría el principio de doble instancia y el derecho a la igualdad en aquellos casos en los que dicha superintendencia emita un fallo definitivo.

Luego de valorar tales acusaciones, la Corte declaró exequible la norma cuestionada “(...) en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control”.

26.1.2. En la sentencia C-119 de 2008 la Corte Constitucional señaló que, por mandato del artículo 4° la Carta Política, la Superintendencia Nacional de Salud cuando actúa en ejercicio de funciones jurisdiccionales y encuentra que la regulación del POS o el POSS, en el caso concreto, lleva a una vulneración del derecho a la salud en conexidad con la vida o la dignidad, deberá inaplicar dicha normatividad. En similar sentido, advirtió que la

competencia de la Superintendencia de Salud es principal, prevalente y no está desplazando al juez de tutela pues la competencia de este último es residual y subsidiaria. No obstante, ello no implica que la acción de tutela “no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente (...)”.

26.3. El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 fortaleció las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud al adicionar tres literales al artículo 42 de la Ley 1122 de 2007, dotando a este organismo de competencias para pronunciarse sobre (i) las prestaciones excluidas del plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo, (ii) los conflictos derivados de las devoluciones o glosas de las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y (iii) el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo de las EPS o del empleador.

Aunado a lo anterior, modificó el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, en los siguientes términos:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

26.4. La Corte Constitucional, en sede de revisión de sentencias de tutela, se ha pronunciado sobre los factores que deben ser analizados para determinar si una acción de tutela es procedente, pese a la existencia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud. La sentencia T-425 de 2017³⁷, retomando numerosos pronunciamientos, se refirió a la regla relativa a la procedencia de la acción de tutela en casos como el analizado en esta oportunidad:

“(…) La Corte ha resaltado que como criterios para determinar si la acción de tutela desplaza la competencia jurisdiccional asignada a la Superintendencia Nacional de Salud se debe llevar a cabo un estudio de cada caso para determinar: (i) si existen circunstancias que ponen en riesgo los derechos a la vida, a la salud o la integridad de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales³⁸ y (ii) si el mecanismo para garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social es idóneo y eficaz³⁹. En este punto se hace imperioso que el juez de tutela tenga en cuenta que la Superintendencia no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales⁴⁰. Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan presentar las demandas por función jurisdiccional al correo funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co y adelantar el procedimiento vía internet”⁴¹.

De lo indicado por la Corte se desprende que la existencia de un trámite judicial ante la superintendencia de salud es, en principio, una razón para declarar la improcedencia de la acción de tutela para debatir materias comprendidas por las facultades de dicha entidad. No obstante, la improcedencia puede desvirtuarse cuando, analizada en concreto la situación, se constata (i) la existencia de riesgos iusfundamentales de particular importancia como la vida, la salud o la integridad de las personas y (ii) que el procedimiento previsto no lograría dar una respuesta efectiva a la solicitud –por ejemplo porque la pretensión no está comprendida por las facultades- o reviste tal grado de urgencia que, de no intervenir el juez de tutela, los intereses antes referidos se afectarían. Para efectos de valorar la idoneidad y eficacia deberá considerarse (iii) si en el domicilio de la accionante existen oficinas de la referida superintendencia o (iv) si el accionante puede contar con acceso a internet para presentar el reclamo judicial correspondiente y efectuar el seguimiento respectivo.

26.5. Análisis de subsidiariedad en el caso objeto de estudio. Con sustento en el anterior

análisis es posible concluir que la acción de tutela interpuesta por María Benita Palacios para proteger sus derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital es procedente como mecanismo definitivo.

Lo anterior, en consideración a que (i) la realización del procedimiento de histerectomía que le fue ordenado a la accionante, según se indica en la orden del médico particular, debe ser realizado de forma urgente para evitar un deterioro irreversible de su condiciones de salud⁴² y (ii) la actora, a sus 67 años de edad, ha sido víctima de una afectación gradual y ascendente de su salud durante los casi dos (2) años en los que ha perdurado su hemorragia vaginal, impactando así su calidad de vida. Por último, (iii) es necesario precisar que María Benita Palacios Palacios reside en Istmina, Chocó y, dado que la Superintendencia Nacional de Salud sólo cuenta con oficinas regionales en las principales cabeceras departamentales del país⁴³, para la Sala sería desproporcionado exigirle a la accionante el agotamiento previo de este proceso en consideración a que se encuentra ubicada a 75 kilómetros de Quibdó y no existe prueba alguna de que tenga acceso permanente al servicio de internet⁴⁴.

En consecuencia, pese a la existencia del proceso jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud y que, en principio, ella tendría facultades para pronunciarse en un caso como éste⁴⁵, dicho medio no es eficaz para resolver la presente controversia, en atención a las circunstancias particulares de la accionante.

En consecuencia y, contrario a lo afirmado por el juez de instancia, no se trata de un caso de desidia de la accionante. Por el contrario se trata de una actuación continuada, extendida en el tiempo y que, de acuerdo al concepto técnico de un médico particular, puede tener consecuencias irreversibles que el juez de tutela no puede ignorar. En efecto, frente al riesgo que es advertido por un profesional de la salud, la Corte debe adoptar una decisión que materialice el derecho que le asiste a la accionante.

28. De conformidad con lo expuesto y por acreditar todos los presupuestos de procedencia, en la parte resolutive de esta providencia se dispondrá revocar la sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó, del treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017)⁴⁷ que negó por improcedente el amparo solicitado.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y MÉTODO DE LA DECISIÓN

29. Le corresponde a la Sala determinar si Coomeva E.P.S. vulneró el derecho fundamental a la salud de María Benita Palacios Palacios y, en particular al derecho al diagnóstico, en consideración a que no ha dispuesto la realización de todos los procedimientos necesarios para superar la situación de salud de la accionante ni ha autorizado la realización de la histerectomía, pese a que dicha valoración fue ordenada desde el 15 de abril de 2016 - momento en el que se encontraba hospitalizada a causa de la hemorragia vaginal que ha perdurado por casi dos (2) años- y a que el 14 de marzo de 2017 fue prescrita, con carácter urgente, por un médico particular.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, se reiterarán las reglas jurisprudenciales relativas al marco constitucional y legal del derecho fundamental a la salud (Sección D). Luego de ello, la Corte procederá a resolver la situación planteada por el accionante (Sección E).

D. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

30. El artículo 49 de la Carta Política indica que (i) la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado que debe garantizar el acceso, la promoción, protección y recuperación de la salud en favor de todas las personas; (ii) el Estado deber organizarlo, dirigir y reglamentar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; (iii) los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, y (iv) la ley deberá señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. En relación con lo prescrito en esa disposición, el artículo 366 advierte que la garantía del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades del Estado y que “[s]erá objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

31. De forma inicial y con apoyo en esas disposiciones y otras normas de derecho fundamental⁴⁸, la Corte Constitucional amparó el derecho a la salud en mayores de edad. Para tal efecto, consideró que ello era posible cuando, en determinado caso, su afectación impactará de manera conexa el derecho a la vida (art. 11), la integridad personal (art. 12) y/o dignidad humana (art. 1). No obstante, desde la sentencia T-760 de 2008, esta Corporación

indicó que, al margen de la edad del sujeto afectado, el derecho a la salud es fundamental⁴⁹.

En dicha oportunidad, se estudió un acumulado de más de veinte (20) expedientes relacionados con el acceso a distintos servicios de salud que habían sido negados. Concluyó la Corte que, pese a que la doctrina lo hubiera ubicado hasta ese momento como un derecho social y a su gran contenido prestacional, el derecho a la salud puede considerarse fundamental. Aunado a esto, se precisó que la salud es un estado variable, que es susceptible de afectaciones múltiples y que inciden, en mayor o menor medida, en la vida del individuo. En ese sentido, esta Corporación afirmó que siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, se trata de un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona:

“(…) En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia”.

La Corte advirtió también que el derecho fundamental a la salud comprende la necesidad de acceder a estos servicios de forma oportuna, eficaz y con calidad. Señaló sobre la oportunidad lo siguiente: “[c]uando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional”. En ese sentido “[c]uando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente (...)”⁵⁰.

32. En similar sentido, esta Corporación ha establecido que el derecho al diagnóstico

oportuno, hace parte integral del derecho a la salud. En la sentencia T- 904 de 2014⁵¹, esta Corporación indicó que dicho derecho ha sido amparado cuando un procedimiento o un medicamento es ordenado por un profesional no adscrito a la red de instituciones de salud de la respectiva E.P.S. o cuando, sin causa aparente, “(...) se presenta un cambio en el diagnóstico y en los procedimientos para el tratamiento de una enfermedad”. Según la Corte constituye una expresión de los principios de integralidad y eficiencia, e impone “(...) la valoración oportuna de las aflicciones que tiene un paciente, con el objeto de concretar la prestación de servicios que requiere para recuperar su estado físico o psicológico” (énfasis fuera del texto original).

En esa misma dirección la sentencia T-274 de 2009, ya había concluido que dicho derecho se encuentra comprendido en los niveles esenciales de salud a cargo del Estado e implicaba una relación inescindible entre la información vital que un sujeto debe conocer -como titular del derecho a la salud- y la adopción libre de medidas respecto a la patología padecida. Según este Tribunal, el usuario del Sistema de Salud debe conocer con certeza (i) la fuente de su patología, (ii) el tratamiento y (iii) las repercusiones que podría tener en su cuerpo. Es un derecho relacionado con la autodeterminación en la salud y, por tanto, está orientado a la satisfacción de -entre otros- los siguientes objetivos:

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

33. En desarrollo de las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dispuestas en el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, y con fundamento en las disposiciones constitucionales, fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015 “[p]or medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. En esta

última normatividad, se establecieron varias reglas, las cuales se sintetizan a continuación:

i. El derecho a la salud comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud⁵².

ii. Son obligaciones del Estado –entre otras- el deber de abstenerse de afectar su disfrute o de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud, formular y adoptar políticas que garanticen su goce, regular el financiamiento necesario para financiar el sistema e intervenir en el mercado de medicamentos, dispositivos e insumos con el fin de optimizar su uso, evitar las inequidades en el acceso y garantizar su calidad⁵³.

iv. La integralidad exige que los servicios y tecnologías de salud sean suministradas, de manera completa, para prevenir, paliar o curar la enfermedad con independencia su origen, cubrimiento o financiación. En ese sentido, “[e]n los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”⁵⁵.

v. De acuerdo con su artículo 11, algunas personas gozarán de especial protección frente al Estado y su atención en salud no podrá estar limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica⁵⁶.

vi. El sistema garantizará la prestación de este servicio en forma integral. No obstante, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los siguientes eventos: (a) cuando se advierta un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, (b) no exista evidencia sobre su seguridad, eficacia o efectividad clínica, (c) que su uso no haya sido autorizada por la entidad competente, (d) que se encuentren en fase de experimentación o (e) tenga que ser prestado en el exterior⁵⁷. En este punto debe aclararse que, de conformidad con el párrafo 1° del artículo 15 de esta ley, el Ministerio de Salud y Protección Social tendría hasta dos (2) años para implementar lo señalado en esta disposición, esto es lo relativo a las prestaciones de salud y sus exclusiones.

vii. Existirá un procedimiento para resolver los conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas en la atención, los cuales serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud. En todo caso, se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo, la que deberá ser ejercida en el marco de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica⁵⁸.

34. La sentencia C-313 de 2014, que controló la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que culminó con la expedición de la anterior normatividad, declaró que la mayoría de las disposiciones eran acordes con la Carta. En esta providencia, se indicó que con la adopción de la ley se buscó contrarrestar una serie de obstáculos que afectan la operación del sistema de salud, entre los que se identificaron “(...) un acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles, los problemas de calidad en la prestación del servicio, la ineficiencia en el uso de los recursos, el énfasis en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo, la iliquidez y dudas en relación con la sostenibilidad del sistema, la explosión tecnológica en salud que ha elevado costos; entre otros”⁵⁹.

35. En adición a lo expuesto, es posible resaltar la existencia del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, la Resolución 0429 de 2016 “[p]or medio de la cual se adopta la Política de Atención Integral en Salud”, así como otras más específicas tales como la Resolución 001687 de 2017 “[p]or la cual se sustituye el Anexo 2 “Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC” de la Resolución 6408 de 2016 y se dictan otras disposiciones” y la Resolución 000330 del 14 de febrero de 2017 “[p]or la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones”.

36. En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que, de forma autónoma y con independencia de la edad del sujeto, éste adquiere el carácter de fundamental (Sentencia T-760 de 2008). Si la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, el derecho amparado debe comprender el nivel más alto posible de satisfacción dentro de un Estado. Conforme a ello, la Ley 1751 de 2015 dispone que (i) el acceso a estos servicios comprende la prestación oportuna, eficaz y con calidad, (ii) es una obligación del Estado

abstenerse de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de un sujeto, (iii) la integralidad exige el suministro de todos los servicios y/o tecnologías necesarias para prevenir, paliar o curar la enfermedad y (iv) son sujetos de especial protección los niños, adolescentes, mujeres en embarazo, víctimas de la violencia, la población adulto mayor, las personas en situación de discapacidad y quienes sufran de enfermedades huérfanas.

E. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

37. María Benita Palacios Palacios -de 67 años- sufre de una hemorragia vaginal desde el año dos mil quince (2015), lo cual le ha causado fuertes dolores de cabeza, mareos, visión borrosa y agudos cólicos. Dicha situación, según indica, ha trascendido del ámbito físico al emocional y, en consecuencia, ha impactado de forma negativa el desarrollo de las actividades que, en su vida cotidiana, efectuaba como líder religiosa y docente dominical.

En el contexto antes descrito, debe esta Corte determinar si Coomeva E.P.S vulneró los derechos fundamentales de María Benita Palacios Palacios a la salud, en consideración a que no ha dispuesto la realización de todos los procedimientos necesarios para superar la situación de salud de la accionante ni ha autorizado la realización de la histerectomía, valoración que fue ordenada desde el 15 de abril de 2016 -momento en el que se encontraba hospitalizada a causa de la hemorragia vaginal que ha perdurado por casi dos (2) años- y a que el 14 de marzo de 2017, la misma fue prescrita, con carácter urgente, por un médico particular.

38. Sobre la prestación del servicio a la salud debe la Corte destacar que la Ley 1751 de 2015, consideró que el derecho fundamental a la salud comprende el acceso a los servicios de manera oportuna y eficaz. En consecuencia, la oportunidad como principio del derecho a la salud comporta, de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 6° de esta normatividad, que los servicios y tecnologías requeridos sean proveídos sin dilación alguna, atendiendo para el efecto el diagnóstico previamente realizado -según se dejó señalado en el fundamento jurídico 31-.

De otra parte, de acuerdo con el artículo 8° de esta ley, la integralidad implica que las prestaciones de salud deberán ser suministradas de manera completa para prevenir, paliar y curar la enfermedad, sin que -en ningún caso- se pueda fragmentar la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. Tal

concepción fue reiterada en el artículo 15 de la ley, al disponer que dichos servicios deben partir de una concepción integral de salud. En consecuencia, en caso de duda deberá entenderse que el servicio o tecnología se encuentra incluido⁶⁰, siempre que no se enmarque en alguna de las seis (6) exclusiones dispuestas en la ley. Se trata, en consecuencia, de un cambio de perspectiva que privilegia la recuperación exhaustiva de la salud de las personas.

39. En consideración a los principios descritos, esta Corporación concluye que Coomeva E.P.S desconoció las obligaciones derivadas de los principios de integralidad y de oportunidad en salud, vulnerando el derecho a la salud de María Benita Palacios Palacios. En particular, la accionante ha sido privada del derecho a un adecuado y oportuno diagnóstico y, a partir de ello, a una correcta prestación de los servicios que son necesarios para enfrentar su situación.

39.1. En primer lugar, la actora, a su edad, ha debido soportar un sangrado constante que la obliga a utilizar toallas o pañales, mientras que Coomeva E.P.S. tardó casi diez (10) meses en programar una cita. El lapso transcurrido desde que se radicó la orden de este examen y el momento en que en realidad tuvo lugar, se considera desproporcionado. En efecto, la situación descrita no atendió a las circunstancias de urgencia de la accionante y fue en detrimento de su proyecto de vida, el cual se ha visto trastocado por la metrorragia con la que tiene que convivir. Nadie debe soportar una enfermedad como ésta cuando existen tratamientos adecuados para el efecto. En ese sentido, el literal o) del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 es muy claro en disponer que las personas, en relación con la prestación del servicio de salud, tienen el derecho a “(...) no ser sometidos en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento”.

39.2. En segundo lugar, pese al tiempo que ha padecido la enfermedad de la referencia, María Benita Palacios Palacios desconoce el tratamiento adecuado que debe recibir. En efecto, el médico adscrito a la E.P.S de la referencia le ha ordenado algunas citas con nutricionista, al paso que los médicos que la han tratado durante su hospitalización y el médico particular al que acudió, han sugerido o indicado la realización del procedimiento quirúrgico de histerectomía. La accionante desconoce entonces si esos son los tratamientos adecuados o si, por el contrario, existen otras alternativas terapéuticas, así como la

efectividad de tales. Lo cierto es que ha transcurrido ya un largo período de tiempo sin que las medidas adoptadas por la accionada hayan impactado positivamente en su salud⁶¹. En consecuencia, encuentra la Corte que, en los términos de la jurisprudencia, se ha trasgredido el derecho a diagnóstico oportuno, que “(...) es un aspecto integrante del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que de cara a la situación del paciente resultan adecuados para preservar o recuperar su salud”⁶².

A juicio de la Corte, la accionante, debe tener la posibilidad de conocer con certeza no sólo la enfermedad que padece, sino que también debe ser informada, con absoluta claridad, del tratamiento a seguir. Ello implica la obligación de darle una explicación clara de las razones que han llevado a la accionada a no autorizar la intervención quirúrgica solicitada.

Esta Sala, no obstante la actividad probatoria desplegada, desconoce si existe algún fundamento terapéutico o una alternativa al diagnóstico del médico particular. Ello constituye una omisión que ha ido en detrimento de su salud y que impone adoptar medidas que aseguren una valoración integral de la situación de la accionante así como el inicio inmediato de los procedimientos que se requieran.

39.3. En esa dirección, la Corte establecerá unos plazos improrrogables, con el fin de mitigar la dilación injustificada que ha enfrentado María Benita Palacios Palacios -en el diagnóstico adecuado de sus dolencias y en la prestación oportuna de los servicios que requiere- y en consideración a la urgencia que tiene de superar la situación que actualmente enfrenta. Contrario a lo afirmado por el juez de instancia, si la accionante acudió al concepto de un médico particular, es porque no ha tenido claridad de las alternativas terapéuticas para la enfermedad que padece. Incluso desconoce si las valoraciones nutricionales que le fueron ordenadas eran parte de un tratamiento acorde con la obesidad diagnosticada o, si también, buscaban disminuir de alguna manera la hemorragia.

40. Debe la Corte determinar la orden a emitir. En aras de estudiar esta cuestión, se debe partir del concepto emitido por un profesional de salud, quien el 14 de marzo de 2017, señaló que María Benita Palacios requería de forma urgente de la realización del procedimiento quirúrgico de histerectomía, en virtud de que la patología de base ha desencadenado un deterioro irreversible en sus condiciones físicas. En principio, después de analizar este dictamen, le correspondería a esta Corporación ordenar que, de forma inmediata, se

efectuara el procedimiento quirúrgico solicitado. Sin embargo, ello no es posible dado que no existe certeza de que tal orden hubiera sido conocida por Coomeva E.P.S. o de que existía controversia en el tratamiento a adoptar pues, no obstante las pruebas requeridas en Sede de Revisión, tales circunstancias no fueron esclarecidas.

41. Frente a la anterior imposibilidad, la Corte en atención a las graves circunstancias descritas por la accionante y a haber comprobado la existencia de irregularidades en la prestación oportuna e integral de los servicios de salud, dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1751 de 2015⁶³. Conforme a ello, previa valoración integral del estado de salud de la accionante, deberá una Junta Médica valorar la procedencia de autorizar la histerectomía. Dicho procedimiento se sujetará a unas condiciones muy especiales, dado que existe un riesgo cierto sobre el bienestar de la accionante y a que, de conformidad con el artículo 11 de la Ley Estatutaria en Salud, se trata de un sujeto de especial protección⁶⁴.

En consecuencia la Corte dispondrá lo siguiente. Coomeva E.P.S. deberá efectuar, en el término máximo de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, una valoración integral de María Benita Palacios Palacios por parte de una Junta Médica que deberá conformarse por al menos un especialista en ginecología y las demás áreas que resulten pertinentes, si a ello hubiere lugar. Al vencimiento de dicho término, la Junta deberá rendir un informe motivado, el cual será entregado a la accionante dentro de los tres (3) días siguientes. En ese informe, que deberá presentarse por escrito, se le explicará con claridad el diagnóstico y las alternativas terapéuticas existentes, de manera que pueda recuperar su salud y calidad de vida. Establecido el tratamiento procedente, en el referido informe, Coomeva E.P.S. deberá programar y realizar sin demora alguna la práctica de los procedimientos que correspondan⁶⁵. Advierte esta Corporación que con el fin de evitar más dilaciones injustificadas, el tratamiento indicado por la Junta Médica debe surtirse o iniciarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del término para realizar la valoración.

42. A partir de lo estudiado, la Sala procederá a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó y, en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud. Sin embargo, se abstendrá de pronunciarse acerca de la presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad, por considerar que el caso objeto de estudio se enmarca en el primero.

43. Le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si Coomeva E.P.S. vulneró el derecho fundamental de María Benita Palacios Palacios a la salud y, en particular al derecho al diagnóstico, en consideración a que no ha autorizado la realización de la histerectomía, la cual fue ordenada desde el 15 de abril de 2016 -momento en el que se encontraba hospitalizada a causa de la hemorragia vaginal que ha perdurado por casi dos (2) años- y a que el 14 de marzo de 2017 fue nuevamente ordenada, con carácter urgente, por un médico particular.

44. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

a. La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que, de forma autónoma y con independencia de la edad del sujeto, el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental (Sentencia T-760 de 2008). Así, debe indicarse que si la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, el derecho amparado debe comprender el nivel más alto posible de satisfacción dentro de un Estado Social de Derecho.

a. En este contexto, la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud dispone -entre otras cuestiones- que (i) el acceso a estos servicios comprende la prestación oportuna, eficaz y con calidad, (ii) es una obligación del Estado abstenerse de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de un sujeto, (iii) la integralidad exige el suministro de todos los servicios y/o tecnologías necesarias para prevenir, paliar o curar la enfermedad y (iv) son sujeto de especial protección los niños, adolescentes, mujeres en embarazo, víctimas de la violencia, la población adulto mayor, las personas en situación de discapacidad y quienes sufran de enfermedades huérfanas.

45. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluyó que se debía amparar el derecho fundamental a la salud de María Benita Palacios Palacios, tras comprobar que Coomeva E.P.S. ha incumplido con los principios de oportunidad, integralidad en la prestación de este servicio y diagnóstico. En consecuencia, se ordenó efectuar, en el término máximo de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, una valoración integral de María

Benita Palacios Palacios por parte de una Junta Médica que deberá conformarse por al menos un especialista en ginecología y las demás áreas que resulten pertinentes, si a ello hubiere lugar. Al vencimiento de dicho término, la Junta deberá rendir un informe escrito y motivado, el cual será entregado a la accionante dentro de los tres (3) días siguientes. Advierte esta Corporación que con el fin de evitar más dilaciones injustificadas, el tratamiento indicado por la Junta Médica llevarse a cabo de manera inmediata, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del término para realizar la valoración.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó, proferida el treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017), por medio de la cual se negó el amparo solicitado por María Benita Palacios Palacios. En su lugar, y con sustento en las razones expuestas en esta providencia, conceder la tutela del derecho fundamental a la salud.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva E.P.S. efectuar en favor de María Benita Palacios Palacios, en el término máximo de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, una valoración integral por parte de una Junta Médica que deberá conformarse por al menos un especialista en ginecología y las demás áreas que resulten pertinentes, si a ello hubiere lugar. Al vencimiento de dicho término, la Junta deberá rendir un informe motivado, el cual será entregado a la accionante dentro de los tres (3) días siguientes.

En ese informe, que deberá presentarse por escrito, se le explicará con claridad a la accionante el diagnóstico y las alternativas terapéuticas existentes, de manera que pueda recuperar su salud y calidad de vida. Establecido el tratamiento procedente en el referido informe, Coomeva E.P.S. deberá programar y realizar sin demora alguna la práctica de los

procedimientos que correspondan. Advierte esta Corporación que en aras de evitar más dilaciones injustificadas, el tratamiento indicado por la Junta Médica debe llevarse a cabo, de manera inmediata, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del término para realizar la valoración.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (E)

1 Acción de tutela presentada el 17 de marzo de 2017. Folio 23 del cuaderno principal.

3 Folio 1 del cuaderno principal.

4 Folio 2 del cuaderno principal.

5 Folio 20 del cuaderno principal.

6 Folio 18 del cuaderno principal.

7 Folio 17 del cuaderno principal. Valoración nutricional. En este documento se indica que la accionante cuenta con obesidad grado III y, por tanto, se sugiere una dieta hipocalórica

8 Folio 16 del cuaderno principal. Solicitud de citas para especialistas.

9 Folio 14 del cuaderno principal. Resultado de ecografía pélvica.

10 Folio 10 del cuaderno principal. Reporte de la historia clínica del 3 de marzo de 2017.

11 Folio 11 del cuaderno principal. Continuación del reporte a la historia clínica del 3 de marzo de 2017.

12 Folio 3 del cuaderno principal. Hecho noveno de la acción de tutela.

13 Folio 6 del cuaderno principal. Aparte de la historia clínica en la que el médico particular considera que la histerectomía se requiere de forma urgente.

14 En el expediente reposa una fotocopia de cédula de ciudadanía en donde consta que la accionante nació el 05 de septiembre de 1950, por lo cual en la actualidad cuenta con 67 años de edad.

15 Folio 3 del cuaderno principal. Acción de tutela.

16 Folio 24 del cuaderno principal. Auto admisorio.

17 Folio 25 del cuaderno principal. Constancia de notificación de la anterior providencia.

18 Folios 27 y 28 del cuaderno principal. Ampliación de la acción de tutela.

19 Folio 27 del cuaderno principal.

20 Folios 29 a 33 del cuaderno principal. Sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó.

21 Folio 32 del cuaderno principal.

22 Folios 17 a 18 del cuaderno de Revisión.

23 El inciso primero del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional –Acuerdo 02 de 2015- dispone que “[c]on miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

24 La Secretaría General, el nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), indicó que durante el término probatorio se recibió un escrito firmado por el Gerente del Hospital Ismael Roldan II, así como una intervención de una asesora de la Superintendencia Nacional de Salud. Con posterioridad, se remitieron las intervenciones del Ministerio de Salud y de Protección Social y del Hospital Departamental San Francisco de Asís. No obstante, no se recibió comunicación alguna de la señora María Benita Palacios Palacios, así como tampoco de Coomeva E.P.S.

25 Folios 24 a 26 del cuaderno de Revisión.

26 Folios 27 a 29 del cuaderno de Revisión,

27 Folios 32 a 33 y 104 a 112 del cuaderno de Revisión.

28 Folios 35 a 102 del cuaderno de Revisión.

29 Hospital Local Ismael Roldán.

30 El artículo 11 de la Constitución dispone que “[e]l derecho a la vida es inviolable”. Mientras que el artículo 85 plantea que este derecho es de aplicación inmediata,

31 A partir de la jurisprudencia constitucional y, en especial de la sentencia T-760/08, la Corte Constitucional ha afirmado que “(...) [e]l derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental”.

32 El artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “toda persona tendrá acción de

tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)."

33 El inciso primero del artículo 48 estableció que la seguridad social es un servicio público, en los siguientes términos: "[I]a Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". Por su parte, en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 se precisó que "[e]l servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación (...)". Finalmente, en el artículo 4° de esta ley se agregó que la seguridad social es un servicio público obligatorio y que "(...) es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

34 Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: "(...) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos".

35 "Por medio de la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

36 Cabe indicar, en adición a ello, que el artículo 127 de Ley 1122 de 2007 permitió que, en ejercicio de esta función jurisdiccional, se decreten medidas cautelares para proteger al usuario siempre que se recurra, de forma previa, a criterios técnicos.

37 En esa ocasión la Corte declaró improcedente el amparo solicitado por una accionante a quien se le había ordenado una reconstrucción mamaria por considerar que la paciente no presentaba alteraciones dermatológicas o mecánicas asociadas con la hipomastia que pudieran haber determinado que la intervención del juez era impostergable

38 Al respecto, según se referenció en esta providencia, se pueden consultar las sentencias T-644/15, T-400/16 y T-450/16.

39 Con el fin de estudiar este aspecto, las sentencias T-603/15, T-306/16, T-558/16 y T-014/14 estudiaron la falta de regulación del término para resolver la impugnación en aquellos casos que son sometidos al procedimiento jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Mientras que, en la sentencia T-178/17 se indicó que para valorar la procedencia de la acción de tutela también debe valorarse si se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

40 En relación con este tema, es posible consular la sentencia T-098/16.

41 Se puede consular la sentencia T-178/17.

42 Folio 6 del cuaderno principal.

43 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-098/16 y T-178/17. Debe decirse que además de la oficina de atención de Bogotá – como así se reporta en la página web de la Superintendencia de Salud- existen, a nivel nacional, seis oficinas: (i) la Regional Andina, la cual está ubicada en Medellín, (ii) la Regional Caribe en Barranquilla, (iii) la Regional Nororiental, la que tiene presencia en Bucaramanga, (iv) la Regional Occidental que está dispuesta en la ciudad de Santiago de Cali, (v) la Regional Sur en Neiva y (v) la Regional de Chocó que tiene presencia en Quibdó (<https://www.supersalud.gov.co/es-co/atencion-ciudadano/contactenos>).

44 De cualquier forma, considera esta Corte, como así se indicó en la sentencia T-226/15, que “(...) resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, pues la eventual demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad in natura de sus consecuencias, en especial cuando se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión”.

45 Artículo 41 de la Ley 1222 de 2007, modificado por la Ley 1438 de 2011.

46 Folio 1 del cuaderno principal.

47 Folios 29 a 33 del cuaderno principal. Sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal de

Control de Garantías de Quibdó.

48 Debe precisarse que la Constitución dispone, de forma explícita, que el derecho a la salud en los niños tiene el carácter de fundamental.

49 Con todo, debe precisarse que el artículo 2º de la Ley 1751 de 2015 -Ley Estatutaria de Salud- reafirmó el carácter de fundamental de este derecho: “[e]l derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”.

50 Sentencia T-760/08.

52 Artículo 2º de la Ley 1751 de 2015.

53 Artículo 3º de la Ley 1751 de 2015.

54 Artículo 6º de la Ley 1751 de 2015.

55 Artículo 8º de la Ley 1751 de 2015.

56 El artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 dispone lo siguiente: “Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. // En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud. // Parágrafo 1º. Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que requieran. // Parágrafo 2º. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011”.

57 Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

58 Artículo 16 y 17 de la Ley 1751 de 2015.

59 Con todo, debe precisar esta Corporación que la Corte Constitucional también se ha pronunciado, recientemente, sobre el derecho a la salud en control concreto a través de las sentencias T-178/17, T-314/17, T-357/17, T-405/17 y T-193/17.

60 El inciso segundo del artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 dispone que “[e]n los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

61 Tal cuestión es acorde con el literal d) del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, el cual dispone que las personas, en la prestación del servicio de salud, tienen derecho a “(...) obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud”.

62 Sentencia T-036/17.

63 Tal disposición indica que “[l]os conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley”.

64 El artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 dispone que la atención en salud en favor de la población adulta mayor gozará de especial protección a cargo del Estado y “[s]u atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”. En consecuencia, esta disposición debe entenderse en el marco de la Ley 1251 de 2008, que definió a los adultos mayores como “(...) aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”. En efecto, como la accionante cuenta 67 años debe entenderse incluida en esta protección.

65 Debe aclarar esta Corporación que el suministro de la anterior orden es posible, porque después de verificar el Plan de Beneficios y, en especial, la Resolución 001687 de 201765, se comprobó que la histerectomía –en diversas modalidades- está incluida en dicho anexo. Sin embargo, se aclara que ello no comprende la “68.6.1.10 Histerectomía radical modificada por laparoscopia”. Con todo, debe decirse que el procedimiento quirúrgico solicitado no se enmarca en las exclusiones desarrolladas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, esto es que tenga (i) un propósito cosmético o suntuario, (ii) que no exista evidencia física sobre su seguridad, eficacia o efectividad clínica, (iii) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente, (iv) se encuentre en fase de experimentación o (v) deba ser prestado en el exterior.