

Alcance del concepto del médico tratante en las acciones de tutela para proteger el derecho al diagnóstico*

Concept guardianships physician transcendence in appeals for legal protection of right to diagnosis

Eliana Maritza Rojas Giraldo**
Liliana Aristizábal Agudelo***
Vicky Babilonia Negrete****

Resumen

Este documento compara la influencia del concepto del médico tratante en las tutelas relacionadas con solicitudes de ayudas diagnósticas. Inicialmente se tiene en cuenta la definición de médico tratante, su concepto e importancia. Además se hace un análisis de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre solicitudes de pruebas diagnósticas y remisión a especialistas, de acuerdo con las sentencias de tutela proferidas por esta institución entre el 2008 y el 2013.

La investigación planteó los siguientes objetivos: a) relacionar las tutelas y verificar cuales contradicen o adoptan el concepto del médico tratante; b) analizar que concepto determinó el fallo del juez: solicitud del médico tratante de la EPS o particular, respuesta del Comité Técnico Científico o petición del usuario; y, c) identificar si el juez falló de acuerdo al derecho fundamental, para concluir que la Corte Constitucional ha determinado que el concepto del médico tratante es vinculante y que debe ser tenido en cuenta al momento de tutelar el derecho.

Palabras Claves: Tutela, médico tratante, derecho al diagnóstico, Corte Constitucional, salud y derecho fundamental.

Abstract

This paper compares the influence of the concept of the treating physician regarding guardianships requests diagnostic aids. Initially one considers the definition of attending physician, its concept and importance. Besides an analysis of the line of jurisprudence of the Constitutional Court on requests for diagnostic tests and referrals to specialists, according to the ruling of protection proffered by this institution between 2008 and 2013 is made.

The research raised the following objectives: a) to relate guardianships and check which contradict or embrace the concept of the treating physician; b) analyzing that concept determined the judge's ruling: application of the treating physician or EPS particular response of the Scientific Technical Committee or demand; and c) identify whether the judge ruled according to the fundamental right to conclude that the Constitutional Court has determined that the concept of the treating physician is binding and must be taken into consideration when defending the right.

KeyWords: Guardianship, physician, diagnosis right, Constitutional Court, health and fundamental rights.

** Médica y Cirujana de la Universidad de Antioquia y especialista en Gerencia de la Seguridad Social de la Universidad CES.
Correo electrónico: eliana147@hotmail.com

*** Abogada de la Universidad de Antioquia y especialista en Gerencia de la Seguridad Social de la Universidad CES.
Correo electrónico: liliaristi@hotmail.com

**** Enfermera profesional de la Universidad del Sinú y especialista en Gerencia de la seguridad social de la Universidad CES.
Correo electrónico: vi_bane@hotmail.com

Recepción
3 de marzo de 2014

Revisión:
4 de septiembre de 2014

Aprobación:
31 de octubre de 2014

* El presente artículo corresponde al informe final de la investigación titulada "Influencia en los fallos de tutelas del concepto del médico tratante en conductas diagnósticas médicas", para optar al título de Especialistas en Gerencia de la Seguridad Social, suscrito a la Línea de Investigación en Derecho Social del Grupo de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad CES, dirigida por la asesora Natalia Eugenia Gómez Rúa.

Introducción

La legislación colombiana cuenta con leyes tales como: la Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011 y Decretos como el 1406 de 1999, el 783 de 2000, el 806 de 1998, y el 2309 de 2002 y el 1683 de 2013 que tienen como objeto garantizar la seguridad social como servicio público.

Estas leyes están relacionadas directamente con el derecho fundamental a la salud. Sin embargo, existen situaciones en las que el ciudadano debe recurrir a una acción de tutela para proteger los derechos contemplados en dichas leyes y decretos. El interés del presente artículo es revisar aquellos fallos que por interpretación de los jueces no cumplen las garantías que se deben efectuar en materia de salud, en especial aquellos relacionados con procedimientos diagnósticos.

Debido a la urgencia que dicho amparo amerita, los jueces de la República, sin importar su jurisdicción (Ej.; penales, laborales, civiles, de familia, etc), deben resolver las tutelas en un término máximo de 10 días hábiles. Esta situación ha generado que los jueces, dicten disposiciones relacionadas con el derecho a la salud teniendo en cuenta los lineamientos de la Constitución Nacional de 1991 y el Bloque de Constitucionalidad pero sin un concepto claro del desarrollo del Sistema de Seguridad Social, atribuyéndole a éste funciones y actividades por fuera de su alcance funcional y económico.

Nuestro referente jurisprudencial será la Sentencia T 760 de 2008, que reiteró que el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, es, con el derecho al diagnóstico, un elemento esencial del derecho a la salud como fundamental. Esta Sentencia cobra importancia al dejar como precedente que el derecho a la salud es fundamental, "Debido a su conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; además, por su naturaleza fundamental

en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección".

Concretamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló que el acceso a un servicio de Salud, contemplado en los planes de beneficios, es un derecho fundamental de naturaleza autónomo. En tal medida, al negarse los servicios de salud consignados en dicho plan, se incurre en una violación del derecho; por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. No obstante, la Corte Constitucional también ha señalado que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica que todos los aspectos cobijados por éste sean objeto de tutela.

Los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, pueden ser limitados, de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la Jurisprudencia constitucional y porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela son cuestiones diferentes y separables. (Corte constitucional, sentencia 592 de 2012; Consejo de Estado, Concepto No. 73001233300020130006401 de 2013)

Para comenzar con la definición del tema objeto de este artículo, inicialmente se expondrán las definiciones de los términos de búsqueda y objetos orientadores de la investigación, tales como: Médico tratante, Concepto médico, ayuda diagnóstica y derecho a la salud.

Posteriormente se expondrán las principales barreras a las que se enfrentan los pacientes en el proceso asistencial y son causales de solicitar la protección al derecho a la salud por medio de la acción de tutela.



La importancia del Concepto del Médico Tratante en los fallos de tutela será desarrollada finalmente, exponiendo analítica y estadísticamente si dicho concepto guió la decisión de los jueces o si hubo otros conceptos constitucionales o no, científicos o no, que influyeron en dicho fallo.

La inclusión o excepción de los métodos diagnósticos dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS) serán también variables analizadas. Se tomaran las sentencias revisadas y se analizaran las solicitudes más frecuentes y los hechos que llevaron a los ciudadanos a interponer tutelas que invocaron el derecho a la salud, especialmente aquellas incluidas en el POS ya que constituyen una grave negación al derecho fundamental a la salud.

La importancia de la presente investigación podrá reflejarse en los sectores que intervienen la salud desde el origen legislativo hasta el desenlace asistencial, ya que se podrá apreciar en los resultados que es necesario un peritaje médico que guié al juez en su función constitucional de proteger los derechos de los ciudadanos sin que ello perturbe el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales sobre el deber de proteger y ser coherente con la legislación expedida.

La finalidad será generar un punto de reflexión en los jueces y demás actores del Sistema de Seguridad Social en Salud, evitar estimular la propagación de actores que promueva el desgaste y la crisis en el sector Salud. Además se busca impactar en el sector prestacional para que tengan garantías de un debido proceso en el que un concepto de un externo no deteriore su tarea de ser el intermediario entre el derecho a la salud y su goce efectivo.

Médico tratante y diagnóstico en el Sistema de Salud

Tenido en cuenta que el Sistema de Seguridad Social en Salud se encuentra reglamentado

por la Ley 100 de 1993, sus disposiciones deben ser acatadas por todos los actores del sistema, incluyendo los operadores jurídicos. A pesar de las condiciones consagradas en la Ley, el derecho a la salud y al diagnóstico se ha tornado extenso en la jurisprudencia, protegido especialmente a través de la acción de tutela. Las diferentes interpretaciones de los jueces, apoyadas especialmente por los lineamientos de la Corte Constitucional, han sido contrapuestas con los conceptos estrictamente estipulados en las dispersas normas sobre salud.

Como estructura general en las tutelas, se encuentra que se realiza el estudio sobre la procedencia de la acción, las posiciones jurisprudenciales y el estudio del caso concreto para definir si se protege o no los derechos fundamentales invocados por los accionantes y se emiten las ordenes correspondientes a los accionados como consecuencia de la amenaza y/o vulneración de los mismos. En los asuntos de salud, se encuentran situaciones en las que las personas deben acudir a este mecanismo subsidiario por la ineficacia del trámite ordinario. Concretamente una dificultad que se ilustra con frecuencia, es cuando el médico tratante ha ordenado diferentes procedimientos y/o ayudas diagnósticas para determinar el estado de salud del paciente y la Entidad Promotora de Salud (EPS), no autoriza o dilata las mismas.

En estos casos, la pregunta que se plantea es ¿influye en los fallos de tutela, el concepto del médico tratante sobre las conductas diagnósticas médicas? Para resolver este interrogante es necesario primero conocer los conceptos médicos-legales que se encuentran inmersos en el Sistema de Seguridad Social en Salud para tomar las decisiones en estos casos específicos.

Médico tratante

Definir al médico tratante¹ es complejo. A

¹ Definir al médico tratante es determinante para cualquier decisión en un caso específico, pues adherirse a un significante enciclopédico que encierra al médico como la persona que ejerce la ciencia

través de los profundos cambios del sistema de salud hacen que asumir una posición concreta frente a éste término sea difícil, pues esta figura es variable y depende del contexto en el que se encuentren los casos a analizar en un estudio específico.

Además la práctica de la medicina, la introducción de la tecnología y su evolución constante, hace que el papel del médico tratante no sea responsabilidad de un solo profesional.

En este mismo sentido, en el contexto científico Harrison define al médico tratante como la persona responsable del paciente y su enfermedad, pues es aquel que se hace cargo del caso y guía al paciente en el transcurso de la enfermedad (Kasper & Braundwald, 2006). Por tanto puede asumirse que el médico tratante es el líder de un equipo clínico multidisciplinario que conoce integralmente la situación del paciente y se responsabiliza de las decisiones relacionadas con el diagnóstico y tratamiento, es decir, podría denominarse como el médico de cabecera.

En este sentido, no es suficiente ser personal de la salud con título de médico y conocimiento científico para ser determinado dentro de las acciones de tutela como médico tratante, es necesario el vínculo con el paciente, que determinado a través del conocimiento que se tenga del caso particular, puede generar órdenes, pues es él quien conoce de cerca su paciente, su entorno clínico y quien dispone del conocimiento necesario para determinar la conducta que más convenga a su paciente.

El papel de médico tratante es definitivo, pues

de la medicina, que previene y cura enfermedades (García Pelayo y Gross, 1981), sería truncar su vocación ya que relega su razón de ser y existir que es el paciente y su relación con el entorno.

En la Constitución de 1991 y en el Sistema de Seguridad Social en Salud instaurado por la ley 100 de 1993, se concibe al médico tratante para efectos jurídicos, como la persona competente para decidir cuándo alguien en determinada situación requiere un servicio de salud, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. (Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008)

es quien con su autonomía, conocimiento y herramientas científicas disponibles, ofrecerá al paciente opciones de tratamiento pertinentes a su condición clínica y posteriormente será éste, quien en ejercicio de su autodeterminación decidirá su adherencia a la conducta ordenada por el médico.

La Corte Constitucional orientó por mucho tiempo sus fallos bajo este concepto y ha descartado fuentes externas incluso las segundas opiniones, pues al respecto la alta corporación señaló

...el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. (Corte Constitucional, Sentencia T 363 de 2010)

Posteriormente se amplía este concepto, pues se desestima el vínculo del médico con la EPS y el Tribunal Constitucional trasciende al fallar en casos donde la conducta es determinada por un médico particular, especialmente cuando la EPS no ha dado respuesta a las peticiones del paciente o las conductas allí ordenadas no han producido un efecto benéfico en su condición clínica.

No obstante, en el evento excepcional de que el interesado acuda a un médico externo – no adscrito a la red de prestadores de la correspondiente EPS– la EPS tiene una carga de valoración del concepto de dicho médico. El concepto del médico externo no podrá ser automáticamente descartado por la EPS, sino que es necesario una valoración de su idoneidad

por parte de un médico adscrito a la EPS (de manera directa o mediante remisión del interesado) o del comité técnico científico, según lo determine la propia EPS.” (Corte Constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008)

De acuerdo a lo anterior, lo que importa del médico tratante es su concepto respecto al estado de salud del paciente y lo que es necesario o no para determinar un tratamiento adecuado, siendo necesario determinar en qué consiste el concepto médico.

El concepto médico

De acuerdo con las consideraciones que establece la Corte Constitucional el concepto médico puede interpretarse como la conducta, consignada en la historia clínica, ordenada por el médico tratante quien es la persona calificada y con conocimiento tanto médico-científico como específico del caso, para emitir la orden de servicio, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. Dentro del desarrollo del concepto médico, la historia clínica, es un elemento fundamental, ya que en ella se consignan los datos derivados del acto médico. Allí, el médico plasma su apreciación general basada, principalmente, en su criterio clínico individual y en los hallazgos positivos ó negativos que justifican el diagnóstico, y ordena las conductas por seguir y la decisión terapéutica.

En las acciones de tutela, la historia clínica es asumida como documento legal en calidad de prueba que toma especial importancia en la revisión de los fallos, pues es el documento al que los jueces consultan para conocer el concepto del médico tratante y consecutivamente emitir sus disposiciones. La Corte Constitucional, sobre el asunto ha precisado que al juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar a dicho concepto, como quiera que sea fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para

lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras a restablecer o mejorar su estado de salud. (Corte Constitucional, Sentencia T 476 de 2004).

Adicionalmente, se advierte que en los casos en que dicho concepto médico proviene de prestadores externos, éste obliga a la entidad de salud a confirmarlo, descartarlo o modificarlo a través de médicos adscritos a la EPS ó, si es el caso, del Comité Técnico Científico. (Corte Constitucional, sentencia T 760 de 2008). Se debe constatar que el médico tratante haya específicamente prescrito el servicio y no sea una simple sugerencia, pues la importancia de la indicación del galeno es de tal magnitud, que en eventos en los cuales se ha presentado una discrepancia entre su concepto y el del Comité Técnico Científico, se da preferencia al primero, justamente por su pericia y su mayor conocimiento directo sobre la condición y la evolución médica del paciente.

“... la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la EPS, prevalece respecto de la que niega la entrega,... en todo caso es necesario que el médico tratante sea el que determine dentro de las posibilidades de servicio, la que más convenga a la salud del paciente y en tal sentido, la EPS inexcusablemente suministrará la droga que señale la orden de servicio dada por aquél” (Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008).

Es trascendental indicar que en el proceso asistencial, la relación médico –paciente es fundamental, ya que las decisiones deben tomarse en conjunto, evaluando el costo-beneficio de una conducta determinada. El médico debe brindarle al paciente la información y herramientas necesarias para que el paciente

acepte y/o rechace de manera informada las recomendaciones de su médico. (Corte Constitucional, Sentencia T 271 de 1995). Esta información, que debe incluir, riesgos, efectos secundarios, adversos tanto como los efectos esperados, está contenida en el consentimiento informado (Torres Escudero, 2012). Este documento es parte complementaria de la historia clínica, es fundamental ya que aquí el paciente acepta haber recibido por parte de su médico, en un lenguaje claro y comprensible, la información necesaria para intervenir su estado de salud y tener la información pertinente que le permitirá tomar una decisión frente a su condición clínica.

No obstante, la condición del paciente puede requerir el apoyo en ayudas diagnósticas que guíen acertadamente la conducta a seguir.

La Ayuda diagnóstica

En medicina, el diagnóstico supone un proceso por el cual se identifica una enfermedad, entidad nosológica, síndrome, o cualquier estado de salud, asignando al paciente una clasificación aceptada de forma universal y consignada en la Clasificación Internacional de Enfermedades, décima versión (CIE – 10).

El proceso diagnóstico requiere explorar de forma reflexiva diversas herramientas como la anamnesis, la evaluación física y complementaria que se registran en la historia clínica.

Las ayudas diagnósticas se refieren a los métodos y técnicas cuyo resultado pueden indicar una enfermedad, condición o trastorno.

Los tipos de ayudas diagnósticas se pueden clasificar en invasivas y no invasivas según el método empleado para generar un resultado. Existen actualmente varios métodos diagnósticos, los principales son: pruebas de laboratorio, técnicas por imagen, técnicas endoscópicas, estudios funcionales y biopsias. Éstos permiten al médico tratante conocer la

condición clínica real del paciente y formular una conducta pertinente.

Frente a la claridad conceptual de qué se comprende por médico tratante, concepto médico y ayuda diagnóstica como elementos básicos para la atención integral de la salud, es poco comprensible porque las personas deben acudir a la acción de tutela para proteger sus derechos y poder tener el acceso a los servicios de salud, específicamente si se considera que dentro del derecho a la salud, se encuentra inmerso el derecho al diagnóstico.

Derecho a la salud y al diagnóstico

El derecho a la salud es esencial, considerando que sin una condición adecuada de salud el individuo no podrá disfrutar incluso de los demás derechos fundamentales. Considerar la salud como un derecho fundamental implica revisar los antecedentes y su concepción actual, especialmente en el contexto colombiano.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) fue pionera en el ámbito internacional al declarar el derecho a la salud como fundamental en su constitución de 1946. Definiéndolo como "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social". (Organización Mundial de la Salud, 1946). Posteriormente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 (PIDESC), al cual Colombia se adhiere, se reconoce como derecho humano, situación que ha sido reiterada por múltiples convenciones y tratados internacionales, que además han ampliado este concepto de derecho incluyendo el derecho a la asistencia médica como elemento determinante del derecho a la salud.

En Colombia, a pesar de que el derecho a la salud no figura como derecho fundamental en su carta magna, su reconocimiento como fundamental se ha dado a través del bloque de



constitucionalidad y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional. El origen del derecho a la salud puede relacionarse con el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, en el que introduce a la Seguridad Social como obligación del Estado y posteriormente como derecho irrenunciable de los colombianos. Sólo se reconoce como fundamental en el caso de los niños (Art 44) (República de Colombia, 1991). La Corte Constitucional ha protegido el derecho a la salud como fundamental a pesar de no figurar explícitamente en la Constitución, a través de la acción de tutela por tres vías: principalmente, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana (previa consideración de la salud como derecho económico, social y cultural); la segunda, reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección (niños y niñas, adulto mayor, sujetos en condición de discapacidad, etc.); y la tercera, es la afirmación en general de la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico. (Orjuela, González, Pardo, & Angulo, 2012)

Dentro de la comprensión y aceptación de la salud como derecho por parte de los diferentes actores del Sistema de Seguridad Social en Salud, el derecho al diagnóstico ha sido desarrollado por la Corte Constitucional como uno de sus elementos del acceso a ella, específicamente en la sentencia T -760 de 2008, se concreta el derecho al diagnóstico como la posibilidad de un paciente a obtener las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud.

Este desarrollo ha sido producto de las múltiples tutelas interpuestas ante las dificultades de los usuarios para acceder oportunamente a alguna ayuda diagnóstica. Es importante precisar que el diagnóstico guía a los profesionales en salud en cuanto a las medidas terapéuticas y de rehabilitación. El hecho de no acceder oportunamente a un diagnóstico limita

al paciente y al médico tratante para emprender acciones correctivas, curativas o que retrasen la evolución de una enfermedad.

El retraso en el diagnóstico influye directamente en el principio de eficiencia concebido en el Sistema de Seguridad Social en Salud y pone en peligro su sostenibilidad financiera. Esta perspectiva se justifica en el hecho innegable en el que un paciente sin un diagnóstico claro demanda al sistema más servicios, que especializados o no, pueden evitarse con la autorización oportuna de una ayuda diagnóstica.

El costo de una ayuda diagnóstica varía a medida que su Sensibilidad es mayor y el uso de la tecnología de punta incrementa. La sensibilidad se entiende como la capacidad de un test para detectar la enfermedad, es decir clasifica correctamente a un individuo enfermo. (Pita Fernández & Pértegas Díaz, 2010). Por lo general, una prueba con mayor sensibilidad requiere técnicas más complejas ó tecnología específica y escasa lo que puede aumentar su costo.

Según lo anterior, puede un juez suponer que a mayor costo mayor utilidad de la prueba tutelada, sin embargo, es aquí, donde el concepto del médico tratante juega un papel importantísimo como administrador de los recursos del sistema. Es decir, los profesionales de la salud cuentan con el juicio clínico que le indica la pertinencia o no de determinada prueba ó examen. Además de conocer la condición clínica del paciente, puede sospechar el resultado del paraclínico y preestablecer si este aportará al diagnóstico o al pronóstico. Es el galeno quien a partir de la historia clínica determina el propósito de solicitar una ayuda diagnóstica.

El derecho al diagnóstico como acceso a las herramientas de análisis no se debe encasillar en la situación determinada en la que se requiere conocer la condición de un paciente. Éste debe trascender, pues también se debe llevar a situaciones en las que las ayudas diagnósticas

aportan información para el seguimiento de los pacientes, especialmente en las patologías que pueden tener descompensaciones corregibles.

La fecundidad de la legislación que protege al derecho de la salud y al diagnóstico no es gratuita, pues es la respuesta constitucional a la insistente imposición de barreras por parte de los actores a los usuarios para un goce efectivo del derecho. Por lo cual es pertinente analizar aquellas barreras y obstáculos que directamente se relacionan con el diagnóstico y el concepto del médico tratante, como elementos que obligan a los afectados a acudir a la acción de tutela para proteger su derecho a la salud.

Barreras de acceso en el derecho a la salud.

Rescatando el derecho al diagnóstico como elemento del derecho a la salud, se puede apreciar a través de la experiencia, que éste como complemento del segundo también presenta barreras en su acceso por los usuarios quienes se ven obligados a acudir a medidas constitucionales por las negaciones que las entidades hacen respaldados incluso por la estructura legal del sistema. (Abadía & Oviedo, 2009).

A pesar que la Ley respalda la estructura del sistema, ésta se convierte en un obstáculo de acceso a los derechos. Entre la expedición de una Ley y su posterior interpretación y aplicación, se generan vacíos y oportunidades de incumplimiento que los actores del sistema aprovechan para limitar el acceso a los servicios en salud. En el proceso de goce del derecho, que inicia con la afiliación al sistema y termina con el logro de un mejor estado de salud, aparecen una serie de inconvenientes que hacen que este proceso se prolongue o incluso no llegue a su objetivo, entre otras, se mencionan las siguientes:

Evaluación por médico de la EPS

La Corte Constitucional, por medio de la

sentencia T-760 de 2008 ha indicado que le corresponde al médico tratante la labor de determinar qué servicios de salud requiere un paciente, con fundamento en criterios científicos y a su conocimiento de la historia clínica de cada persona.

Como regla general, este Tribunal ha sostenido que el concepto médico relevante será el emitido por quien está adscrito a la entidad que tiene el deber de garantizar la prestación del servicio de salud, por lo que el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

En sentencia T- 873 de 2011, la Corte Constitucional toma posición frente al carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante, indicando que *"quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante."*

Indica la Corte en esta ocasión, que al médico tratante se le ha dado bastante importancia, debido a que éste en su función como profesional científicamente calificado, es quien realmente conoce el caso del paciente y lo concreto respecto a su condición de salud, lo cual implica que dicho profesional posee la información adecuada, precisa y suficiente para determinar lo que realmente necesita el paciente.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que bajo la regulación actual, el servicio, procedimiento o medicamentos, debe estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS para su acceso, la Resolución 3099 de 2008, en su artículo 4° establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación. Es decir, que el Comité Técnico Científico tiene

la facultad de aprobar o no servicios de salud no POS, prescritos por el médico tratante.

Es importante también anotar, que actualmente no existe una norma que limite al médico para ordenar procedimientos y ayudas diagnósticas, pero si debe regirse por los protocolos y guías de la institución ó utilizar estrategias para que no sobrepasen la frecuencia de estas ayudas, además cuando se requieren dichas ordenes, el médico tratante debe justificar claramente la pertinencia de lo prescrito en la historia clínica del paciente.

Por el contrario, si existe normatividad que regula el tiempo de la atención médica. Según el artículo 97 de la Resolución 5261 de 1994, la atención no debe ser menor a veinte minutos. Sin embargo, los prestadores asumen este límite inferior como tiempo máximo, limitando así al profesional en salud en corto tiempo, a hacer una evaluación clínica adecuada, brindar educación, realizar una historia clínica completa, aparte del deber de llenar los formatos requeridos como formalismos que solo tienen funciones administrativas y poco cooperan a una relación médico paciente empática y celeridad en el proceso diagnóstico.

En consecuencia, la limitación en las ayudas diagnósticas y los tiempos estipulados para atención al paciente se convierte en una barrera de acceso, ya que en algunas ocasiones no se puede tomar la conducta indicada por todos estos limitantes que tiene el sistema de salud en cuanto a los procedimientos y ayudas diagnósticas.

Remisión a médicos especialistas

El actual Plan Obligatorio de Salud modificado por el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, contempla una serie de beneficios, entre ellos ciertas ayudas diagnósticas, que requieren orden por una determinada especialidad médica para ser ejecutadas. Por tanto, el médico general adscrito a la EPS debe solicitar, para conseguir

dicha ayuda diagnóstica, la evaluación por un Médico Especializado.

Este trámite representa una barrera al derecho al diagnóstico ya que la disponibilidad de las especialidades médicas es reducida en Colombia, requiriendo hasta 6 meses para conseguir dicha evaluación. (Correa, 2013). Es decir, el paciente debe esperar este tiempo para lograr una evaluación efectiva, en la incertidumbre de no conocer su real estado de salud y a la eventualidad de tener exacerbaciones o complicaciones derivadas de un retraso en el acceso al diagnóstico. Esta situación habitual es totalmente contraria a lo dispuesto en Resolución 1552 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, quien exige una evaluación por Médico especializado a un término máximo de 5 días hábiles.

Sin embargo el marco normativo en Salud que corresponde al Decreto 4747 de 2007, reiterado por el Ministerio de Salud y la Protección Social a través de la Resolución 4331 de 2012 es muy claro al asignar a la EPS la responsabilidad de ejecutar las tareas administrativas que se requieran para que el paciente acceda oportunamente al servicio solicitado por su médico tratante. Se reitera entonces por la Ley anti trámites, (Senado de la República de Colombia, 2012) a pesar que este criterio ya se había contemplado desde la sentencia T 047 de 2010, en donde se solicitó la continuidad del tratamiento por la EPS a una menor de edad a pesar que la entidad había excluido al implicado prestador de su red.

... La EPS está obligada a garantizar el derecho al diagnóstico y disponer lo que sea preciso para que la persona sea valorada por profesionales idóneos, adscritos a su red de servicios, y, cuando sea del caso, adelantar la actuación administrativa necesaria para la autorización de los medicamentos o tratamientos

no POS, que, en ese contexto, le sean prescritos a la persona.

Complementando la anterior sentencia, debe tenerse en cuenta que las remisiones para evaluaciones por especialistas son generalmente ordenadas desde el primer nivel de atención, donde, generalmente la población accede como puerta de entrada a su derecho efectivo a la salud. En Colombia se cuentan con servicios clínicos clasificados en 4 niveles de complejidad para la atención en salud reglamentados desde la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud y Protección Social. A mayor nivel de complejidad se cuentan con mayores servicios y disponibilidad de especialidades llegando a tener en el cuarto (4º) nivel sub especialistas y métodos diagnósticos súper especializados de mayor precisión diagnóstica.

Frente a los niveles de atención, se encuentra que la iniciativa de Atención Primaria en Salud (APS) planteada en la Ley 1438 de 2011 en el capítulo II, tiene por objeto incrementar los centros de primer nivel de atención para hacer efectivo el aumento de la cobertura en la afiliación y disminuir las barreras al goce efectivo del derecho a la salud desde la prevención de las enfermedades. Sin embargo, el crecimiento en los otros niveles no se da a la misma escala, dados los requerimientos financieros y de infraestructura de mayor complejidad que el desarrollo de éstos demanda. Se configura aquí otro obstáculo para el acceso a las especialidades médicas, ya que es insuficiente la oferta frente a la demanda creciente de los servicios especializados en los niveles de mayor complejidad de atención y por tanto la carencia de acceso a diagnósticos específicos que solamente pueden ser concretados en estos.

La evaluación por un especialista se convierte entonces en una barrera para el acceso al diagnóstico, exigiendo la tutela como mecanismo para proteger el derecho a la salud. En las decisiones constitucionales también abundan

las solicitudes de evaluación por médicos especializados, no sólo para solicitar una ayuda diagnóstica, sino solicitando su experiencia y mayor conocimiento en un área específica para emitir una impresión diagnóstica más puntual que posteriormente se llevará a confirmar a través de los paraclínicos. (Corte Constitucional, sentencia T 178 de 2011).

Otro obstáculo para el acceso a los especialistas es la falta de pertinencia de las remisiones ordenadas por los médicos, ya que estas remisiones se dan en situaciones de difícil ó escaso manejo por el médico, como por ejemplo: la falta de actualización, desconocimiento de las reglamentaciones y presión ejercida por parte de los usuarios o sus familias, entre otras causas. (Baena Henao & Cárdenas Carmona, 2008)

Estas remisiones no pertinentes son, por lo general, negadas por las EPS, lo que genera insatisfacciones en el usuario en quien se indujo una demanda no primordial, por tanto no satisfecha y lo direcciona a emprender una acción de tutela ó a cubrir esta necesidad por sus propios medios consiguiendo el concepto de un médico particular.

Aprobación del concepto del médico no adscrito a la EPS

Existen ciertas circunstancias que llevan a los pacientes a consultar de forma particular: difícil asignación de citas, no conformidad con conducta ordenada en su EPS o la búsqueda de una segunda opinión, motivos que reflejan en ocasiones obstáculos al goce efectivo del derecho al diagnóstico.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado en varias ocasiones y específicamente en la Sentencia T 760 de 2008 la importancia vinculante del concepto del Médico tratante de la EPS en el cumplimiento por parte de la EPS de su orden impartida: *"el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio"*.

Sin embargo, una posición complementaria fue asumida y se contempló la validez del médico externo a la EPS dándole mayor importancia a la previamente concebida y obligando a la EPS a verificar, confirmar ó descartar su concepto por medio de los prestadores adscritos a su red ó incluso a través de una junta médica. En cuanto a esto fue muy clara la Corte Constitucional en Sentencia T 717 de 2009 al conceptuar lo siguiente:

el concepto dado por un médico no adscrito a la EPS podía obligarla, toda vez que el profesional de la medicina está capacitado para proferirlo y es totalmente válido y, no tenerlo como tal, se convertiría en un obstáculo al acceso al sistema de salud. Sin embargo, la Corte por vía jurisprudencial ha establecido unos límites a la obligatoriedad del concepto proferido por un médico particular.

Lo anterior es reiterativo a la posición ya expuesta por la Sentencia T 760 de 2008:

El concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera se le sometió a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula

a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.

Incluso si se diera el caso de contar con los conceptos del médico particular y aquel adscrito a la EPS, como por ejemplo en Sentencia T 717 de 2009, se prefirió aquel con mayores argumentos que justificaban las solicitudes interpuestas. En este caso se prefirió el concepto del Médico externo por ser mucho más completo y basarse en los resultados obtenidos en los paraclínicos solicitados.

Es importante señalar que en este tipo de situaciones, el juez toma una decisión judicial en un campo ajeno a su dominio, y debe desvirtuar un criterio emitido por un profesional de la salud, solo basado en la información disponible en la historia clínica.

Es pertinente mencionar el caso de la Sentencia T-1080 de 2007 en el que la Corte falló sin la existencia de un concepto emitido por el médico tratante y sustentó su decisión en el dictamen obtenido de medicina legal por el juez de instancia, éste constituyó razón suficiente para ordenar el suministro de un insumo, cargando a la EPS de la responsabilidad de facilitar los medios al paciente y las herramientas a los médicos para determinar el diagnóstico y la conducta terapéutica.

A pesar de la reiterativa jurisprudencia al respecto, las EPS siguen desestimando los conceptos provistos por Médicos no adscritos a la EPS, y en su lugar trasladan la carga al paciente direccionándolo a la evaluación por Médico general adscrito a la EPS para iniciar nuevamente el proceso a través de la EPS y retardando el acceso oportuno a su derecho al diagnóstico y tratamiento.

La aprobación del concepto del médico tratante externo requiere de un desarrollo

jurisprudencial, pues los pacientes siguen acudiendo a la acción de tutela y al amparo por medio de quejas elevadas a las entidades de control como la Supersalud;

... estas empresas no pueden desechar un diagnóstico con el único argumento que el médico que lo expide no está adscrito a la misma, su obligación, siempre que tenga conocimiento del mismo, es con base en un análisis técnico y especializado acoger, modificar o rechazar el dictamen." (Corte Constitucional, Sentencia T 146 de 2011).

Por lo tanto, la aceptación de la opinión emitida por un médico externo a la EPS corresponde a una barrera al derecho a la salud, incluso cuando se acude a éste para solicitar un segundo concepto, ya que el paciente requiere iniciar trámites para validar este concepto por medio de un conducto regular que le indica conducirlo ante el Comité Técnico Científico (CTC). (Corte Constitucional, Sentencia T 685 de 2010) El CTC representa otra barrera de acceso a un adecuado diagnóstico ya que implica más trámites para el paciente.

El Comité Técnico Científico (CTC)

Los Comité Técnico Científicos, CTC, fueron creados por la Ley 100 de 1993 en su artículo 188, actualmente reglamentados por la Resolución 548 de 2010 (Artículo 4º y 5º). Tienen como función reunirse al menos una vez por semana para evaluar, aprobar o desaprobar servicios y suministros solicitados por el médico tratante, no cubiertos por el plan de beneficios, y deben justificar técnicamente sus decisiones por medio de actas.

El médico tratante al considerar que su paciente requiere un servicio no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (POS) diligencia un formato determinado que sumado a la historia clínica, se direcciona al CTC y éste con dichas herramientas determina si la solicitud en efecto procede ó si es rechazada, emitiendo un acta donde argumenta la negación de dicho servicio.

Este documento, además de otros requisitos, son presentadas ante el Fondo de Solidaridad y Garantías para iniciar el proceso de recobro, proceso que desde su inicio ha sido complejo, ya que por medio de éste, se giran los recursos económicos destinados a cubrir las prestaciones no contempladas dentro del plan de beneficios, y requiere de una serie de formalidades, que a medida que la jurisprudencia avanza, el número de exigencias aumenta en forma directamente proporcional.

Es entonces cuestionable las direcciones contrarias en las que van las disposiciones de agilidad y eficiencia dictadas por el Órgano de Cierre Constitucional y los requerimientos exigidos a los pacientes. Ésta situación es evidente al analizar la Resolución 458 de 2013, en donde el Ministerio de Salud centra sus disposiciones en los formatos, requerimientos y documentos para la verificación de recobros, en lugar de dirigir su mirada al contenido de las solicitudes y lograr coherencia con la intención de eficiencia que motivó la resolución.

No es ajeno a la experiencia asistencial, que los pacientes a pesar de ser favorecidos por la Ley para disminuir los trámites, son los que en últimas deben asumirlos. Estas burocracias representan barreras al acceso al derecho a la salud, pues con advertencias, tales como que si se realiza el trámite interno puede demorarse más días que si se dirige directamente el usuario a determinados puntos de atención, el afiliado se ve obligado a gestionar sus órdenes.

En el caso de las ayudas diagnósticas, la no autorización de la prestación por la EPS a través del CTC, obliga al paciente a solicitar por medio de la tutela la cobertura del servicio. Esto es, en parte, consecuencia por permitir proceso técnicos y administrativos que ensombrece el principio de equidad en el acceso universal a los servicios de salud y la atención oportuna e integral. (Baena Henao & Cárdenas Carmona, 2008).

Es evidente, que la negación de los servicios No POS por parte del CTC se ha convertido en un estímulo adverso al acceso al derecho a la salud, que al generar acciones de tutela, trasladan el gasto al Fondo de Solidaridad y Garantías – FOSYGA quien es el responsable de cubrir económicamente el servicio ordenado por la decisión. (Pinto & Muñoz, 2010).

Análisis de la influencia del concepto del médico tratante en fallos relacionados con el derecho al diagnóstico.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 86 confirió a los jueces de la República la función de verificar la aplicación de la Constitución en los actos de poder o autoridad de todas las entidades del país. Fue así como los autorizó para impartir órdenes de cumplimiento con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, en los eventos en que se presente violación o simple amenaza de acción u omisión de las entidades frente a dichos derechos.

Con el fin de verificar la importancia del concepto del médico tratante en los diversos fallos de tutela, donde se pretenden autorizaciones o se vulnera la accesibilidad del servicio de salud por la negación de pruebas diagnósticas, se realizará la revisión de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional en los años 2008 a 2013, teniendo como referencia la sentencia T-760 de 2008, la cual evidencia la necesidad de modificar el sistema y reitera los lineamientos para aplicar la normatividad frente al tema.

La sentencia T-760 de 2008, señala que cuando el médico tratante prescribe pruebas diagnósticas para verificar el estado de salud de un paciente, se le debe proteger el derecho de acceso a estos exámenes y pruebas diagnósticas, ya que está conectado directamente con el acceso a la salud. Es oportuno entonces, dar una mirada a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los cuales se evidencia como las barreras de acceso impiden en ocasiones un diagnóstico oportuno y pertinente.

En ocasiones, la remisión de los pacientes por parte del médico tratante para la realización de exámenes como pruebas diagnósticas, se convierte en un dolor de cabeza para los usuarios del sistema, ya que son negadas sus remisiones, algunas veces, sin causas justificadas. En algunas circunstancias, los funcionarios de las EPS se limitan a contestar que un examen no está incluido en el POS, sin ir más allá de la intención real del médico tratante al indicar que se requieren dichas pruebas.

Para esta revisión, se utilizó como fuente de datos, la página electrónica de la relatoría de la Corte Constitucional Colombiana, se limitó el rastreo de las sentencias al período comprendido entre los años 2008 a 2013 conforme al criterio descrito en acápite anterior y, teniendo en cuenta como palabras claves “médico tratante” y “derecho al diagnóstico”. Como resultado inicial arrojó el motor de búsqueda, 43 (cuarenta y tres) sentencias, de las cuales solo 7 (siete) correspondieron al objeto de estudio, ya que las otras sentencias correspondían a casos con diagnósticos ya definidos y acceso al tratamiento. De las 7 (siete) sentencias analizadas se puede verificar, que se presentaron 5 (cinco) casos en los cuales los accionantes pertenecen al régimen subsidiado y 2 (dos) al régimen contributivo.

Resultados

Frente a las pretensiones motivadas por los hechos, se presentan 4 (cuatro) donde solicitan se autorice por parte de la entidad prestadora del servicio de salud una determinada prueba diagnóstica y 3 (tres) solicitaron la remisión a especialistas para el concepto diagnóstico. Solo en un caso se presenta negación de los derechos tutelados en primera instancia debido a que la remisión no fue realizada por el médico tratante adscrito a la entidad de salud en la cual consultaba el accionante. Sin embargo, la Corte falló a favor del accionante. En cuanto a las decisiones de la Corte en los casos revisados, solo se presenta un caso en el que se falla

denegando el amparo solicitado, debido a que se comprobó que la EPS no se ha negado a realizar lo recomendado por el médico tratante.

Según lo anterior, se presenta la siguiente tabla de resultados:

Tabla 1

Descripción de resultados

Sentencia	R.Sub.	R.Cont.	Negacion examen	Negacion especialista	POS	Primera instancia	Concepto medico tratante adscrito a eps	Fallo corte constitucional
T 1177/08	X		X		Si	Negó el amparo	Si	Aprobó el amparo
T 274/09	X			X	Si	Aprobó el amparo	Si	Aprobó el amparo
T 717/09		X		X	Si	Negó el amparo	No	Aprobó el amparo
T 249/10	X		X		Si	Hecho superado	Si	Confirmar hecho superado
T 359/10		X	X		Si	Negó el amparo	Si	Negó el amparo
T 685/10	X			X	Si	Negó el amparo	Si	Confirmar hecho superado
T 854/10	X		X		Si	Negó el amparo	Si	Aprobó el amparo

En un análisis cualitativo se encuentra que en las sentencias T- 1177 de 2008, T-249 de 2010, T- 359 de 2010, T-854 de 2010, el aspecto en común se refiere a la prescripción y concepto del médico tratante para la realización de exámenes necesarios para el diagnóstico de una enfermedad.

Por medio de la sentencia T- 1177 de 2008, la Corte Constitucional revisa y falla la acción de tutela instaurada por una señora que solicita se le practique el examen gammagrafía ósea corporal total, examen que fue ordenado por su médico tratante, pues a pesar de que en su momento se le estaba realizando tratamiento por la raquialgia crónica con compromiso lumbar que tenía previamente diagnosticada, presentaba persistencia en el dolor y no se encontraba razón para esto. El médico fisiatra indicó que el examen de gammagrafía ósea corporal total es requerido para conocer el diagnóstico y el procedimiento a seguir.

La Corte señala en sus consideraciones, que teniendo en cuenta la protección del derecho a la salud, se debe incluir en éste, el derecho al diagnóstico, formando parte integral del primero. Indica literalmente:

...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, también, sus derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física, psíquica y emocional. (Corte Constitucional, Sentencia T 736 de 2007)

Además de lo anterior, la sentencia referida

hace énfasis en la prevalencia del concepto del médico tratante, como el único competente para determinar si es necesario o no realizar un examen y la obligación de la EPS para practicar lo ordenado por el médico. Finalmente, la Corte decide aceptar las pretensiones de la accionante y fallar a su favor, tutelando sus derechos fundamentales y exigiendo a la EPS-S la práctica del examen.

En la sentencia T-249 de 2010 se presenta un caso en el cual, una señora que requiere tratamiento de fertilidad, es prescrita por su médico tratante para que se realice los exámenes de progesterona y citología cérvico uterina, exámenes incluidos efectivamente en el POS. Sin embargo, la entidad prestadora del servicio, se niega a realizar las pruebas diagnósticas, aduciendo que en el POS no se encuentra contemplado el tratamiento de fertilidad. A pesar de lo anterior, para el momento de dictar sentencia, la Corte verifica que es un hecho superado. De igual manera se pronuncia frente al tema, indicando que aunque el derecho a la salud es limitable y que el plan de beneficios no debe ser infinito, además, que el tratamiento de fertilidad no se encuentra incluido en el POS, y por lo tanto, debe ser costeado por las pacientes, es diferente esto, al derecho que tiene cualquier mujer en ser diagnosticada y conocer la causa por la cual no puede procrear, un diagnóstico oportuno y acceso a la realización de exámenes para detectar la enfermedad que padece y causa de su infertilidad.

La protección excepcional que ha otorgado la Corte Constitucional en casos de fertilidad, tiene como objeto esencial sanear o curar la causa que produce la infertilidad o al menos intentar hacerlo, por lo tanto la protección se dirige a la patología que afecta la salud., la vida digna o la integridad física de la mujer; eventos éstos, en los cuales se ha concedido el amparo. (Corte Constitucional, Sentencia T 935 de 2010)

En la sentencia T 717 de 2009, la accionante instauró tutela en representación de su hija,

debido a la negación por parte de la EPS para autorizar la remisión a los especialistas en ortopedia y ginecología. La remisión la realizaron los médicos del Hospital Infantil, donde indican que la menor padece de "escoliosis y vaginosis", por lo que requiere ser valorada por dichas especialidades.

Según la jurisprudencia de la Corte, las prescripciones emitidas por médicos no adscritos a la entidad prestadora del servicio de salud, en el que consulta la paciente, no presentan obligatoriedad de ser autorizadas por la entidades, es decir, que solo si se tratara del médico tratante podría autorizarse la concesión de pruebas diagnósticas o remisiones a especialistas.

Sin embargo, en este caso particular, la Corte indica que *"el concepto dado por un médico no adscrito a la EPS podía obligarla, toda vez que el profesional de la medicina está capacitado para proferirlo y es totalmente válido y, no tenerlo como tal, se convertiría en un obstáculo al acceso al sistema de salud"*. Sin embargo, la Corte por vía jurisprudencial ha establecido unos límites a la obligatoriedad del concepto proferido por un médico particular.

Al respecto, se ha expuesto que *"el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera se le sometió a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto."* (Corte Constitucional, Sentencia T 717 2009)

En el presente caso, la Corte aduce que teniendo en cuenta que el concepto del médico no adscrito a la EPS se basó en una cantidad de pruebas y exámenes, los cuales realizo

previamente, y logro llegar una conclusión más científica, con los cuales considero que la menor debía ser valorada por especialistas para obtener un diagnóstico más específico y un tratamiento adecuado y oportuno, es entonces una remisión objetiva y bien soportada para obtener la autorización respectiva. Por lo tanto, la sentencia T 717 de 2009 ordena que la EPS autorice el concepto del médico pues lo encuentra totalmente válido y con los argumentos técnicos y científicos suficientes.

En cuanto a la sentencia T- 359 de 2010, el examen solicitado por la accionante es mucho más simple, pues requiere la práctica de radiografía para poder determinar en qué consiste una lesión que fue causada por la aplicación de anestesia en un procedimiento odontológico, la cual le generó a la menor una afección de su capacidad motriz y de locomoción. El fallo en primera instancia, negó la práctica de la prueba diagnóstica, aduciendo que la pretensión de la accionante era económica, en cuanto a la responsabilidad del profesional en el área de la salud que aplicó la anestesia y no revisó el tema frente al derecho al diagnóstico como parte del derecho a la salud que se encontraba vulnerado por EPS.

Es oportuno señalar textualmente lo indicado por la Corte frente a los objetivos del examen diagnóstico, así:

...el derecho al examen diagnóstico está orientado a garantizar los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente. (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) Poder iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida, según

la enfermedad sufrida. Así, la dilación en realizar el diagnóstico y aplicar oportunamente el tratamiento idóneo, lesiona gravemente el derecho a la salud, que se encuentra inescindiblemente unido con la dignidad y la vida humana. (Corte Constitucional, Sentencia T 359 de 2010)

En sentencia T- 854 de 2010 se requiere por parte del accionante, examen de Ecocardiograma Transtorácico con el fin de obtener la valoración del médico laboral del fondo de pensiones y una calificación de su capacidad laboral. Es claro que en este caso, la prueba diagnóstica no es fundamental para la salud del paciente, sin embargo la historia clínica presentada ante el ISS, no tenía claridad frente a las patologías padecidas, por lo que el médico laboral requirió las pruebas diagnósticas.

Indica también la sentencia que:

La Corte Constitucional, señala como doble vulneración de la EPS, en negar el examen prescrito por el médico laboral, ya que por un lado, se encuentra en riesgo el derecho fundamental a la pensión de invalidez como sustento económico del actor y por otro parte el accionante no tiene conocimiento frente a sus padecimientos, vulnerando así el derecho al diagnóstico.

Las pruebas diagnósticas pueden también solicitarse como remisiones a especialistas, pues estos por su conocimiento técnico- científico pueden realizar la valoración del paciente y diagnosticar específicamente su padecimiento. En estos casos la Corte Constitucional también ha debido pronunciarse, en sentencias tales como la sentencia T 274 de 2009 y sentencia T 685 de 2010.

Frente a la sentencia T 274 de 2009, el actor interpuso acción de tutela contra la entidad que

le presta el servicio de salud, ya que esta negó la remisión al especialista en oftalmología, remisión que fue prescrita por el médico tratante. En este caso, la Corte encuentra que negar el servicio de oftalmología vulnera el derecho fundamental a la salud del accionante, por cuanto se niega su debido diagnóstico, argumenta que se ha impedido al accionante conocer su padecimiento frente a la disminución de su capacidad visual.

Es así, como la Corte indica:

En esta ocasión el perjuicio irremediable consiste en que la omisión atribuible a la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado ha impedido el establecimiento de la causa de la pérdida de la visión del accionante, con lo cual no sólo se encuentra impedido para exigir a dicha autoridad o a la correspondiente entidad territorial la prestación de los servicios y prestaciones requeridos; sino que adicionalmente la situación de incertidumbre de cara a la fuente del padecimiento pone en grave riesgo la conservación de su visión dado que sólo la práctica del examen permite conocer las medidas que han de adoptarse y cuál es el grado de urgencia que ostenta la situación actual del ciudadano. De tal suerte, de no conceder amparo al derecho fundamental a la salud del accionante la dolencia de origen indeterminado continuaría haciendo mella sin que pudiese establecerse si sus efectos son de carácter irreversible o si eventualmente es necesario iniciar de manera inmediata el tratamiento médico para obtener la recuperación de

su salud visual. (Corte Constitucional, Sentencia T 919 de 2009)

Así pues, se verifica como la Corte Constitucional, a través de los años y posterior a los lineamientos establecidos en la sentencia T 760 de 2008, ha sido clara en señalar que el derecho al diagnóstico forma parte integral del derecho fundamental a la salud y que este último no solo hace referencia a la atención, tratamientos y medicinas, sino también al derecho del usuario de conocer sus padecimientos, y obtener oportunamente los tratamientos necesarios para salvaguardar su estado de salud satisfactorio.

En cuanto a los casos en los que las pruebas diagnósticas se encuentran excluidas del POS, la Corte ha tomado posición revisando el cumplimiento de requisitos para proteger el derecho al diagnóstico sobrepasando la normatividad frente a lo cubierto por el POS, requisitos que exigen que la orden sea remitida por médico tratante adscrito a la EPS, la dificultad de realizar tratamiento alternos que produzcan los mismos beneficios y la situación económica baja, demostrada, del paciente.

El derecho al diagnóstico, también ha sido mirado por la Corte como derecho orientado a garantizar el conocimiento del paciente sobre la patología padecida, el tratamiento que mejore su condición de salud y la oportunidad y pertinencia de dicho tratamiento.

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

regímenes contributivo y subsidiado. (Corte Constitucional, Sentencia T 274 de 2009)

En sentencia T 685 de 2010, la accionante fue remitida por el médico tratante a valoración por endocrinología, debido a que la paciente presenta antecedentes de meningitis y retraso en su desarrollo. Sin embargo, la EPS –S le niega el servicio. La entidad demandada argumenta que el servicio no está incluido en el POS y que no cuenta con los recursos para la aprobación de dicha remisión.

En este caso, el hecho se encuentra superado para el momento de la decisión, pues finalmente la entidad prestadora de salud autorizó la remisión. Sin embargo vale la pena anotar lo indicado por la Corte en sus consideraciones.

La Corte indica en la decisión antes referida que:

...es importante señalar que la accionante es considerada por la jurisprudencia de esta Corporación, como un sujeto de especial protección teniendo en cuenta la condición de discapacidad que presenta, ya que en la historia clínica se lee que tiene un retraso en su desarrollo, lo que obliga al Estado procurar sus garantías constitucionales. Para lo anterior, es importante resaltar que esta Corporación ha señalado que las personas consideradas como sujetos de especial protección, se les ha reconocido sus derechos fundamentales en materia de seguridad en atención a la especial vulnerabilidad que padecen y que tornan necesaria una protección particularmente vigorosa de sus derechos. Así, se predica fundamental el derecho a la

seguridad social de los niños y las niñas, las personas con discapacidad y aquellas que han llegado a la tercera edad, entre otras.

Es claro entonces, como la Corte Constitucional por medio de su amplia jurisprudencia ha reconocido que el derecho al diagnóstico se encuentra directamente relacionado y conectado con el derecho a la salud, en la medida en que se debe garantizar la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad del servicio prestado por las entidades de salud.

Indica la Corte que en el marco de la protección del derecho al diagnóstico, se deben realizar todas las actividades, procedimiento e intervenciones necesarias para determinar una enfermedad en el paciente, la evolución de esta, complicaciones, consecuencias, tratamientos y procedimientos, tendientes a mejorar la salud del paciente. Sin embargo, la Corte reconoce que también se presentan casos en los que se considera que llevar a cabo el procedimiento necesario para realizar el diagnóstico pone en peligro la propia vida de la persona o no es realmente necesario para la salud del paciente, por lo que se evalúa el concepto del médico tratante y la información científica relevante y valorada de otros médicos tratantes.

A modo de conclusión

Es oportuno concluir, que frente a las sentencias de tutela expedidas por la Corte Constitucional, la influencia del concepto del médico tratante, la claridad de las pruebas y de la información científica, representan y reflejan la valoración y finalmente la decisión por parte de la Sala de Revisión de esta Corporación. El juez, sin tener el conocimiento científico en la materia, se guía por lo entendido en los documentos de soporte y falla en razón a ellos y realiza un estudio integral del caso basado en la amenaza o vulneración del derecho fundamental a la salud.



Se evidenció además que los documentos clínicos entregados por el paciente están sujetos a la interpretación del juez. Éste no cuenta con una asesoría científica que le permita entender el contexto clínico del caso y le sugiera solicitar, en algunos casos, otros documentos que puedan fundamentar mejor sus decisiones procurando siempre lograr precedentes que contribuyan con el estado de la salud del paciente.

Se puede apreciar en los resultados que es necesario un peritaje médico que guíe al juez en su función constitucional de proteger los derechos de los ciudadanos sin que ello perturbe el ejercicio de sus competencias constitucionales sobre el deber de proteger y ser coherente con los principios y derechos fundamentales.

Las sentencias de la Corte Constitucional, como órgano de cierre constitucional, crean un precedente importante para guiar a los jueces en sus futuras decisiones evitar la persistencia de la negación de la prestación en 1ª y 2ª instancia.

Se evidencia, además, que las solicitudes realizadas por los usuarios al sistema se encontraban incluidos en el plan de beneficios reglamentado. Se puede concluir entonces que los actores no asistenciales, como rangos administrativos y jueces de primera instancia, insistían en la negación del derecho autónomo a la salud. Como consecuencia, el paciente debía superar esta serie de barreras para lograr acceder al derecho al diagnóstico.

El sistema actual y su estructura asistencial no facilita la clara identificación del Médico que se encargará de la continua atención del paciente por varios factores; lapso corto de atención, acceso restringido al mismo profesional, obstáculos administrativos que limitan la aplicación del criterio clínico, desconocimiento de los deberes y derechos por parte de los usuarios y los demás actores del sistema.

La dependencia creciente a los avances tecnológicos e informáticos despersonaliza

la asistencia y fundamenta el diagnóstico en los resultados de los paraclínicos. Es decir, los profesionales de la salud omiten a menudo la importancia de relacionar la condición clínica del paciente y el resultado. Se genera entonces conductas poco pertinentes que demandan al sistema mayores costos económicos sin contar con el valor intangible de la salud del ser humano. Además genera pacientes insatisfechos que recurren a medidas legales para manifestar su inconformidad y hallar una respuesta que su médico tratante pudo haber entregado.

Es importante recordar que el proceso diagnóstico implica mayores esfuerzos intelectuales por parte del médico tratante. Las ayudas diagnósticas deben tener un objetivo claro, ya sea el aporte ó soporte de un diagnóstico definitivo, guiar y/o supervisar el tratamiento o realizar seguimiento. No son pertinentes aquellas ayudas diagnósticas que se extralimitan del contexto clínico y no favorecen la especificación el estado de salud del paciente. Solicitar aquellas ayudas no pertinentes contribuye con el detrimento financiero del sistema y más aún cuando los jueces intervienen sin tener el conocimiento científico requerido para establecer si es necesaria o no esa ayuda diagnóstica para favorecer realmente al paciente.

Entender que el proceso de la enfermedad tiene implicaciones sociales, económicas y públicas, no solo al individuo afectado sino a su círculo familiar y su comunidad, es vital para desarrollar leyes que estructuren un sistema que elimine o disminuya las barreras y vacíos legales que permiten la sobrevivencia de la burocracia, y esto obligue al paciente a recurrir a acciones legales o constitucionales para proteger sus derechos.

Es desacertado asumir que el médico tratante puede tener a un paciente y su familia satisfechos al acceder a sus pretensiones generando análisis costosos e improductivos que generan confusiones en los pacientes y no aportan efectivamente a la situación patológica del paciente y por tanto no modifica ni diagnóstico,

tratamiento o curso de la enfermedad. Por el contrario, se debe crear conciencia en los usuarios sobre la posibilidad de generar trámites improductivos y complicados que desgastan el sistema, generar confianza al paciente y un ambiente propicio para el diálogo que permita al paciente tomar decisiones informadas.

En el caso de la sentencia T 717-09, la corte falló con orden para remisión a ortopedista y ginecología cuando la adecuada valoración del médico general pudo haber sido suficiente. Se evidencia entonces que no se cuentan con criterios concretos para establecer la conveniencia de las remisiones, solo se cuenta con el juicio clínico de los profesionales en salud y debe tolerarse cuando las valoraciones difieren en su valoración de pertinencia. .

Generar conciencia entre el personal médico para determinar en su acto médico conductas pertinentes ante sus pacientes y valorar la historia clínica como fuente de demandas y tutelas, como prueba en manos de los médicos que puede jugar en contra o a favor del paciente y/o el médico.

El sector prestacional debe buscar garantías de un debido proceso en el que un concepto de un externo no deteriore su tarea de ser en intermediario entre el derecho a la salud y su goce efectivo.

El estudio demostró que el concepto del médico tratante consignado en la historia clínica guía al juez en su tarea constitucional en cuanto conceder ayudas diagnósticas para proteger el derecho al diagnóstico, inseparable del derecho a la salud. ¿Será posible trasladar este resultado en cuanto a otras solicitudes en materia de salud como tratamiento e insumos? Es este el interrogante final que suscita el informe final de la investigación, que abre camino a nuevos estudios interdisciplinarios basados en las barreras que se presentan en Colombia para el goce efectivo del derecho a la salud.

Referencias

- Abadía, C. E., & Oviedo, D. G. (2009). Bureaucratic Itineraries in Colombia. A theoretical and methodological tool to assess managed-care health care system. [Itinerarios burocráticos en Colombia. Una herramienta teórica y metodológica para evaluar los sistemas de salud basados en la atención]. *Journal of Social Science and Medicine*, 68, 1163-1160. Obtenido de www.elsevier.com/locate/socscimed.
- Acuerdo 365 de 2007 (Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Colombia 20 de Septiembre de 2007).
- Acuerdo 415 (Ministerio de la protección social. 29 de Mayo de 2009).
- Administradora de Riesgos Laborales (SURA). Glosario de términos. Versión digital disponible en: http://www.arlsura.com/index.php?option=com_glossary&id=22&Itemid=130. (junio de 2014)
- Auto 240-08, Sentencia T 760-08 (Sala Segunda de Revisión de la Corte Costitucional 19 de Septiembre de 2008).
- Baena Henao, M. A., & Cárdenas Carmona, J. L. (2008). *Fallas de pertinencia en remisiones en la atención médica de afiliados a Susalud asignados a las IPS-S de Comfama*. Recuperado el 1 de Julio de 2013, de Biblioteca digital Universidad CES: http://bdigital.ces.edu.co:8080/dspace/bitstream/123456789/383/1/Fallas_pertinencia_remisiones_atencion_medica.pdf
- Blanco Alvarez, G. A., Hoyos, J. F., Maya, N. R., & Pérez, M. M. (2003). *Tutela y Seguridad Social*. Medellín: Litografía Dinámica.
- Correa, P. (31 de Enero de 2013). *Especialistas médicos: ¿calidad o cantidad?* Obtenido



de UdeA Noticias: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bActualidad/Principal_UdeA/UdeANoticias/Formacion1/D4997A7E4A866B9DE04018C8341F6884

D. L. Longo, & J. L. Jameson, Harrison *Principios de Medicina Interna* (16a ed.) (págs. 1-14). Chile: McGraw-Hill Interamericana.

Decreto 4747 de 2007 (Ministerio de la protección social 7 de Diciembre de 2007).

Decreto Ley 19 de 2012 (Senado de la República de Colombia 10 de Enero de 2012).

Fernandez, H. (2010). El Papel del Médico el estudio de las controversias médico - paciente. *Cuadernos de Derecho y Ciencia*, 133-145.

García Pelayo y Gross, R. (Ed.). (1981). *Pequeño Larousse Ilustrado - Diccionario de la Lengua Española*. Brazil: Editora Primor S.A.

Granada, A., Vásquez, A. V., Echeverri, C. F., Piedrahita, C. M., & García, E. (2003). *Formación ciudadana y constitucional*. Recuperado el 4 de Julio de 2013, de Universidad de Antioquia: http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/derechos_fundamentales.html

Kasper, D. L., Braundwald, E., Fauci, A. S., Hauser, S. L., Longo, D. L., & Jameson, J. L. (2006). La práctica de la medicina. En D. L. Kasper, E. Braundwald, A. S. Fauci, S. L. Hauser.

Ley 100, Sistema de seguridad social integral (Congreso de la República. 23 de Diciembre de 1993).

Ley 1122 de 2007 (Congreso de la República 9 de Enero de 2007).

Mejía, A. (28 de Junio de 2007). Barreras de acceso a los servicios diagnósticos y de atención para VIH - ITS en la ciudad de

Bogotá. Obtenido de Hazte la Prueba: http://www.haztelaprueba.info/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=52&Itemid=148

Organización Mundial de la Salud. (22 de Julio de 1946). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 4 de Julio de 2013, de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>

Orjuela, A., González, L. M., Pardo, H., & Angulo, E. J. (2012). La tutela y el derecho a la salud. Programa de salud. Bogotá: Defensoría del pueblo.

Orrego, C. A., & Cuéllar, F. (2002). *Semiología Clínica*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Pinto, D., & Muñoz, A. L. (2010). Colombia: Sistema General de Seguridad Social en Salud, Estrategia BID 2011 - 2014. Nota Técnica IDB-TN-246, Banco Interamericano de Desarrollo, División de protección social y salud. Obtenido de <http://www.iadb.org>

Pita Fernández, S., & Pértegas Díaz, S. (7 de Diciembre de 2010). Pruebas diagnósticas: Sensibilidad y especificidad. Recuperado el 29 de Junio de 2013, de Fisterra: http://www.fisterra.com/mbe/investiga/pruebas_diagnosticas/pruebas_diagnosticas.asp

República de Colombia. (1991). Constitución Política. Bogotá. Obtenido de www.secretariassenado.gov.co/senado/.../constitucion_politica_1991.html

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 100 de 1993. "Por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1122 de 2007. "Por medio

del cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 026-11, Expediente T-2773151 (Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional 25 de Enero de 2011).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 036-13, Expedientes T-3633418 y T-3642264 (Sala de revisión de la Corte Constitucional 28 de Enero de 2013).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 047-10, Expediente T-2377259 (Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. 2 de Febrero de 2010).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 118-11, Expediente T-2.857.624 (Sala séptima de revisión de la Corte Constitucional 28 de Febrero de 2011).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 146-11, Expediente T-3.564.789 (Sala quinta de revisión de la Corte Constitucional 7 de Marzo de 2011).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 246-10, expedientes T-2.413.071, T-2.413.857, T-2.415.579, T-2.419.077 y T-2.428.665. (Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional 8 de Abril de 2010).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 271-95, Expediente T-62714 (Sala Séptima de Revisión de La Corte Constitucional 23 de Junio de 1995).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 566-10, Expediente T-2.603.032 (Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional 8 de Julio de 2010).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 592 de 2012. Expediente D-8908. (Sala plena). Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 639-11, Expediente T-3.055.878 (Sala segunda de revisión de la Corte Constitucional 26 de Agosto de 2011).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 685-10, Expediente T-2641991 (Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional 2 de Septiembre de 2010).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 717-09, Expediente T-2.296.233 (Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional 7 de Octubre de 2009).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 760-08, Expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326 (Sala Segunda de Revisión de La Corte Constitucional 31 de Julio de 2008)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 873-2011, Expediente T-3.096.805 (Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional 22 de Noviembre de 2011).

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 182-08, Expediente T-1999891 (Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional 2 de Diciembre de 2008).



República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1406 de 1999. Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1683 de 2013. Por medio del cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011 sobre portabilidad nacional en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2309 de 2002. Por medio del cual se define el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 806 de 1998. "Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

Resolución 1552 (Ministerio de la salud y protección social 14 de Mayo de 2013).

Resolución 548 de 2010 (Ministerio de la Protección Social 12 de Febrero de 2010).

Sackett, D. L., Rosenberg, W., & Richardson, W. S. (1996). Editorial: Evidence based medicine: what it is and what it isn't. *British Medical Journal*, 71-72.

Torres Escudero, S. J. (2012). El consentimiento informado en el ejercicio de la actividad médica. *Revista CES Derecho*, 3(Julio-Diciembre), 154-168.

Forma de citar: Rojas, E., Aristizábal L., Babilonia, V. (2014). Alcance del concepto del médico tratante en las acciones de tutela para proteger el derecho al diagnóstico . *CES Derecho*, 5(2), 197-219.

