



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

La Protección del Derecho Fundamental a la
Salud en Sede de Tutela

ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA



Carlos Alberto Torres Ruíz

2018



CONTENIDO

Introducción	5
Sinopsis del autor	7
Justificación	8
Objetivos generales	11
Objetivos específicos	11
Marco jurídico y conceptual	12
UNIDAD 1	13
ELEMENTOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LA DEMANDA DE LA ACCIÓN DE TUTELA	13
1.1 LEGITIMACIÓN POR ACTIVA	15
1.2 INMEDIATEZ	16
1.3 SUBSIDIARIDAD	17
1.4 LA VULNERACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL	19
UNIDAD 2	25
PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD....	25
2.1 UNIVERSALIDAD	26
2.2 INTERPRETACIÓN PRO HOMINE	28
2.3 EQUIDAD.....	31



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

2.4 CONTINUIDAD	33
2.5 OPORTUNIDAD	35
2.6 PREVALENCIA DE DERECHOS	37
2.7 PROGRESIVIDAD DEL DERECHO	39
2.8 LIBRE ELECCIÓN	42
2.9 SOLIDARIDAD.....	44
2.10 EFICIENCIA	47
2.12 INTEGRALIDAD.....	50
2.13 DIGNIDAD HUMANA.....	53
2.14 CRITERIO ORIENTADOR DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL	56
UNIDAD 3	62
ELEMENTOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN SEDE DE TUTELA AL EXAMINAR LA PROCEDENCIA DE LAS EXCLUSIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY ESTATUTARIA QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.....	
3.1 LA REGLA GENERAL DE COBERTURA EN SALUD.....	63
3.2 REQUISITOS A CUMPLIR EN LAS TUTELAS QUE INVOLUCRAN LAS EXCLUSIONES CONSGRADAS EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 1751 DE 2015 Y PRETENDEN LA INAPLICACIÓN DE TALES RESTRICCIONES	64
3.2.1. QUE LA FALTA DEL SERVICIO, TRATAMIENTO O MEDICAMENTO, VULNERE O AMENACE LOS DERECHOS A LA SALUD, A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL.....	64
3.2.2 QUE EL SERVICIO NO PUEDA SER SUSTITUIDO POR OTRO QUE SÍ SE ENCUENTRE INCLUIDO O QUE PUDIENDO ESTARLO, EL SUSTITUTO NO TENGA EL MISMO GRADO DE EFECTIVIDAD QUE EL EXCLUIDO DEL PLAN.....	66
3.2.3 QUE EL ACTOR O SU FAMILIA NO TENGAN CAPACIDAD ECONÓMICA PARA COSTEARLO.....	67



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

3.2.4 QUE EL SERVICIO HAYA SIDO ORDENADO POR EL MÉDICO TRATANTE.....	68
3.3 LA RELEVANCIA DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL EXAMEN DE LA TUTELA	71
UNIDAD 4.....	72
LAS EXCLUSIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 1751 DE 2015	72
4.1 LITERAL A: "QUE TENGAN COMO FINALIDAD PRINCIPAL UN PROPÓSITO COSMÉTICO O Suntuario NO RELACIONADO CON LA RECUPERACIÓN O MANTENIMIENTO DE LA CAPACIDAD FUNCIONAL O VITAL DE LAS PERSONAS"	75
4.2 LITERAL B: "QUE NO EXISTA EVIDENCIA CIENTÍFICA SOBRE SU SEGURIDAD Y EFICACIA CLÍNICA"	84
4.3 LITERAL C: "QUE NO EXISTA EVIDENCIA CIENTÍFICA SOBRE SU EFECTIVIDAD CLÍNICA"	99
4.4 LITERAL D: "QUE SU USO NO HAYA SIDO AUTORIZADO POR AUTORIDAD COMPETENTE"	109
4.5 LITERAL E: "QUE SE ENCUENTRE EN FASE DE EXPERIMENTACIÓN"	119
4.6 LITERAL F: "QUE TENGAN QUE SER PRESTADOS EN EL EXTERIOR"	130
Lista de verificación para orientarse al logro de la consonancia y congruencia en términos de constitucionalidad y legalidad de la decisión de tutela en salud.....	143
Expectativas de aplicación de la herramienta	146
Bibliografía.....	147



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

<i>O_g</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>O_e</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>C_o</i>	<i>Contenidos</i>
<i>A_p</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>A_e</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>



Introducción

La expedición de la Constitución de 1991 cambió de modo sustantivo la forma de defender los derechos de las personas. Esa reorientación del ordenamiento jurídico consagró la existencia de un conjunto de derechos con un estatus especial, cual es el de derecho fundamental. Desde sus pasos iniciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional abogó por una concepción de derecho fundamental que trascendiera la mera denominación constitucional, y permitiera entender como fundamentales otros derechos, que sin estar bajo ese rótulo revistieran ciertas características.

En ese espectro de derechos, el de la salud era de aquellos que no recibía tal designación y su protección a través del mecanismo judicial concebido por el constituyente para reclamarlos, como lo es es la tutela, presentaba dificultades. Tal es así, que la jurisprudencia, para dar lugar a la procedencia de ese mecanismo en los casos en los que el derecho quebrantado era el de la salud, acudió a la figura de la conexidad o bien, a la especial calidad de determinados sujetos cuyas particulares circunstancias los hacían merecedores de amparo en materia de salud por vía de la tutela. Las controversias sobre el carácter fundamental del derecho a la salud quedaron resueltas por el legislador con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 en la que el derecho a la salud *per se* se considera como fundamental.

Con todo, desde la consagración de la acción de tutela en la Constitución Política ha sido recurrente el uso de esta por parte de la población para lograr el goce efectivo del derecho a la salud. En ese trasegar, se han advertido las tensiones propias de un derecho que implica un coste significativo y que además pone de presente la escasez de recursos. Es esa una de las razones que en no pocas ocasiones hace tan polémica la decisión del Juez, pues cualquier amparo en términos de suministro de un medicamento, práctica de un procedimiento, destinación de personal al cuidado de un paciente u otro tipo de servicio; implica un gasto. Al igual que cualquier derecho la garantía de la salud comporta una erogación.

Ahora bien, advertir que la salud cuesta no resulta novedoso, lo que ocurre es que es exigible y esperable que las decisiones de tutela estén ajustadas al ordenamiento jurídico y el gasto halle soporte normativo. Lo que resulta de difícil recibo, es que decisiones que comprometen los recursos de la salud no se ajusten a la preceptiva constitucional o legal en detrimento de esos dineros que podrían amparar a otras personas necesitadas de satisfacer sus demandas en salud.

Es importante observar, que proferir sentencias en materia de tutela en el marco de la prestación del servicio de salud ofrece sus propias complejidades, no solo por un espeso marco jurídico conformado por la Constitución, la ley y una copiosa jurisprudencia; sino porque se involucran conocimientos de la profesión médica en los que el juez no es perito y menos aún especialista en



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

las diversas especialidades de ese ejercicio. Además, en ese tipo de decisiones desempeñan un papel muy importante los principios que son normas cuya aplicación requiere de un método específico que sigue abriéndose campo en la actividad judicial colombiana.

Así pues, resulta entendible que entre esas particularidades propias del proceso de tutela en salud y las vicisitudes estructurales de la actividad judicial, como lo son la congestión, el apremio para cumplir términos y el faltante de personal; se produzcan fallos que no corresponden con lo establecido por el ordenamiento, con el agravante de que implican una afectación al derecho de la persona que solicita el amparo o comprometen indebidamente recursos en contravía de la sostenibilidad fiscal y financiera del sistema.

Es en ese contexto, se explica y justifica la elaboración de una propuesta de herramienta metodológica que se oriente a reducir el margen de error en la adopción de decisiones de tutela en materia de salud. Hay en la actividad judicial unas necesidades que requieren de la participación activa de la Escuela Judicial *Rodrigo Lara Bonilla*, cuya importante labor pedagógica de apoyo a la gestión judicial en este campo redundará no solo en una mejor respuesta judicial a casos tan apremiantes y que comprometen la vida y la integridad física como son los que involucran el derecho a la salud, sino que contribuirá a que decisiones que pueden resultar perjudiciales para los recursos del sistema no tengan lugar y, con ello se preserve la integridad de esos servicios y bienes en favor del mismo derecho a la salud.

Un Módulo de formación y autoaprendizaje que ofrezca a los funcionarios judiciales una metodología y les suministre la información necesaria y básica a tener en cuenta al momento de atender las demandas de tutela en materia de salud, es un mecanismo propio de las tareas de la Escuela, que debe incidir de modo positivo en la solución de la dificultad arriba planteada. Esa tarea ha implicado una labor previa de diagnóstico, de recolección de información de algunos sectores y actores del sistema de salud y de la recepción de inquietudes de quienes administran justicia; insumos importantes para que la herramienta metodológica propuesta gane en consistencia y utilidad a favor de la Administración de Justicia.

Poner al alcance de las tareas judiciales ese instrumento es el propósito operativo final del Módulo que se presenta. Contribuir a una mejor función judicial y en la medida que se alcance desde esta esfera, proteger el derecho, pero a su vez favorecer el mejor uso de los recursos en salud; son los propósitos sustantivos de esta propuesta.



Sinopsis del autor

El responsable de este Módulo es abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia y cursó en la misma la Especialización en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público. Igualmente se tituló como especialista en derecho Constitucional de la Universidad de los Andes. Como formación complementaria¹ y en condición de becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional, adelantó cursos doctorales en derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid.

Ha ejercido su actividad docente en áreas de derecho público en pregrado y postgrado en las Universidades Nacional de Colombia, Libre, Católica e INCCA. Igualmente fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad INCCA, claustro en el cual también se desempeñó como Director del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Director de la Especialización en Derechos Humanos y Director General de Posgrados. En el campo profesional laboró como Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional durante más de cinco años.

En la realización del trabajo ha participado activamente la profesional Natalia Polanía Osorio, abogada de la Universidad de Ibagué, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y quien desempeñó parte de su vida laboral en la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

¹ Sin título doctoral.



Justificación

Advertidas sucintamente las diferentes necesidades, corresponde ahora exponer brevemente las razones que justifican la elaboración del Módulo. Para ello se plantearán los interrogantes que el Manual de Autores de la Escuela Judicial *Rodrigo Lara Bonilla* contempla como adecuados para explicitar esa justificación.

¿Por qué es importante el Módulo dentro del programa?

Teniendo en cuenta que el Módulo está dirigido al funcionario judicial que resuelve tutelas en las que se deprecia el amparo en materia del derecho fundamental a la salud, y tal como está concebida la tarea de elaboración del mismo y los propósitos que lo inspiran, este resulta importante en el proceso de formación puesto que le brinda al discente –a la vez funcionario- elementos de juicio necesarios para decidir en consonancia con la Constitución, la ley y la jurisprudencia, en los casos referidos.

Al describirle la pluralidad del espectro normativo al que se enfrenta y al indicarle cuáles son los principios y de modo general, las disposiciones prevalentes que deben ser tenidas en cuenta para la resolución del caso que le convoca en su calidad de Juez, el Módulo le facilita una tarea que no hace parte puntualmente de su especialidad, pero que por mandato de la Constitución y de la Ley está obligado a resolver con suficiencia, pues se trata nada menos que de amparar un derecho fundamental.

Adicionalmente, al incluir jurisprudencia vinculada a situaciones específicas que la ley establece como especiales porque se constituyen en exclusiones de lo que debe cubrirse en materia del derecho a la salud, el Módulo enfrenta al discente a los casos probablemente más complejos y en esa medida le prepara para ese tipo de situaciones. Sin embargo, esto no riñe con la formulación de postulados generales contenidos, que el discente en su actividad de funcionario judicial debe tener permanentemente en cuenta.



¿Cuál es la utilidad del Módulo?

Sin duda, lo expuesto precedentemente es parte de la respuesta a este interrogante, pero deben señalarse algunas eventuales bondades generales que van más allá del aporte que el Módulo le ofrece al discente. Por un lado, la producción de fallos ajustados al ordenamiento debe constituirse en una garantía para los ciudadanos que buscan el amparo de su derecho fundamental a la salud. Por otro lado, esa misma expedición de decisiones consonantes y congruentes con la preceptiva superior son una garantía de la seguridad jurídica para quienes en esos mismos procesos de tutela esperan que la decisión no rebase ciertos límites que, entre otras cosas, protegen la sostenibilidad del sistema. Mientras por una parte se pretende la prestación del servicio, por la otra, lo que se espera es que la orden del juez tenga en cuenta las variables de sostenibilidad fiscal y financiera establecidas en el ordenamiento jurídico.

¿Qué aporta al discente en su proyecto de vida, profesión y desempeño laboral?

Como toda posibilidad de cualificación profesional y más aún en el marco de una actividad al servicio del conglomerado social, el Módulo pretende mejorar las posibilidades de solución de los casos en materia de la tutela en salud, facilitándole al Juez adoptar decisiones que dada su congruencia con la preceptiva superior de orden constitucional y legal, legitiman el ejercicio de su función frente a los usuarios del sistema judicial.

Además, la incorporación de este saber específico en su desempeño laboral le debe permitir al funcionario agilizar la solución de los problemas de tutela en salud, con lo cual, el rendimiento de sus tiempos y esfuerzos para las demás actividades pueden mejorar de modo significativo, redundando en favor de la descongestión, la administración de una justicia pronta y menos expuesta al reparo público.



¿Responde el Módulo a la misión, los fines, los principios y perfil del funcionario al que se orienta la formación por parte de la Escuela Judicial?

Tal como está concebido, el Módulo contribuye al propósito fundamental de la Escuela, cual es la mejora de la administración de justicia. Se entiende que la cualificación del juez en la protección de un derecho fundamental del peso que tiene la salud y la toma de decisiones que no transgredan el ordenamiento y de contera por esa vía no resulten lesivas de la sostenibilidad fiscal y financiera del sistema; debe reflejarse en la forma en que se imparte justicia. Las bondades que el Módulo le genere al juez deben replicarse en su actividad y en su papel frente a la sociedad.

Debe mencionarse que el propio carácter del derecho objeto de interés en el Módulo, cual es, el derecho a la salud, involucra al Juez como un constructor de procesos sociales. Es su opción ética la que le indicará si asume ese rol o lo elude. El Módulo le suministrará buenas razones para asumir ese compromiso y hacerse protagonista de la materialización de un derecho fundamental de modo responsable con el ordenamiento y con el carácter finito de los recursos disponibles para dicho fin.

Por los propósitos que lo orientan, el Módulo se acompasa con las bases del enfoque pedagógico de la Escuela, este es el caso de la base denominada sociedad, en la cual el sujeto adquiere un rol transformador y, sin duda, el juez convocado a resolver los amparos de tutela puede cumplir ese papel al convertirse en un garante responsable en la realización de ese derecho y en un sujeto respetuoso de los diversos intereses que se entrecruzan en las controversias de tutela que pretenden dicha protección.



Objetivos generales

- » Suministrar al operador judicial una herramienta metodológica que le permita en sede de tutela adoptar decisiones que protejan el derecho fundamental a la salud, sin que ello implique un menoscabo injustificado de los recursos económicos destinados a la protección de tal derecho.
- » Facilitar la expedición de sentencias de tutela que, a pesar del carácter expedito del proceso, guarden consonancia y resulten congruentes con la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional.

Objetivos específicos

- » Facilitar a quienes tienen la tarea de elaborar las decisiones que se pronuncian sobre la tutela en salud, la identificación de la preceptiva aplicable y específica del sector.
- » Sensibilizar a quien tiene a su cargo la producción de las tutelas en esta materia, sobre la pertinencia e importancia de los principios que rigen el derecho fundamental a la salud (Art. 6 Ley 1751 de 2015), adicionando en particular, el de la dignidad humana.
- » Evidenciar para quienes expiden las decisiones judiciales en materia de salud, la relevancia del principio de cobertura o inclusión general de los servicios y prestaciones y, las exclusiones establecidas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.
- » Recordar la importancia del criterio de sostenibilidad fiscal y del deber estatal de velar por la sostenibilidad financiera del sistema.
- » Contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, al agilizar el trámite de las acciones de tutela que en materia de salud les corresponda resolver.



Marco jurídico y conceptual

Este marco está integrado por numerosas disposiciones de orden constitucional y legal, a las cuales hay que agregarles las reglas trazadas por la jurisprudencia constitucional expedidas en más de dos décadas de actividad de la Corte Constitucional. Lo que sigue es la identificación de los aspectos más relevantes (marco conceptual) que el Juez debe atender al examinar la demanda de tutela en salud y, a lo largo de esa exposición se irán refiriendo de manera sucinta, los preceptos más generales que rigen la protección del derecho fundamental (marco normativo).

No se trata de una relación exhaustiva de la normativa relevante y pertinente que regula el derecho fundamental a la salud, sino de brindarle al operador judicial insumos indispensables que, sumados a su capacidad interpretativa e interés en estar actualizado, deben dar lugar a un conjunto de decisiones que encajen dentro del espectro de lo justificable y aceptable constitucionalmente, pues implicarán la protección del derecho sin que supongan un menoscabo de los recursos públicos en contra de lo prescrito por el ordenamiento jurídico. Una tarea distinta del tipo *código del derecho fundamental a la salud* está pendiente de ser realizada y no se corresponde con el objeto de este Módulo.

La formulación del marco conceptual y jurídico requerido se hace en dos grandes unidades, la primera de ellas comprende los aspectos generales a tener en cuenta en la demanda de tutela que pretende la protección del derecho fundamental a la salud, haciéndose énfasis en los principios que regentan el derecho en examen. Expuesto ese contenido, se presenta en una segunda unidad el conjunto de exclusiones establecidas por la Ley, conformado por aquellas tecnologías, bienes y servicios que, en principio, no pueden ser cubiertas con los recursos públicos asignados a la salud.



UNIDAD 1

ELEMENTOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LA DEMANDA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

O_g	<p>Objetivo general</p> <p>Señalar al operador judicial los requisitos generales de contenido que debe identificar en las demandas de tutela en las cuales se solicita la protección el derecho fundamental a la salud con miras a que la decisión del Juez sea expresión del ejercicio de una administración de justicia más eficiente, eficaz, oportuna y que de lugar a la realización de los derechos fundamentales del ciudadano.</p>
O_e	<p>Objetivos específicos</p> <p>Recordar al operador judicial los elementos generales para definir el trámite y eventual destino de la solicitud de amparo.</p>



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

El examen de la solicitud de amparo en la que se deprecia la protección del derecho a la salud no puede ser ajena a ciertos contenidos mínimos que hacen parte esencial de la lectura de cualquier problema jurídico que involucre la demanda de tutela. A esto se dedicará el apartado inicial de ésta unidad.

Seguidamente, se abordarán otros elementos que pueden facilitar el entendimiento del problema y la aplicación de las normas pertinentes, los cuales son a la vez normas y deben y pueden fungir como criterios de resolución del caso. Se trata de los principios que rigen el derecho fundamental a la salud y que encuentran consagración en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015.

Entre estos, merece un lugar especial el de la dignidad humana, que no fue incluido en el referido artículo 6°, pero que por vía de la jurisprudencia resulta relevante al momento de estimar si procede el amparo, pues la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014, al examinar la constitucionalidad del artículo 15 de la misma ley, advirtió que si bien es cierto, no pueden ser cubiertos con los recursos públicos de la salud todos los bienes y servicios, tal excepción no tiene lugar cuando se ve afectada la dignidad humana de quien necesita la protección. Igualmente, se incluye el principio de integralidad, que tampoco se incorporó en dicha lista, pero que encuentra regulación puntual en el artículo 8° de la mencionada ley y ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

Finalmente, es necesario aludir a la escasez de los recursos públicos destinados a financiar la salud, al deber estatal de conservar la sostenibilidad financiera y a la presencia del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal, para evitar que se produzcan decisiones en detrimento de esos recursos, afectando el goce efectivo del derecho para los integrantes del conglomerado social. No debe perderse de vista que la concepción del Estado Social de Derecho no releva al juez de examinar las implicaciones económicas de sus decisiones de tutela.

Al revisar la demanda de tutela en la que se solicita la protección en salud, es pertinente examinar el cumplimiento de los requisitos generales exigibles a cualquier tipo de solicitud de amparo. Los requerimientos exigibles en aquellos casos en los que se demanda un servicio o tecnología que en principio no puede cubrirse con los recursos públicos destinados a la salud, serán revisados en la Unidad 2 cuando se consideren las excepciones establecidas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria que regula el derecho a la salud.



1.1 Legitimación por activa

Conforme al artículo 86 de la Carta, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma citada establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

En consecuencia, se encuentra legitimado por activa quien promueva una acción de tutela atendiendo lo prescrito en el artículo 10 citado; y procure la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.²

En consonancia con lo expuesto, existen de modo general cuatro tipos de sujetos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:³

- (i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.
- (ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.
- (iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.
- (iv) Por intermedio de un agente oficioso, es decir, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho “no esté en condiciones” de promoverla directamente.

En el caso de acudir a la figura de la agencia oficiosa, es necesario que: (i) el agente oficioso manifieste que actúa en tal calidad; (ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción directamente, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) de ser posible el titular debe ratificar lo actuado dentro del proceso. En virtud de la informalidad propia de la tutela, la agencia no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado.

² Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 2017.

³ Corte Constitucional, Sentencia T- 406 de 2017.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

No obstante, cuando en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso, pero del contenido mismo de la demanda de tutela se concluye que se actúa en nombre de otro, el juez constitucional debe interpretar la demanda y aceptar la procedencia de la agencia oficiosa.⁴

De otro lado, se ha entregado a los Defensores del Pueblo y a los Personeros Municipales, la posibilidad de intentar la acción de tutela, con fundamento en el inciso final del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 y 282 de la Carta Política.

1.2 Inmediatez

Este requisito le impone al accionante el deber de formular la acción de tutela en un término prudente y razonable, respecto del hecho o la conducta que se aduce como causante de la vulneración de derechos fundamentales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, de manera reiterada, ha sostenido que no existe un plazo de caducidad para incoar la referida acción constitucional, tal como se indicó en la Sentencia C-543 de 1992, en cuya virtud se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991.⁵

En efecto, la Corte ha señalado que, en algunos casos, seis meses podrían considerarse suficientes para declararla improcedente; sin embargo, en otros, un término de dos años podría considerarse razonable. De manera que ese lapso no es rígido, sino que debe analizarse con base en las circunstancias de cada caso y, de ser necesario, flexibilizarse.⁶

Sin embargo, la inexistencia de un término de caducidad de la acción de tutela no implica que la misma pueda presentarse en cualquier tiempo, por cuanto una de las principales características de este mecanismo de protección es la inmediatez, por consiguiente, el recurso de amparo debe formularse dentro de un plazo razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente transgredido y/o amenazado.

Esta limitación de carácter temporal reprocha la negligencia, el descuido o la incuria en la utilización de este mecanismo, debido a que constituye un deber del tutelante evitar que transcurra un lapso excesivo, irrazonable o injustificado entre el momento de ocurrencia de la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales y la presentación de la acción de tutela.⁷

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-095 de 2005.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-013 de 2018.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

De manera reiterada, la Corte ha identificado algunos aspectos que permiten determinar la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el desconocimiento de la atribución fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, entre las cuales se destacan las siguientes:⁸

- i)** Que existan razones válidas para justificar la inactividad de los accionantes. Pueden ser situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y en general, la incapacidad del accionante para ejercer la acción en un tiempo razonable.
- ii)** Que la amenaza o la vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo.
- iii)** Que la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, no resulte desproporcionada por una situación de debilidad manifiesta del accionante, por ejemplo, en casos de interdicción, minoría de edad, abandono o incapacidad física.

En conclusión, dicho parámetro resulta maleable frente a las circunstancias del caso, el cual, eventualmente, puede presentar un término de inactividad, que, aunque circunstancialmente reprochable, puede ser justificado bajo las circunstancias concretas experimentadas.

1.3 Subsidiaridad

El principio de subsidiariedad de la acción de tutela se encuentra consagrado en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política. A su turno, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991 dispuso que la solicitud de amparo será improcedente *"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

La jurisprudencia constitucional ha destacado la naturaleza subsidiaria de esta acción, como un mecanismo contemplado para dar una solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, a fin de obtener la correspondiente protección del derecho.⁹

8

Ibid.

9

Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 2018.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

La subsidiariedad se constituye en un motivo importante para que los ciudadanos acudan en oportunidad a las vías judiciales pertinentes y agoten en ese escenario judicial principal los recursos ordinarios y/o extraordinarios que tengan lugar, con el fin de lograr el amparo de sus derechos fundamentales dentro del mismo proceso judicial.

Bajo esa orientación, se entiende que la finalidad de la acción de tutela es la de fungir como un medio judicial complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, sin reemplazar de ninguna manera los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos dentro de estos para controvertir las decisiones que se adopten.¹⁰

Así las cosas, los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser resueltos a través de los distintos medios ordinarios existentes, y solo ante la ausencia de estos o cuando los mismos no resulten igualmente idóneos o eficaces para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta procedente acudir de manera directa a la acción de tutela.

En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario establecer la idoneidad del mismo, determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela. Por tal razón, el juez debe establecer si esa herramienta permite brindar una solución categórica a los acontecimientos expuestos. En consecuencia, *"el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela."*¹¹

Para apreciar el medio de defensa alternativo, la jurisprudencia ha estimado conducente tomar en consideración los siguientes aspectos: *"(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela"* y, *"(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales."*¹²

Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alternativo es conducente o no para la defensa de los derechos que se estiman lesionados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo resulta idóneo para

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 2017.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-127 de 2014.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-127 de 2014.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

la protección de los derechos, se deberá acudir a éste, salvo que se solicite o se desprenda de la situación estudiada, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar un eventual perjuicio irremediable.¹³

1.4 La vulneración efectiva del derecho fundamental

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 86 de la Carta y en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, una de las exigencias de procedencia de la acción de tutela es que un derecho fundamental resulte vulnerado o amenazado. Desde su jurisprudencia inicial la Corte advirtió que no procede la acción de tutela:

cuando la violación de un derecho fundamental origine “un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”. Lo que viene a otorgarle a la acción de tutela un carácter preventivo de los daños consumados que se produzcan con ocasión de la violación de un derecho fundamental. El daño como resultado de la lesión producida en el derecho amparado puede ser de naturaleza material o moral, de suerte que una vez se haya producido de manera total, y no parcial o progresivamente, impide la procedencia de la acción (...).¹⁴

Lo anterior, por cuanto para el resarcimiento de los daños antijurídicos imputables a las autoridades públicas, la Constitución previó acciones distintas en sus artículos 89 y 90, y los daños causados en acciones y omisiones de los particulares hacen a estos responsables de su reparación de acuerdo a las leyes sobre la materia.¹⁵

En lo que respecta a la noción de amenaza, resulta oportuno recordar las distinciones hechas en la Sentencia T-1002 de 2010 que dispuso:

(...) el riesgo es la “contingencia o proximidad de un daño”, y la contingencia es la “posibilidad de que algo suceda o no suceda” o “cosa que puede suceder o no suceder”. Por su parte, **la amenaza** es la “acción de amenazar”, y a su vez, amenazar significa “dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable”. En esta medida el riesgo es siempre algo abstracto y no produce consecuencias concretas, mientras que la amenaza supone la existencia de señales o manifestaciones que hagan suponer que algo malo va a suceder de manera certera e inminente.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Corte Constitucional, Sentencia T-468 de 1992.*

¹⁵ *Ibid.*



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Dicho de otro modo, la amenaza contiene signos objetivos y específicos que muestran la inminencia de la agravación del daño, mientras que el riesgo está relacionado con la noción, cercana o no, de probabilidad y de eventualidad de aquel. En la misma providencia se puntualizó que:

la amenaza se expresa (...) en una señal que supone temer de algo, (...) desde el punto de vista jurídico es una situación que objetivamente presenta un riesgo de daño y se manifiesta a través de elementos concretos (...). el riesgo, puede ser solamente abstracto y no manifestar ninguna consecuencia concreta, sino una mera expectativa de la ocurrencia de un daño que no se manifiesta en un hecho certero.

En ese sentido, según el mismo fallo, existen tres fases: en primer lugar, el riesgo, como mera posibilidad de la ocurrencia de un daño (daño aleatorio), luego la amenaza, referida a hechos concretos y expectativas certeras de la ocurrencia del hecho (daño inminente) y por último, la vulneración efectiva del derecho o la consumación del daño (daño consumado).

Está claro entonces que corresponde al Juez determinar cuándo se está frente al riesgo, pues en este caso no procede el amparo, en tanto, la situación de amenaza, activa la potestad judicial en sede de tutela para ordenar lo que corresponda en favor de quien ve su derecho comprometido por una acción u omisión.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de la consumación de un riesgo respecto de los derechos fundamentales, es oportuno puntualizar que en virtud del carácter abstracto y la falta de certeza de estos, los mismos no pueden ser protegidos vía acción de tutela. En la misma Sentencia T-1002 de 2010, se manifestó:

Nadie puede reclamar del Estado una protección especial frente a un riesgo, ya que éste es inherente a la existencia humana y a la vida en sociedad. Sin embargo, se debe advertir que el juez constitucional debe ser cuidadoso en la determinación de la gravedad, la certeza y la inminencia de la vulneración del derecho amenazado, ya que la frontera entre el riesgo potencial y una amenaza cierta es muchas veces difusa.

Adicionalmente y según la providencia referida *ut supra*, hay que poner de presente que la amenaza es en sí misma una primera etapa de la vulneración del derecho, que eventualmente puede convertirse en un riesgo concreto



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

e identificable, desembocando en una transgresión específica. Lo anterior, puesto que la amenaza constituye una alteración o perturbación del goce tranquilo del derecho, que se reputa como una violación cierta, así aún no se haya consumado el daño completamente.

En el caso que nos convoca, desde la Sentencia T-597 de 1993 se definió el derecho a la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”. Este concepto ha sido ampliado paulatinamente y en la Sentencia C-776 de 2010, se expresó:

(...) el derecho fundamental a la salud comprende algunas prestaciones que prima facie podrían ser consideradas desproporcionadas o, inclusive, ajenas al deber de garantizar a la persona el bienestar que caracteriza a este derecho, pero que analizadas dentro de un determinado contexto médico y terapéutico resultan lógicas, razonables, necesarias y conducentes para la adecuada atención de la persona afectada.

En el mismo fallo se recalcó que con motivo de lo anterior, la Corte “ha vinculado prestaciones como el transporte de enfermos y sus familiares, la adecuada nutrición del paciente, el derecho a la vivienda, el acceso a agua limpia y potable, la inclusión de determinados medicamentos, tratamientos y procedimientos no previstos en el POS (...)”.

En cuanto a lo que comprende ese derecho, resulta importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015, que dispone “Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.” La disposición transcrita fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014, pero con una precisión formulada a partir de los contenidos de la Observación General N° 14 de 2000 de las Naciones Unidas.¹⁶ Dijo la Sala Plena de la Corte:

La garantía del derecho requiere que se prohíje una interpretación constitucional del mandato, congruente con los postulados del Estado Social de Derecho y, en particular, con la búsqueda del goce efectivo

¹⁶ “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.”



**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA**

del derecho. En consecuencia, la Sala declarará la exequibilidad del texto "Comprende el acceso a los servicios de salud", pues, dicha expresión implica también como mínimo, el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud.

Ahora, un componente relevante del derecho fundamental a la salud es el denominado "contenido esencial del derecho", el cual *prima facie* no puede ser objeto de supresión o negación por parte de ninguno de los poderes públicos, ni de los particulares. Se trata de un ámbito, en principio irreductible que busca evitar el vaciamiento normativo de lo que implica el derecho y, por ende, el fundamento de lo que se reclama como materializable para lograr el goce efectivo del derecho.

En el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 se dispuso que los parámetros que debían ir ligados a ese contenido esencial eran la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. El primero de ellos hace referencia a que "El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente".

Por su parte, la aceptabilidad implica que "Los (...) agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, (...) respetando sus particularidades (...) y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema (...) que le afecten, (...) y responder adecuadamente a las necesidades (...) relacionadas con el género y el ciclo de vida".

A su vez, la accesibilidad envuelve que "Los servicios y tecnologías (...) deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información".

Y por último, la calidad e idoneidad profesional obliga a que "Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados (...) y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere (...) personal (...) adecuadamente competente, enriquecido con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de (...) los servicios y tecnologías."



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Ahora, los elementos que integran el contenido esencial tienen la potencialidad de convertirse en importantes referentes para el Juez de Tutela, pues la vulneración del derecho siempre compromete alguno o algunos de estos. El quebrantamiento del derecho a la salud es la amenaza o vulneración de la disponibilidad, el acceso, la calidad o la aceptabilidad de la salud.

Tan es así, que la Corte en el control de constitucionalidad de la ley estatutaria que regula el derecho a la salud, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 10, que entre otras cosas incluye un listado de derechos de los pacientes, decidió agruparlos "(...) atendiendo el elemento esencial del derecho que mayormente involucran, advirtiendo que dichos componentes se interrelacionan y, algunos de los derechos, no se adscriben puntualmente a un elemento específico". En su examen, la Sala Plena estableció las siguientes relaciones entre los derechos enlistados y los elementos esenciales referidos:

A. Como expresión principalmente del **acceso**:

a) Acceder a los servicios y tecnologías (...), que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad; b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno; (...) e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley; (...) i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos; (...) q) Agotar las posibilidades razonables de tratamiento efectivo para la superación de su enfermedad.

B. Como expresión principalmente del acceso a la **información**:

c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud; d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional (...) tratante (...) respecto de los procedimientos que le vayan a practicar (...); g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada (...); l) A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias (...); m) A solicitar y recibir explicaciones (...) acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos; n) A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos (...).

C. Como expresión principalmente de la **calidad**:

h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer; (...) j) A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad; (...).



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

D. Como expresión principalmente de la **aceptabilidad**:

f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos; (...).

E. Otros derechos en los que se interrelacionan y complementan elementos:

k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda la información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud (...); o) A no ser sometidos (...) 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; p) A que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a los (...) intervinientes en la prestación del servicio; (...).

Es oportuno advertir, que este listado de derechos es meramente enunciativo y en sede de tutela se pueden reclamar otros que no están contemplados en el inciso 1° del artículo 10 en comento. Por ello, abordar la lectura de la demanda en tutela desde los principios y no desde un listado parcial de derechos, debe permitir al Juez comprender de modo más completo e integral el problema jurídico planteado y ofrecer en la providencia una respuesta de conformidad.

En este examen inicial cabe reiterar que el carácter fundamental del derecho a la salud, está claramente estipulado desde el artículo 1° de la Ley 1751 de 2015 cuando dice "La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección."



UNIDAD 2

PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

O_g	Objetivo general Referir al operador judicial los principios del derecho fundamental a la salud como una guía general aplicable a todos los casos, aun cuando no haya normas específicas que regulen la situación concreta.
O_e	Objetivos específicos Suministrar al Juez elementos normativos de orden constitucional, legal y de jurisprudencia constitucional que le permitan interpretar y aplicar los principios que orientan la protección del derecho fundamental a la salud. Familiarizar al Juez con el uso de los principios que rigen el derecho fundamental a la salud para la resolución de casos concretos en sede de tutela.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

El artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 consagra una serie de principios que rigen específicamente el derecho a la salud. Como se ha advertido, se trata de verdaderas normas jurídicas aplicables a las situaciones concretas y cuya forma de interpretación está mandada por la misma disposición legal en su parágrafo, en los siguientes términos:

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

Es igualmente oportuno observar, que cada uno de esos principios pretende atender a grandes problemas que impiden o dificultan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. Por ello, resulta necesario tenerlos en cuenta por parte del Juez al momento de pronunciarse sobre las pretensiones que en sede de tutela se le formulen. En suma, no es solo el vigor normativo, sino el grado de especificidad y especialidad que comportan tales principios los que vinculan al juez a esa preceptiva estatutaria. A continuación, se referirá lo que significa cada principio ejemplificando su alcance en casos concretos resueltos en sede de revisión por la Corte Constitucional.

2.1 Universalidad

La Ley 1751 de 2015 estableció en el literal a) del inciso 2° de su artículo 6°, lo siguiente: “Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida”. Se trata de un principio que tiene asidero constitucional, pues el inciso 2° del artículo 49 Superior establece como un deber del Estado el de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicio de salud a los habitantes de conformidad con varios principios, entre ellos, el de universalidad.

La universalidad en el ámbito de la salud ha sido definida por la jurisprudencia en varias ocasiones, así por ejemplo en la Sentencia C-258 de 2013 dijo:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Según el principio de **universalidad**, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. (...).

En sede de revisión, la Corte tuvo la oportunidad de examinar la solicitud de un medicamento para una persona de setenta años que residía en un municipio del departamento de Norte de Santander y debía desplazarse hasta la ciudad de Bucaramanga para reclamarlo, dado que su EPS no contaba con una IPS en el municipio donde habitaba la paciente, lo cual resultaba gravoso en términos económicos y circunstancialmente implicaba la imposibilidad de acceder a los medicamentos cuando los recursos para movilizarse no estaban al alcance de la afectada. Acudiendo al concepto de portabilidad, el Juez Constitucional sentó que las EPS:

(...) tienen la obligación de garantizar (...) los servicios de salud (...) en todo el territorio nacional, más allá de que se puedan imponer algunas cargas (...) razonables en términos de accesibilidad, por ejemplo, cuando existen municipios (...) cercanos cuya cobertura se puede realizar a través de la unificación de centros de atención y la disponibilidad permanente de ambulancias, o cuando el costo de la tecnología o lo dispendioso de su traslado impide que todas las instituciones de salud cuenten con el mismo inventario de servicios (...), en donde adquiere trascendencia la cobertura que el sistema brinda en gastos de transporte.

En dicho caso, la Sala de Revisión amparó el derecho de la mayor adulta y exhortó a la EPS a suscribir un convenio con una IPS de la localidad donde habitaba la peticionaria, para con ello facilitar la entrega oportuna de los suministros requeridos. Es pertinente señalar que portabilidad no es sinónimo de universalidad, pero es esta última la que subyace a un reconocimiento del derecho para todas las personas en todos los lugares.

De manera más reciente, la Corte ha reiterado la importancia del principio de universalidad al amparar los derechos de personas extranjeras con necesidades en salud. Así, por ejemplo, en la Sentencia T- 705 de 2017, al examinar el caso de un menor de edad extranjero, no afiliado al sistema de salud y con un padecimiento oncológico maligno el cual requería unos exámenes médicos y el consecuente tratamiento, la Sala consideró que resultaba admisible la cobertura en materia de urgencias, pero que debía aclararse el estatus migratorio de los beneficiados e iniciarse el respectivo trámite de afiliación.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Respecto de la forma como quedó redactada la prescripción del literal a) del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, la Corte, al hacer el control previo de constitucionalidad, advirtió que la expresión “efectivamente” debe ser entendida no solo como la materialización de una prestación oportuna en salud, sino que debe involucrar los componentes de calidad, continuidad, integralidad y progresividad, entre otros. Al igual que muchos de los principios enlistados en el artículo 6°, el principio de universalidad se entrecruza en los casos concretos con otros; en esas circunstancias el juez encuentra mayores posibilidades de soportar su decisión.

Finalmente, resulta pertinente referir algunas providencias emanadas de la Corte Constitucional en sede de revisión, en las cuales se ha tratado el principio de universalidad, tales son: la T-576 de 2008, la T-730 de 1999, la T-089 de 2018, la T-866-2011, la T-745 de 2013, la T-618 de 2000, la T-345 de 2011, la T-210 de 2018, la T-614 de 2014 y la T-611 de 2014.

2.2 Interpretación *pro homine*

Este principio conocido también como *pro persona*, es una verdadera cláusula hermenéutica propia de la interpretación de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en la que quedó consagrado del siguiente modo: “Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas”. La razón que informa esta regla de interpretación del derecho a la salud, es la búsqueda de eficacia en el goce del derecho, pues se trata de prohiar la lectura que realice de mejor modo el derecho fundamental. Al referirse al significado de este principio respecto de las disposiciones legales, la Sentencia C-313 de 2014 observó:

la interpretación que se haga de estas disposiciones no puede conducir a la supresión, destrucción, o eliminación de alguna de ellas; segunda, la interpretación de estas disposiciones no puede conducir a la restricción, disminución o limitación del contenido de estos derechos de forma (...) arbitraria; tercera, el intérprete deberá elegir la norma que resulte más favorable a los intereses del individuo o que mejor optimice la garantías en controversia, siempre en favor de (...) su dignidad; finalmente, la interpretación que se haga de estas (...) no podrá conducir a la exclusión de otros enunciados (...) que igualmente reconozcan (...) otras garantías fundamentales so pretexto de su no incorporación taxativa en el ordenamiento interno.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

La Corte ha tenido oportunidad de referirse a esta cláusula en diversas ocasiones, al resolver casos en los cuales un suministro o procedimiento no estaba incluido en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS). El principio *pro homine* estaba llamado a tener un papel relevante en un contexto en el cual solo estaba cubierto aquello que hiciese parte de esos listados, sin embargo, en la Sentencia C-313 de 2014 hubo un cambio de regla, según el cual en materia de salud todo está cubierto salvo lo expresamente excluido. En este segundo escenario es probable que el peso y aplicabilidad de este principio se advierta más en los casos en los cuales la discusión gire en torno a solicitudes que involucren las seis específicas excepciones de cobertura del artículo 15.

A propósito del entendimiento de este principio, dijo la Corte en sede de tutela en la Sentencia T-695 de 2007:

Tratándose de un caso límite, en el cual existe duda acerca de la protección de un derecho fundamental, resulta pertinente la aplicación del principio *pro homine* que ordena la adopción de la decisión que mejor se compadece con la garantía de los derechos fundamentales en juego, que en este caso se materializa en la orden del tratamiento prescrito por el médico tratante.

Un ejemplo de aplicación de este principio, se puede constatar en la Sentencia T-037 de 2006. En esa ocasión la Corte revisó una solicitud de tutela en la cual se demandaba en favor de una menor con dificultades de aprendizaje que motivaron al especialista en neurología pediátrica a ordenar una valoración integral por parte de otros profesionales de la salud.

Sin embargo, la EPS respectiva denegó tales servicios aduciendo que no estaban incluidos en el POS. Al resolver el caso, la Sala revisó la normativa invocada por la entidad accionada para justificar su negativa y advirtió que si bien es cierto, los servicios requeridos por la menor no estaban incluidos de conformidad con esa preceptiva, sí resultaba cierto que se permitía la prestación de algunos de ellos cuando hiciesen parte de un proceso de rehabilitación y otros debían ser brindados en determinadas condiciones hasta por un máximo de 30 días, esto es, no estaban excluidos, pero sí condicionados.

En el caso concreto, la Corte observó que la negativa no estuvo mediada por evaluaciones que permitieran establecer alguna discordancia entre la situación de la menor y lo prescrito en las normas que autorizaban los servicios; en tales circunstancias consideró:



**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA**

En estos casos, en los que la exclusión depende de la constatación de la existencia de unas condiciones en el caso concreto, la E.P.S. tiene la obligación de adelantar dicha verificación antes de negar la prestación del servicio médico o del medicamento. Luego, si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio *pro homine*, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona.

En este caso se impartió la orden de brindar el tratamiento ordenado con el respectivo recobro de los gastos que legalmente no le correspondiera asumir a la entidad accionada.

En fecha más reciente, la Sentencia T-579 de 2017 se pronunció en un caso en el cual una mujer que por su cuenta y riesgo se practicó un procedimiento estético, empezó a padecer una serie de dolencias derivadas de la presencia de las sustancias que le inyectaron en aquella ocasión. El médico tratante de la EPS prescribió, entre otras medidas, la extracción de las sustancias y la EPS denegó tales requerimientos alegando que los padecimientos eran derivados de un procedimiento estético.

En esas circunstancias, la Corte consideró que debía interpretarse acorde con el principio *pro homine* la normativa contenida en la Resolución No. 6408 de 2016, según la cual no pueden financiarse con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (en adelante UPC), tecnologías “cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad.”, y los “Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de no financiación con recursos del SGSSS señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011”. Explicó la Sala:

Cuando los efectos secundarios o las complicaciones derivadas de una cirugía estética, comprometen muy gravemente la funcionalidad de los órganos o tejidos originalmente intervenidos o de otros órganos o tejidos del cuerpo (...), esa circunstancia desborda el alcance de lo que podría entenderse como efectos secundarios o complicaciones previstas científicamente para cada tipo de cirugía estética, en cuyo caso se impone la necesidad dar una interpretación a la norma que excluye la atención en salud a la luz de los principios *pro homine* y de integralidad del servicio.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Otras decisiones en la que se ha considerado el principio *pro homine* por el Tribunal Constitucional son: la T-299 de 2015, la T-171 de 2016, la T-579 de 2017, la T-499 de 2014, T-061 de 2014, la T-121 de 2015, la T-085 de 2012, la T-320 de 2009, la T-037 de 2006 y la T-945 de 2006.

2.3 Equidad

Este principio se corresponde con la idea de Estado Social de Derecho y con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, que en sus incisos 2° y 3° dispone que radica en cabeza del Estado el deber de promover condiciones de realización efectiva de los derechos para los sectores más vulnerables de la población.

El artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 establece en el literal: "c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección." Respecto de este precepto la Corte advirtió que implicaba la mejora de la prestación del servicio en todas las fases que involucra la salud como lo son la promoción, la prevención, el diagnóstico, la curación, la rehabilitación y la paleación.

Un ejemplo de aplicación de ese principio en un caso concreto se tiene en la Sentencia SU-225 de 1998. En aquella oportunidad, la Sala Plena revisó una acción en la que más de 400 padres de familia solicitaron en sede de tutela a la Secretaría de Salud de Bogotá y al Ministerio de Salud, el suministro gratuito de la vacuna contra los virus que producen las enfermedades conocidas como meningitis *Meningococcica* y meningitis por *Haemophilus Influenzae*.

En el caso concreto, se trataba de menores con padres en situación de penuria económica que no entraban "dentro del radio de seguridad que la sociedad y el Estado han creado para enfrentar la adversidad". Igualmente, se trataba de enfermedades que no son fácilmente diagnosticables y cuyas secuelas resultan en extremo graves, pero, además, las vacunas que permiten conjurar el desarrollo de los padecimientos tienen un costo que dado el estrato socio-económico de los solicitantes, resultaba elevado.

Tras adelantar diversas diligencias de orden probatorio, la Corte confirmó la decisión del fallador de instancia quien había ordenado la aplicación de la vacuna para los menores del caso, previo estudio de las situaciones en concreto. Para llegar a esa decisión, la Sala señaló unas condiciones puntuales que daban lugar a la procedencia de la acción:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Excepcionalmente (...) los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. (...) la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos (...) que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Más adelante y para fundar la decisión sobre la desatención de las necesidades básicas de los grupos marginados o discriminados, que afecta el mínimo vital de éstos, se sentó:

Le corresponderá a la autoridad pública concernida, demostrar (...) la exoneración de su responsabilidad constitucional (...). La explicación de la autoridad será definitiva para que el juez de tutela pueda apreciar si, en la situación concreta, el grado de cumplimiento del referido mandato constitucional, goza de una debida justificación, siendo en todo caso inaceptable la conducta pública que refleje tolerancia y pasividad frente a las aflicciones extremas de los marginados y discriminados (...).

Se trata pues de trasladar la carga de la prueba a la Administración, la cual deberá explicar el incumplimiento respectivo, pues a la persona en situación de vulnerabilidad no le resulta fácil e incluso podría no resultarle posible aclarar esa situación y, por ende, no acreditar la procedencia de la acción de tutela. Finalmente, se señaló la metodología a seguir para resolver el caso propuesto en cuanto a la cláusula de erradicación de las injusticias presentes:

(...) debe el juez agotar secuencialmente las siguientes etapas de análisis: (1) identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas; (2) demostración de la existencia de una necesidad básica y de su falta de atención; (3) examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación; (4) calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento.

Si bien es cierto, el tema en el ámbito de la salud no ha tenido muchos abordajes concretos, alguna jurisprudencia se ha referido al principio, hallándolo en la preceptiva legal o interpretando la respectiva normativa



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

en clave de equidad, incluso sin hacer la mención específica. Muestra de todo ello se puede encontrar en las sentencias: T-210 de 2015, T-062 de 2017, T-089 de 2018, T-436 de 2004, T-770 de 2007, T-499 de 2014, T-585 de 2012, T-1087 de 2007, T-905 de 2005 y T-691 de 2014.

2.4 Continuidad

De conformidad con la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, el principio de continuidad encuentra asidero constitucional en los artículos 2º y 83 de la Carta, pues el primero prescribe la garantía de efectividad de los derechos y el segundo es el fundamento de la confianza legítima.

El literal d) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015 estipula el principio en los siguientes términos: "Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas." Se trata de un mandato que se orienta a evitar la interrupción de la prestación del servicio médico. Tal es así, que inicialmente el artículo proscribía que dicha suspensión fuese intempestiva y arbitraria, pero la Corte excluyó tales contenidos pues de lo que se trata es de preservar la prestación del servicio sin que quepan barreras económicas o administrativas para dejar de brindar el servicio iniciado.

Un ejemplo de aplicación de este principio se ventiló en la Sentencia T-1077 de 2007, en la cual se revisaba la negativa de la Policía Nacional para concederle tratamiento médico a un hombre de 37 años a quien la Junta de invalidez calificó con más de un 50% de invalidez. Dado que la persona tuvo la condición de beneficiario de su progenitor pensionado de la Institución y, el padecimiento había sido adquirido con posterioridad a haber perdido la calidad de beneficiario por no ser menor de edad, ni estar en el rango de edad entre los 18 y 25 años bajo dependencia económica de su padre; la Entidad se relevó de atenderlo luego de la referida Junta de calificación.

En esas circunstancias y advirtiendo que, de conformidad con la Ley, los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente tienen derecho a ser beneficiarios, la Corte ordenó la vinculación del afectado como beneficiario de su padre e igualmente dispuso la consecuente prestación de los servicios, explicando a propósito del principio de continuidad:

Pese a que la valoración se produjo y a que se constató una invalidez total del señor (...), la Dirección de Sanidad se negó a autorizar la prestación de los servicios de salud por éste requeridos y, a juicio de la Corte, esa



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

situación es contraria al principio de continuidad, de conformidad con el cual, cuando se ha iniciado la prestación del servicio, las personas tienen derecho a no ser víctimas de interrupciones abruptas e injustificadas de las valoraciones, tratamientos o procedimientos médicos que se han iniciado.

Esa línea ha sido mantenida por la Corte en pronunciamientos recientes. Tal aconteció en la Sentencia T-314 de 2018, cuando se examinó una demanda que involucraba el derecho a la seguridad social de una persona que había sido declarada con incapacidad absoluta permanente y tuvo la condición de beneficiario de su padre en materia de salud, hasta que este falleció.

Dado que aquella persona contrajo matrimonio y no presentó la declaración juramentada correspondiente, le fueron suspendidos los servicios de salud al momento del deceso del progenitor, sin tener en cuenta que el accionante en razón de su discapacidad siempre dependió de su padre. Al estudiar la situación en materia de salud se recordaron varios eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, tales circunstancias son:

i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.

Y reiterando jurisprudencia concluía:

las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía (...) consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Lo anterior, puesto que “la suspensión de un servicio de salud esencial para el accionante con fundamento en formalismos administrativos, cuando se halla de por medio la salud y la vida del afectado, resulta completamente inadmisibles y debe garantizarse su continuidad por parte del prestador del servicio.”

Numerosas han sido las oportunidades en las cuales la Corte Constitucional ha examinado este principio, muestra de ello son las sentencias T-576 de 2008, T-170 de 2002, T-406 de 1993, T-730 de 1999, T-110 de 2012, T-790 de 2012, T-278 de 2008, T-092 de 2018, T-089 de 2018 y T-1198 de 2003.

2.5 Oportunidad

El principio de oportunidad, al igual que varios de los arriba presentados, encuentra su soporte constitucional en el artículo 2º de la Carta, en cuanto allí se manda la realización efectiva de los derechos. El literal e) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015 una vez surtido el control previo de constitucionalidad, quedó en los siguientes términos: “La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones.”

Tal es el sentido garantista de este precepto, que la Corte le suprimió por vía de inexequibilidad un par de restricciones, una de ellas consistía en que los servicios y tecnologías debían requerirse con necesidad y, la otra que las dilaciones inaceptables debían ser del tipo que pudiesen agravar la condición de salud de las personas. Ninguna de ellas fue aceptada por la Corte, dado que la prestación oportuna tiene lugar siempre y no resulta admisible una dilación so pretexto de que la condición de salud no se agrava con la espera. En este sentido, los requerimientos de diagnósticos, citas con especialistas, suministros de medicamentos y prácticas de procedimientos, entre otras demandas, no pueden ser objeto de espera, dado que lo que está en riesgo es la salud y de contera la vida de un ser humano.

En la Sentencia T-520 de 2012 se examinaron varios casos similares en los cuales se quebrantó el principio de oportunidad. Entre los varios expedientes y para ejemplificar se puede recordar la situación de una persona con cáncer de esófago con metástasis a quien se le prescribió un procedimiento quirúrgico. Tal cirugía fue autorizada, más no llevada a cabo, dado que no se contó en la IPS con la unidad de cuidados intensivos respectiva. Frente a la acción de tutela, la EPS alegó que no había vulnerado derechos fundamentales pues había autorizado los procedimientos respectivos. La Corte, al considerar los varios problemas expuso:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

(...) no basta que el sistema garantice el acceso a los servicios (...), también es necesario que se procure la prestación de éstos oportuna y eficazmente. Porque cuando una entidad reconoce el derecho a un tratamiento, pero no lo presta en el momento que es demandado, puede generar consecuencias graves en la salud del interesado, como someterlo a intenso dolor o agravarle las circunstancias de vulnerabilidad. (...) el juez constitucional, (...), está facultado para ordenar que determinado procedimiento (...) se lleve a cabo de manera inmediata, evitando en todo caso que se trasladen a los usuarios (...) problemas de carácter administrativo.

En el caso concreto, la Sala declaró la carencia actual de objeto pues el afectado había fallecido, sin embargo, advirtió que no bastaba la nuda autorización para garantizar el derecho, pues la EPS pudo acudir a diversos mecanismos para ubicar la unidad de cuidados intensivos o contratar alguna y se le trasladó al afectado la carga de los problemas administrativos. Preciso la Sala:

(...) no existe alguna razón válida para que se le dejara de practicar la cirugía (...), y tampoco es (...) aceptable el argumento según el cual la demandada garantizó el derecho a la salud (...) al haber autorizado dicho procedimiento. (...) era necesario que (...) se prestara oportuna y eficazmente, para evitar que se agravara su (...) salud. Por lo tanto, [la] (...) EPS, vulneró los derechos (...) a la salud y la dignidad humana (...) al no realizarle una cirugía (...) alegando que el centro médico para el cual fue ordenada la intervención carecía de (...) de cupos en su unidad de cuidados intensivos, toda vez que le trasladó al peticionario las consecuencias de un problema de disponibilidad superable y previsible, creándole una barrera de acceso a un servicio de salud que requería con urgencia.

Otro ejemplo más reciente se encuentra en la Sentencia T-710 de 2017. En esa ocasión, una adulta mayor que presentaba una metrorragia frecuente con secuelas, requirió tanto un diagnóstico, como un procedimiento. La Sala, al advertir que la EPS no atendía oportunamente las necesidades de la accionante y luego de aludir al principio en consideración y al de integralidad, observaba:

[la] E.P.S desconoció las obligaciones derivadas de los principios de integralidad y de oportunidad en salud, vulnerando el derecho a la salud de (...). 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.



**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA**

En el caso concreto se ordenó la realización de una Junta Médica para definir el diagnóstico, las alternativas terapéuticas y se fijó un término con miras a evitar dilaciones para la práctica de los procedimientos que se dispusieran tras el diagnóstico.

El principio de oportunidad ha sido tema de examen en la jurisprudencia Constitucional en diversas decisiones de revisión de tutela, entre otras, en las sentencias: T-790 de 2012, T-092 de 2018, T-745 de 2013, T-460 de 2012, T-770 de 2007, T-109 de 2003, T-614 de 2014, T-825 de 2011, T-725 de 2007 y T-840 de 2012.

2.6 Prevalencia de derechos

Este principio es expresión de lo dispuesto en el inciso final del artículo 44 de la Constitución y de instrumentos internacionales como la *Convención Internacional sobre los derechos del niño y de la niña*, cuyo artículo 3° en su párrafo 1° consagra el principio del interés superior del menor cuando se tomen medidas que les conciernan a los niños y niñas.

Se trata de una cláusula que *prima facie* salvaguarda los derechos del menor, dado que, por un lado, las condiciones naturales del menor (al menos en los años iniciales de su infancia) no le permiten defender adecuadamente sus derechos y, por otro lado, los niños, niñas y adolescentes se encuentran excluidos del ejercicio de los derechos políticos que otras personas sí tienen y aplican en cuanto a los derechos de los niños.

El literal f) del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 consagró el principio así: "El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años". Este principio debe acompañarse con lo dispuesto en el parágrafo del mismo artículo que a tenor literal reza:

Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Si bien es cierto, hay buenas razones de orden constitucional y legal para hacer prevalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, está claro que no todos los principios tienen un carácter absoluto y en esa medida será el caso concreto el que indique hasta qué punto haya de aplicarse. Como se ha dicho antes, los principios son un tipo de norma que, de entrar en tensión con otros principios, es deber del operador judicial optimizarlos para que su aplicación no suponga la eliminación de los otros principios involucrados en el caso concreto.

La Corte ha invocado este principio establecido en la Ley 1751 de 2015, así por ejemplo ocurrió en la Sentencia T-362 de 2016, al revisar un caso en el cual un menor de edad con una infección urinaria no fue remitido a pediatría para la valoración y los procedimientos correspondientes, dado que la EPS encargada de autorizar esas actividades había sido liquidada. El menor fue reingresado a un hospital pues su salud se agravó y el defensor regional del pueblo formuló la demanda de tutela. La Corte frente a esa circunstancia recordó el contenido del literal f) y concluyó:

(...) en los casos en que se encuentra de por medio la salud de un niño (...), tiene derecho a recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, esto por el sólo hecho de ser un menor de edad. De igual manera, para el Estado deben prevalecer los derechos fundamentales de los niños, debido a su condición de vulnerabilidad física y mental; así mismo cuando la acción de tutela va encaminada a defender el derecho fundamental de la salud.

En esa oportunidad, la Sala advirtió que la excusa presentada para negar el servicio resultaba inaceptable, pues la EPS que ahora tenía a su cargo la prestación de este, estaba en la obligación de contratarlo dado que es deber legal de este tipo de entidades contar con los profesionales necesarios para atender los requerimientos en salud y más aún, tratándose de menores.

En otra ocasión, un menor de edad con “síndrome convulsivo hidrocefalia, neumonía pulmonar, gastrostomía, ceguera, luxación de cadera derecha, retardo del desarrollo psicomotor y de la comunicación severos”, en situación de postración permanente, requería diversos procedimientos quirúrgicos e insumos como pañales y suministros para evitar el escaramiento de la piel. En sede judicial se negó lo pedido dada la ausencia de orden médica, asunto que fue revisado por la Corte constitucional en una decisión que se pronunció sobre numerosos expedientes acumulados. En el apartado considerativo del proveído T-610 de 2013 y reiterando jurisprudencia, se dijo:



**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA**

(...) son sujetos de especial protección, (...) su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad (...) sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbra su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. (...) gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos (...) y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. (...) cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos (...) de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS.

En punto a este caso se ordenó el diagnóstico respectivo y la práctica de todo lo que los galenos considerasen necesario, así como el suministro de los implementos requeridos en la medida y cantidad señalada por los profesionales de la salud.

Este principio ha sido considerado por la Corte en numerosas sentencias, entre ellas las siguientes: T-576 de 2008, T-395 de 2015, T-110 de 2012, T-678 de 2015, T-659 de 2003, T-363 de 2010, T-089 de 2018, T-227 de 2006 y T-585 de 2007.

2.7 Progresividad del derecho

Este principio que se predica de todos los derechos sociales, encuentra su soporte en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 26 establece el desarrollo progresivo de los derechos derivados de las normas sociales, económicas y culturales.

En el ámbito interno, el inciso 3° del artículo 48 de la Constitución establece el deber estatal con la participación de los particulares, de ampliar progresivamente la seguridad social, con lo cual resulta suficientemente clara su aplicación en el marco del derecho a la salud. Atendiendo estas prescripciones, el legislador consagró en el literal g) del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 el principio en los siguientes términos:

El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En la Sentencia C-313 de 2014, se manifestó que el principio de progresividad puede ser entendido como la existencia de una “obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio del derecho”, precisando que de esa comprensión se deriva una garantía exigible de “no adoptar medidas regresivas”, pues ellas irían en contravía de la premisa de mejoramiento de las condiciones. La jurisprudencia de la Corte ha acogido esta comprensión del principio de progresividad expresándola en la idea de no regresividad.

El principio de progresividad suele ser invocado en sede de constitucionalidad, sin embargo, también le concierne al juez de tutela. Ejemplo de la pertinencia de ese contenido legal y constitucional al momento de resolver una solicitud de amparo, se tiene en la Sentencia T-686 de 2008.

En dicha providencia, la Sala de Revisión se pronunció sobre un caso en el cual un miembro de la fuerza pública solicitó al juez de tutela la protección para sus progenitores, quienes gozaron de la cobertura en salud otorgada al peticionario, pero posteriormente se les excluyó de tales beneficios en razón a que el funcionario del ejército contrajo matrimonio y en virtud de una disposición legal, no resultaba compatible la cobertura de la cónyuge con la de los padres del militar.

Al momento de resolver el caso, la Sala determinó que dicho asunto debía “resolverse a la luz de las consideraciones desarrolladas en torno al derecho constitucional a la seguridad social en salud, del cual se predica un carácter universal, integral e incluyente, que en todos los casos debe estar guiado por el principio de progresividad.” En tales consideraciones previas el Juez de Revisión sentó:

(...) la aplicación de normas que omitan la consagración de alternativas de afiliación para los padres dependientes de hijos con un núcleo familiar compuesto por sujetos con mejor derecho para ser beneficiarios de éste, constituye una vulneración a los principios de universalidad, eficiencia, progresividad y solidaridad (...) por cuanto ello implica una negación de los elementos básicos (...) de la seguridad social, lo cual se traduce (...) en un impedimento para que (...) puedan acceder a las prestaciones básicas en salud.

Y en otro apartado posterior:

el Estado debe proporcionar e implementar políticas encaminadas a ofrecer un nivel mínimo de protección a aquellas personas que han podido acceder al sistema, a fin de impedir que las mismas resulten



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

desvinculadas del mismo sin justificación alguna. Lo anterior significa que una vez que un grupo de la población ha entrado y ha hecho parte del referido sistema, éstos no pueden salir de él a menos que medie una razón constitucionalmente relevante, pues entender lo contrario vulnera los principios que guían el derecho constitucional a la seguridad social en salud.”

Con tales presupuestos, en los que aparece claramente la prohibición de regresividad, la Corte inaplicó la norma que dio lugar a la desafiliación y ordenó el restablecimiento de la prestación de los servicios en salud. Igualmente, le señaló al organismo correspondiente del Ejército un plazo para que expidiera una reglamentación que no diera cabida a vulneraciones como las que se presentaron en el caso examinado.

Otro ejemplo de la presencia de este principio en el marco de tutela se observa en la Sentencia T-162 de 2016. En esa ocasión la situación que originó la demanda de amparo fue la de un menor de edad que vivía con sus abuelos en un municipio en el cual la EPS de la que era cotizante la madre, no contaba con una IPS, lo que dificultaba la respectiva atención en salud del niño.

Para la Sala de Revisión, lo que estaba en discusión era la portabilidad la cual “implica que las EPS tienen el deber de garantizar el acceso a dicho servicio en todo el territorio nacional, permitiéndoles a sus usuarios recibir la atención en salud requerida sin importar en que parte del país se encuentren”. El principio de progresividad es uno de los soportes de la portabilidad, dijo la Corte:

(...) la portabilidad en el servicio de salud es una figura derivada de los principios de universalidad y progresividad, así como de los elementos de accesibilidad y disponibilidad, que garantiza al afiliado una cobertura del sistema de salud en todo el territorio nacional, aun cuando se haya trasladado (...) de su lugar de residencia. La garantía de este derecho podrá ser solicitada (...) cuando se requiera y no excluye la posibilidad de que se le autorice la atención en un municipio cercano, siempre que ello implique una carga soportable (...).

Se trata de la ampliación en la mejora de las condiciones de prestación del servicio. El deber de quien brinda la cobertura en salud es hacer viable el goce efectivo del derecho donde se presente la necesidad. En el caso concreto no tuvo lugar el amparo, dado que la accionada ofreció el servicio a través de una IPS ubicada en un municipio próximo, lo que en el sentir de la Corte comportaba un desplazamiento razonable para lograr la atención demandada.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Este principio ha sido objeto de consideración por la Corte entre otras, en las siguientes providencias: T-581 de 2009, T-866 de 2011, T-089 de 2018, T-807 de 2007, T-179 de 2000 y T-594 de 2006.

2.8 Libre elección

El principio de libertad de elección fue consagrado por el legislador estatutario en el literal h) de la Ley 1751 de 2015 del siguiente modo: "Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación". Esta disposición legal encuentra soporte en el artículo 16 de la Carta, el cual postula la autonomía de las personas. A su vez, la Sentencia C-313 de 2014, al hacer el control de constitucionalidad de este precepto, consideró que también encontraba asidero en otros valores constitucionales como la dignidad humana.

Parece más acertado entender que la existencia de la libertad de elección se orienta a proteger en casos concretos diversos valores, como la dignidad humana y los contenidos esenciales del derecho a la salud. Al igual que todos los principios, este tampoco tiene carácter absoluto, pues como se advierte en la misma formulación hecha en la ley, está sujeto a restricciones acorde con lo dispuesto por la ley.

Aunque en la misma providencia C-313 de 2014, la Corte se apuntaba "una apreciación del mandato que restrinja el ejercicio de la libertad sin más a lo que dispongan las normas habilitantes, no opera en favor del goce efectivo del derecho. (...) el enunciado legal es constitucional atendiendo que la sujeción a las normas de habilitación no obra cuando ello suponga la negación o una afectación grave del derecho".

En la misma decisión se recordaba que acorde con la jurisprudencia, no operan los límites al principio de elección cuando se trate de atención de urgencias autorizada o cuando la EPS no esté en capacidad técnica de cubrir la necesidad en salud del afiliado y la IPS que atiende el requerimiento preste la atención integral de calidad y no afecte las condiciones de salud del usuario.

En la Sentencia T-770 de 2011, la Corte tuvo la oportunidad de examinar el principio de libertad de elección y distinguió entre la libertad de elección del paciente y la libertad de elección de la EPS. En relación con la primera, observaba que por vía de jurisprudencia se "ha amparado el derecho de los usuarios a la libre escogencia de EPS o IPS, como una manifestación de varios derechos fundamentales" y respecto de la segunda manifestaba:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Las EPS son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS. Para ello tienen la libertad de elegir las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS) por intermedio de las cuales van a suministrar los servicios a sus afiliados, y la obligación de suscribir convenios con ellas, para garantizar que la prestación de los servicios sea integral y de calidad.

Como se indicó, la libertad de elección de los pacientes tiene límites, pero en lo atinente a la libertad de elección de las EPS, también operan restricciones. Dijo la sala reiterando jurisprudencia:

Cuando la EPS (...) escoja la red de IPS adscritas y deba trasladar a los pacientes, (...) tiene el deber de: a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada, b) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida, c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido y d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido.

En la providencia en referencia, se consideraron numerosos casos en los cuales el respectivo prestador de salud decidió reasignar a una nueva IPS pacientes a quienes se les venían practicando hemodiálisis, y la reclamación generalizada de los afectados consistía en que el servicio suministrado por la nueva entidad no era de la calidad del que se brindaba inicialmente en otra IPS. En varias de las situaciones encontró que le asistía razón a los accionantes y ordenó a la respectiva accionada "garantizar el empalme de diagnóstico y tratamiento prescritos por el médico tratante, de forma tal que progresivamente se puede efectuar el traslado de IPS."

Una providencia reciente en la cual se dio aplicación al principio de libertad de elección, se tiene en la Sentencia T-171 de 2015, en la cual se estudió el caso de una adulta mayor a quien un mal procedimiento en una IPS le desencadenó un padecimiento que concluyó en una cirugía para salvarle la vida, procedimiento que hubo de ser practicado en otra IPS, que según información obtenida en la web, tenía convenio con al EPS. Posteriormente, la EPS manifestó que esa IPS no hacía parte de su red y la cuantiosa cuenta por concepto de la última cirugía corría por cuenta de la paciente. En ese contexto la Corte expuso:

(...) es una garantía para asegurar el derecho fundamental de acceso al servicio de salud, el cual debe prestarse en condiciones de eficiencia y calidad, aspecto que incluye también el derecho de los usuarios a mantener cierta estabilidad en las condiciones en que se practicarán los tratamientos y procedimientos.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Además, agregó que una de las excepciones a la limitación de este derecho está relacionada con que la "IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios." Eso, sumado a que:

(...) la negativa de la EPS para autorizar el procedimiento requerido para la continuación del tratamiento de la accionante afectó su derecho a la libre escogencia de IPS y, en consecuencia, su derecho a la salud, toda vez que la reticencia de la actora a que se le realizara la intervención en (...) estaba justificada en las repercusiones que, en su estado de salud, dejó la última cirugía allí realizada, cuyas consecuencias se encuentran registradas en la historia clínica.

Así, al contar en su momento con otra posible IPS dentro de la oferta de la EPS, la paciente podía hacer uso de su derecho y escoger libremente la institución que le brindara confianza en la realización del procedimiento médico requerido, tal como finalmente lo hizo al dirigirse a otra institución.

El principio de libre elección ha sido abordado en diversas providencias de la Corte Constitucional, entre ellas las siguientes: T-576 de 2008, T-089 de 2018, T-010 de 2004, T-448 de 2017, T-436 de 2004, T-011 de 2004, T-024 de 2008, T-207 de 2008, T-246 de 2005 y T-745 de 2013.

2.9 Solidaridad

Este es uno de los principios centrales del Estado Social de Derecho, que en el caso colombiano encuentra reconocimiento constitucional desde el artículo 1º de la Carta. El mismo Texto Superior concibe en su artículo 95, inciso 2º, ordinal 2º a la solidaridad, como un deber de la persona y el ciudadano.

Puede decirse que, al lado de la libertad, la igualdad y la dignidad humana, la solidaridad es el otro gran pilar del constitucionalismo occidental. En la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud, el principio de solidaridad quedó formulado teniendo en cuenta que "El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades."

En la Sentencia C-313 de 2014, la Corte afirmó que el principio de solidaridad permitió separar la prestación del servicio de salud de la capacidad de pago, pues también quienes carecen de recursos tienen derecho a obtener el goce efectivo del bienestar que brinda la salud.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Por su parte, en la Sentencia C-463 de 2008, la Corte examinó una disposición legal que establecía como sanción para las EPS la asunción a partes iguales con el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, de los costos de los medicamentos no incluidos en el POS, siempre y cuando se tratase de enfermedades de alto costo, si la solicitud no se llevase ante el respectivo comité técnico científico o no se tramitase oportunamente y se tratase del régimen contributivo.

Entre los motivos de inconstitucionalidad, se ventiló un quebrantamiento del principio de igualdad, dado que se excluía de esa regulación sancionatoria al régimen subsidiado, a las enfermedades que no fueran de alto costo y a las tecnologías distintas a los medicamentos. Al resolver el asunto, reiterando jurisprudencia, dijo la Sala Plena sobre la solidaridad:

exigelaayudamutuaentrelaspersonasafiliadas,vinculadasybeneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren.

Así mismo, aclaró que la solidaridad se manifiesta en dos subreglas, a saber: por un lado, el deber de los sectores con mayor capacidad económica de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos recursos, verbigracia, “mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.”

Y, en segundo término, la obligación de la sociedad en conjunto o de alguna parte de ella, de contribuir en la garantía de la seguridad social de las personas “que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia.”

Soportada en los principios de universalidad principalmente, en el de eficienciayenelaludidodesolidaridad,laCorteprofirióuncondicionamiento en el que hizo extensiva la sanción para el régimen subsidiado, para otras tecnologías distintas de los medicamentos y para otros padecimientos además de los de alto costo.

Una aplicación de éste principio en sede de tutela se puede apreciar en la Sentencia T-096 de 2016. En esa oportunidad, la Sala revisó un asunto en el que se solicitaba un cuidador para una persona adulta mayor con alzheimer y dependencia para actividades básicas e instrumentales. El



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

cuidador familiar era su único pariente próximo y presentaba a su vez fatiga de cuidador, viendo además comprometida sus actividades laborales por atender a la afectada. La EPS negaba el cuidador y suministros como pañales y nutrientes.

En esas circunstancias la Corte, consideró que dentro de la familia se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro mutuo, que no existen respecto del resto de la comunidad, por lo cual, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales.

No obstante, aclaró que que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica, emocional o económica de proporcionar el cuidado requerido por ella. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del paciente, se traslada al Estado.

Dadas esas circunstancias, la Corte enfatizó que el deber en mención permanece en la familia bajo ciertas condiciones y puede ser desplazado hacia el Estado a falta de alguna de ellas. En ese sentido, la responsabilidad será de los parientes siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona.

Como se advierte, la solidaridad es un valor que compromete no sólo al Estado, sino a la institución familiar, aunque en el caso de esta última sus deberes como cuidadores requieren ciertas condiciones precisadas por la jurisprudencia transcrita. En el caso concreto, la Corte amparó los derechos y ordenó la concesión del servicio de cuidador y los suministros de pañales y nutrientes deprecados en la tutela.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Abordajes y/o manifestaciones de este principio se puede hallar en los siguientes fallos proferidos por la Corte Constitucional: T-105 de 2015, T-730 de 1999, T-610 de 2013, T-171 de 2016, T-782 de 2013, T-062 de 2017, T-089 de 2018, T-010 de 2004, T-745 de 2013 y T-507 de 2007.

2.10 Eficiencia

El principio de eficiencia como un definidor de los cometidos estatales en el ámbito de la salud, encuentra su origen en el inciso 2° del artículo 49 de la Carta. En la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud, éste quedó establecido en el literal k) en los siguientes términos: "El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población."

Este principio también encuentra consagración constitucional en el artículo 209 de la Carta, pero referido puntualmente a la forma en que la que se deben llevar a cabo las actuaciones administrativas, aunque la Corte ha tenido oportunidad de vincularlo a la gestión en salud, advirtiendo que los trámites a los que está sujeto el paciente deben ser razonables y no deben implicar demoras excesivas en el acceso al derecho, tal como se indicó en la Sentencia T-745 de 2013.

Al igual que otros principios, la eficiencia se entrelaza en los casos concretos con otros principios y se constituye en soporte de decisiones judiciales que materializan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

En sede de constitucionalidad, la Corte examinó dos disposiciones legales en las cuales se controvertía el que se le agregase a las finalidades de las empresas sociales del Estado, la de la rentabilidad financiera. Es de precisar que tal finalidad se encontraba al lado de la rentabilidad social.

La Corte, en la Sentencia C-559 de 2004 recordó el estatus constitucional del principio de eficiencia, resaltando que el haber establecido la rentabilidad social y financiera como uno de los parámetros que orientan el funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado – ESE, lejos de desbordar el marco fijado por las facultades extraordinarias, constituye un claro desarrollo de las mismas, toda vez que la rentabilidad es una proyección parcial de uno de los principios que orientan la prestación del servicio de salud, es decir, el de eficiencia. Su entendimiento desde el punto de vista constitucional depende entonces de su articulación en la prestación del servicio de salud con los demás principios superiores que rigen la actividad, como la universalidad y la solidaridad.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Y reiterando jurisprudencia, agregó:

(...) la rentabilidad financiera como objetivo de rango legal para la administración de las [ESE] no debe ser entendida como una suerte de parámetro de gestión preponderante de naturaleza netamente especulativa y que tiende a toda costa a la obtención de beneficios cuya constatación sólo sea posible reflejar en los estados contables (...), ni mucho menos como argumento oponible a los usuarios del sistema de seguridad social en salud para justificar el sacrificio de los demás principios superiores que gobiernan el ejercicio de esta actividad.

Con esos presupuestos, resolvió expedir un condicionamiento según el cual, la expresión "financiera" contenida en los preceptos legales estudiados, debería entenderse de tal modo "(...) que los argumentos financieros no justifican negarse a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud debido a los afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela."

El principio de eficiencia ha estado vinculado de modo reiterado en sede de tutela a la oportunidad, la continuidad y la integralidad en la prestación del servicio. En la Sentencia T-940 de 2014 se revisó el caso de un menor de edad en situación de discapacidad cognitiva y física importante, para el cual se demandaban diversos tipos de terapias, suplementos alimentarios, insumos de aseo; entre otros. Para resolver, la Sala, a propósito de ese caso concreto, sostuvo:

(...) es claro que el derecho al diagnóstico surge como una expresión de los principios de integralidad y eficiencia, por virtud del cual se exige 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 (...). Aun cuando, por lo general, su aplicación se ha vinculado con los casos en que no existe una orden del médico tratante (...), su exigibilidad también se demanda en aquellas hipótesis en los que la orden es demasiado antigua y (...) no resulta acorde con la situación actual del paciente.

En esas circunstancias, se concedió el amparo, pero ordenando un nuevo diagnóstico que permitiera revisar si lo prescrito y discutido en tutela seguía siendo pertinente o si las apremiantes necesidades del menor habían variado, disponiendo en cualquier caso "(...) asegurar el suministro integral, eficiente y oportuno de los servicios a su cargo, sin dilaciones de índole administrativa."



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Obsérvese que en esta orden se hace presente nuevamente una de las dimensiones arriba consideradas a propósito del principio de eficiencia, cual es, la de una gestión célere y de calidad de quien presta el servicio de salud para garantizar el goce efectivo del derecho.

Entre las varias ocasiones en las que la Corte a través de sus providencias se ha aproximado a este tema, se tienen las siguientes: T-576 de 2008, T-170 de 2002, T-730 de 1999, T-362 de 2016, T-993 de 2002, T-745 de 2013, T-618 de 2000, T-345 de 2011, T-121 de 2015 y T-234 de 2013.

2.11 Interculturalidad, protección a los pueblos indígenas y comunidades ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras

En los literales l), m) y n) del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, se incluyen tres principios con finalidades muy similares y que apuntan a proteger el derecho a la salud y a lograr la materialización del mismo para diversas minorías ubicadas en el territorio nacional. Su contenido literal es del siguiente tenor:

l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales (...), así como el esfuerzo (...) por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud (...)

m) Protección a los pueblos indígenas. (...) el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos (...)

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. (...) se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Estos preceptos encuentran asidero en los artículos 7°, 8° y 10 de la Constitución. Se trata de una serie de contenidos que reconocen la diversidad étnica y el carácter plural de la cultura nacional. Los tres principios, como se puede apreciar, hacen alusión al carácter diferenciado de esas minorías y al incorporarse en la normativa que regenta el derecho fundamental a la salud, se advierte el mandato de un enfoque diferencial en la prestación del servicio y el reconocimiento del derecho para esas comunidades.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Así lo entendió la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014, cuando declaró la constitucionalidad pura y simple de los principios que implican el reconocimiento de prácticas tradicionales y ancestrales de las comunidades minoritarias en el ámbito del derecho fundamental a la salud.

Una providencia en sede de tutela que puede resultar ilustrativa de lo que comporta el enfoque diferencial en el contexto planteado, se tiene en la Sentencia T-357 de 2017, en la cual se ventilaron diferentes necesidades de comunidades indígenas ubicadas en el Vaupés, víctimas de una deficitaria atención en materia de salud.

Entre otros asuntos, se revisaron casos de miembros de estas comunidades necesitados de atención para resolver problemas psicológicos y de carácter gineco-obstétrico. La Corte ordenó la toma de las medidas correspondientes para la atención respectiva, advirtiéndole al Gobierno tener en cuenta el enfoque diferencial. La decisión tiene entre otras peculiaridades, la de impartir órdenes estructurales al advertir que se está ante un entorno que propicia un estado de cosas inconstitucionales. Dijo la Corte:

(...) es necesario adoptar dos tipos de medidas, unas que atiendan de forma inmediata algunos de los problemas estructurales que amenazan el derecho a la salud (...) y, otras, que impliquen intervenciones a más largo plazo. (...) la Sala llama la atención sobre la importancia de fortalecer las capacidades institucionales (...) en la garantía del derecho a la salud con un especial énfasis en el enfoque intercultural, diferencial y geográfico. (...) las órdenes que serán proferidas (...) constituyen unos mínimos como una base para que se ponga en marcha un proceso de fortalecimiento de la capacidad institucional en la prevención y atención de la salud que garantice efectivamente su acceso para las 255 comunidades (...).

La Corte se ha pronunciado sobre estos contenidos, en particular al momento de proteger minorías indígenas, a través de las siguientes providencias: T-592 de 2016, T-080 de 2018, T-379 de 2003, T-357 de 2017, T-103 de 2018, T-920 de 2011, T-704 de 2006, T-214 de 1997, T-652 de 1998, T-005 de 2016, T-405 de 1993 y T-009 de 2013.

2.12 Integralidad

De acuerdo con los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, el servicio a la salud debe ser prestado conforme con diversos principios, entre ellos el de integralidad, lo que



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

implica que tanto el Estado como las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la obligación de garantizar y materializar dicho servicio sin que existan barreras o pretextos para ello. Se trata de un principio que no aparece en el listado contenido en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, pero que encuentra regulación en el artículo 8° de la misma normativa en los siguientes términos:

Los servicios y tecnologías (...) deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio (...) en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio (...) 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.

Es importante observar que en el control previo de constitucionalidad se suprimió un contenido que condicionaba la efectividad del principio, a que la tecnología requerida estuviese relacionada directamente con el tratamiento y el objetivo terapéutico o preventivo. La Corte eliminó en la Sentencia C-313 de 2014 esta barrera potencial en aras del goce efectivo del derecho.

En la Sentencia T-576 de 2008 se precisó el contenido del principio de integralidad de la siguiente manera:

(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente.

Así mismo, se ha indicado que este principio implica que el servicio prestado debe abarcar todos los elementos que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida, como consecuencia de su patología particular. Sobre el punto, la Corte expresó en la Sentencia T-136 de 2004, que:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

(...) la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la ley.

Sin embargo, la Corte también ha establecido que cuando se solicita la concesión de una atención integral, el médico tratante debe haber determinado cuáles son específicamente las prestaciones que se requieren. En caso de que ello no haya ocurrido, al momento de ordenar la protección del derecho, el juez deberá hacerlas determinables, a partir de criterios razonables, tales como la limitación a una patología en particular, para así lograr la afectividad del derecho.

De ese modo, en la Sentencia T-365 de 2009, donde se estudió el caso de un paciente que requería atención integral para tratar la patología que padecía en su piel (psoriasis y eccema), incluyendo el suministro de los medicamentos y exámenes de laboratorios que requería y se le exonerara de los copagos que le correspondían, en atención a su precaria situación económica; el Alto Tribunal indicó que:

(...) en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén (...) establecidas (...) de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez (...) hacer determinable la orden, (...) (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) (...), (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico (...); o (iii) por cualquier otro criterio razonable. (...) el reconocimiento de la prestación (...) debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez (...), ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Por otra parte, en la Sentencia T-059 de 2018, se estudió el caso de una persona de 57 años, cabeza de familia y con un delicado estado de salud, que presentaba diagnóstico de glaucoma en su ojo izquierdo y los tratamientos recibidos no habían logrado la mejoría deseada. En atención a esto, su médico tratante le ordenó el suministro de un lente cosmoprotésico, pero luego de que se le realizara la correspondiente cirugía, notó que el lente implantado era de color café oscuro y no verde (el color natural de sus iris) y al exponer su inconformidad le respondieron que, para la realización del cambio, debía cubrir el costo del procedimiento, para el cual no contaba con recursos.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En este sentido, la Corte puntualizó respecto del principio de integralidad que, "(...) se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones." En el caso concreto, ordenó el suministro del lente adecuado con la respectiva adaptación, a expensas de la óptica.

En otros pronunciamientos, la Corte también ha reconocido que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica, no solo superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales del individuo, sino, también, sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal. En consecuencia, ha dicho, que se configura la obligación de las EPS de brindar un tratamiento completo de las enfermedades que afectan todos aquellos aspectos que hacen parte del derecho a la salud, para de esta manera materializar una adecuada calidad de vida y dignidad humana en todas las esferas de la vida de una persona, tal como lo expuso en las Sentencias T-395 de 2015 y T-381 de 2014.

En relación con el principio en comento se pueden revisar las siguientes providencias: T-576 de 2008, T-365 de 2009, T-136 de 2004, T-059 de 2018, T-395 de 2015, T-381 de 2014, T-299 de 2015, T-032 de 2018, T-924 de 2011 y T-597 de 2016.

2.13 Dignidad humana

El soporte normativo de este principio se encuentra en el artículo 1º de la Carta. Se trata de uno de los pilares del constitucionalismo occidental que tiene una formulación general desde Kant:

(...) el hombre no es una cosa y por tanto no es algo que pueda ser usado meramente como medio, sino que tiene que ser considerado siempre en todas nuestras acciones como fin en sí mismo (...) no puedo disponer del hombre en mi persona para mutilarlo, corromperlo o matarlo (...) En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad.¹⁷

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de observar que la dignidad humana funge como principio, valor y derecho, advirtiendo además que como derecho puede ser entendida de tres

¹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ed Ariel Filosofía, 1999, p.189.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

modos distintos, vinculados al contexto del caso concreto, lo cual permite al juez observar el respeto o transgresión correspondiente y la toma de las medidas respectivas para amparar el derecho.

En gracia de discusión, la Sentencia T-881 de 2002 expuso las tres dimensiones sobre el concepto de dignidad, las cuales son: autonomía individual, condiciones materiales de existencia e integridad física y moral.

La autonomía individual, hace referencia a la libertad de elección de un plan de vida específico en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y el mínimo de restricciones, “de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.”

Las condiciones materiales de existencia, se refieren a la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y servicios que le permiten a todo ser humano desplegar su potencial en la sociedad según sus condiciones y aptitudes, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad tangible de desarrollar un papel activo en el colectivo en el que tiene lugar su existencia. No se trata simplemente “de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.”

Finalmente, en cuanto a la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona, concretamente su integridad física y moral, se trata de la posibilidad de que todo sujeto pueda mantenerse socialmente activo. “De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana.” En ese sentido, tanto el Estado como los particulares están obligados a adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y promover políticas de inclusión social a partir del deber de corregir situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación de tales bienes.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En el ámbito del derecho fundamental a la salud la noción de dignidad humana ha tenido un peso específico significativo, pues ha permitido calificar y cualificar la existencia misma del ser humano y ha dado lugar a la valoración por parte del juez en sede de tutela justificando y explicando la adopción de decisiones.

Así, por ejemplo, la noción de vida digna ha permitido comprender el derecho a morir dignamente o, esa idea de vida digna ha permitido entender por qué medicamentos, procedimientos o tecnologías que inicialmente no pueden ser cubiertas con los recursos destinados a la salud; sean concedidos por vía de amparo.

En la Sentencia C-313 de 2014, al examinarse cada una de las exclusiones contempladas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria reguladora del derecho fundamental a la salud, se advertía que la respectiva restricción resultaba admisible, siempre y cuando no tuvieran lugar los requisitos que la jurisprudencia ha indicado para inaplicar la preceptiva que fuese del caso y conceder la tecnología o suministro y, siempre y cuando no se desconociese la dignidad humana de la persona que deprecia la tutela.

Posteriormente, y al examinarse las 6 restricciones del artículo 15, se observará que en cada una de ellas aparece como legítimo móvil constitucional que desactiva la respectiva limitación, la dignidad humana. Verbigracia, un procedimiento que aparezca en principio como meramente cosmético, se vuelve una necesidad imperativa que debe ser cubierta por el sistema de salud cuando la negativa a practicar el mismo, conduce a vulnerar el principio de la dignidad humana. Tal sería el caso de un menor de edad para quien una cicatriz protuberante en su rostro excede el marco de lo meramente estético y se torna en un asunto que define su imagen frente a otros seres humanos con los cuales comparte en el proceso educativo.

En esta hipótesis, la presencia de la referida huella en su cara es determinante para definir la imagen que muchas de las personas que interactúan con él, se hacen de él mismo, esto es, esa peculiar característica moldea su imagen ante el colectivo social y, de paso, la que el niño construye de sí mismo comprometiendo su estabilidad psicológica e incluso su salud mental.

Como puede apreciarse, lo que a primera vista pareciera ser meramente cosmético, en ese caso concreto, se torna en algo que compromete una dimensión más compleja, la cual, desde la perspectiva de la jurisprudencia arriba transcrita es una de las dimensiones de la dignidad humana.



**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA**

En el caso de las exclusiones, se advertirá que el quebrantamiento de la dignidad humana convoca al Juez a brindar la protección, así no se cumplan la totalidad de requisitos para inaplicar la respectiva restricción. Bien puede suceder que no esté en riesgo la integridad o la vida o que no se tenga la orden del profesional médico, pero corresponde ordenar el tratamiento o el suministro si lo que se vulnera o amenaza es la dignidad humana, como se observará en varios casos relacionados al reseñar las varias veces mencionadas restricciones contempladas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

El peso de este principio en el tema en examen, es tal que puede operar como una razón constitucionalmente legítima para que el juez de tutela imparta órdenes que impliquen la destinación de recursos económicos que *prima facie* no estaban asignados para sufragar determinados procedimientos o tecnologías, empleándose dichos recursos en aquello que inicialmente estaba vedado, siendo admisible ese gasto, pues la protección de la dignidad humana convoca a los poderes públicos, para llevar a cabo lo de su cargo y evitar el desdoro de la dignidad.

Se puede extraer como conclusión parcial, que no comprender y no tener en cuenta lo que representa el principio en estudio al abordar cada uno de los casos que se le proponen al operador judicial en sede de tutela al buscar una protección en salud, pone al juez en el riesgo de desconocer derechos fundamentales so pretexto de cumplir lo que dice la ley.

Como muestra del tratamiento de la Corte a la dignidad humana en el marco del derecho a la salud se pueden revisar las siguientes sentencias: T-105 de 2015, T-059 de 2018, T-381 de 2014, T-597 de 2016, T-610 de 2013., T-096 de 2016, T-171 de 2016, T-210 de 2015, T-899 de 2002 y T-190 de 2012.

2.14 Criterio orientador de la sostenibilidad fiscal

Si bien es cierto, el literal i) del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 incluye a la sostenibilidad como uno de los principios que rige el derecho fundamental a la salud, la jurisprudencia constitucional le ha restado ese estatus, sin que ello llegue a significar la pérdida de vigor normativo por parte del precepto. La prescripción legal en cita reza:

El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

En la Sentencia C-288 de 2012, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el Acto Legislativo 3° de 2011, en virtud del cual se modificaron varias disposiciones constitucionales, entre ellas el artículo 334 de la Carta. En ese precepto superior se incorporó la sostenibilidad fiscal.

En el inciso 3° del mandato Superior se advirtió que ese contenido constitucional debería orientar las ramas y los órganos del poder público, igualmente se prescribió que el Procurador General y cualquiera de los Ministros podrían solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal frente a determinados fallos proferidos por las Altas Corporaciones de la Administración de Justicia, pues en opinión del constituyente, algunas de esas decisiones judiciales podían comportar alteraciones significativas de la sostenibilidad fiscal. Sin duda, se trata de un contenido constitucional que interpretado en consonancia con la parte dogmática de la Carta se encamina a proteger los recursos de la Nación.

Para explicitar mejor ese sentido, el Constituyente incluyó un párrafo en los siguientes términos:

Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Esta pauta de interpretación resulta consonante con un contenido incluido en el inciso previo al párrafo que, tras aludir a la intención de evitar alteraciones serias a la sostenibilidad fiscal, consagra: “En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.”

Al dotar de sentido las prescripciones constitucionales mencionadas, la Corte en la precitada C-288 de 2012 advirtió que la sostenibilidad fiscal tiene un carácter meramente instrumental, dijo la Corte citada *in extenso*:

(...) no existe una prescripción normativa según la cual la SF sea un objetivo del ESDD, sino que simplemente alcanza el estatus de herramienta para la consecución de los objetivos que dan identidad a la Constitución. (...) las regulaciones introducidas (...) (i) están circunscritas a la Constitución Económica, en su entendimiento instrumental (...); y (ii) no alteran las funciones estatales respecto de la intervención de la economía, ni los (...) objetivos constitucionales referidos a la elaboración del plan nacional de desarrollo y del presupuesto general de la Nación.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Aclaró el Tribunal que, la inclusión en la Carta Política de la sostenibilidad fiscal se debe ver como una previsión que integra las diversas herramientas, procedimientos y estrategias contenidos en la Constitución, dirigidos a la satisfacción de los fines del Estado y no, como una directriz superior que se impone sobre todos los demás preceptos, pues carecería de sentido que esta redireccionara los fines del Estado, ubicando la disciplina fiscal y la reducción del déficit como eje central, cuando solo debe fungir como criterio orientador.

Así entonces, la sostenibilidad fiscal no es un telos del texto superior, como sí lo es, la protección de los derechos fundamentales y la materialización de los mismos, tal como lo manda el artículo 2° de la Carta. Con todo, mal podría concluirse que el mandato de la sostenibilidad fiscal no resulta relevante para el ordenamiento jurídico. Ante todo, debe destacarse que tiene un estatus constitucional, pero no basta este argumento meramente normativo para poner de presente su trascendencia.

Está suficientemente claro que, en el cúmulo de derechos a garantizar por los poderes públicos, el universo de recursos se torna escaso y una de las tareas más agobiantes para tales poderes es la asignación de esos recursos a las varias necesidades a satisfacer. La asignación es solo una de las dificultades, pues bien puede acertarse en esa elección, pero el monto destinado a la satisfacción de la necesidad escogida, puede resultar insuficiente.

Otra dificultad que se suma a las ya escuetamente esbozadas es la que tiene que ver con la ejecución del monto destinado a materializar un determinado derecho. Como se puede observar, el iter de los recursos comporta una serie de peculiaridades que obligan a protegerlos y velar por su correcta destinación y uso.

Es por ello que uno de los derechos más necesitados de recursos para lograr su goce efectivo como lo es el de la salud, habrá de contar con disposiciones concernientes a ese asunto. Atendiendo a esa tensión entre el goce del derecho y el uso racional de los recursos, la Corte en la Sentencia C-313 de 2014, recogió lo sentado previamente por la Sala Plena y manifestó lo siguiente:

(...) se pueden puntualizar tres conclusiones. La primera, es que la sostenibilidad fiscal encuentra arraigo constitucional. La segunda, es que no tiene el estatus de principio, sino de criterio orientador e instrumento al servicio de los objetivos del Estado Social de Derecho. La tercera, es que ninguna autoridad, puede prevalerse de tal herramienta para restringir el alcance o negar la protección efectiva de los derechos fundamentales.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

También sostuvo que la exequibilidad de la inclusión de la sostenibilidad fiscal en el proyecto de Ley referido, implicaba atenerse a lo consagrado por el constituyente en el sentido que "su status jurídico, es el de un criterio orientador y, no el de un principio. Con ello, la situación de la sostenibilidad fiscal varía en el contexto del artículo 6, pues, pierde la fuerza propia de los principios."

Y adicionó, que su aplicación respecto del derecho a la salud, debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el párrafo del artículo 334 Superior. Esto es, el legislador estatutario estipuló que la salud es un derecho fundamental, con lo cual, automáticamente pasa a gozar de todas las connotaciones que el constituyente le atribuyó a los derechos fundamentales, tanto en materia procesal como sustantiva, "enfaticando que la misma Carta, en el párrafo aludido, proscribió las interpretaciones que so pretexto de la incorporación de la sostenibilidad fiscal, conduzcan a tres situaciones que el constituyente estima como inadmisibles."

Dichos supuestos son: i) las autoridades judiciales o administrativas no pueden, en razón de la sostenibilidad fiscal, menoscabar derechos fundamentales como el de la salud, ii) también les está vedado prevalerse de la sostenibilidad fiscal para restringir el alcance del derecho y iii) opera la misma prohibición sí, con la lectura de la sostenibilidad fiscal, se niega la protección efectiva del derecho fundamental a la salud. Como muestra de la jurisprudencia en las que se ha abordado el tema de la sostenibilidad financiera y fiscal se tienen las siguientes decisiones: T-308 de 2016, T-181 de 2013, T-683 de 2011, T-774 de 2009, T-016 de 2017, T-017 de 2013, T-782 de 2013, T-016 de 2007, T-171 de 2018 y T-062 de 2017.

De todo lo expuesto, se concluye cuál es la situación de la sostenibilidad fiscal en punto al derecho a la salud, pero debe insistirse en que en el ámbito de la tutela permanece un deber del juez de atender el mandato de la sostenibilidad fiscal, armonizado con lo dispuesto en el ordinal i) del artículo 5º de la misma Ley 1751 de 2015, que en lo pertinente establece:

- (...) El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá: (...)
- i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; (...).



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

En el marco de la tutela en salud pueden tener lugar decisiones que desborden la facultad del juez e incurran en el desconocimiento de las reglas que prescriben el cuidado de los recursos destinados a cubrir las necesidades en salud. Se trata de decisiones "atípicas" que, si bien es cierto, no se pueden calificar de frecuentes, resulta deseable que no tengan lugar. Por ello, resulta oportuno y necesario atender con cuidado lo prescrito en el artículo 15 de la Ley Estatutaria que regula el derecho a la salud y que advierte expresamente aquello que no puede ser cubierto con los dineros destinados a la salud.

No se trata de un mero acatamiento de lo dispuesto en unos contenidos legales. Al cuidar los recursos de la salud, la Administración Judicial contribuye desde la órbita de sus competencias a viabilizar en alguna medida el goce efectivo del derecho, pues esos recursos que se emplean indebidamente cuando el ordenamiento no autoriza una tecnología o procedimiento, es posible que permitan financiar otras necesidades en el mismo ámbito de la salud de forma masiva.

Con todo, en varias oportunidades se han sobrepasado los parámetros razonables en el otorgamiento de amparos por parte de los operadores judiciales frente a pedimentos cuya finalidad excede el marco de protección del derecho, se trata de verdaderas *tutelas atípicas* o exóticas porque no son de curso corriente y circunstancialmente encuentran eco en sede judicial. Un caso emblemático es el de un invidente afiliado a la EPS Sanitas. Allí, el juez ordenó dotar al paciente de los implementos requeridos para su rehabilitación. Entre estos, se incluían ábacos, calculadoras, máquinas de escribir con sistema braille, relojes de pulso, relojes de mesa, enhebrador de agujas, pesas, termómetros para la cocina, aparatos especiales para cortar mantequilla, dosificador de aceite, bastones y portabastones.¹⁸

Del mismo estilo han sido decisiones como aquella en la que a un afiliado a la Nueva EPS se le entregaron unas *gafas Transition ordenadas por optometría de marca Antonio Banderas*. Esto, pese a que ya contaba con la misma fórmula en otro marco que le ofrecía iguales condiciones de visión.¹⁹ En otra tutela, una persona que igualmente requería gafas

¹⁸ MinSalud alerta sobre tutela "exótica" para rehabilitar a un invidente, en línea. Consultado el 31 de agosto de 2019 en: https://caracol.com.co/radio/2018/01/05/judicial/1515111178_782845.html

¹⁹ El millonario costo de las tutelas 'absurdas' que paga el sistema de salud. Consultado el 31 de agosto de 2019 en: <https://www.dinero.com/pais/articulo/cuanto-le-cuestan-al-sistema-de-salud-las-tutelas-absurdas/276125>



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

*exigió que las mismas, con un costo \$800.000, fueran de la marca Puma, debido a que, según él, las suministradas previamente no cumplían las condiciones ergonómicas requeridas.*²⁰

Otro caso atípico o exótico fue el de un paciente que le solicitó a la EPS Sanitas el suministro de una muñeca inflable con repuesto, por haber sido diagnosticado con adicción al sexo. Esta petición fue avalada por el juez, quien consideró que, *de no suplirse esta necesidad, se estaba violando el derecho a la salud, según registró en un informe a la Comisión de Regulación en Salud (CRES).*²¹

De modo más reciente se tiene el pedimento de una usuaria de la Nueva EPS que recibió una cama hospitalaria para uno de sus hijos. No obstante, estuvo en desacuerdo con la misma, ya que, al ser beige, no combinaba con la decoración de su casa y adicionalmente era demasiado angosta, en comparación con la cama donde habitualmente dormía su hijo. Esto la llevó a interponer un incidente de desacato.²²

No sobra anotar que los eventuales desaciertos judiciales frente a pedimentos que exceden el marco de protección del derecho no son la única vía que quebranta la sostenibilidad fiscal. Sin duda, hay otros factores muy significativos como la corrupción o la mala administración de los dineros, situaciones que contribuyen a la dilapidación de los recursos destinados a la salud, pero su estudio no es el objeto de este escrito. En la unidad que sigue se procederá a considerar las exclusiones a las que se ha aludido en estas líneas.

²⁰ El ranking de las tutelas más insólitas en Colombia. Consultado el 31 de agosto de 2019 en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-ranking-de-las-tutelas-mas-insolitas-en-colombia-articulo-717851>

²¹ Ibídem.

²² ¡Insólito! Usuaria de Nueva Eps devolvió cama porque no le gustó el color. Consultado el 31 de agosto de 2019 en: <https://www.laopinion.com.co/colombia/insolito-usuaria-de-nueva-eps-devolvio-cama-porque-no-le-gusto-el-color-182614#OP>



UNIDAD 3

ELEMENTOS GENERALES A TENER EN CUENTA EN SEDE DE TUTELA AL EXAMINAR LA PROCEDENCIA DE LAS EXCLUSIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY ESTATUTARIA QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

O_g	<p>Objetivo general</p> <p>Señalar al operador judicial elementos generales que debe tener en cuenta en las demandas de tutela en las cuales se deprecia la protección del derecho fundamental a la salud, cuando se discuta la eventual aplicación o inaplicación de las exclusiones contenidas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud con miras a que la decisión del Juez sea expresión del ejercicio de una administración de justicia más eficiente, eficaz, oportuna y que dé lugar a la realización de los derechos fundamentales del ciudadano.</p>
O_e	<p>Objetivos específicos</p> <p>Avisar al operador judicial sobre la presencia del criterio general expresado en la sentencia C-313 de 2014, según el cual en salud todo está cubierto, salvo lo que está expresamente.</p> <p>Recordar al operador judicial las exigencias trazadas por la jurisprudencia al momento de estimar la eventual inaplicación de las exclusiones contempladas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud.</p>



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Dos asuntos deben tratarse previamente a la presentación detallada de las exclusiones. El primero de ellos tiene que ver con la regla general, según la cual en salud todo está cubierto, salvo lo que está expresamente excluido. El segundo asunto es el de una serie de requisitos que ha de tener en cuenta el juez al momento de examinar la demanda de tutela, cuando ella implique pronunciarse sobre alguna de las exclusiones. Podría decirse que se trata de unos requisitos adicionales predicables de ese tipo de pedimento en sede de amparo.

3.1 La regla general de cobertura en salud

Acorde con lo considerado en la Sentencia C-313 de 2014, al examinarse la constitucionalidad del artículo 15, la regla de cobertura en salud a partir de la expedición de la Ley Estatutaria, es que aquello que no está expresamente excluido, puede ser cubierto con los recursos destinados a sufragar los bienes y servicios requeridos para lograr el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Dijo de modo puntual la Corte en esa providencia que se trata de financiar con los recursos destinados a la salud, los servicios y tecnologías bajo la óptica de una serie de criterios enlistados en 6 literales. Así pues, es una "restricción al derecho fundamental a la salud, pues expresamente se advierte que uno de los bienes destinados al servicio de salud, no se empleará para sufragar determinadas tecnologías, con lo cual se estipula una limitación en el acceso." Puntualizó, además:

(...) la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción (...) resulta admisible, pues (...) todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.

Sin esta premisa soportada por la jurisprudencia y cuyo asidero se encuentra en los debates del proyecto de Ley, como lo advirtió la Corte al examinar la actividad del Congreso, no resulta posible tener un cabal entendimiento de lo que significa e implica el contenido del artículo 15 y en particular, el alcance de las exclusiones. Sentado entonces, el postulado de la cobertura general, corresponde ahora recordar los requisitos especiales que han de tenerse en cuenta al examinar la eventual inaplicación de todas y cada una de las exclusiones, cuando sean ellas el motivo de discusión en sede de tutela.



3.2 Requisitos a cumplir en las tutelas que involucran las exclusiones consagradas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y pretenden la inaplicación de tales restricciones

Cabe aquí considerar unas exigencias que específicamente se predicen de la demanda de tutela en salud en la cual se solicita un suministro, un procedimiento, en fin, un bien o un servicio que debe ser cubierto con recursos destinados a la garantía del derecho a la salud cuando se advierte que se puede estar frente a una de las exclusiones reguladas en el varias veces mencionado artículo 15. Es importante destacar desde ya que el cumplimiento de esos requerimientos se hace imperativo para inaplicar la respectiva exclusión y conceder lo demandado en tutela.

3.2.1. QUE LA FALTA DEL SERVICIO, TRATAMIENTO O MEDICAMENTO, VULNERE O AMENACE LOS DERECHOS A LA SALUD, A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL

En cada caso particular, le corresponde al juez de tutela determinar si la aplicación exegetica de la normatividad que regula el POS en cuanto a aquellos servicios, medicamentos y elementos no incluidos, conlleva a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

En ese escenario, según la Sentencia T-171 de 2016, el fallador debe inaplicar dicha reglamentación con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados. Es decir, que en esos casos tiene lugar la aplicación directa de la Constitución y, en consecuencia, debe concederse el suministro del medicamento o elemento solicitado, o llevar a cabo el procedimiento o servicio requerido por el paciente.

Lo antedicho, a la luz de la providencia citada anteriormente, también aplica cuando se trata del suministro de elementos o servicios que se estiman esenciales para “preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales”. Ello, a pesar de que carezcan en estricto sentido de la calidad de medicamento o atención en salud.

Ahora bien, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud no se refiere exclusivamente a la provisión de medicamentos y procedimientos considerados científicamente como vitales, sino que también incluye el acceso a aquellos elementos y servicios necesarios para que el ser humano pueda mantener una normalidad orgánica funcional, tanto física como mental.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Esta concepción del derecho a la salud hace explícita su relación intrínseca con el principio de dignidad humana, expuesto *ut supra*; en el sentido de que se debe garantizar a las personas una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho fundamental para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Así las cosas, la decisión de algunas EPS de negar el suministro de elementos como pañales, suplementos alimenticios, sillas de ruedas, entre otros, puede desconocer la conexidad que existe entre el derecho fundamental a la salud y la vida digna.

Ello es así, aun cuando eventualmente, dichas entidades sustenten su negativa con base en razonamientos relacionados con (i) su exclusión del POS, conforme a lo establecido en el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013; o, (ii) se trata de insumos de aseo de carácter personal, según el artículo 59 del Decreto 677 de 1995, que nada tienen que ver con la salud, ni con la vida del paciente.

Dichas razones desconocen la finalidad que cumplen los elementos referidos; puesto que, brindan al paciente las condiciones mínimas de dignidad humana y se convierten en parte esencial para el goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Ahora bien, de acuerdo con la Sentencia T-110 de 2012, los argumentos con base en los que el juez de tutela puede llegar a inaplicar excepcionalmente la normatividad que regula el POS, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, la salud y la seguridad social, son congruentes con el principio de integralidad que debe orientar la garantía del derecho fundamental a la salud.

Esto, aunado a lo manifestado en la Sentencia T-003 de 2015, en el sentido de que las personas vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS), independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que su EPS les garantice un servicio de salud idóneo y apropiado, es decir, que satisfaga sus necesidades en las diferentes etapas, desde la promoción y prevención, hasta el tratamiento de la patología; "por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud (...) o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad."



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Así, en congruencia con la Sentencia T-171 de 2016, es pertinente expresar que el principio de integralidad se manifiesta en tres facetas diferentes del goce efectivo del derecho fundamental a la salud. En primer lugar, la prevención está dirigida a satisfacer servicios médicos que eviten la producción de una enfermedad, interviniendo directamente en sus causas.

En segundo lugar, la etapa curativa se materializa en el acceso de medicamentos, servicios y tratamientos que permitan aliviar la patología padecida. Y, por último, la fase mitigadora, que está dirigida a aliviar y paliar las dolencias físicas y psicológicas de la enfermedad. Agregó el fallo citado, que lo dicho, resalta que el derecho a la salud además de los lógicos y evidentes auxilios fisiológicos, incluye la garantía del bienestar en ámbitos sociales, emocionales y psicológicos.

En síntesis, la Corte Constitucional ha sostenido que la integralidad del derecho a la salud se refiere a la garantía de todas las medidas consideradas necesarias para el pleno restablecimiento de la salud o para mitigar las dolencias que impiden llevar la vida en condiciones aceptables; y en tal dimensión, debe ser proporcionada a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

En ese sentido, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el sistema, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

3.2.2 QUE EL SERVICIO NO PUEDA SER SUSTITUIDO POR OTRO QUE SÍ SE ENCUENTRE INCLUIDO O QUE PUDIENDO ESTARLO, EL SUSTITUTO NO TENGA EL MISMO GRADO DE EFECTIVIDAD QUE EL EXCLUIDO DEL PLAN

En relación con este requisito, lo que se exige puntualmente, frente a la negativa del suministro de un tratamiento o medicamento, es la existencia de uno equivalente dentro del mismo grupo terapéutico que remplace o sustituya con la misma efectividad del reclamado y que se encuentre contemplado en el POS, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Lo anterior, puesto que no todos los medicamentos o tratamientos aplicables a cierta patología, cuentan con el mismo índice de efectividad en la praxis médica. Para determinar dicho criterio, se debe tener en cuenta la tasa de éxito en tratamientos equivalentes, que sugieran una posible mejoría, aun cuando lo brindado no corresponda con lo inicialmente solicitado.

3.2.3 QUE EL ACTOR O SU FAMILIA NO TENGAN CAPACIDAD ECONÓMICA PARA COSTEARLO

Respecto de dicha exigencia de naturaleza pecuniaria, según la cual el usuario del servicio de salud debe hallarse en imposibilidad económica de proveerse por sí mismo la prestación que requiere, la Corte ha establecido algunas pautas que permiten llegar a la conclusión de que la persona verdaderamente se halla en esa situación, sin necesariamente cargar todo el peso de la prueba en el accionante, aunque ello no impida que el mismo pueda allegar todos los medios de convicción que desee con el fin de acreditar sus posibilidades financieras, tal como se manifestó en la Sentencia T-096 de 2016.

Frente a dicha temática, la Sentencia T-683 de 2003, sostuvo que:

(i) (...) es aplicable la regla (...) según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos (...), se invierte la carga de la prueba correspondiendo (...) a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar [por] cualquier (...) medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela (...) establecer la verdad (...), proteger los derechos (...) y garantizar la corrección del manejo de los recursos (...), haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos, (v) en el caso de la afirmación indefinida (...) respecto de la ausencia de recursos (...), se presume su buena fe (...) sin perjuicio de la responsabilidad (...), si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.

Además de las anteriores pautas, la Corte también ha empleado criterios adicionales que deben ser evaluados al momento de determinar la situación financiera de las personas y sus posibilidades reales de sufragarse el servicio en cuestión. De este modo, ha indicado que el contexto económico del individuo es un elemento que no se identifica exclusivamente con las sumas o ingresos que recibe, sino que también tiene que ver, e implica evaluar, si hacerlo comporta una carga inadmisiblemente y demasiado costosa para el ciudadano, cualitativamente hablando. Al respecto, en la Sentencia T-017 de 2013, se afirmó:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

(...) el juez (...) debe hacer un ejercicio de ponderación (...) sobre la forma en el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió. (...) el hecho de que el mínimo vital sea de carácter cualitativo, y no cuantitativo, permite tutelar el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, "siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona". También permite exigir que quienes no estén en capacidad de pagar un servicio cuyo costo es elevado asuman, por ejemplo, el valor de los medicamentos, aun siendo sujetos de especial protección constitucional, si es claro que cuentan con la capacidad para hacerlo.

Aparte de este criterio, la Sentencia T-678 de 2015 estableció que, si al examinar la capacidad económica del usuario de los servicios de salud, en el caso concreto el demandante se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud, esto permite presumir automáticamente la carencia de recursos, por cuanto un requisito indispensable para hacer parte de este es precisamente hallarse en el grupo poblacional económicamente menos favorecido.

Así, paralelamente a las reglas expresadas en la Sentencia T-017 de 2013, que liberan de la carga de la labor probatoria a quien se halla en circunstancias de debilidad y realiza una afirmación indefinida de carencia de recursos, se ha asociado la imposibilidad de pago al riesgo de afectación del mínimo vital, la cual, a su vez, no debe ser estimado a partir de la falta de sumas pecuniarias específicas, sino de la asunción de cargas desproporcionadas o que impliquen un desequilibrio económico ostensible para la persona o su núcleo familiar.

Sumado a ello, la vinculación al régimen subsidiado en salud, de igual forma, es un criterio que da lugar prácticamente a una presunción de incapacidad de pago, pues es en virtud de esta circunstancia, debidamente acreditada, que el Estado debe proporcionarle asistencia directa y gratuita a dicho segmento poblacional.

3.2.4 Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante

En principio, las EPS solo están obligadas a proporcionar los servicios requeridos, estén o no en el POS, siempre que se cuente con la respectiva orden suscrita por el médico que está atendiendo y disponiendo los tratamientos requeridos por el paciente, adscrito a alguna de sus instituciones prestadoras del servicio.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Esto quiere decir que, en términos generales, si la petición elevada por el usuario no se halla respaldada en una prescripción del profesional de la salud vinculado a la respectiva EPS, ésta no tendría la obligación de disponer de la misma, tal como se sentó en la providencia T-760 de 2008.

Con todo, la jurisprudencia ha moderado e introducido ciertas precisiones respecto de esta subregla. En primer lugar, si la prescripción médica no es emitida por un galeno de la EPS sino por un profesional externo, no resulta razonable, por ese solo hecho, restarle validez y negar el servicio, pues en todo caso se trata de la opinión autorizada de un médico, mucho menos cuando se trata de resguardar el derecho fundamental a la salud de sujetos de especial tutela constitucional.

De ahí que, según la Sentencia T-782 de 2013, “solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional”.

En el mismo fallo se puntualizó que, en algunos casos muy particulares, ciertos elementos, que de una u otra manera, son utilizados en el tratamiento de padecimientos o contribuyen a hacerlos más llevaderos o a proporcionar condiciones para que puedan resistirse en condiciones de dignidad, pueden ser ordenados a la EPS, aún sin la respectiva orden médica, pues, se trata de situaciones en las que la necesidad del producto y su relación con la enfermedad no dependen de un análisis científico, médico, sino que, podría decirse, puede ser determinada con arreglo a las situaciones concretas, el sentido común y la experiencia. Un ejemplo de ellos son los pañales para las personas con incontinencia urinaria o estado de postración.

A este respecto, se ha dicho que las consecuencias que se derivarían para el paciente se seguirían de la negación del elemento solicitado, en atención a las circunstancias fácticas en que se encuentra, resultan un “hecho evidente”. Los efectos nocivos podrían ser fácilmente previstos y entenderse como de segura ocurrencia, por lo cual el juez debe conjurar el riesgo de vulneración de los derechos y ordenar la prestación en cuestión. Así, en la Sentencia T- 210 de 2015, sostuvo la Corte:

(...) hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias (...) serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

De este modo, agregó, siempre que no se requiera un juicio de carácter técnico-científico para determinar la utilidad de lo que, normalmente, será un utensilio o un producto, indispensable para el cuidado de patologías, en otras palabras, siempre que resulte manifiesto y haya certeza que si aquél no se ordena puede darse paso una lesión de los derechos de la persona, el juez constitucional estará en la obligación de disponer la entrega de esos servicios o prestaciones específicas.

Concluyó que, frente a la regla general de que solo proceden obligaciones para las EPS respecto de productos y tratamientos indicados por el médico tratante de la entidad, se erigen excepciones que, por razones constitucionales, la desplazan. Por una parte, no es posible negar la protección a un paciente en razón de que la fórmula no es suscrita por un profesional que trabaje para la EPS dado que ese solo hecho no conduce a negar solidez científica a su diagnóstico y la respectiva prescripción, pues antes bien, es útil para disponer la tutela requerida, especialmente frente a personas de especial protección constitucional.

Y, por otra parte, la ausencia de prescripción médica tampoco puede representar un obstáculo para la concesión de determinados productos o prestaciones evidentemente necesarios, considerado el diagnóstico del paciente.

A manera de corolario, el hecho de que la fórmula médica no sea expedida por un galeno adscrito a la EPS, no desmerita el rigor científico de su diagnóstico y de la medicina que ordene. Solo dictámenes en el campo de la medicina podrían desvirtuar la pertinencia de un determinado tratamiento o medicamento recomendado. De modo que, dicha circunstancia no podría ser suficiente razón para negar el servicio o producto de salud requerido por el peticionario, especialmente cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, como en el caso de personas de la tercera edad con graves afecciones físicas y psíquicas, cuya salud y vida digna dependen de tales prestaciones.



3.3 La relevancia de la dignidad humana en el examen de la tutela

El examen de los requisitos precedentes no excusa al juez de valorar en el caso concreto la situación de la dignidad humana de quien solicita la tecnología o el servicio, en principio excluido. Dijo la Corte en la Sentencia C-313 de 2014, al recapitular la jurisprudencia producida por el Tribunal en aquellos casos de suministros no incluidos en el POS:

(...) se han advertido situaciones en las cuales algunos requerimientos que en el sentir de quien debe prestar el servicio, no parecieran aquejar la salud, terminan incidiendo de manera significativa en el goce efectivo del derecho. (...) son los casos en los cuales el suministro de pañales, ha supuesto la intervención del juez de tutela, dada la censurable práctica de negar este servicio en casos incontestablemente claros (...), tal acontece con los mayores adultos afectados por varios padecimientos, entre los cuales la pérdida del control de esfínteres acarrea otros problemas de salud y amenaza la dignidad humana. Similar es la situación de personas con discapacidades que, de contera, afectan el manejo de sus esfínteres, requiriendo sin necesidad de orden médica la respectiva entrega de pañales.

Y más delante, de modo conclusivo al terminar la revisión pormenorizada de cada una de las exclusiones, determinó que “no se desconoce la Constitución y cabe la exclusión, siempre y cuando no tenga lugar la aplicación de las reglas trazadas por esta Corporación para excepcionar esa restricción del acceso al servicio de salud y, en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento.”



UNIDAD 4

LAS EXCLUSIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 1751 DE 2015

O_g	Objetivo general Referir al operador judicial elementos generales que le faciliten la interpretación y aplicación de las exclusiones contempladas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud.
O_e	Objetivos específicos Informar al operador judicial sobre aspectos relevantes que le faciliten el abordaje de la jurisprudencia constitucional concerniente a cada de las exclusiones establecidas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud Potenciar en el operador judicial las posibilidades de búsqueda de información que le permitan abordar de mejor modo el caso concreto cuando esté involucrada una de las exclusiones establecidas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En lo que sigue, se examinarán las exclusiones contempladas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, que prescribe que el sistema deberá garantizar la atención en salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, sobre una concepción integral de la misma, que incluya su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de secuelas. Así mismo, estipula taxativamente que “los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:”

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1º. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

Parágrafo 3º. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-579 de 2017 reiterando lo fijado en la citada Sentencia C-313 de 2014, observó que, a efectos de poder asegurar una mayor cobertura de los servicios de salud, y dadas las restricciones de orden financiero del SGSSS, el cubrimiento tendría que contemplar, como regla general, todas las prestaciones que requiera el usuario en salud, excepto las que cumplan con los criterios establecidos en la norma en cita.

Sin embargo, agregó que en virtud del principio de la integralidad del derecho a la salud, si en un caso en particular se advierte que una persona (i) considera afectado su derecho fundamental a la salud, (ii) no existe un sustituto igual de efectivo dentro de las prestaciones en salud incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, (iii) no cuenta con los recursos económicos para asumir por su cuenta los servicios médicos que requiere para restablecer su salud, y (iv) existe una orden médica que prescribe la atención solicitada; ha de considerarse que a pesar de que el servicio se encuentre expresamente excluido, se podrá por vía de la interpretación *pro homine* de las normas reguladoras del servicio o la atención médica, ordenar su prestación o suministro, aun cuando la misma encaje dentro de alguna de las seis causales de expresa exclusión que se entran a analizar. Como se observa en este punto se armoniza lo referido en la unidad anterior del módulo con algunos de los principios enunciados en la unidad 2, todo con la finalidad de señalar un criterio de interpretación y aplicación al operado judicial

Ciertamente, deberá entenderse que la prestación reclamada se requiere por extrema necesidad, al punto que sin ella se pondría en peligro la protección de los derechos fundamentales. Este planteamiento encuentra su justificación jurisprudencial en la Sentencia C-313 de 2014, que indicó: "al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como 'requerido con necesidad', con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud (...)." Seguidamente se examinan pormenorizadamente las exclusiones consagradas en el texto de la Ley Estatutaria.



4.1 Literal a: "Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas"

Como se observa, la primera exclusión alude a los bienes o servicios en salud que no podrían ser cubiertos en principio, con cargo a los recursos del Plan de Beneficios en Salud, se trata de todos aquellos procedimientos, medicamentos o tratamientos con fines cosméticos o suntuarios que no tengan relación alguna con la recuperación, restablecimiento o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas. En este punto, resulta importante hacer claridad en torno a las diferencias existentes entre una atención médica con fines cosméticos o de embellecimiento y una de carácter funcional.

Así, en el artículo 132 de la Resolución No. 6408 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social, por la que se modifica integralmente el Plan Beneficios en Salud, se contempla, que entre las tecnologías no financiadas con cargo a la UPC, se encuentran aquellas "cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad.", y los "Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de no financiación con recursos del SGSSS señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011".

En desarrollo de esta premisa, el artículo 8° de la Resolución en cita consagra una distinción entre la cirugía cosmética o de embellecimiento y la cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

7. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: (...) se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos.

8. Cirugía plástica reparadora o funcional: (...) se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.

En adición a lo expuesto, el artículo 36 de la norma *ibídem*, es claro en advertir que todos aquellos tratamientos o procedimientos de carácter reconstructivo que tengan una finalidad funcional, de conformidad con



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

el criterio del médico tratante, se encuentran cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud y deben ser asumidos por el sistema. La disposición en cita establece que:

ARTÍCULO 36. TRATAMIENTOS RECONSTRUCTIVOS. En el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el anexo 2 'Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC', que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.

A partir de este tipo de lineamientos y de acuerdo con la Sentencia T-469 de 2014, se puede advertir que en el tema relativo a las cirugías plásticas existen dos tipos de intervenciones quirúrgicas muy distintas. Por una parte, las consideradas de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias, cuya finalidad primordial es la de modificar o variar la estética o apariencia física de una parte anatómica con el fin de satisfacer el concepto subjetivo de belleza que tiene la persona que se somete a este tipo de intervenciones.

Y en segundo lugar, se encuentran aquellas intervenciones quirúrgicas cuyo interés es el de corregir, mejorar, restablecer o reconstruir la funcionalidad de un órgano para preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna, así como también con el fin contrarrestar las afecciones psicológicas que atentan también contra el derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Se dice en ese fallo, que es entendible en consecuencia, que las cirugías plásticas con fines meramente estéticos no pueden estar cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud (PBS), como en efecto así se contempla. Incluso en este tipo de cirugías plásticas, los efectos secundarios o inconformidades que de ellas se deriven tampoco estarían cubiertas con cargo al PBS. Ciertamente, la norma se refiere a todos aquellos efectos previsibles de acuerdo a las técnicas utilizadas y los diferentes factores científicos y humanos que, si bien puede ser calculados, no se pueden prevenir por depender de múltiples factores.

Lo anterior, en atención a que como lo manifiesta la Sentencia T-392 de 2009 "su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos."



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En lo que se refiere a las cirugías plásticas funcionales o reconstructivas, su realización podrá ser asumida por las EPS, siempre que se cuente con una orden médica que así lo requiera, prescrita por un profesional, que no necesariamente tiene que estar vinculado con la EPS y que debe estar sustentada de forma suficiente. Sobre el particular, la Corte indicó en la referida Sentencia T-392 de 2009, que:

“desde un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente ‘estéticos’ o ‘cosméticos’ cuando, ‘es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente’, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando ‘está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma’. La cirugía reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

Aunado a lo anterior, el Tribunal puntualizó en la Sentencia T-579 de 2017, que una cirugía será considerada como estética o funcional a partir de una valoración científica, y no con base en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención. Así entonces, las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del PBS, mientras que las reconstructivas o funcionales se entienden incluidas y a cargo de las EPS.

Expuesto lo anterior, también es pertinente considerar si es procedente financiar con cargo a los recursos de las EPS las reintervenciones plásticas, es decir, aquellas intervenciones consecuencia de una cirugía plástica en la cual no se obtuvieron los resultados esperados.

En este punto, el mismo proveído señalo que, resulta lógico excluir a las reintervenciones plásticas derivadas de una cirugía estética previa, cuando las complicaciones que se pretenden corregir fueron previsibles desde un principio y que las mismas fueron explicadas “al paciente al momento de su primera intervención quirúrgica. Ciertamente, problemas de cicatrizaciones difíciles o defectuosas, procesos inflamatorios o infecciosos, o la misma inconformidad del paciente con el resultado obtenido, no tendrían la posibilidad de ser asumidas con cargos a los recursos de la UPC.” La Corte aclaró que, no obstante:

“cuando los efectos secundarios derivados de una cirugía estética, comprometen gravemente la funcionalidad de los órganos o tejidos originalmente intervenidos o de otros órganos o tejidos del cuerpo



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

(...), se desborda el alcance de lo que podría entenderse como (...) complicaciones previstas científicamente (...), en cuyo caso se impone la necesidad dar una interpretación a la norma que excluye la atención en salud a la luz de los principios pro homine y de integralidad del servicio de salud."

En el mismo sentido, la Sentencia T-142 de 2015, señaló que el funcionario judicial debe evidenciar que el tratamiento aparentemente cosmético solicitado, tiene en realidad una naturaleza funcional, que proporciona al peticionario un bienestar integral desde las esferas emocional, social y psicológica. En razón, a que las EPS solo están obligadas a garantizar la prestación de estos servicios cuando está en riesgo la salud, la vida e integridad de la persona y además, no puede costearlos por su cuenta.

Esto obedece a que si bien las cirugías plásticas se encuentran excluidas del POS, por ser consideradas con fines estrictamente estéticos, es decir, aquellas que solamente buscan mejorar un aspecto físico con el cual la persona no se encuentra conforme por razones de su fuero interno, no pueden las EPS negar la prestación del servicio requerido, bajo este argumento, pues el reglamento por el cual se rigen dichas entidades, establece que las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales, que como ya se dijo son las que buscan disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma, deberán prestadas por las EPS.

Por lo que, para negar estos tratamientos tienen ha de demostrarse con los experticios médicos en el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social, en razón, al principio de integralidad que rige al SGSSS conforme al cual, es de su esencia, amparar todas las eventualidades que afectan la salud de una persona y en general las condiciones de vida de la población.

Por otro lado, la Sentencia T-059 de 2018 citada en la Unidad 2 del módulo, se indicó que son las circunstancias específicas de cada caso las que determinan si los procedimientos o medicamentos requeridos son exclusivamente estéticos o si comprometen otros derechos o principios como la dignidad humana y, por ende, deben estar a cargo de las entidades prestadoras del servicio de salud.

En este sentido, dichas instituciones deberán evaluar las características propias del procedimiento y de la persona que lo solicita y hacer lo que esté a su alcance para prestar dicho servicio cuando se cumplan las exigencias



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

que ha determinado la ley y la jurisprudencia constitucional en torno a los servicios y tecnologías con fines estéticos, sin excusarse en trámites o trabas burocráticas que demoren o entorpezcan el suministro adecuado y oportuno.

En ese fallo citado, al estudiarse el caso del paciente que padecía glaucoma y que fue sometido a un implante de un lente cosmoprotésico de color café, cuando su iris era naturalmente verde se observaron las evidentes afectaciones que ello podría conllevar para su autoestima, vida social e integridad psíquica, emocional y social, y al concederse el amparo se argumentó que:

(...) no puede desconocerse el impacto que puede tener en la salud psíquica y en la integridad (...) la pérdida de visión en un ojo, sumado a la apariencia atípica que adquiere este órgano por una enfermedad como el glaucoma. Si bien dicha afectación puede variar de acuerdo con la personalidad y características particulares (...), es viable suponer que en la mayoría de los casos comúnmente genera afectaciones negativas para la vida de la persona. Esto fue reconocido en el informe (...), en el que el optómetra afirmó que los lentes cosmoprotésicos “están confeccionados de tal forma que simulan el color del iris del otro ojo, logrando que el paciente desarrolle un nivel de autoestima aceptable en la sociedad”.

Sin embargo, aclaró que el principio de integralidad en materia de salud no implica que en todos los casos pueda exigírsele al SGSSS la realización de una intervención estética “bajo el único argumento de la afectación emocional, pues esto podría llevar a que cualquier persona que se sienta inconforme con la apariencia de una parte de su cuerpo, exigiera del Estado la realización de dicho procedimiento solo para ajustar su apariencia física en función de su propia concepción de belleza.” Por ello, resaltó la importancia de:

identificar, además de las afectaciones psicológicas, si el propósito del procedimiento que se solicita es solamente el “embellecimiento físico”, en cuyo caso, la demanda de tutela no está llamada a proceder. Por el contrario, si se trata, de la búsqueda por mantener las características físicas del individuo lo más próximo a cómo eran antes de sufrir algún accidente, enfermedad o trauma, el juez podrá ordenar la realización del procedimiento en cuestión.

Por lo que concierne a la carga probatoria es oportuno recordar la Sentencia T-592 de 2016, en la cual el Tribunal Constitucional resaltó la importancia de aportar el material probatorio necesario para que el juez pueda fallar el caso en concreto, lo que se condensa en la máxima de *“Da mihi factum dabo*



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

tibi ius" o "dame los hechos, yo te daré el derecho", haciendo referencia a la facultad y obligación de las partes de plantear los hechos debidamente soportados en el material probatorio pertinente para que el juzgador, con base en ello, resuelva el litigio conforme a las normas aplicables.

Esta preocupación por la carga probatoria se suscitó en un caso donde una señora, luego de haber perdido 52 kilos de peso, presentaba exceso de piel y flacidez, ocasionándole inconvenientes de higiene y salud por la aparición de afecciones cutáneas, así como depresión y dificultad para conciliar el sueño; solicitando entonces una dermoabdominoplastia abdominal y mastopexia bilateral, procedimiento según adujo, fue negado de forma verbal por su EPS, al argumentar que se trataba de procedimientos estéticos.

Sobre el particular, la Corte señaló que no obraban dentro del expediente, los correspondientes medios probatorios que la llevaran a la certeza de las afirmaciones manifestadas, verbigracia, la fórmula expedida por el médico tratante, pues lo único que halló en relación, fue la orden médica sin justificación y una sucinta historia de ingreso que se limitaba a señalar la "flacidez marcada en mamas y abdomen". Agregó el Tribunal que, a pesar de la labor probatoria desarrollada, no se logró obtener dichos conceptos. En consecuencia, concluyó que no existían los suficientes elementos de juicio para:

(...) concluir que los procedimientos solicitados son indispensables para restablecer las funciones de un órgano o tejido, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. (...), tampoco cuenta la Sala con (...) argumentos científicos por parte de la EPS accionada, con los cuales se demuestre que los servicios solicitados son meramente estéticos o cosméticos, (...). A lo anterior, se agrega que la entidad demandada no contestó la acción de tutela. (...) así como no puede la Sala concluir (...) que los procedimientos solicitados tienen carácter funcional, tampoco se puede establecer que son meramente estéticos o cosméticos, toda vez que la falta de conceptos médicos obra en uno y otro sentido.

En consecuencia, ordenó a la respectiva EPS que evaluara la situación de la paciente, integrando una junta médica especializada en cirugías plásticas reconstructivas y estéticas, así como en afecciones cutáneas y trastornos psicológicos, de la cual debería participar el médico tratante adscrito a la EPS, para que determinara si los procedimientos requeridos tienen o no un carácter funcional o estético, argumentado de manera científica y suficiente la decisión que se adoptara. Y en caso de que se llegaran a autorizar, correspondería practicar las cirugías en el menor tiempo posible, sin superar los 3 meses desde la notificación de la sentencia.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Ahora bien, en la misma acción de tutela, la demandante solicitó “que en el futuro le sean concedidos todos los servicios médicos que requiera”, sin embargo, la Corte despachó desfavorablemente tal solicitud, habida cuenta de que, obviando las cirugías reconstructivas, no existía una prestación concreta que pueda ser autorizada por el juez; y en segundo lugar, “porque ni del material obrante en el expediente, ni de lo dicho por las partes (...), se advierte que exista una negación diferente a los servicios invocados (...), por lo que no es posible conceder el amparo a partir de simples su posiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos (...)”.

De lo expuesto, se extrae no solo que las peticiones en sede judicial deben ir acompañadas del correspondiente acervo probatorio, sino que en caso de duda frente a la naturaleza del procedimiento reclamado y su indeterminación como estético o reconstructivo, es procedente ordenar una valoración integral que satisfaga la situación del paciente, amparando el derecho fundamental considerado como vulnerado, y definiendo la viabilidad de la solicitud.

Por otra parte, en lo que respecta a la carga de argumentación científica que deben contener los pronunciamientos del Comité Técnico Científico (CTC), la Sentencia T-159 de 2015 intervino en un caso donde se solicitaba la realización de los procedimientos de blefaroplastia, reconstrucción nasal, rinoseptoplastia y turbinoplastia, previamente ordenados por su médico tratante, y negados por el CTC bajo el argumento de ser intervenciones cosméticas.

En dicha ocasión, la Corte dispuso que el amparo constitucional resultaba procedente, tratándose una persona que al padecer “trastorno del nervio facial, parálisis facial periférica secundaria a mastoidectomía y mastoiditis se encuentra en estado de debilidad manifiesta, además de contar con un concepto médico donde se corrobora su precario estado de salud y la necesidad de realizar los procedimientos solicitados, debido a su imposibilidad de cerrar el ojo izquierdo y contar con desviación nasal.” En tal contexto, la acción de tutela resultó ser idónea y eficaz para lograr la protección de sus derechos fundamentales. Agregó en tal oportunidad:

al estar contemplados dentro del POS los procedimientos (...), la negativa de la entidad de autorizar su realización constituye una traba injustificada por lo que genera una clara vulneración al derecho a la salud y la vida digna del accionante, pues en aquellos casos donde existe orden médica que prescriba las intervenciones quirúrgicas y



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

estas se encuentren incluidas en el POS, la entidad deberá proceder a su autorización sin necesidad de acudir al Comité Técnico Científico para ser aprobados. De modo que, se ordenará a la EPS accionada autorizar los procedimientos en referencia (...).

En cuanto al procedimiento de blefaroplastia, que se encontraba excluido del POS, la Corte puntualizó que la EPS tenía la obligación de someterlo a juicio del CTC, sin que lo negaran a priori por considerarlo un procedimiento estético, e indicando que su dictamen debía contener de forma detallada las razones científicas por las cuales fue adoptada la decisión correspondiente. Esto, por cuanto "no es posible partir de la base de que todos los procedimientos de naturaleza estética persiguen necesariamente fines de embellecimiento pues en algunos casos debido a (...) la patología que padece el paciente dichas cirugías estéticas resultan imprescindibles para el restablecimiento integral de la salud de los mismos, adquiriendo carácter funcional y reconstructivo." Para finiquitar el asunto, resolvió:

Con el fin de llegar a una solución armónica que (...) no desconozca la autoridad del Comité (...) como organización competente para aprobar la práctica de procedimientos excluidos del POS (...) esta Sala de Revisión procederá a amparar el derecho a la salud (...) en su fase de diagnóstico, ordenando a la EPS someter nuevamente ante el Comité (...) la solicitud elevada (...) para la autorización del procedimiento de blefaroplastia, consignando de manera detallada en el nuevo dictamen las razones científicas que justifiquen la decisión adoptada.

En la Sentencia T-016 de 2007, la Corte resaltó que la salud no significaba exclusivamente gozar de un estado de bienestar físico o funcional, pues implicaba así mismo garantizar el bienestar psíquico, emocional y social, pues todos esos factores contribuyen a procurar una vida en condiciones de dignidad y calidad. Se reiteró que "tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas, sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional." En el asunto que motivo esta decisión una menor de edad, presentaba una lesión nodular carnosa en la cara posterior del lóbulo de su oreja izquierda y su médico tratante estimó necesario remitirla al dermatólogo y éste, a su turno, le recomendó consultar al cirujano plástico, el cual, consideró necesario extraer la carnosidad.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

La entidad demandada insistió en que no se configuraba vulneración de derecho fundamental alguno por cuanto se trataba de un tratamiento estético excluido del POS, que no comprometía la funcionalidad de ningún órgano de la infante. En dicha ocasión, la Corte manifestó que:

(...) el procedimiento ordenado (...) no es suntuario. No se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. Una cirugía, en suma, vinculada con la posibilidad de extraer el queloide que afecta el lóbulo de la oreja izquierda de la menor de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.

En el mismo sentido, recordó que en la Sentencia T-659 de 2003, la Corte en un asunto de similar naturaleza opinó que la salud no se identificaba sólo con:

un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no solo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.

Por su parte, en la Sentencia T-381 de 2014, se estudió el caso de una paciente de 19 años que en su desarrollo sufrió un trastorno endocrino que le ocasionó una atrofia bilateral de seno, impidiendo que sus mamas crecieran de forma normal y generándole gran afectación en su personalidad, debido a las bromas, afectando también a sus padres, quienes no encontraban una solución a su problema, toda vez que era algo biológico que se escapaba de la naturaleza humana. Al respecto, el Alto Tribunal manifestó:

(...) “la afectación a la salud mental y psicológica de una persona, no compromete solamente el disfrute de sus derechos fundamentales, sino que tiene un impacto directo en la sociedad en general y en su familia.” (...) “en los casos de peligro o afectación de la salud mental y psicológica de una persona no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Así mismo, agregó que las entidades que tienen la obligación de practicar una cirugía para morigerar los efectos negativos físicos y psicológicos generados por una determinada patología y niegan su autorización, “vulneran el derecho a la salud de una persona cuando dicho procedimiento se requiere para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales.”

Y finalmente, concluyó que cuando la intervención ordenada se relaciona con el implante de prótesis mamarias cuyo objeto no es embellecer, sino reconstruir la zona afectada por intervenciones dirigidas a extirpar tumores malignos o cualquier otro trastorno de salud, “que traiga consigo no solo consecuencias de orden físico o funcional sino afectaciones psicológicas y estados depresivos, deben ser proporcionadas por las Entidades Promotoras de Salud. Tanto es esto así que la Corte ha ordenado, incluso, una asistencia psicológica para quienes se enfrentan a una situación de este tipo.”

En conclusión, frente a las solicitudes que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o de embellecimiento no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, habrá de tenerse en cuenta el eventual factor reconstructivo con el fin de regresar el organismo a su estado anterior, en la medida de lo posible.

Así mismo, tendrá que considerarse la dimensión psicológica de la persona, pues, aunque en principio el asunto puesto a consideración no sea un padecimiento de magnitud mayor que ponga en peligro la vida del paciente, puede en todo caso afectar significativamente la esfera psíquica del usuario, causándole trastornos a futuro e interfiriendo así con el desarrollo normal de sus actividades y su calidad de vida como individuo y en sociedad.

4.2 Literal b: “Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica”

En lo concerniente a esta exclusión debe advertirse que se está frente a categorías que no hacen parte del dominio del Juez, sin embargo, alguna información básica habrá de tenerse al respecto, pues no cabría denegar la protección del derecho por desconocimiento de lo que la exclusión significa. Por ello lo que sigue es esencialmente una información general sobre lo que comporta esta exclusión consagrada por el Legislador Estatutario y, por tratarse de un asunto con importantes componente técnicos y especializados, en los respectivos párrafos se mencionan los soportes literarios especializados a consultar o revisar. Más adelante se



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

suministra alguna información sobre fuentes que pueden consultarse para comprender el punto. Ha de quedar claro que esto en ningún modo pretende sustituir al especialista médico y científico, pero sí intenta orientar al operador jurídico al momento de resolver la respectiva demanda. Con esos presupuestos se procede a desarrollar de modo sucinto lo propuesto.

En el contexto de la Salud Pública se ha acentuado el uso de los términos, eficacia y efectividad. En ocasiones, no se distingue si se está hablando exactamente de algo eficaz, efectivo, o si los términos se están utilizando como si fueran sinónimos. En la vida corriente esto no tiene trascendencia, pero cuando se pretende hacer una distinción conceptual desde el punto de vista académico, o se están ofreciendo enfoques y políticas oficiales, el uso debe ser el correcto.²³

Frente a dicha exclusión, el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (en adelante IETS),²⁴ ha manifestado que hace referencia a aquella tecnología que no presenta información generada de estudios de investigación en salud basados en un método objetivo, explícito y reproducible; aquella que presentando esta información no permite predecir los resultados en salud para los cuales fue diseñada o no permite establecer su grado de seguridad; o cuenta con nueva evidencia que demuestra su ineficacia o inseguridad para uso en humanos, preferentemente comparada con otras tecnologías disponibles en el país.²⁵

Ahora bien, el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua brinda dos acepciones para la seguridad y se refiere, en primer lugar, a la cualidad de seguro, y fianza u obligación de indemnidad a favor de alguien, en las cuales determina en su primera opción el concepto de "seguro", que se entiende como libre y exento de todo peligro daño o riesgo y la segunda

²³ LAM Rosa María, HERNÁNDEZ Porfirio. *Los términos: eficiencia, eficacia y efectividad ¿son sinónimos en el área de la salud?* La Habana, Cuba: Instituto de Hematología e Inmunología; 2008. Versión impresa ISSN 0864-0289 versión online ISSN 1561-2996 [consulta 19-05-2019].

²⁴ El Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS) es una corporación sin ánimo de lucro, de participación mixta y de carácter privado, con patrimonio propio, creado según lo estipulado en la Ley 1438 de 2011. Sus miembros son el Ministerio de Salud y Protección Social, el Invima, el Instituto Nacional de Salud, Colciencias, Ascofame y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas.

²⁵ SIERRA, Fabio Alexander, CAÑÓN, Lorena Andrea, DÍAZ, Miguel, PINZÓN, Carlos Eduardo, OSORIO, Diana Isabel, VANEGAS, Egdda. *Metodología para el desarrollo del estudio técnico de las tecnologías que no podrán ser financiadas con recursos públicos asignados a la salud, en el marco del procedimiento técnico científico y participativo*. Bogotá: Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud - IETS; 2017. [consulta 19-05-2019]. Correo electrónico: subdirección.etes@iets.org.co



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

corresponde en cierta manera al concepto de "indemnidad", relacionado directamente con la ausencia de daño, que en últimas es la pretensión de los procesos de administración del riesgo direccionados a la seguridad clínica de los pacientes.²⁶

Se entiende entonces, como seguridad del paciente el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias. La esfera de la seguridad del paciente se enmarca en el conjunto de acciones que determinan la ausencia de lesiones o complicaciones evitables, producidas o potencialmente producidas como consecuencia de la atención en salud recibida.²⁷

Entre las dimensiones de la seguridad del paciente se pueden encontrar entre otras: seguridad del entorno y de los equipos, prevención de las infecciones asociadas a la atención en salud, seguridad en el uso de los medicamentos, procedimientos y prácticas clínicas seguras y comunicación efectiva en los diferentes niveles de la prestación de la atención.²⁸

Entonces, según los criterios de clasificación de seguridad del paciente para efectos de la investigación clínica y la implementación de acciones de mejora, el indicio de atención insegura, corresponde a un acontecimiento o una circunstancia que puede alertar acerca del incremento del riesgo de ocurrencia de un incidente o evento adverso, entendiéndose por evento adverso, el resultado de una atención en salud que de manera no intencional produzca daño, es decir, alteración estructural o funcional del organismo y cualquier efecto perjudicial derivado de la atención.²⁹

Por el contrario, garantizar la seguridad y eficacia clínica implica reducir las posibilidades de producir efectos adversos derivados de la asistencia brindada y no de la enfermedad de base del paciente.³⁰

26 VERGEL, Julio Cesar. *Modelo de seguridad clínica del paciente para la atención obstétrica de emergencia*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social y Fondo de Población de las Naciones Unidas – UNFPDA, 2010. [consulta 19-05-2019].

27 Ibid.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Grupo de trabajo de la Guía de Práctica Clínica para la Seguridad del Paciente Quirúrgico. Centro Cochrane Iberoamericano, coordinador. *Guía de Práctica Clínica para la Seguridad del Paciente Quirúrgico. Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut (AIAQS) de Catalunya; 2010. Guías de Práctica Clínica en el SNS: AATRM N° 2007/24. [consulta 19-05-2019].*



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Así mismo, la seguridad clínica es un componente esencial de la calidad asistencial, habida cuenta de la complejidad, tanto de la práctica clínica como de su organización. Una práctica clínica segura exige conseguir tres grandes objetivos: identificar qué procedimientos clínicos diagnósticos y terapéuticos son los más seguros y eficaces, asegurar que se aplican a quien los necesita y realizarlos correctamente y sin errores.³¹

La seguridad del paciente, dimensión clave de la calidad asistencial, es un concepto que incluye las actuaciones orientadas a eliminar, reducir y mitigar los resultados adversos de la práctica clínica. Cabe considerar como evento adverso (EA) el relacionado con la existencia de un suceso asociado al proceso asistencial que supone consecuencias negativas para el paciente.

Su trascendencia se expresa en forma de fallecimiento, lesión, incapacidad, prolongación de la estancia hospitalaria o incremento de consumo de recursos asistenciales en relación con la atención sanitaria. Detrás de cada evento adverso hay un drama humano que necesita comprensión y exige un análisis riguroso, no solo para solucionar el caso concreto, sino para prevenir que eventuales secuelas se repliquen en otros individuos.³²

Aunque la seguridad del paciente gira en torno a la prevención de los eventos adversos derivados de la atención recibida y no de las complicaciones o consecuencias del devenir desfavorable de la historia natural de la enfermedad del paciente, algunas características particulares de la población, como el envejecimiento, las condiciones socioeconómicas, el nivel educativo y el entorno familiar, constituyen una amenaza para la seguridad, dado que incrementan la vulnerabilidad del paciente.

Así pues, en sentido estricto, la Seguridad del Paciente (SP), se define como la ausencia de accidentes, lesiones o complicaciones evitables, originadas como consecuencia de la atención a la salud. Sin embargo, el concepto es muy amplio y abarca aspectos distintos según el plano en que nos situemos.³³

³¹ ARANÁS, Jesús María. *Aportaciones de la medicina preventiva y salud pública a la seguridad del paciente*. Comunitat Valenciana: Servicio de Medicina Preventiva Hospital Universitari Sant Joan d'Alacant; 2012. [consulta 19-05-2019].

³² Ibid.

³³ RESTREPO, Francisco Raúl., GALLEGOS Sandra. *La seguridad del paciente y la atención segura*. Ministerio de la Protección Social República de Colombia. 2009. [consulta 19-05-2019].



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

A nivel institucional, implica que los escenarios en que se desarrolla la práctica clínica (clínicas, hospitales, centros de salud, residencias para personas mayores y con discapacidad, etc.) deben estar diseñados y organizados para reducir los riesgos de los pacientes atendidos, de los profesionales y de los visitantes.³⁴

En el plano profesional, incluye un rango amplio de actividades y procedimientos orientados a proteger a los pacientes de los EA evitables. "Supone un diseño cuidadoso y una mejora continua de los procesos de atención a la salud dirigidos a reducir la probabilidad de que ocurran errores de medicación, infecciones asociadas a la asistencia sanitaria u otro tipo de lesiones y a aumentar la probabilidad de detectarlos cuando ocurren."³⁵

Y a nivel político y social, es una estrategia encaminada a promover cambios en el sistema sanitario, para reducir la probabilidad de que los pacientes sufran eventos adversos, respaldada, entre otras, por instituciones y agencias internacionales como el "Programa de Seguridad del Paciente de la OMS, la Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations; gubernamentales, como Agency for Health Care Research and Quality (AHRQ) de los Estados Unidos, The Australian Patient Safety Foundation, la Haute Autorité en Santé de Francia, la National Patient Safety (NPSA) del Reino Unido o la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud español", así como organizaciones, sociedades científicas y asociaciones de pacientes.³⁶

En igual sentido, los términos confianza, seguridad, adecuación y efectividad son palabras que se han introducido en nuestro lenguaje habitual, y que se han convertido en la base de clínicos, epidemiólogos, gestores y planificadores, con riesgo de perder su significado y tornarse en mera retórica si no se realizan pequeños pasos en distintos ámbitos organizativos.³⁷

Entre las actuaciones que se deben desarrollar desde la gestión sanitaria se destacan las siguientes por haberse configurado como los seis pilares de apoyo de la Estrategia de Seguridad del Paciente de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud:³⁸

³⁴ CABO, Javier. *Gestión de la calidad en las organizaciones sanitarias*. Fundación Mapfre. España: Ediciones Díaz de Santos, 2014. ISBN 978-84-9969-818-8 online. [consulta 19-05-2019].

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

1. Desarrollar una cultura proactiva en un entorno no punitivo.
2. Implantar una cultura de responsabilidad y rendimiento de cuentas respecto a la calidad y la seguridad ante el paciente (efectividad clínica), la ciudadanía (eficiencia social) y el sistema sanitario (ética profesional y eficiencia técnica y de gestión).
3. Diseñar e implantar sistemas de notificación y registro de eventos adversos y de buenas prácticas.
4. Implementar las medidas que han demostrado su efectividad para mejorar la seguridad de los pacientes.
5. Exigir evidencia científica a cualquier nueva práctica, procedimiento, tecnología o programa que se introduzca en las prestaciones del sistema sanitario.
6. Realizar esfuerzos en formación e investigación sobre calidad y seguridad.

Por otro lado, la evidencia científica es aquella que sirve al objetivo de apoyar u oponerse a una hipótesis o teoría científica; se refiere a la información obtenida por medio de la observación, la experiencia o los experimentos. Mientras que la Medicina Basada en la Evidencia (MBE) se define como un proceso cuyo objetivo es la selección de los mejores argumentos científicos para la resolución de los problemas que la práctica médica cotidiana plantea.³⁹

Sin embargo, no se puede negar que esto plantea otro problema, y, es la gran cantidad de información que se encuentra en miles de artículos diarios. Esto claramente puede ser contraproducente e incluso generar controversias. Por lo tanto, es imperativo recurrir a herramientas que permitan optimizar el tiempo y así acceder a la mejor evidencia disponible para el cuidado de los pacientes.⁴⁰

En cuanto a la información a la que puede acudir el funcionario judicial para resolver sus dudas en un caso específico, la misma puede estar en distintos formatos, estos pueden ser estudios primarios u originales, síntesis de la evidencia, sinopsis de la evidencia y sistemas. A continuación, se mencionarán algunas características de cada uno de estos tipos de recursos:

³⁹ BERGUER, A., BERGUER, R. *Revista Española de Cirugía Oral y Maxilofacial* vol.25 no.5 Barcelona sep/oct 2003. p.273-279. ISSN 2173-9161online ISSN 1130-0558 impreso.

⁴⁰ MANTEROLA, Carlos., OTZEN, Tamara. *Análisis crítico de la literatura biomédica. Revista Med Clin Condes* 2009; 20:371-81. Correo electrónico: carlos.manterola@ufrontera.cl. [consulta 19-05-2019].



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

1. Estudios primarios: Corresponden a investigaciones individuales con diferentes tipos de diseños, tales como: series de casos, estudios de cohortes, estudios de casos y controles, ensayos clínicos, etc.

2. Síntesis: Se basan en la búsqueda exhaustiva de la literatura para identificar, evaluar y sintetizar todos los estudios sobre el efecto de alguna intervención, dentro de este grupo se encuentran las revisiones sistemáticas de la literatura (RS).

3. Sinopsis: Corresponden a resúmenes estructurados de la información principal de estudios relevantes, en este grupo encontramos guías de la práctica clínica, revisiones globales de la evidencia (overviews) y revistas secundarias.

4. Sistemas: Corresponde a toda la información relevante sobre un problema relacionada con las características clínicas de un paciente. Para acceder a éstos, contamos con diferentes recursos electrónicos disponibles en la web, tales como:

1. Libros metodológicos

Corresponden a textos basados en bibliografía adecuada y que son actualizados de forma periódica. Algunos ejemplos disponibles son:

a) *UpToDate*: Permite el acceso a información actualizada de diferentes especialidades clínicas. Requiere de suscripción para acceder a su contenido. Se puede acceder en <http://www.uptodate.com>.

b) *eMedicine*: Similar a la anterior, requiere de inscripción, la que es gratuita en su sitio web. Disponible en <http://www.emedicine.com>.

2. Motores de búsqueda

Son sitios que realizan una búsqueda simultánea en diversos sitios considerados relevantes (corresponden a una búsqueda específica de la información). Un ejemplo de ellos es:

a) *EMBASE*, que tiene información acerca de más de 25 millones de registros de más de 7.000 revistas de más de 70 países en un índice por diccionario de sinónimos, que incluye términos MeSH. Además, cuenta con más de 5 millones de artículos y ponencias que se indizan sólo en EMBASE y todo el contenido de MEDLINE. Su dirección electrónica es <http://www.elsevier.com/online-tools/embase>.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

b) *Google Scholar*, buscador especializado en artículos de revistas científicas, orientado al mundo académico. Incluye las revistas más leídas en el mundo científico. Ordena los resultados por relevancia, considerando autores, lugar de publicación, texto completo de cada artículo y frecuencia de citación en otras fuentes especializadas. Se puede acceder a través de las direcciones electrónicas <http://scholar.google.com> y <http://scholar.google.es>.

c) *TRIP database*; que realiza la búsqueda en más de 75 sitios. El acceso a los documentos encontrados depende del sitio en el cual se encontró el artículo (algunos permiten el acceso libre a texto completo y otros sólo a los resúmenes). Su dirección electrónica es <http://www.tripdatabase.com>.

3. Bases de datos de Revisión Sistemática (RS)

Las RS pueden corresponder generalmente al mejor nivel de evidencia; según como hayan sido ejecutadas. El sitio más utilizado es la librería Cochrane; sin embargo, existen otras bases de datos de RS como DARE.

a) *The Cochrane Library*: La colaboración Cochrane tiene por objetivo preparar, actualizar, promover y facilitar el acceso a RS sobre intervenciones de la atención sanitaria. Esta incluye varias bases de datos diferentes como son: *The Cochrane Database of Systematic Reviews* (CDSR), que contiene protocolos y RS preparadas y actualizadas por los grupos de revisión; *The Database of Abstracts of Reviews of Effectiveness* (DARE), que contiene evaluaciones críticas y resúmenes estructurados de otras RS según criterios de calidad explícitos; *The Cochrane Controlled Trials Register* (CCTR), que contiene información de ensayos clínicos controlados e informes publicados en actas de congresos y otras fuentes que no se encuentran contenidas en bases de datos como MEDLINE; y *The Cochrane Review Methodology Database* (CRMD), que contiene referencias de artículos sobre metodología de la investigación. Se puede acceder de forma gratuita a los resúmenes en <http://www.cochranelibrary.com> o de forma gratuita previo registro en <http://cochrane.bireme.br>.

b) *Clinical Evidence*: Base de datos del grupo editorial BMJ que pretende contestar interrogantes clínicas mediante el análisis de resultados de RS, rigurosamente desarrolladas y estudios individuales seleccionados de forma crítica por grupos de expertos que evalúan beneficios y daños de tratamientos. Contiene además un conjunto de recursos de medicina basada en evidencia y materiales de capacitación. Se puede acceder a través de las direcciones electrónicas www.clinicalevidence.com y <http://clinicalevidence.bmj.com>



4. Bases de datos de estudios primarios

Son la principal fuente de información y nos permiten acceder a los artículos originales independiente del nivel de evidencia y calidad metodológica de ellos. Almacenan la información mediante un vocabulario controlado para una correcta indización de los artículos. Es en estas bases de datos donde se requiere mayor experticia al momento de realizar la búsqueda; ya que de lo contrario la cantidad y calidad de la información recolectada impedirá responder de buena forma a las preguntas clínicas.

a) *LILACS*: Base de datos que registra la literatura científica y técnica en el área de la salud producida en Latinoamérica y el Caribe. Es de acceso gratuito a través de <http://www.bireme.br>.

b) *MEDLINE*: Es una de las bases de datos más utilizadas. Contiene artículos de publicaciones periódicas de todo el mundo en el ámbito de la biomedicina, de las cuales más del 50% corresponden a publicaciones originales de EE.UU. Utiliza como vocablo de indización los términos MeSH (*Medical Subject Headings*). Es de acceso gratuito a través de <http://www.pubmed.gov>.

c) *Web of Knowledge (WoK)*: Anteriormente denominado *Institute for Scientific Information (ISI)*, integrado en *Thomson Reuters*. Da acceso a un conjunto de bases de datos y otros recursos que abarcan todos los campos del conocimiento (*Web of Science*, *Conference Proceedings Citation Index*, anteriormente denominado *ISI Proceedings*, *Derwent Innovations Index*, *Journal Citation Reports*, *Essential Science Indicators*SM, *Current Contents Connect*[®], etc.). Incluye, además, otros servicios y productos: *Science Citation Index (SCI)*, *Science Citation Index Expanded (SCI-E)*, *Social Sciences Citation Index (SSCI)*, *Arts & Humanities Citation Index (A&HCI)*, *Biological Abstracts*, *Index Chemicus* y *Current Chemical Reactions*. Sus direcciones electrónicas son: <http://webofknowledge.com>, <http://wokinfo.com>, <http://wokinfo.com/espanol>.

En resumen, el juez deberá tener en cuenta los criterios y fuentes de información indicados anteriormente para determinar si en efecto, el servicio, tratamiento o medicamento solicitado por el paciente, ofrece eficacia y seguridad para el caso concreto, considerando además, que la eficacia en el campo de la salud, se define como la expresión general del efecto de determinada acción cuyo objetivo es perfeccionar la atención médica.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

La eficacia de un procedimiento o tratamiento en relación con la condición del paciente, se expresa como el grado en que la atención o intervención ha demostrado lograr el resultado deseado o esperado. Por ejemplo, la demostración de que el Mesilato de Imatinib utilizado en el tratamiento de la leucemia mieloide crónica (LMC) es capaz de lograr índices de respuesta superiores a los obtenidos con Interferón.

Ahora bien, en muchos fallos de tutela, el argumento esgrimido por los jueces para negar las pretensiones, es que el medicamento o tratamiento solicitado no se encuentra autorizado por las normas vigentes o el INVIMA para el padecimiento del paciente en particular.

A ese respecto resulta pertinente lo dicho en la Sentencia T-027 de 2015, allí se advirtió que la acción de tutela es procedente para ordenar la entrega de medicamentos que, si bien no cuentan con registro INVIMA para su uso respecto de determinada enfermedad, están acreditados en la comunidad científica como idóneos para el tratamiento de esa específica patología, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el POS.

Sin embargo, hay que consultar las bases de datos, pues, aunque el medicamento o principio activo no esté taxativamente prescrito en la legislación nacional, puede existir literatura científica significativa que recomiende su uso para ciertas condiciones, respaldando así su uso no habitual y ofreciendo garantías en su administración.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-243 de 2015 en la que se ventilaron 2 casos, expresó que el juez de tutela no es competente para controvertir la idoneidad de los medicamentos ordenados por un galeno, ya que esta decisión le corresponde a los profesionales de la salud y al Comité Técnico Científico respectivo, donde la reserva médica se sustenta en:

- (i) el conocimiento médico-científico que puede determinar la necesidad de un tratamiento (criterio de necesidad); (ii) que tal conocimiento vincula al médico con el paciente, surgiendo una obligación por parte del primero que genera responsabilidad médica en las decisiones que llegaren a afectar al segundo (criterio de responsabilidad); (iii) que el criterio científico debe primar y no es sustituible por el criterio jurídico, para evitar perjuicios en el paciente (criterio de responsabilidad); (iv) lo anterior, no implica que el juez constitucional omita su obligación de amparar los derechos fundamentales del paciente (criterio de proporcionalidad).



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Con fundamento en lo anterior, en algunos casos la Corte ha autorizado el suministro de medicamentos que no cuentan con el respectivo registro sanitario, siempre y cuando se disponga de la acreditación de la comunidad científica respecto de su idoneidad para tratar ciertas patologías. Empero, todo está sujeto a que se cumplan los parámetros jurisprudenciales de dicha Corporación para inaplicar el POS (expuestos en la Unidad 3), lo que implica que no se podrán autorizar elementos experimentales cuyos niveles de calidad, seguridad, eficacia y comodidad no estén acreditados.

Verbigracia, en uno de los casos examinados en la Sentencia T-243 de 2015, en 00 un paciente que sufría de Diabetes Mellitos Y Dislipidemia, presentó acción de tutela en contra de su EPS por considerar vulnerados los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, al negarle la autorización del medicamento Cilostazol 100X2.

Allí, el Tribunal Constitucional determinó que, aunque existía prescripción del médico tratante adscrito a la entidad demandada, este no fundamentó su orden en criterios médicos o técnicos respecto de la necesidad de aplicar la droga en mención, que ante la falta del mismo afectaría eventualmente la salud o la integridad del accionante.

Además, según el informe allegado por el INVIMA, el medicamento Cilostazol ha ocasionado "reacciones de tipo cardiovascular (taquicardia, palpitaciones, taquiarritmia, hipotensión) y hemorrágico con el fármaco Cilostazol, el cual es usado en Colombia coadyuvante en el alivio sintomático de la claudicación intermitente. Si bien el producto tiene beneficios terapéuticos, debido al riesgo de estas reacciones es recomendable la restricción de su uso." Esto en el lenguaje de la seguridad del paciente que es un valor relevante en el marco de la exclusión en examen, puede ser entendido como un riesgo de generar un efecto adverso, lo cual ya tiene asignada una consecuencia en el ordenamiento.

En consecuencia, la Corte determinó en dicha oportunidad, que las circunstancias impedían ordenar el medicamento Cilostazol, por cuanto:

- (i) persiste la incertidumbre acerca del suministro de dicha droga, ya que a pesar de que tiene registro sanitario (...) la misma no está aprobada para el manejo de la enfermedad del actor (...); (ii) el informe del INVIMA recomienda la restricción del medicamento Cilostazol;



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

(iii) la prescripción médica no justificó la efectividad del tratamiento requerido para tratar la patología (...), de manera médico-científica; (iv) a pesar de que el medicamento fue prescrito por el médico tratante, el CTC consideró no autorizar el suministro (...) basado en razones científicas; y (v) (...) no fue posible establecer la situación económica del tutelante.

Otro situación en donde se manifiesta la falta de evidencia científica sobre la seguridad y eficacia clínica, se encuentra presente en uno de los casos que se revisan en la Sentencia T-027 de 2015 – Expediente T-4.387.551- , se trata de una menor con 15 años de edad, diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, el cual se define como un “trastorno orgánico debido a un deficiente funcionamiento de las estructuras cerebrales encargadas de regular el estado de ánimo, de manera que el individuo presenta importantes fluctuaciones, en sus emociones y sentimientos, así como en su nivel de actividad.”

Indicó que esas fluctuaciones implican cambios hacia los polos opuestos en el estado anímico de la persona:

La Manía (...), caracterizada por exceso de actividad, disminución de la necesidad de dormir, sensación de euforia que no responde a un estímulo concreto, gastos excesivos, locuacidad, proyección de planes irrealizables, aumento de la sociabilidad, alucinaciones o ideas delirantes, (...); ii) La Depresión, En la que predomina la falta de ilusión, sentimientos de abatimiento, tristeza y desesperanza, disminución de la autoestima, alteraciones del sueño, sensación de fracaso e incluso deseos de morir.

Frente a dicho panorama, su médica tratante, especialista en psiquiatría, le prescribió el medicamento Topiramato tabletas de 25 miligramos. Sin embargo, la EPS a la que la menor se encontraba afiliada en calidad de beneficiaria de su padre, negó la entrega del mismo alegando que no contaba con el registro INVIMA para el tratamiento de la enfermedad que padecía la menor.

En relación con este asunto, la Corte encontró que, de acuerdo con lo previsto en el Anexo 1º del Acuerdo 029 de 2011,⁴¹ vigente para la época en la que se efectuó la prescripción médica, el medicamento Topiramato no se encontraba incluido dentro del listado de insumos del POS. No obstante, en el documento Anexo No. 1º de la Resolución 5521 de 2013,⁴² norma que ya había sido expedida para el momento en que el CTC de la entidad accionada analizó la solicitud de autorización del mismo, éste fue incluido dentro del POS, así:

⁴¹ Listado de procedimientos y servicios del POS.

⁴² Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el POS.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

El medicamento Topiramato (...) cuenta con registro sanitario No. INVIMA 2012M-0013437, vigente hasta el 28 de agosto de 2017. La indicación prevista en dicho registro está descrita de la siguiente manera: *"CRISIS PARCIALES EN NIÑOS, SÍNDROME LENNOX GASTAUT EN ADULTOS Y NIÑOS, CRISIS CONVULSIVAS TÓNICO CLÓNICO GENERALIZADAS EN ADULTOS Y EN NIÑOS. MIGRAÑA"*. En ese sentido, no se encuentra dentro de sus indicaciones la de servir al tratamiento de los pacientes con trastorno afectivo bipolar.

La Corte determinó, en primer lugar, que la especialista que viene tratando a la menor consignó en la historia clínica de la niña que el Topiramato resultaba necesario en aras de "disminuir impulsividad y estabilizar estado de ánimo", frente al riesgo de autoagresión que existe en este caso. Más allá de esa anotación, no se encontraron otras manifestaciones de la profesional sobre las razones que justificaran el uso de ese medicamento en el caso concreto.

De otro lado, la literatura científica consultada por la Sala no resultó concluyente en relación con la utilidad y la efectividad del Topiramato para el tratamiento de personas con trastorno afectivo bipolar.

En efecto, en el estudio "Topiramato para el tratamiento de los episodios afectivos agudos del trastorno bipolar", se concluye que "No hay suficientes pruebas sobre la que se podrían basar las recomendaciones con respecto al uso del topiramato en cualquier fase de la enfermedad bipolar, tanto como monoterapia o tratamiento adyuvante".

Por su parte, en el libro "Trastorno afectivo bipolar II", se indican posibles efectos adversos causados por el uso de este medicamento. Así, allí se señala que "[a]lgunos anticonvulsivantes (...) poseen efectos estabilizadores del ánimo en epilépticos y en bipolares pero otros antiepilépticos (topiramato...) pueden inducir cuadros depresivos", y que éste "no pose[e] en la actualidad estudios controlados que avale[n] su prescripción como monoterapias en el tratamiento agudo de la depresión en pacientes bipolares tipo II (FOUNTOLAKIS y VIETA 2008)".

Finalmente, se indica que del topiramato "[s]ólo se cuenta con un estudio donde se evalúa su utilidad como terapia de potenciación en pacientes con trastorno bipolar tipo II. VIETA et al. (2003) [...] Estos resultados, aunque preliminares, sugieren la utilidad clínica del topiramato en pacientes bipolares tipo II resistentes o químicamente sensibles a las terapias psicofarmacológicas convencionales".



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Adicionalmente, en el estudio "Farmacoterapia del Trastorno Afectivo Bipolar: Nuevos Descubrimientos Fisiopatológicos, Evidencia Clínica y Búsqueda de Nuevos Estabilizadores del Ánimo", adelantado por profesionales de la Universidad Nacional de Colombia, se encuentra que el Topiramato no figura dentro de las recomendaciones de las Guías Clínicas NICE (*National Institute of Clinical Excellence*), SIGN (*Scottish Intercollegiate Guidelines Network*), APA (*American Psychiatric Association*) y ECT (Terapia Electro-Convulsiva), y solo figura en la CANMAT (*Canadian Network for Mood and Anxiety Treatments*), como recomendación de tercer orden en la terapia de mantenimiento de este tipo de trastornos.

En el estudio denominado "Nuevos antiepilépticos, ¿nuevas alternativas terapéuticas?", publicado en la Revista Colombiana de Psiquiatría, luego de analizar diversos estudios realizados sobre el Topiramato y su eficacia para el tratamiento del trastorno afectivo bipolar, se concluye que "es un nuevo antiepiléptico, cuya eficacia en el tratamiento del trastorno bipolar y otras patologías psiquiátricas está aún por dilucidar. Aunque presenta un efecto secundario de utilidad práctica en la clínica diaria como es la pérdida de peso, al igual que con la oxcarbacepina, necesita ensayos clínicos más precisos y generalizados para conocer sus verdaderas indicaciones terapéuticas y su probable potencial psicofarmacológico."

Como se observa, la Corte determinó, que, a pesar de los estudios sobre la idoneidad de ese medicamento para el tratamiento de tal patología, lo cierto es que, al parecer, los mismos resultaron ser poco concluyentes. De esta manera, al no contar con la información suficiente sobre la idoneidad del medicamento prescrito para el tratamiento de la enfermedad que aquejaba a la menor -más allá de la prescripción que realizó la médica tratante-, y que los estudios médicos no permitieron dilucidar la conveniencia, no se pudo determinar con un grado de certeza mínimo que el Topiramato fuera el más adecuado para dicho caso, por encima de otros medicamentos que se le podían administrar. Dicho escuetamente y en el lenguaje de la exclusión en estudio, la evidencia recaudada sobre los efectos del medicamento para el asunto a resolver, no ofrece seguridad sobre sus efectos benéficos y sí podría circunstancialmente producir efectos adversos.

En otro caso, expuesto en la Sentencia T-579 de 2017, una paciente le solicitó a su EPS practicar una cirugía estética reconstructiva para la extracción de biopolímeros con la técnica de video endoscopia, que fuera realizada por un cirujano que no estaba adscrito a su EPS.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Lo anterior, puesto que en el 2012 se practicó un procedimiento en sus glúteos, consistente en la inyección de un producto, que según le fue informado inicialmente, era ácido hialurónico, pero un año después presentó pérdida de cabello, calambres, taquicardia, sensación de calor en espalda y glúteos, dolor de espalda, piernas, articulaciones y glúteos, y dificultad para sentarse y mantenerse de pie por periodos prolongados; lo cual le impedía llevar una vida normal.

La Corte decidió amparar el derecho a la salud, pero no concedió el procedimiento solicitado por la tutelante, debido a que, según la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, el método en cuestión no contaba con la literatura científica suficiente que lo pudiera catalogar como un procedimiento médico comprobado y seguro en dicho caso, que ofreciera niveles mínimos de recuperación adecuada en términos de calidad de vida digna.

En cambio, decretó que la EPS debía generar las autorizaciones para ser asistida con una atención integral que pudiera hacer frente de la mejor manera posible, al problema de la alojenosis iatrogénica y de todas las complicaciones médico funcionales derivadas.

Al concluir este apartado quedará claro que en contextos de tiempo reducidos para resolver lo demandado en tutela, frente al grado de especialización que el tema comporta; el Juez puede contar con una información básica, consultar algunas fuentes relevantes, todo ello sin perjuicio del recurso más importante, cual es, contar con el poder de preguntar con autoridad a quien puede ofrecer información calificada. Se trata pues de hacer uso de la facultad oficiosa la cual ha sido objeto de consideración en la sentencia SU 768 de 2014, que reiterando un criterio fijado observa:

La oficiosidad del juez cobra mayor fuerza en el escenario de la acción de amparo. La jurisprudencia ha enseñado que “en el trámite de la acción de tutela la oficiosidad del juez ha de ser un criterio determinante para la consecución de su objetivo, esto es, el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”, sobre todo cuando se encuentran en discusión los derechos de sujetos en condición de vulnerabilidad

Esa oficiosidad está presente en diversas actividades del juez y, claramente, en la facultad de decretar y practicar pruebas. Así pues, se puede escuchar en testimonio o pedir informes con inquietudes específicas a los médicos o expertos de la entidad accionada, al médico tratante, a autoridades estatales como el INVIMA o el Ministerio de Salud; no se pierdan de



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

vista las importantes reglas contenidas en los artículos 275, 276 y 277 del Código General del Proceso cuya aplicabilidad en este punto resulta de suma utilidad. Un lugar muy relevante en materia de eventuales expertos a consultar, pueden ocupar las organizaciones de pacientes o ligas de usuarios o de lucha contra ciertos tipos de afecciones, sobre todo tratándose de enfermedades raras o huérfanas dado que están en posibilidad de saber cuáles son los profesionales más calificados o las fuentes de información a consultar cuando se trata de medicamentos o procedimientos poco comunes y, en casos aislados, como pueden ser precisamente esos padecimientos raros o huérfanos donde el afectado es altamente vulnerable porque la generalidad de la ciencia médica no les dedica a tales enfermedades el grueso de sus esfuerzos. Justamente por tratarse de dolencias poco comunes, puede tener lugar y ser esperanzadora una tecnología médica considerada generalmente insegura y poco eficaz para el común de las personas.

4.3 Literal c: "Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica"

Al igual que en el caso de la exclusión inmediatamente considerada se está frente a aspectos técnicos de los que el Juez puede y debe informarse, por ello se suministran algunos elementos de orden general para su entendimiento y se refieren algunos ejemplos de la jurisprudencia que ponen de presente formas de obtener información especializada que permitan considerar fórmulas de resolución del caso, ello sin que se comprometan injustificadamente recursos destinados a la satisfacción del derecho fundamental a la salud. Finalmente, se recuerda lo anotado en el acápite precedente donde se han resaltado las bondades de la facultad oficiosa del Juez en materia probatoria frente a este tipo de asuntos.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la efectividad es aquella capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. A su vez, la efectividad clínica es la capacidad de la práctica clínica (intervención, servicio, etc.) para lograr el efecto que se espera de ella (su objetivo), el cual es mejorar, conservar y/o restablecer aquellos aspectos de la salud del paciente que pueden mejorarse, mantenerse o restablecerse de acuerdo con el nivel de conocimiento científico-técnico existente.⁴³

En el mismo sentido, la definición técnica de dicha expresión hace referencia al grado con el que una intervención específica, un procedimiento, un régimen o un servicio, logra lo que se espera de él en circunstancias ordinarias

⁴³ MONTAÑO Antonio. *La efectividad clínica como dimensión de la calidad asistencial*, Sevilla, Hospital Universitario Nuestra Señora de Valme: 2008. [consulta 19-05-2019].



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

de aplicación. Más específicamente la evaluación del balance beneficios/riesgos de una intervención, en un entorno clínico concreto, utilizando medidas de resultado de importancia para el paciente (por ej. habilidad para realizar las actividades de la vida diaria, prolongación de la vida, etc.).⁴⁴

Es decir, que una intervención o servicio se considera adecuado si para individuos con características clínicas y personales particulares, los beneficios de salud que se esperan superan a los riesgos por un margen suficientemente amplio como para que merezca la pena aplicarlos.⁴⁵

Ahora bien, frente a la tercera exclusión contemplada en la Ley 1751 de 2015 el IETS, ha manifestado que la misma hace referencia a aquella tecnología que no cuenta con evidencia científica sobre su efectividad clínica o que los resultados de los estudios comparativos evidencien que su efectividad clínica es inferior frente a las alternativas disponibles.⁴⁶

El mismo IETS ha puntualizado que la efectividad clínica es el nivel en que una intervención, procedimiento, régimen o servicio tiene el efecto esperado en circunstancias normales en comparación con condiciones controladas.⁴⁷

A diferencia de la seguridad y eficacia clínica (segunda exclusión), donde se busca reducir las posibilidades de producir efectos adversos derivados de la asistencia, la efectividad clínica pretende conseguir mejores resultados en términos de salud. Es a su vez, un término de mayor alcance que la eficacia, pues expresa la medida del impacto que un procedimiento determinado tiene sobre la salud de la población; por lo tanto, contempla el nivel con que se proporcionan pruebas, procedimientos, tratamientos y servicios y el grado en que se coordina la atención al paciente entre médicos, instituciones y tiempo. Es un atributo que solo puede evaluarse en la práctica real de la medicina.

Por ejemplo, la demostración de que el Mesilato de Imatinib utilizado en el tratamiento de la leucemia mieloide crónica (LMC) es eficaz, implica que se requiere tener evidencias de que produce más bienestar que daño

⁴⁴ International Network of Agencies for Health Technology Assessment (INAHTA). *Health Technology Assessment (HTA) Glossary*. 2006. Correo electrónico: amontanob@medynet.com

⁴⁵ BROOK, Robert., CHASSIN, Mark., FINK, Ariene., SOLOMON, David., KOSECOFF, Jacqueline., PARK, R. *A method for detailed assessment of the appropriateness of medical technologies*. Estados Unidos: *International Journal Technology Assessment in Health Care*. RAND, 1991; 2:53-63. [consulta 19-05-2019].

⁴⁶ SIERRA Fabio Alexander, *Op. Cit.*, p. 75.

⁴⁷ DÍAZ, Miguel., PEÑA, Esperanza., MEJÍA, Aurelio., FLÓREZ, Iván Darío. *Manual metodológico para la elaboración de evaluaciones de efectividad clínica, seguridad y validez diagnóstica de tecnologías en salud*. Bogotá: Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud - IETS; 2014. [consulta 19-05-2019]. Correo electrónico: subdireccion.etes@iets.org.co



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

cuando se emplea en la práctica clínica habitual. Se puede decir que el Mesilato de Imatinib es una droga efectiva, si es capaz de aumentar de forma significativa los índices de respuesta favorable cuando se aplica a los pacientes con LMC como una forma de tratamiento ya establecida.

Por su parte la seguridad hace alusión a un juicio sobre la aceptabilidad del riesgo (medida de la probabilidad de un resultado adverso y su gravedad) asociado al uso de una tecnología en una situación concreta, por ejemplo, en el caso de un paciente con un problema de salud determinado, atendido por un clínico con una determinada experiencia, o en un lugar de tratamiento específico.⁴⁸

Se entiende que para saber con un grado razonable de certeza cuál es el balance beneficios/riesgos, de una intervención, es la investigación clínica bien diseñada y realizada la que dará las pautas para determinar dicho aspecto con precisión.

Por lo que atañe a la decisión del Juez Constitucional en los casos donde se presenta esta exclusión del literal c), cabe decir que debe atender criterios científicos que soporten la negación o entrega de tratamientos o medicamentos. Por ejemplo, en la Sentencia T-425 de 2013, la Corte Constitucional analizó el caso de una niña de 5 años de edad, que padecía una enfermedad congénita denominada anemia falciforme, caracterizada por hinchazón dolorosa de las manos y los pies, fatiga o irritabilidad e ictericia en piel y ojos.

La médica tratante, pediatra hematóloga – oncóloga adscrita a la EPS a la cual se encontraba afiliada la menor, prescribió el medicamento “hidroxiurea cap. 500 mg.” para el control de la enfermedad. En la justificación para el uso del medicamento, la profesional señaló: “la hidroxiurea es un citotóxico, mutagénico que actúa en la fase S del ciclo celular interfiriendo en la formación del ADN”.

Sin embargo, el CTC de la EPS negó el suministro de la “hidroxiurea”, porque “la molécula no coincide con las alternativas autorizadas por el INVIMA, para la patología que padece [la] paciente”. Agregó que según el artículo 6° de la Resolución No. 3099 de 2008 se establece que “[só] lo podrán prescribirse medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud que se encuentren debidamente autorizados para su uso y ejecución o realización por las respectivas normas vigente en el país como las expedidas por el Invima y las referentes a la habilitación de servicios en el Sistema de Garantía de la Calidad de los servicios de salud.”⁴⁹

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.*



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Asimismo, citó el parágrafo 6° del artículo 29 del Acuerdo 029 de la Comisión de Regulación en Salud, que aclara y actualiza integralmente el POS, en el que se establece que "[l]os principios activos y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud deben ser empleados estrictamente en las indicaciones consignadas en el registro sanitario expedido por el Invima a la fecha de entrada en vigencia del presente Acuerdo." Agregó que "la autorización de medicamentos sin indicación INVIMA, conlleva directamente a la comisión de la conducta punible contemplada en el artículo 372 del Código Penal Colombiano", norma en la que se consagra el tipo penal de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico.⁵⁰

En el trámite de la acción de tutela llevado a cabo en la Corte Constitucional, la Escuela de Medicina de la Universidad del Valle, remitió el concepto emitido por el médico Hematólogo Oncólogo del Departamento de Pediatría de dicha institución, en donde indicó que sí existen estudios científicos que evidencian que el medicamento Hidroxiurea es efectivo para el control de la anemia falciforme.

Manifestó el galeno que "el principal efecto de la Hidroxiurea, aunque no el único, es incrementar los niveles de Hemoglobina fetal (HbF) en los glóbulos rojos. Se ha demostrado que el aumento del porcentaje de HbF se asocia con una disminución de la gravedad clínica de la anemia falciforme, basada en criterios de valoración, como número de episodios dolorosos vaso oclusivos, transfusiones y hospitalizaciones."

Así mismo, indicó que los estudios preliminares de eficacia los realizó el *National Heart, Lung, and Blood Institute* (NHLBI) quien patrocinó el *Multicenter Study of Hydroxyurea* (MSH), un ensayo controlado realizado entre los años 1992 y 1995 en Estados Unidos y Canadá, donde se identificó la eficacia y efectos tóxicos a corto plazo de la hidroxiurea. En este estudio participaron 299 pacientes y se observó un excelente efecto beneficioso con mínimos efectos adversos. Allí se expresó, que:

Los sujetos tratados con hidroxiurea disminuyeron las crisis dolorosas en un 44% al año y una reducción del 58% en la tasa anual media de hospitalización por crisis de dolor. Además, el número de sujetos tratados con hidroxiurea que desarrollaron episodios de síndrome torácico agudo fue menor, tuvieron menos transfusiones sanguíneas, menos el número de unidades de sangre transfundidas, menos muertes y menos episodios de accidente cerebrovascular.

50 Artículo 372. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (...).



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Agregó, que en 1998 se añadió por parte de la *Food and Drug Administration* (FDA) de Estados Unidos a las indicaciones de la hidroxiurea, la reducción de la frecuencia de las crisis de dolor y la disminución de la necesidad de transfusiones sanguíneas en pacientes con anemia falciforme.

En consecuencia, según su criterio, se considera que existen suficientes estudios que soportan un uso con importantes probabilidades de efectividad del medicamento hidroxiurea en pacientes pediátricos, con mínimos efectos secundarios que son menores al perjuicio de la enfermedad y se controlarían en caso de presentarse, con el ajuste de la cantidad o la interrupción de la medicación.

Además, añadió que no existen para la condición clínica de la paciente tratamientos alternativos, pero se considera que puede haber tratamientos concomitantes que incluyan un plan de transfusión crónica a establecer por un hematólogo pediatra según su condición clínica. "La única cura posible para esta enfermedad es el trasplante de médula ósea, que está indicada en aquellos pacientes con complicaciones severas y crisis repetitivas donde el riesgo de perder la vida por estas es mayor al riesgo que implica la realización del trasplante."

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional señaló que, en principio, debe prevalecer el criterio del médico tratante respecto de la idoneidad del tratamiento médico que se le debe prestar a las personas, porque este es el profesional que cuenta con los conocimientos médico científicos y que conoce el estado de salud del paciente. Sin embargo, aclaró que el Comité Técnico Científico puede oponerse al suministro de un medicamento prescrito por un médico tratante, siempre y cuando cuente con conceptos médicos sólidos de especialistas en el campo en cuestión que, con base en un conocimiento completo y suficiente de un caso específico, consideran lo contrario.

También precisó, que aunque el juez constitucional no tiene competencia para determinar la idoneidad de un medicamento o tratamiento, ya que este es un asunto que debe ser decidido por médicos especialistas, que prestan su acompañamiento en casos como este, para que sus voces sean oídas en sede judicial, en esta oportunidad se debate si el CTC puede negar el suministro de un medicamento que fue prescrito por la médica tratante únicamente porque en su registro sanitario no está incluido el uso terapéutico para el tratamiento de la "anemia falciforme" padecida por la menor; aunque como se advierte en el asunto se incrusta un debate central sobre la efectividad de un medicamento para una dolencia específica.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

La sentencia concluye que le corresponde al togado asumir la protección judicial de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales reclamados, entre ellos obviamente la salud, en ese amparo, debe orientar sus decisiones en forma adecuada y contando con los conceptos técnicos suficientes, para que una decisión que se escape a sus conocimientos específicos, se soporte en las voces que cuentan con un experticio concreto. "Es por ello que en esta ocasión se recurre a las instancias científicas competentes en la sociedad, para evaluar el asunto sometido a su consideración, ordenando el medicamento prescrito por la profesional tratante."

En un caso abordado en la Sentencia T-105 de 2015, una paciente que sufría de 2dermatitis atópica con compromiso de piel, pulmón (Asma), de origen inmunológico con eosinofilia progresiva e IgE en rangos mayores de 20.000, sin respuesta a tratamiento convencional con prednisolona," solicitó a su EPS el suministro del Micofenolato Mofetil para el tratamiento de su patología.

No obstante, la entidad rechazó la petición, dado que dicho medicamento no se encontraba aprobado por el INVIMA para el tratamiento de esa enfermedad, ni estaba incluido dentro del POS. Este concepto fue compartido por los falladores de primera y segunda instancia, quienes sostuvieron que no se contaba con la suficiente evidencia científica sobre la calidad, seguridad, eficiencia y comodidad para ordenar la medicina prescrita.

Es oportuno aclarar que en este caso en particular, en virtud del principio de solidaridad, la Corte decidió no conceder el amparo, toda vez que el núcleo familiar de la tutelante contaba con los recursos necesarios para costear el tratamiento, no obstante, resulta pertinente traer a colación el sustento técnico-científico recaudado en el trámite de la acción, en el que se demostró que el medicamento solicitado resultaba efectivo para la afección padecida y que en caso de que cambiaran las condiciones económicas de la accionante, debía ser suministrado por la EPS.

Así entonces, la entidad demandada arguyó que la razón de negar el suministro del medicamento no se centraba solamente en su no inclusión en el POS, sino en el hecho de que el medicamento no estaba aprobado por el INVIMA para tratar la dermatitis atópica. Por lo tanto, la EPS no podía asumir el riesgo de proveer medicinas que no han sido autorizadas por la autoridad sanitaria correspondiente.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En ese sentido, la Asociación Colombiana de Dermatología y Cirugía Dermatológica (ASOCOLDERMA) indicó que los corticoides tópicos son la medicación más útil para controlar dicha afección. No obstante, “en casos muy severos de la enfermedad requerirá manejo con medicamentos de acción sistémica como los corticoides sistémicos (prednisolona o prednisolona), (...) o el mofetil micofenolato”.

Añadió que, si bien la administración sistémica de corticoides es la manera más eficaz para reducir la inflamación, su uso debe evitarse en pacientes crónicos, ya que los efectos secundarios son muy fuertes. De esta forma el uso continuo de éstos por más de seis semanas continuas puede causar inmunosupresión al igual que “aumento de peso, cataratas, osteopenia (descalcificación de los huesos), síndrome de Cushing, diabetes, aumento de la tensión arterial, etc.”.

A su vez, el médico tratante manifestó que la paciente había tenido una evolución satisfactoria después de iniciar el tratamiento con Micofenolato Mofetil. Señaló que no ha tenido complicaciones y ha logrado suspender el uso de esteroides, los cuales tienen múltiples efectos adversos, por lo que se evidenciaba palmariamente el beneficio obtenido con el uso de dicho medicamento.

En el mismo sentido, la Universidad Nacional de Colombia sostuvo que, en comparación con otros fármacos, el micofenolato mofetilo “presenta la ventaja de bloquear las respuestas secundarias de los anticuerpos moduladas por las células b de memoria. Además, a diferencia de (...), el micofenolato mofetilo actúa solamente sobre la proliferación de los linfocitos. Por otra parte, (...) no se incorpora al adn y, por tanto, no causa la rotura de los cromosomas.”

Igualmente, la Universidad del Rosario aportó un informe científico, en el cual se evidencia la idoneidad del uso del micofenolato mofetil en el tratamiento de la dermatitis atópica. El documento relaciona el uso de ciclosporina, azatioprina, metotrexate e IFN gamma como posibles herramientas para el tratamiento de la mencionada patología.

A su turno, la Universidad El Bosque acotó que el medicamento es un inmunosupresor que es usado en pacientes que necesitan que su respuesta inmunológica se modifique, como aquellos que han recibido trasplantes de órganos. Destacó que puede ser utilizado para tratar la dermatitis atópica, aunque este uso no esté aprobado por el INVIMA, ni por la FDA ni la EMA.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

No obstante, acotó que los especialistas sostienen que el uso de éste para tratar dicha patología está soportado por la literatura mundial, y señaló las guías estadounidenses y europeas del manejo de esta enfermedad.

Por último, la Universidad de los Andes agregó que para el tratamiento de casos severos se recomienda el uso de corticoides sistémicos, aunque cuando se usan de forma prolongada se deben remplazar por inmunomoduladores como la azatioprina, ciclosporina, tacrolimus y micofenolato mofetil. Este último, aprobado por la FDA de Estados Unidos para la profilaxis de rechazo de trasplante de órganos sólidos, aunque mundialmente es usado como droga *off-label* ("fuera de etiqueta") en el tratamiento de Artritis Reumatoide, algunas vasculitis, Nefritis Lupica, Reacción Injerto-Huésped, Dermatología en Psoriasis y en "Dermatitis Atópica como medicamento alternativo, con efectividad variable para casos refractarios a otras formas de tratamiento."

No obstante, indicó que dicho medicamento, aunque es bien tolerado, puede producir náuseas y vomito al igual que dolores de cabeza, anemia, leucopenia y trombocitopenia, sumado a urgencia urinaria, disuria y polaquiuria. Adicionalmente, como todos los inmunosupresores, puede causar linfomas y malignidades en la piel.

También acotó que existen otros medicamentos con mayor sustentación para tratar la dermatitis atópica como la azatioprina, metotrexate y la ciclosporina. Lo anterior, dado que cuentan con mayor número de estudios en donde se evidencia su efectividad para tratar la patología.

Del recuento anterior, se desprende de forma palmaria que la efectividad del medicamento o tratamiento solicitado debe obedecer a un sustento de naturaleza científica donde prime el bienestar del paciente, sobre las disposiciones de las autoridades, con base en estudios clínicos confiables y robustos. Adviértase además como un caso inicialmente planteado como un problema de ausencia de autorización oficial del medicamento, es en realidad un caso de medicamento con efectividad en discusión y, el análisis del Juez debe variar, en el entendido de que lo que está en la mira del fallador es hallar lo más adecuado para materializar el derecho fundamental a la salud.

Por su parte, en la Sentencia T-001 de 2018, se estudió el caso de un paciente de 56 años de edad y en condiciones de pobreza, al cual el CTC de su EPS le negó el suministro del medicamento Ozurdex para terapia intravítrea, bajo



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

el argumento de que no cumplía con la indicación oficial establecida por el INVIMA acorde al registro sanitario específico y por no contar con el respaldo científico que soportara su uso para la patología que padecía el actor.

Para dirimir la situación puesta en consideración, la Corte le solicitó un concepto a la Asociación Colombiana de Retina y Vítreo –ACOREV-, entidad que hace parte de la Sociedad Colombiana de Oftalmología. Esta señaló que:

(...) según el sistema de clasificación internacional de las enfermedades el diagnóstico de degeneración de la macula y del polo posterior del ojo (H353) se refiere a cualquier patología que esté incluida como estrías angiodes, quistes de la mácula, drusen (degenerativos), agujeros maculares, degeneración macular relacionada a la edad y maculopatía tóxica (...); esto hace que el Ozurdex® no esté aprobado en Colombia según el ente regulador INVIMA para ninguna de estas patologías”.

Mencionó que el implante de liberación lenta de dexametasona, más conocido en Colombia por el nombre comercial de Ozurdex, está aprobado por la FDA, por la Agencia Europea del Medicamento y por el INVIMA, solo para el tratamiento de tres patologías que son: uveítis no infecciosa, edema macular secundario a oclusión venosa retiniana y edema macular diabético.

Posteriormente, puso de presente que “existen estudios como el OHARA Study, el cual se realizó en pacientes con degeneración macular húmeda relacionada a la edad, donde se concluye que el uso del Ozurdex® combinado con terapias antiangiogénicas es benéfico para esta patología, actuando en la fase inflamatoria de la enfermedad.”

Finalmente, hizo mención de que: “los medicamentos aprobados en Colombia para la degeneración de la mácula y polo posterior del ojo (...) son no respondedores o son pobres respondedores, por lo que se han buscado terapias alternas que se combinan con los medicamentos ya aprobados, y en este grupo entra el implante de liberación lenta de dexametasona que hasta el momento, en los pocos estudios publicados se han demostrado muy buenos resultados”.

En síntesis, dicha entidad refirió tres estudios significativos donde concluyó que el uso del medicamento Ozurdex resulta presenta importantes niveles de efectividad para la patología de degeneración macular asociada a la edad, enfermedad que padecía el accionante.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Se advierte entonces el ejercicio de investigación y análisis efectuado por parte del Alto Tribunal, el cual señaló con base en dicho concepto científico, que los medicamentos aprobados por la autoridad sanitaria para la patología degeneración de la mácula y polo posterior del ojo, son no respondedores o son pobres respondedores, queriendo indicar que se han buscado terapias alternas como el implante de liberación lenta de dexametasona (Terapia Intravítrea con Ozurdex) que ha arrojado resultados satisfactorios en los estudios publicados.

Finalmente, concedió las pretensiones y concluyó que, la decisión adoptada por el CTC para negar el medicamento, obedeció a una cuestión jurídica derivada del no cumplimiento de los criterios establecidos por el INVIMA en las Resoluciones 5395 de 2013⁵¹ y 5592 de 2015,⁵² ya que tampoco se tuvieron en cuenta las consideraciones científicas del médico tratante y mucho menos fue debatido por otro par, en la medida que no se demostró que el Comité estuviera integrado por otro médico oftalmólogo subespecializado en retina y vítreo.

En este sentido, señaló que se ignoraron los principios pro homine y de equidad enunciados en el artículo 6° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en la medida que la accionada no interpretó la normatividad más favorable en defensa del derecho fundamental a la salud del usuario.

Para finalizar este punto, es importante reiterar la importancia de las facultades oficiosas del juez para comprobar las condiciones que den lugar a aplicar o inaplicar la exclusión, pues solo contando con un adecuado soporte técnico-científico se puede asegurar que su decisión de conceder o negar el amparo constitucional deprecado, es coherente con lo mandado por la ley, con la verdad material y con las circunstancias específicas de quien solicitó la protección constitucional.

Su labor como garante de la Carta Política, tal como se expuso en la Sentencia T-017 de 2013, exige que se efectúen las diligencias necesarias encaminadas a sustentar sus decisiones en elementos fácticos plenamente demostrados, máxime cuando se trata de derechos fundamentales tan delicados como la salud, la vida y la integridad. En ese camino el fallador cuenta con la normativa de los artículos 275, 276 y 277 del Código General del Proceso y con la posibilidad de pedir información a entes estatales del

⁵¹ Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía y se dictan otras disposiciones.

⁵² Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC del SGSSS y se dictan otras disposiciones.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

sector salud, organizaciones científicas, agremiaciones de pacientes en general entes que poseen noticias, datos y saberes relevantes o pueden referir fuentes para obtenerlas. No se olvide, como se advirtió en el párrafo final el peso específico de todas estas entidades para orientar búsquedas, particularmente en casos de marcado desamparo como lo pueden ser las enfermedades raras o huérfanas.

4.4 Literal d: “que su uso no haya sido autorizado por autoridad competente”

En cuanto a la cuarta exclusión contemplada en la Ley 1751 de 2015, el IETS ha manifestado que la tecnología no autorizada es aquella que no ha surtido el proceso ante la autoridad en salud competente para la autorización de su uso; o aquella que habiendo adelantado dicho trámite no reunió los estándares necesarios para su autorización, exceptuando los medicamentos considerados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA como Vitales No Disponibles y los usos de medicamentos no incluidos en el registro sanitario definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro del listado de usos no incluidos en el registro sanitario -UNIRS.⁵³

Frente a la mencionada autorización expedida por el INVIMA, en la Sentencia T-027 de 2015, la Corte Constitucional analizó diversos expedientes de tutela en los que los tutelantes reclamaban la entrega de múltiples medicamentos prescritos por sus correspondientes médicos tratantes, pero sus EPS los negaban bajo el argumento de que los mismos no contaban con autorización del INVIMA para el tratamiento de la patología que sufrían los actores.

Allí, la Corte puntualizó que la acción de tutela es procedente para ordenar la entrega de medicamentos que, si bien no cuentan con registro INVIMA para su uso respecto de determinada enfermedad, están acreditados con suficiencia dentro de la comunidad científica como idóneos para el tratamiento de esa específica patología, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el POS.

Esta última consideración tiene lugar por cuanto la acreditación de un medicamento determinado como alternativa terapéutica válida y segura para el tratamiento de cierta condición, puede ocurrir en dos casos: por un lado, a través del pronunciamiento que sobre el particular efectúa la

⁵³ *SIERRA Fabio Alexander, Op. Cit., p. 75.*



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

autoridad sanitaria correspondiente, el INVIMA, la cual constituye la regla general; y segundo, cuando existe consenso en la comunidad científica sobre ese mismo particular. En este sentido, la Corte en la Sentencia T-597 de 2001, señaló:

Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento.

De ese modo, la expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología en particular. En ausencia de dicha refrendación, se estará entonces ante un medicamento de los denominados “no comprobados” o “en fase experimental”, que son “aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.”⁵⁴

A partir de esta distinción, la Corte Constitucional ha sentado una regla jurisprudencial en relación con la posibilidad de que, por la vía de la acción de tutela, sea exigible la entrega de medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA, de acuerdo con la cual, en los términos de la Sentencia T-302 de 2014:

“será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología, y siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad”.⁵⁵

54
55

Ibid.
Corte Constitucional, Sentencia T-302 de 2014.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Y, reiterando jurisprudencia, agregó:

Que un medicamento se encuentre o no en fase experimental es una cuestión técnica y científica, no jurídica o administrativa. La decisión de si una persona requiere o no un medicamento, se funda (...) en las consideraciones de carácter médico especializado, pero aplicado al caso concreto (...). No puede considerarse que una persona no ‘requiere’ un medicamento, a pesar de las consideraciones científicas del médico tratante, fundadas en la efectividad constatada y reconocida por la comunidad médica, por ejemplo, por el hecho de que el proceso de aprobación y autorización para comercializar el medicamento (...) no se han cumplido una serie de trámites administrativos.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional consideró en la Sentencia T-975 de 1999, que una entidad encargada de garantizar a una persona el acceso a los medicamentos que requiere, viola su derecho a la salud cuando niega el acceso a una droga que, con base en considerable evidencia científica, ha sido ordenada por su médico tratante, por el hecho de que el medicamento no ha sido aprobado aún por el INVIMA.

Esta posición fue reiterada en la Sentencia T-173 de 2003, pero en razón a que en el caso no se probó la existencia de evidencia científica suficiente para considerar que la persona sí requería el medicamento aún no aprobado para su comercialización nacional, se ordenó entonces, que se asegurara su suministro en caso de no existir un medicamento alternativo sí contemplado en el POS, que permitiera “paliar la enfermedad de la accionante”. El caso concreto se contraía a la situación de una paciente que padecía de “cistitis crónica intersticial”, a la cual su médico tratante le recetó el medicamento “ELMIRON”, pero su EPS se lo negó arguyendo que no se encontraba contemplado en el POS y, no estaba autorizado para ser comercializado en el país.

La Corte al tutelar el derecho de la accionante, ordenó puntualmente a la entidad correspondiente que le asignara una cita médica con un médico especialista – Urólogo, para que previa valoración, y contando con el concepto de una Junta médica, se le formulara un medicamento de los que se encuentren en el POS o de aquellos que sí cumplieran con el requisito del Registro Sanitario del INVIMA, siempre y cuando se demostrara sin lugar a dudas, que el grado de efectividad del medicamento prescrito originalmente por el médico tratante y el del posible sustituto contemplado en el listado oficial, fuera el mismo. De lo contrario, se debería suministrar el ordenado inicialmente.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Además, la Corte ha establecido que, para efectos de verificar si un medicamento cuenta o no con evidencia científica respecto de su idoneidad, resulta de cardinal importancia considerar, en primer lugar, el criterio del médico tratante, quien es, finalmente, el que cuenta con los conocimientos científicos para establecer si, en determinado caso, el medicamento de que se trata resulta adecuado para el manejo de la enfermedad en determinado individuo.

No obstante, según ha precisó dicho Tribunal en la Sentencia T-418 de 2011, esto no significa que el criterio del médico tratante sea irrefutable o absoluto, sino que “[c]uando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento (...), su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto (...), podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante.”

Ahora bien, una vez establecido que determinado medicamento o procedimiento no tiene el carácter de experimental, ya que a pesar de que no cuenta con registro INVIMA, tiene el suficiente respaldo de la comunidad científica para considerarlo idóneo y adecuado para el tratamiento de determinada enfermedad; debe verificarse entonces el cumplimiento de los requisitos generales exigidos para que por medio de la acción de tutela, sea posible ordenar su entrega aunque no esté incluido en el POS, dando así aplicación a diversos principios, entre ellos, el *pro homine*, al realizar una interpretación favorable para la persona, aunque en principio la norma disponga lo contrario.

De cumplirse con esto, según la Sentencia T-121 de 2015, la EPS deberá proporcionar el servicio, procedimiento o medicamento que requiere el paciente, con independencia de que el financiamiento del mismo no recaiga directamente sobre ella y de que, por tal razón, esté habilitada para recobrar lo que corresponda. Y, para estos efectos, la acción de tutela resulta procedente como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de los afectados.

En ese sentido, la Sentencia T-027 de 2015 determinó, luego de realizar el análisis respectivo y comprobar los requisitos para ordenar prestaciones No POS, que para los casos donde existía evidencia científica suficiente, debía autorizarse el medicamento, aun cuando no estuviera prescrito estrictamente para dichos usos por el INVIMA.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En un caso de similar naturaleza ventilado en la Sentencia T-243 de 2015, la Corte examinó dos tutelas acumuladas en donde la discusión giraba en torno a si “una entidad prestadora del servicio de salud vulnera los derechos (...), cuando niega la entrega de un medicamento no POS a un paciente por no tener registro de sanidad expedido por el INVIMA o no estar autorizado para atender su patología de acuerdo a las normas vigentes de esa entidad y el concepto del CTC.”

En dicha oportunidad, el Alto Tribunal especificó que las prestaciones en salud que han sido ordenadas por un médico tratante, adquieren un carácter fundamental en relación con el paciente, al estar fundamentadas y determinadas a partir del criterio científico y objetivo del profesional para proteger el derecho a la salud, ya que el galeno es el llamado a señalar en primer término el tratamiento requerido para recuperar o mantener la condición de salud del paciente

Entonces, al ordenarle a un paciente un medicamento o tratamiento sin autorización del INVIMA, este tiene que presentar una solicitud ante el CTC, a quien corresponde evaluar cada caso concreto para que, con base en un criterio objetivo y científico, examine la necesidad de su suministro al paciente con el fin de restablecer su salud, a pesar de no estar incluido en el POS o autorizado por el INVIMA.

Ahora, conforme al artículo 6° de la Resolución 0548 de 2010⁵⁶, el CTC debe evaluar, aprobar o desaprobar el suministro de los medicamentos no POS prescritos por los médicos tratantes, teniendo como criterio que:

“sólo podrán prescribirse medicamentos, servicios médicos y prestaciones (...) que se encuentren debidamente autorizados para su uso y ejecución o realización por las respectivas normas vigentes en el país como las expedidas por el Invima y las referentes a la habilitación de servicios en el Sistema de Garantía de la Calidad de los servicios de salud. También se podrán aprobar aquellos medicamentos cuyo uso esté soportado en doctrina médica internacional, emitida por entidades de reconocido prestigio”.

En este orden de ideas, el CTC tiene el deber de sustentar su decisión en las normas vigentes del INVIMA. Esto por cuanto el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 creó a esta entidad como un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

⁵⁶ “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos, se establece el procedimiento de radicación, reconocimiento y pago de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Además, entre las funciones del INVIMA contempladas en el artículo 4° del Decreto 2078 de 2012, se encuentra expedir, renovar, ampliar, modificar y cancelar los registros sanitarios de los medicamentos del país, de conformidad con la reglamentación que expide el Gobierno Nacional.

Por otra parte, el artículo 13 del Decreto 677 de 1995, modificado por el artículo 1° del Decreto Nacional 2510 de 2013⁵⁷, consagra que todos los medicamentos requieren para su producción, importación, exportación, procesamiento, envase, empaque, expendio y comercialización de Registro Sanitario expedido por el INVIMA o por otra autoridad sanitaria delegada, el cumplimiento de los parámetros técnicos científicos sanitarios y de calidad estipulados en dicho decreto.

Lo expuesto implica que todos los medicamentos que son comercializados y consumidos en el país, deben contar con el respectivo registro sanitario para que puedan ser usados para un tratamiento específico, esto es, que los distintos insumos sean autorizados por el INVIMA para indicaciones precisas, tal como se señaló en la Sentencia T-105 de 2015.

La Corte manifestó en la Sentencia T-042 de 2013 que, a pesar de lo anterior, cuando se está ante un caso en que una EPS o el CTC niegan el suministro de un medicamento por no contar con el registro expedido por el INVIMA, se debe analizar si el derecho a la salud se encuentra comprometido ante tal negativa. En otras palabras:

el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) medicamento sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano.

También reiteró en dicha oportunidad, que el fallador de tutela no es competente para controvertir la idoneidad de los medicamentos ordenados por un galeno, ya que esta decisión le corresponde a los profesionales de la salud y al CTC, donde la reserva médica se sustenta en que:

⁵⁷ *"Por el cual se reglamenta parcialmente el Régimen de Registros y Licencias, el Control de Calidad, así como el Régimen de Vigilancia Sanitaria de Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de uso doméstico (...)."*



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

(i) el conocimiento médico-científico que puede determinar la necesidad de un tratamiento (criterio de necesidad); (ii) tal conocimiento vincula al médico con el paciente, surgiendo una obligación por parte del primero que genera responsabilidad médica en las decisiones que llegaren a afectar al segundo (criterio de responsabilidad); (iii) el criterio científico debe primar y no es sustituible por el criterio jurídico, para evitar perjuicios en el paciente (criterio de responsabilidad); (iv) lo anterior, no implica que el juez constitucional omita su obligación de amparar los derechos fundamentales del paciente (criterio de proporcionalidad).

En el mismo sentido, la Sentencia T-105 de 2015, recordó que el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 creó al INVIMA como un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Salud, encargado de la ejecución de las políticas públicas en materia de vigilancia sanitaria y control de calidad de medicamentos, alimentos y demás elementos de su competencia. De esta forma, dentro de sus funciones específicas, según el artículo 4° del Decreto 2078 de 2012,⁵⁸ se encuentra la de expedir, renovar, ampliar, modificar cancelar los registros sanitarios de los distintos medicamentos en el país.

De otra parte, el artículo 2° del Decreto 677 de 1995 estableció que un registro sanitario es un:

documento público expedido por el INVIMA o la autoridad delegada, previo el procedimiento tendiente a verificar el cumplimiento de los requisitos técnicolegales establecidos en el presente Decreto, el cual faculta a una persona natural o jurídica para producir, comercializar, importar, exportar, envasar, procesar y/o expendir los medicamentos, cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de recursos naturales, productos de aseo, higiene y limpieza y otros productos de uso doméstico.

También precisó que ese registro es un acto administrativo en el cual se certifica que cierto producto ha pasado las distintas etapas evaluativas para que pueda ser comercializado de forma segura y confiable en Colombia. Adicionalmente, el registro sanitario para determinado medicamento sólo es expedido por dicha entidad cuando existe una solicitud de un interesado que cumple con los parámetros indicados por la normatividad vigente.

Lo anterior, significa que absolutamente todos los medicamentos comercializados y consumidos en el país deben contar con el respectivo registro sanitario para que puedan ser utilizados en un tratamiento específico. Es decir, que los diferentes productos son autorizados por el

⁵⁸ *"Por el cual se establece la estructura del instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA y se determinan las funciones de sus dependencias."*



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

INVIMA para indicaciones puntuales. Así, a modo de ejemplo, es oportuno señalar que la medicina autorizada para tratar la migraña no puede ser usada para paliar los dolores causados por inflamación de las articulaciones, a menos que así lo haya autorizado el Ente Gubernamental referido. Por lo tanto, los profesionales médicos deben, en principio, prescribir medicamentos autorizados por el INVIMA.

Ahondando y reiterando, se recuerda que la Corte Constitucional ha indicado que en ciertos casos es posible autorizar la entrega de medicamentos que no cuenten con el respectivo registro sanitario. En este sentido, la Sentencia T-418 de 2011 reiteró que es procedente la tutela para solicitar medicinas no aprobadas por el INVIMA, cuando éstas cuentan con la acreditación técnico-científica en relación a su idoneidad para tratar cierta patología. Sin embargo, todo esto está sujeto a que se cumplan los requisitos para ordenar medicamentos que no estén incluidos en el POS, cuyos niveles de calidad, seguridad, eficacia y comodidad no estén claros.

En razón de lo dicho, en la jurisprudencia constitucional se ha acogido al principio de evidencia científica, para así poder establecer si es necesario entregar un determinado medicamento que no cuente que el respectivo registro sanitario. Al respecto, la Sentencia T-418 de 2011 señaló que todas las personas tienen el derecho a acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. En ese sentido, por ejemplo, un medicamento experimental no puede garantizar las condiciones de efectividad y seguridad al individuo, por lo que no se garantiza el derecho a la salud dentro de lo clínicamente aceptable. Por ello, el principio de evidencia científica lleva a que el suministro o no de un medicamento dependa de la mejor evidencia científica disponible, aplicada a cada caso concreto.

Visto esto, es necesario aclarar que, el hecho de que un medicamento no haya sido autorizado por el INVIMA, no implica que éste carezca absolutamente de evidencias de efectividad en el tratamiento de algún padecimiento. La carencia de registro sanitario tan sólo indica que no se ha producido el trámite ante dicha autoridad, tal como se sentó en la mencionada T-418 de 2011.

Por otra parte, en la Sentencia T-302 de 2014, la Corte estableció que el médico tratante es el responsable de determinar si se cuenta o no con la suficiente evidencia científica para proveer un medicamento sin registro sanitario, con base en la literatura y estudios correspondientes.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Es decir, que el galeno tratante es quien conoce al paciente y puede establecer, *prima facie* si dicha medicina es idónea para tratar la enfermedad que padece. Por lo anterior, la mencionada providencia también indica que la falta del registro sanitario no puede ser tenida como el criterio único y excluyente sobre la idoneidad de un medicamento. Esto va de la mano con el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015, el cual garantiza la autonomía de los profesionales de la salud, pues son ellos los llamados a adoptar las decisiones pertinentes sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo.

En este sentido, la única manera de controvertir el dictamen del médico es por medio de argumentos científicos y clínicos que desvirtúen su valoración. De esta forma, el CTC no puede rechazar el suministro de un medicamento sólo por el hecho formal de no estar aprobado por el INVIMA. Por el contrario, se deben proponer fundamentos científicos que permitan concluir que existen sustitutos clínicamente más adecuados para tratar al paciente, máxime cuando muchos de esos medicamentos pueden encontrarse en trámite para ser aprobados.

En caso ya citado y que en este punto puede constituirse en un buen ejemplo de un yerro administrativo que no debe obstaculizar la materialización del derecho fundamental a la salud se encuentra en la Sentencia T-105 de 2015, como se recuerda se trata de una paciente que fue diagnosticada con dermatitis atópica con compromiso de piel, pulmón (Asma), de origen inmunológico con eosinofilia progresiva e IgE en rangos mayores de 20.000, sin respuesta a tratamiento convencional con prednisolona. Al estudiar el concepto aportado por la Asociación Colombiana de Dermatología y Cirugía Dermatológica, la Corte evidenció que el síndrome de Híper IgE no está registrado en Colombia, lo que lleva a que muchas veces se identifique y se trate como dermatitis atópica. No obstante, al revisar el sistema de codificación de enfermedades CIE10 usado en el país, se tiene que la mencionada enfermedad se encuentra registrada con el "código D824".

Lo anterior, pone de presente que en ocasiones existe una discrepancia entre las enfermedades registradas y los códigos usados clínicamente para identificarlas por las autoridades. Por ello, y para garantizar el adecuado servicio de salud en el país, es necesario que los profesionales médicos cuenten con los insumos necesarios para tratar adecuadamente las distintas enfermedades, aun cuando existan barreras administrativas de este tipo. Así las cosas, el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud deben asegurarse de que estos códigos estén actualizados con los estándares internacionales, y que los profesionales médicos en el país estén al tanto de dichas actualizaciones.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

En el caso planteado, resultó claro que según el profesional experto la usuaria padecía de un extraño, severo y crónico caso de dermatitis atópica, que presentaba niveles extremadamente altos de Inmunoglobulina E, por lo que también sufría de la enfermedad conocida como Síndrome Híper IgE. Esto explica los fuertes episodios de picazón e inflamación cutánea, por lo que debía tomar dosis demasiado altas de corticoides sistémicos. Dado lo anterior, la paciente, a pesar de haber sido tratada con varias opciones terapéuticas, no respondía con suficiente éxito a ningún tratamiento, por lo que el tratante le ordenó el medicamento Micofenolato Mofetil de 500 mg. No obstante, éste fue negado por la EPS, bajo el argumento que dicho medicamento no estaba autorizado por el INVIMA para el tratamiento de las enfermedades autoinmunes como la dermatitis atópica.

Es de señalar que, del recaudo conceptual llevado a cabo por la Corte en sede de revisión, se concluyó que, para tratar el caso de la accionante, el uso del medicamento Micofenolato Mofetil resultaba beneficioso e idóneo. De esta forma, al revisar los informes aportados se observa que esta medicina ofrecía un nivel más bajo de toxicidad que la ciclosporina o la azatioprina, al igual que mayores niveles de tolerancia.

Igualmente, el uso de este medicamento permitía reducir el consumo de cortico-esteroides, los cuales generan graves efectos secundarios sobre todo en los sistemas hepáticos y renales. Además, queda claro que, si bien este medicamento no es usado como primera línea para tratar enfermedades autoinmunes, es comúnmente recetado cuando los tratamientos principales no funcionan, ofreciendo una alta tasa de éxito en casos severos como el estudiado.

Así, para la Corte resultó evidente que el medicamento negado por la EPS fue ordenado por el médico tratante, quien conociendo a la paciente determinó el tratamiento que para él era el más adecuado. Como se ha dicho, todo esto se aprecia no sólo en la orden médica que consta en el expediente, sino también en los conceptos aportados en sede de revisión.

De esta forma, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional se cumple con el principio de evidencia científica. Adicionalmente, los estudios médicos aportados como pruebas en el proceso de tutela, y los conceptos aportados por ASOCOLDERMA y las Universidades Javeriana, Nacional, Rosario y el Bosque, dan cuenta de la idoneidad del medicamento Micofenolato Mofetil para tratar a un paciente con dermatitis atópica severa como la que padecía la accionante.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

A pesar de lo anterior, la Corte constató que la accionante contaba con los medios económicos para proveerse el medicamento solicitado, por lo cual, pese a ser viable su autorización, denegó el amparo, por estar en condiciones de sufragarlo gracias a su núcleo familiar.

Adicionalmente, la Corte, en varias ocasiones ha estudiado y concedido acciones de tutela que pretendían el suministro del medicamento Micofenolato Mofetil para el tratamiento de enfermedades autoinmunes como la dermatitis atópica y el lupus eritematoso sistémico. Así, en las sentencias –algunas ya citadas– T-289 de 2013, T-607 de 2013, T-061 de 2014 y T-302 de 2014, se estudiaron casos similares en los cuales las EPS no accedieron al suministro del medicamento solicitado por no estar autorizado por el INVIMA para tratar ese tipo de patologías.

Finalmente, resulta útil nuevamente referir la Sentencia T-001 de 2018 en la que la Corte reiteró la existencia de dos vías para acceder a un medicamento que no tiene el registro INVIMA para determinada patología. Una primera, la ya mencionada en el artículo 128 de la Resolución 5269 de 2017, cuyo contenido se corresponde con el que tuviera el artículo 134 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y de la Protección Social (regla general), y otra, que es el consenso que exista en la comunidad científica sobre el particular.

Dado que el examen de esta exclusión en casos concretos puede involucrar importantes aspectos técnicos, valga reiterar lo considerado sobre la facultad oficiosa del Juez en materia probatoria cuando se trataron las exclusiones de los literales b) y c).

4.5 Literal e: “que se encuentre en fase de experimentación”

En cuanto a la quinta exclusión contemplada en la Ley 1751 de 2015, el IETS ha manifestado que corresponde a aquella tecnología que no ha culminado la secuencia de estudios que debe cumplir para demostrar su eficacia y seguridad en seres humanos.⁵⁹

El mismo instituto ha indicado que para llevar a cabo la evaluación de este criterio se tendrá en cuenta el proceso metodológico realizado para el análisis del criterio de uso no autorizado por la autoridad competente. Así mismo, para efectuar la confirmación, se solicitará un concepto al INVIMA, a través de la Dirección Ejecutiva del IETS, acerca de si la tecnología está dentro de la base de datos de ensayos clínicos del país.⁶⁰

⁵⁹ *SIERRA Fabio Alexander, Op. Cit., p. 75.*

⁶⁰ *Ibid.*



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Se debe realizar, adicionalmente una revisión en bases de datos, de registros de ensayos clínicos como, por ejemplo:

- » *World Health Organization (WHO):* <http://www.who.int/en/>
- » *INVIMA:* <https://www.invima.gov.co/buenas-Practicas-clinicas-invima>
- » *Clinical trials* <https://clinicaltrials.gov/>
- » *EU Clinical Trials Register* <https://www.clinicaltrialsregister.eu/ctr-search/search>
- » *Cochrane Central Register of Controlled Trials (CENTRAL)* <http://onlinelibrary.wiley.com/cochranelibrary/search?searchRow.searchOptions.searchProducts=clinicalTrialsDoi>
- » *International Clinical Trials Registry Platform (ICTRP)* <http://apps.who.int/trialsearch/>

En “fase experimental” también se ha definido por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos la sustancia analizada en el laboratorio, que obtuvo la aprobación de la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA) para ser probada en seres humanos. “En los ensayos clínicos, se estudia qué tan bien funciona un medicamento en fase experimental y si su administración es segura. La FDA puede aprobar un medicamento en fase experimental para una enfermedad (...) pero, aun así, considerarlo en fase de investigación clínica para otras (...) afecciones. También se llama medicamento en fase de investigación clínica, medicamento nuevo en fase de investigación, y sustancia en fase de investigación.”⁶¹

Hay que tener en cuenta que el progreso médico se ha basado a lo largo de los años en la investigación que en última instancia se circunscribe al ámbito de la experimentación con sujetos humanos, sin que por ello se desconozcan los principios éticos básicos que deben ser respetados, a saber: justicia, respeto a las personas, y beneficencia (maximizar los beneficios y minimizar los daños y perjuicios) y no maleficencia (no hacer daño).⁶²

⁶¹ Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE. UU. Institutos Nacionales de la Salud. Instituto Nacional del Cáncer. Diccionario de cáncer. [en línea] [consulta 19-05-2019]. Correo electrónico: informacion@updates.cancer.gov

⁶² Guidelines for good clinical practice (GCP) for trials on pharmaceutical products. World Health Organization. WHO Technical Report Series, No. 850, 1995, Annex 3. [en línea]. [consulta 19-05-2019].



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Al respecto, ha de indicarse que teniendo en cuenta las graves consecuencias a las que se expone un ser humano al ser sometido a un medicamento o tratamiento experimental, es necesario que dicho proceso se lleve a cabo en un ambiente controlado y supervisado, donde al sujeto de análisis se le hayan informado todos los pormenores correspondientes, sin que en ningún momento este viciado su juicio y capacidad de decisión.

Por lo tanto, al ser solicitado algún elemento cuyos estudios científicos no descartan su carácter experimental dentro del SGSSS, es absolutamente imperioso que el juez de tutela se informe e investigue dentro del espectro de su alcance y competencias, pues de lo contrario se podría poner en peligro la vida del paciente.

Ha de considerarse en medicina, la investigación experimental como la que supone la participación de sujetos sanos o pacientes la cual se denomina ensayo clínico. Los ensayos clínicos constituyen una investigación cuidadosa y éticamente planificada, llevada a cabo en el hombre con el propósito de documentar la seguridad, hacer más eficaz o encontrar el mejor tratamiento para el enfermo; o bien, para evitar la aparición de la enfermedad. En un sentido general, su fin es contribuir a mejorar la calidad de vida de la población.⁶³

Los ensayos clínicos, entonces, hacen referencia a toda aquella evaluación experimental generada para valorar la conveniencia de una intervención, entendiéndose ésta como un fármaco, un instrumento, un régimen o un procedimiento médico. La Declaración de Helsinki, señala que:

los objetivos de la investigación biomédica en el ser humano deben consistir en mejorar los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y profilácticos, y en obtener mayores conocimientos acerca de la etiología y la patogenia de las enfermedades.⁶⁴

En el ámbito judicial y refiriéndonos estrictamente a la Corte Constitucional, en múltiples fallos dicha Corporación ha manifestado la importancia de que los medicamentos o tratamientos solicitados por los pacientes a través de la acción de tutela no estén considerados como de carácter experimental y ha tenido en cuenta los estudios técnico científicos correspondientes para

⁶³ SÁENZ D., BAYÉS M., MARTÍN S., BARBANOJ M. *El ensayo clínico: investigación experimental, fases de investigación clínica y diseño experimental (i parte)*. Rev. Cost. de Ciencias Médicas Vol 16/No 4, diciembre de 1995. [en línea]. [consulta 19-05-2019].

⁶⁴ Declaración de Helsinki de la AMM - Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre 1975 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983 41ª



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

verificar dicho aspecto y decidir con base en una argumentación científica que pugne por salvaguarde la salud, la vida y la integridad física y mental del usuario del SGSSS en Colombia.

En ese entendido, según la varias veces mencionada T-418 de 2011, un medicamento no puede ser considerado en fase experimental cuando se conozcan sus efectos secundarios y se emplee frecuentemente por médicos, a pesar de ser novedoso. Esto, por cuanto el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, constituye un criterio mínimo para establecer si un servicio de salud se requiere. Dicha providencia señaló que, por regla general, el médico que puede prescribir un servicio de salud es el médico adscrito a la EPS, pues es el que cuenta con el conocimiento técnico y médico de la situación y el estado concreto del paciente. Sin embargo, ello no es óbice para que su dictamen sea el único que pese, cuando, por ejemplo, la EPS cuenta con las bases suficientes y adecuadas para sentar su posición al respecto.

La providencia señalada, expuso así mismo, que:

“mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité (...), la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité (...), basado en (i) conceptos médicos de especialistas (...), y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso (...), considere lo contrario” (...). Así pues, la posición fijada (...) establece el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, como los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se requiere.

Distinto es el requerimiento de medicamentos de marca cuando lo que define la bondad del medicamento es un principio activo, al respecto en la Sentencia T-381 de 2016, se manifestó que, cuando el servicio de salud requerido es un medicamento, este deber ser ordenado de acuerdo con su principio activo. La regulación del Sistema de Salud favorece expresamente la formulación de medicamentos en su denominación genérica, contemplando la posibilidad excepcional de que se formulen medicamentos en su denominación de marca, bajo especiales y precisas condiciones. Concretamente, los criterios que deben tener en cuenta los médicos tratantes cuando, excepcionalmente, ordenan un medicamento en su denominación llamada “de marca”, de acuerdo con el fallo citado, son los siguientes:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

(i) la determinación de la de calidad, la seguridad, la eficacia y comodidad para el paciente en relación con un medicamento, con base en su experticia y el conocimiento clínico del paciente.

(ii) prevalece la decisión del médico tratante de ordenar un medicamento comercial con base en los criterios señalados (experticia y el conocimiento clínico del paciente), salvo que el CTC, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso bajo discusión, considere que el medicamento genérico tiene la misma eficacia.

(iii) una EPS, en el régimen contributivo o subsidiado, puede reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente. La decisión debe fundarse siempre en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.

El caso del medicamento experimental es sustantivamente distinto, dado que este no garantiza con suficiente certeza el goce efectivo del derecho a la salud. Por tanto, no puede considerarse que se trate de un servicio de salud que “se requiera”. Así, no se tiene derecho a acceder a un medicamento que es experimental. Se trata del principio de evidencia científica, según el cual, si un servicio se requiere o no, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso concreto y específico. Al respecto, la referida T-418 de 2011, manifestó:

(...) en la medida que el fundamento de la decisión médica debe partir de la información objetiva con que se cuente, el hecho de que un medicamento no haya sido aprobado por el INVIMA para ser comercializado nacionalmente, no implica *per se* que el mismo tenga carácter experimental. Si (...) tiene o no tal condición, no depende de los procedimientos administrativos que se estén adelantando, sino de la mejor evidencia con que cuente la comunidad médica y científica al respecto.

Del mismo modo, planteó que “un medicamento no puede ser considerado experimental cuando, pese a ser novedoso, se emplee frecuentemente por los médicos, y sus efectos secundarios se conozcan, sean previsibles y controlables en los pacientes.”



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Concluyó que:

(i) toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios que requiera; (ii) el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, son los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se requiere; (iii) cuando el servicio de salud que se requiera es un medicamento, este deber ser ordenado de acuerdo con su principio activo, salvo casos excepcionales y (iv) los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando se requieran, con base en la mejor evidencia científica disponible.

Por otro lado, en la Sentencia T-027 de 2015 citada en este trabajo, la Corte acotó que la expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología específica. En ausencia de dicha acreditación, se estará entonces en presencia de un medicamento de los denominados “no comprobados o en fase experimental, que son “aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.”

Igualmente, se aseveró que, para efectos de verificar si un medicamento cuenta o no con evidencia científica respecto de su idoneidad, resulta de cardinal importancia considerar, en primer lugar, el criterio del médico tratante, quien es, finalmente, el que cuenta con los conocimientos científicos para establecer si, en determinado caso, el medicamento resulta ser el más idóneo para el manejo de la patología. Preciso además que “Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante.”

De esa forma, en uno de los expedientes de tutela allí estudiados, en donde a un paciente de 30 años, diagnosticado con un tipo enfermedad reumática inflamatoria que causa artritis, se le prescribió Adalimumab por 40 mg. Sin embargo, la solicitud fue negada por el CTC de la entidad accionada bajo el argumento de que éste no contaba con registro del INVIMA para dicha enfermedad. Entonces, el Alto Tribunal dispuso que:

“el hecho de que el médico tratante haya considerado adecuado atender el padecimiento (...) con el medicamento señalado, la circunstancia de que existe consenso en la comunidad científica sobre el uso del



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

mismo (...), y la verificación de que los profesionales en salud acuden de manera recurrente al Adalimumab como alternativa terapéutica válida, llevan a concluir que (...), no tiene carácter experimental, sino que cuenta con suficiente respaldo científico para considerar que es idóneo y adecuado para tratar el padecimiento que aqueja al actor.”

En el mismo sentido, la varias veces aludida Sentencia T-105 de 2015 aclaró que, “el hecho de que un medicamento no haya sido autorizado por el INVIMA, no implica necesariamente que éste tenga un carácter experimental. (...) la carencia de registro sanitario tan sólo indica que no se ha producido el trámite administrativo ante la autoridad encargada de expedir el registro de ese producto.”

Otro caso ilustrativo se advierte en la Sentencia T-344 de 2002, donde se debatió si una EPS vulneraba los derechos a la vida y la salud de un paciente, al negarse a suministrarle un medicamento recetado por el médico tratante para la atención de una enfermedad que comprometía gravemente su salud (...), “en razón a que el medicamento no está contemplado en el P.O.S. y, en cambio, existen otros que sí están incluidos, no han sido empleados y son recomendados por el Comité Técnico Científico de la E.P.S.”

Lo anterior, debido a una paciente de 50 años que le solicitó a su EPS que le suministrara etanercept, medicamento prescrito por su médico para tratar la artritis reumatoidea, supremamente agresiva, que aquejaba su salud hace más de 30 años. La enfermedad le ocasionaba fuertes dolores, afectando la mayoría de sus articulaciones periféricas y coxofemorales y la capacidad de movilidad de sus manos se había disminuido en un 80%.

El CTC se negó en dos ocasiones a suministrarlo con base en que: “(1) existen medicamentos sustitutos (...) dentro del P.O.S., que aún no han sido utilizados (...); y (2) el medicamento aún no ha sido autorizado debidamente para su comercialización.”

En dicho caso, la Corte logró establecer que a diferencia de lo considerado por la EPS y compartiendo la opinión del médico tratante, los dos expertos consultados no sólo consideraron que sí era posible determinar eventualmente el efecto de los medicamentos, sino que además coincidieron en indicar que los sustitutos contemplados por el POS resultaban inanes para el tratamiento de la accionante, por lo que era recomendable el uso de etanercept.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Al respecto, la Corte añadió que la razón por la cual se prefiere la opinión del profesional de salud que haya atendido al paciente sobre la de cualquier otro miembro de la EPS es debido a que aquél es:

(1) el especialista en la materia que (2) mejor conoce el caso. (...) es la persona más competente para determinar si el paciente realmente necesita el medicamento (...) y la urgencia del mismo. Ahora bien (...), en modo alguno ello implica creer que sea imposible que el médico ordene el suministro de una droga que en realidad no se requiere. Esto puede llegar a ocurrir, y en tales circunstancias la EPS tiene la facultad de negar el suministro (...).

Agregó la Corporación, que, aunque una EPS, en efecto, podía negar lo ordenado por el médico tratante:

"(...) no puede hacerlo basándose en su criterio de orden administrativo o presupuestal. (...) debe disponer de fundamentos científicos suficientes para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante. (...), la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. (...) la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica (...), esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado (...)."

Así entonces, concluyó el Alto Tribunal que era viable confirmar el fallo que había autorizado la entrega del medicamento, ya que "es claro pues, a partir del criterio científico tanto de los doctores citados, como del médico tratante, que etanercept, pese a ser novedoso, no es un medicamento en fase experimental. Se trata de una droga que emplean los médicos, y cuyos efectos secundarios se conocen, son previsibles y controlables (...)."

Por su parte, en la Sentencia T-597 de 2001 se señaló que "los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente."

El mismo fallo precisó que, la incertidumbre sobre la efectividad de un procedimiento experimental impide que se lo pueda considerar como un sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, pero excluidos del POS, puesto que:



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implican que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema."

Es decir, que, si los procedimientos experimentales excluidos del POS no pueden desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, es precisamente porque representan un peligro para el paciente, al no estar acreditados científicamente como servicios seguros para la recuperación de la salud.

Esta limitación a los servicios que el sistema debe cubrir es también una garantía para los usuarios, que les permite tener un nivel adecuado de certeza respecto de la eficacia de los procedimientos médicos suministrados. Esta precaución está encaminada a asegurar que los servicios les permitan recuperar su salud con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente. Así, el acceso a los mismos implica que un procedimiento experimental no puede sustituir, en ningún caso, a otro acreditado como alternativa terapéutica válida.

Por otra parte, agregó que no le corresponde al togado definir la validez de los procedimientos médicos, sin embargo, sí es de su resorte establecer los criterios de certeza mínima a nivel jurídico, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales. En ese sentido:

(...) un principio de cautela impide que se puedan desplazar alternativas terapéuticas excluidas del POS, cuando exista una duda razonable sobre la validez o la indicación de un procedimiento médico (...) como sustituto. En estos casos, si por lo demás, la persona que solicita el servicio tiene el derecho a que le sea prestado, la entidad responsable, o en su defecto, el juez de tutela, deben ordenar que se preste el servicio solicitado cuando no hacerlo comprometa los derechos fundamentales del solicitante.

También recordó, sobre el alcance del consentimiento informado y cualificado cuando no existe certeza sobre el carácter experimental de un servicio de salud, que existen ciertos principios en tensión dentro de la ética médica.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Entre tales principios están: i) beneficencia: el galeno debe procurar al bienestar de su paciente y abstenerse de causarle daño; ii) utilidad: el desarrollo de la ciencia médica requiere de investigación y experimentación, en favor de la población futura; iii) justicia: implica una igualdad de acceso a los beneficios científicos; y iv) autonomía: el consentimiento del paciente es obligatorio para poder practicarle cualquier intervención.

Además, agregó que, según la Carta Superior, debe primar la autonomía en la relación médico - paciente, aunque ello no implica que su aplicación, o la de cualquier otro principio haga inaplicables los demás, pues la complejidad de este tipo de situaciones hace imposible asignarles a los principios el carácter de reglas susceptibles de ser encuadradas de manera específica y excluyente en una situación fáctica. Por el contrario, en cada caso se debe efectuar una ponderación de estos principios a partir de los hechos, para determinar la medida en que cada uno resulta relevante."

Finalmente, el fallo antedicho hizo mención de la relevancia del principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, que impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento informado y cualificado. *Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, le imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre. El primero de tales elementos, el del consentimiento informado, implica un deber general del médico de permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. El segundo de los elementos, el del consentimiento cualificado, relativiza el del consentimiento informado en función de diversas variables, entre ellas, el carácter experimental del procedimiento que se plantee al paciente."*

En ese sentido, la Corte, en Sentencia de Unificación 337 de 1999, sentó frente a la exigencia del consentimiento:

(...) es clara incluso en relación con los tratamientos en apariencia benéficos para la persona, es aún más evidente e importante cuando se trata de intervenciones experimentales, por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos. Por ende, la investigación sobre seres humanos (...), debe



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad. Esto explica entonces por qué el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece, de manera perentoria, que 'nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos'. Esta disposición es un desarrollo directo de las normas establecidas por el Código de Núremberg, cuyo primer principio es precisamente que en estas investigaciones 'el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial.

*A manera de corolario, se señala entonces que, "el principio de utilidad que tienen los diversos procedimientos experimentales para el desarrollo de la ciencia médica está limitado por el principio de autonomía que le impone a los profesionales de la ciencia médica un mayor rigor cuando presentan a sus pacientes un procedimiento experimental para su curación. (...) debido a que la validación de los procedimientos médicos no es un proceso matemático exento de discusiones al interior de la comunidad científica, y debido también a que (...) existen tanto mecanismos formales como informales para llevar a cabo estas acreditaciones, el deber de los médicos de proveer a sus pacientes la información necesaria respecto de un procedimiento cuya validez científica sea incierta, no se agota con la simple opinión de un especialista. Es necesario cualificar el criterio por el cual se determina el procedimiento a efectuar, cuandoquiera que existan dudas razonables acerca de su validez terapéutica o de su indicación a la situación de salud específica del paciente."*⁶⁵

Finalmente, cabe advertir que al estar frente a una exclusión que al igual que varias de las precedentemente consideradas, involucra elementos técnicos y especializados, tienen lugar las mismas observaciones que se anotaron sobre la facultad oficiosa del Juez en materia probatoria; nos remitimos pues a esos párrafos.

65 *Ibidem.*



4.6 Literal f: "que tengan que ser prestados en el exterior"

En cuanto a la sexta exclusión citada en la Ley 1751 de 2015, el IETS, ha manifestado que será excluida de la financiación con recursos públicos de la salud aquella tecnología en salud que se preste fuera del país, exceptuando los estudios de laboratorio y patología ofertados y con toma de muestra en el país y procesados en el exterior.⁶⁶

No son recientes las discusiones y tensiones de derechos referentes a la prestación de servicios de salud en el exterior. Un ejemplo de ello se expone en el siguiente recuento jurisprudencial:

En la Sentencia T-645 de 1996 se presentó el caso de una señora que sufrió un accidente laboral en un entorno rural cuando se encontraba dictando charlas educativas en relación con la nutrición de los niños. En el momento que se desplazaba a caballo por un puente de madera, el animal se asustó y la lanzó al río por el que atravesaba, produciendo algunas fracturas en la clavícula, el codo izquierdo y algunas lesiones costales, las cuales tan solo pudieron tratarse después de dos días de largo camino al centro asistencial más cercano.

Como consecuencia del accidente, se presentó un síndrome denominado de opérculo torácico post-traumático, el cual desencadenó otras lesiones y la pérdida de cierta funcionalidad en el brazo izquierdo en forma progresiva, a tal punto que al momento de presentación de la acción de tutela la actora no podía realizar actividades que exigen el esfuerzo de carga de un kilo de peso. En tales circunstancias, manifestó la actora que no podía desempeñar a cabalidad su trabajo como nutricionista dietista en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

El trauma que sufrió la demandante fue atendido por la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, quién efectuó 3 cirugías. Además, la entidad demandada, autorizó 417 sesiones de fisioterapia y la continuidad de las valoraciones y juntas médicas que estudiaban el caso respectivo, sin embargo, la persistencia del dolor y la disminución de la movilidad se acentuaba cada día.

⁶⁶ Sierra F., Cañón L., Díaz M., Pinzón C., Vanegas E, Osorio D. Metodología para el desarrollo del estudio técnico de las tecnologías que no podrán ser financiadas con recursos públicos asignados a la salud, en el marco del procedimiento técnico científico y participativo. Bogotá D.C. Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud - IETS; 2017. Consulta: http://www.iets.org.co/Documents/Metodologia_para_el_desarrollo_del_estudio_tecnico_de_exclusiones.pdf



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

En vista de que los tratamientos e intervenciones quirúrgicas no produjeron un óptimo resultado, los galenos tratantes, conceptuaron:

Se revisa (...) y se valora, y se decide que la paciente ha recibido todas las opciones de tratamiento posible en el país, los cuales la paciente ha asumido por sus propios médicos (sic), pero teniendo en cuenta la dificultad en el diagnóstico y que en el país no hay personas especializadas en patologías del plejo branquial, consideramos que la paciente deberá tener un concepto de especialista foráneo

Sin embargo, la nueva entidad contratista de CAJANAL conceptuó que la actora debía someterse a una nueva cirugía que consistía en la resección de la clavícula izquierda y si la operación no producía los mejores resultados, posteriormente se extraería la primera costilla izquierda, lo que produciría un cambio en la fisonomía y en la funcionalidad de su brazo izquierdo, pues la peticionaria quedaría imposibilitada para realizar funciones que impliquen cierto peso y tampoco podría realizar ciertos movimientos con el miembro superior izquierdo.

Las valoraciones psicológicas de la tutelante recomendaron aplazar la intervención quirúrgica, dada la ansiedad que presentaba por el cambio de fisonomía de su cuerpo, el cual se negaba a aceptar.

Por todo lo anterior, la peticionaria solicitó *"se me garantice que sea tratada y valorada por UN ESPECIALISTA EN PLEJO BRAQUIAL que lo exige la complejidad y la dificultad en el diagnóstico de mi patología. Que se trate integralmente mi salud y que no atenten más contra mi integridad física y síquica, que se determine con claridad y exactitud la patología que me invalida la sesión en referencia obligada a labor o función habitual que cumplo como NUTRICIONISTA DIETISTA. Que dejen de tratarme como conejilla de indias y que se me brinde un tratamiento el 100% certero y adecuado."*

Al respecto, la Corte resaltó que *"el intérprete no puede desconocer la limitación monetaria y logística a la que están sometidas las entidades prestadoras de servicios médicos. Por consiguiente, en el presente asunto, la interpretación del derecho fundamental a la salud debe estar orientada por criterios de razonabilidad que se ubican en la misma consagración constitucional de la dimensión prestacional del derecho. Esto significa que el juez de tutela no puede proferir decisiones que desbordan la capacidad operativa del Estado, pues su decisión sería inocua, por lo tanto, contraria a la función judicial y al principio de eficacia de la función pública. Por*



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

consiguiente, el juez debe buscar el sentido razonable de la decisión, que consiste en "sujetarse a un criterio de prudencia y moderación", de tal forma que en el momento de sopesar y ponderar los derechos, valores y principios en conflicto, busque un equilibrio capaz de proferir una decisión jurídica razonable."

Por lo anterior, resolvió "(...) que si valoración médica en el exterior se torna en una solución necesaria como protección real del derecho a la salud y a la integridad física de la señora ..., debe concederse la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Empero, la valoración médica en el exterior deberá ser documental, esto es, se ordenará a la Caja Nacional de Previsión que disponga de todos los medios logísticos necesarios para que inicie contactos con especialistas foráneos en plejo branquial, a quienes con base en los documentos que reposan en la historia clínica de la actora, se les solicitará emitir un concepto que sirva de apoyo para los médicos tratantes de la entidad demandada."

Por su parte, en la Sentencia T-304 de 1998, se estudió la situación de un joven de 22 años, quien recibió heridas múltiples con arma de fuego que afectaron *"el tercio medio y su unión con tercio posterior del seno longitudinal y región vecina fronto parietal izquierda"*, que fue atendido por el Instituto de Seguros Sociales – ISS y que, merced a esa atención y habiendo permanecido durante aproximadamente un mes en estado de coma, con posterioridad logró recuperar por completo sus capacidades mentales superiores y alimentarse sin ayuda, pese a lo cual, según concepto médico presentaba los siguientes problemas: *"espasticidad de cuatro extremidades con predominio marcado en miembro inferior izquierdo, pérdida de flexión cadera izquierda, atrofia grupos musculares C4, C5, C6, izquierdos e imposibilidad para la marcha."*

En el concepto de la Junta Médica se lee que *"el consenso general es que no tenemos más que ofrecer para su recuperación"* y, con base en ese dictamen, la Seccional (...) del Instituto se dirigió a la Seccional (...), certificando que *"NO HAY MAS RECURSO EN ESTA SECCIONAL PARA OFRECERLE AL PACIENTE SEGÚN JUNTA MEDICA"* y solicitándole el servicio de *"POSIBLE REFERENCIA INTERNACIONAL."*

Ante este panorama, el padre del paciente solicitó su remisión a un Centro de Restauración Neurológica en Cuba, habida cuenta del convenio suscrito entre este y el ISS, pero esta fue negada, por lo cual decidió trasladarlo hasta



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

allá por sus propios medios, para luego solicitarle al ISS que asumiera el valor de los gastos correspondientes al tratamiento de rehabilitación que estaba recibiendo su hijo en el exterior, solicitud que reiteró haciendo énfasis en los progresos rendidos por su hijo, certificados por los galenos tratantes.

Frente a esto, la Corte determinó que el ISS debía costear el tratamiento del joven en el extranjero, teniendo en cuenta que el padre no incurrió en una actitud arbitraria al trasladar a su hijo por cuenta propia a Cuba, por cuanto su obrar responde a la negativa del ISS que, desde un principio, adujo no tener nada que ofrecerle al paciente y negó la remisión respectiva, máxime cuando el estado de salud de su hijo sugería la necesidad de actuar con prontitud, máxime si dicho centro ofrecía, como en efecto ofreció, perspectivas de recuperación.

En tales condiciones, el Tribunal determinó que la actitud del padre fue razonable y acorde a los deberes y obligaciones que la Constitución y la ley radican en quienes responsablemente han tomado la decisión de conformar una familia y, por ende, en ello no hay nada de reprochable. En efecto, de acuerdo con el concepto de esa junta no había más recursos para ofrecerle al paciente *"en esa seccional"*, mientras que en la respuesta dirigida al padre se le informó que su hijo no cumplía el requisito consistente en la espera de un beneficio significativo en su salud, porque supuestamente la mencionada Junta había dictaminado que *"desde el punto de vista científico no hay nada adicional de ofrecer para la recuperación del paciente"*, lo cual es diferente, pues una cosa es el agotamiento de los recursos en una seccional y otra es que el paciente no tenga posibilidades de recuperación.

A manera de colofón, la Corte expresó que *"(...) aunque no haya esperanza de recuperación definitiva, al paciente deben facilitársele los medios que le procuren alivio o mejoramiento, porque de esa manera se le garantizan mejores condiciones de existencia."*

En la Sentencia T-395 de 1998 se presentó el caso de una paciente que se desempeñaba como locutora de Radio y Televisión y abogada, la cual señaló que empezó a presentar un deterioro progresivo de su voz, - elemento indispensable para el ejercicio de sus profesiones -, razón por la cual tuvo que acudir a su otorrinolaringólogo particular a fin de que le determinara la dolencia que padecía.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Adujo que este había decidido “ensayar” en sus cuerdas bucales con la sustancia denominada “xilocaína”, a fin de buscar una mejoría, por lo cual la accionante consideró entonces que el médico no tenía claridad sobre su caso e insatisfecha con ese diagnóstico, decidió no seguir el tratamiento con él.

Por consiguiente, acudió al Instituto de Seguros Sociales, para ser valorada por un especialista. Este la revisó y concluyó que era posible que la demandante padeciera una enfermedad denominada “disfonía espástica”.

Con fundamento en este diagnóstico la demandante viajó a Houston (Texas), donde expertos en cuerdas vocales y neurología no solo le confirmaron el diagnóstico de padecer disfonía espástica, sino que le iniciaron un tratamiento a base de toxina botulínica, que resultó bastante exitoso. Igualmente le proporcionaron toda la documentación necesaria sobre su enfermedad y le notificaron que su dolencia era un mal muy extraño, irreversible y cuyo tratamiento debía realizarse periódicamente.

Entonces, la demandante le solicitó al ISS atender su tratamiento en Houston, para lograr mantener su voz en estado normal, manifestando que tal *“asistencia se concreta en la necesidad de ir cada tres meses al (...) de Houston Texas para que me apliquen la dosis de toxina boculínica que obligatoriamente requiero para poder hablar.”*

No obstante, en este caso el Alto Tribunal determinó que el requisito fundamental de procedibilidad para la remisión al exterior era la inexistencia de tratamiento médico posible en el país y en el caso *sub examine* se pudo establecer, luego de consultar la opinión de expertos del Seguro Social y de la Sociedad Colombiana de Otorrinolaringología, que los temores de la accionante resultaban infundados, ya que este tratamiento había sido reconocido como un tratamiento efectivo para su enfermedad tanto en Colombia como en el exterior.

Adicionalmente la Asociación Colombiana de Otorrinolaringología indicó que dicho tratamiento lo podían adelantar los especialistas otorrinos de varios hospitales de Bogotá. Sostuvo incluso que el mismo se encontraba aprobado por el I.S.S. desde el año de 1989 y que en el Manual vigente, estaba especificado para varias patologías, entre las cuales se encontraba la disfonía espástica.

Además, señaló que la capacidad de elección de la institución del paciente no opera ilimitadamente, toda vez que no se pueden desconocer los



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

alcances legales y prestacionales del derecho a la salud, ni de las opciones propias del paciente, ya que el paciente debe necesariamente someterse a las circunstancias constitucionales, legales y operacionales de su situación, en cada caso específico.

Otro caso orientador puede encontrarse en la Sentencia T-597 de 2001, en este se estudió la situación de un menor que sufría de leucemia linfoblástica aguda, el cual había recaído varias veces y con cada recaída había recibido diferentes esquemas de quimioterapia a los cuales había resultado refractario.

La posibilidad de realizarle un trasplante de médula con alguno de sus familiares –procedimiento incluido en el POS- fue descartada, pues las médulas habían resultado incompatibles. Por lo tanto, el médico tratante recomendó un trasplante heterólogo mieloablativo con donante no relacionado, el cual se encontraba fuera del Plan Obligatorio de Salud, pues no se practicaba dentro del territorio nacional.

La EPS demandada, por su parte, les planteó a los padres la posibilidad de realizar un trasplante heterólogo no mieloablativo. El padre del menor, con base en las recomendaciones hechas por el médico tratante rechazó esta segunda opción, y solicitó, mediante la acción de tutela, que se ordenara a la EPS respectiva, que sufragara el tratamiento de su hijo en el exterior, incluyendo el pasaje y los gastos de estadía para un acompañante.

Dentro del proceso de revisión, el oncohematólogo que había revisado el caso del niño propuso un tercer tratamiento consistente en un trasplante autólogo con purga de médula que debía ser practicado parcialmente en el exterior. La EPS aceptó sufragar los gastos de dicho procedimiento, y los padres del menor aceptaron costear los gastos del traslado y la estadía. Sin embargo, después de la aprobación de la EPS, el médico especialista en el exterior afirmó que tal procedimiento estaba contraindicado.

La EPS realizó un comité médico científico para presentar las diversas alternativas médicas a los padres del menor. Sin embargo, en dicho comité no se encontraba presente el médico tratante, ni el especialista en trasplantes que había visto al menor, ni existía una evaluación de la validez de los procedimientos por parte de un epidemiólogo clínico.

Durante dicho comité, el médico especialista le afirmó a los padres del menor que todos los trasplantes de médula con donantes no relacionados se consideraban experimentales. La Corte pudo constatar que tal afirmación



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

no correspondía a estándares comúnmente aceptados en la ciencia médica, pues los galenos consultados (especialistas en oncología, y en trasplantes y el epidemiólogo clínico), afirmaron que el trasplante mieloablativo de médula con donante compatible no relacionado no era experimental.

Por el contrario, según todos los médicos consultados, este procedimiento se practicaba como alternativa terapéutica en pacientes con leucemias refractarias a la quimioterapia y sin donantes compatibles relacionados desde hace más de 35 años en varias partes del mundo. Ahora bien, independientemente de que la opinión dada por dicho galeno correspondiera al estado actual de la ciencia médica, en todo caso, al considerar que los tratamientos presentados podían considerarse experimentales, la EPS ha debido conformar el comité técnico científico con la presencia de un epidemiólogo clínico que los evaluara científicamente.

Por lo anterior, el Tribunal Constitucional le ordenó a la EPS demandada que realizara un comité médico científico cuyo objeto sería evaluar cuál de los diversos procedimientos de trasplante constituye una alternativa terapéutica indicada y no experimental. Dentro de dicho comité deberán participar, al menos, los especialistas en trasplantes que conocen el caso, el médico tratante, los padres del menor y así mismo, un epidemiólogo clínico familiarizado con los procedimientos evaluados, para determinar qué procedimientos eran indicados para el tratamiento de la enfermedad padecida por el menor y constituían alternativas terapéuticas válidas.

Una vez celebrado el respectivo comité, y previa aceptación de los padres, la EPS enviaría la evaluación a la Corte Constitucional, la cual ordenaría al Ministerio de Salud iniciar los trámites necesarios para que, de confirmarse la indicación y la validez del trasplante mieloablativo con donante no relacionado, y el carácter experimental o contraindicado de los demás procedimientos, se efectuara la remisión de este al exterior.

Una referencia jurisprudencial adicional se encuentra en la Sentencia T-613 de 2012 examinó el caso de una señora de 63 años de edad, a la cual se le diagnosticó cáncer de mama izquierda y, como consecuencia, una institución le expidió una orden para que se le practicara la prueba de Oncotype Dx 21, la cual negó la entidad a la que se encontraba afiliada.

La Unión Temporal, le manifestó que el examen solicitado se realiza únicamente en el exterior, y fundamentó la negativa, por cuanto se trataba de una *"exclusión de la CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD*



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

PARA LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y SUS BENEFICIARIOS, agregando que "Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de éste régimen de excepción como todos los tratamientos médico quirúrgicos realizados en el exterior que no puedan ser realizados en el país.

La Corte refirió que se ha admitido en casos excepcionales la procedencia de la tutela para ordenar la remisión de pacientes al exterior, siempre que se haya verificado que no exista un tratamiento médico que lo sustituya en el país. En consecuencia, señaló algunos parámetros en relación con las solicitudes de remisión al exterior, así:⁶⁷

- a) Demostrar que existe riesgo inminente para la vida del afiliado.
- b) *Verificar la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud.*
- c) Acotar los beneficios esperados para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.
- d) *Aportar la certificación de la institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.*
- e) El Ministerio de Salud o la E.P.S., según corresponda (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela... ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, sino que... se lleve a cabo en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas y las... corresponda definir al Consejo Nacional de Seguridad Social... el juez de tutela deberá siempre consultar los términos y condiciones en que el procedimiento se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud ... del usuario.

- f) El Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1018 de 2001.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

- g) El usuario debe hacer los pagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, *siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.*
- h) Dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones.
- i) El paciente debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento.
- j) Los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.

En el caso particular, la Corte encontró que no se configuraban los elementos necesarios para determinar que se estaban desconociendo los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la paciente, pues del análisis del caso salta a la vista, teniendo en cuenta la historia clínica de la misma, que las entidades accionadas le habían brindado un tratamiento integral teniendo en cuenta la gradualidad en la aplicación o realización de los procedimientos o tratamientos médicos, los exámenes previos, y la evolución de la patología padecida.

Por lo tanto, consideró la Corte que no era procedente el amparo del derecho referente a la práctica del examen definido como Oncotype DX 21, en razón de su carácter experimental. En su defecto, se determinó ordenar a la unión temporal, para que a través de una Junta Médica de Especialistas en Oncología, determinara la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se podía surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales de la accionante. Así como también, determinar si el mismo procedimiento o uno similar, se realizaba en el país, para que fuera ordenado a la tutelante.

En igual sentido, en la Sentencia T-180 de 2013 una paciente fue intervenida quirúrgicamente con mastectomía radical, cuyo diagnóstico clínico fue de *"tumor maligno del cuadrante inferior interno de la mama."* Posteriormente, su médico tratante adscrito a la EPS la consideró *"candidata idónea para la realización de Oncotype DX para objetivar claramente la necesidad de quimioterapia sistémica citotóxica o solo terapia endocrina"*, concepto que fue ratificado por el médico especialista del Centro Radio Oncológico del Caribe LTDA.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

La EPS realizó un Comité Técnico Científico para presentar las solicitudes de los médicos especialistas a fin de determinar la viabilidad del procedimiento. La decisión fue negativa, manifestando que el estudio no contaba con una justificación científica, por lo cual no se encontraba autorizado en el país para su uso, ejecución y realización por las normas vigentes expedidas por el INVIMA.

Allí, la Corte determinó que uno de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para que sea exigible una prestación en el exterior, es que el *"medicamento o tratamiento (...) no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente."*

Del análisis del caso se infirió, que teniendo en cuenta lo registrado en la historia clínica de la señora, la entidad accionada le había brindado un tratamiento integral e idóneo.

Para la Corte era evidente, que el tipo de procedimiento solicitado (de carácter experimental), no podía desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, porque precisamente no se encontraba acreditado científicamente como servicio de recuperación de la salud.

Sin embargo, la Corte puntualizó que cuando existan dudas, le corresponde a los Comité Técnicos Científicos con la intervención de los médicos especialistas en oncología, evaluar el acceso a dichos procedimientos como parte del servicio de salud, teniendo en cuenta que precisamente tienen el conocimiento especializado de la ciencia médica, dedicado a establecer la validez terapéutica, efectividad y riesgos de los mismos.

Por lo anterior, el Tribunal le ordenó a la entidad accionada que convocara nuevamente un Comité Técnico Científico donde debería participar una Junta Médica de Especialistas en Oncología, a fin de determinar la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se podía surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales de la accionante. Así como también, la viabilidad de realizarlo en Colombia o el exterior.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Como ejemplo de un procedimiento orientado al diagnóstico se tiene la Sentencia T-361 de 2014, en este una joven de 24 años de edad, y afiliada al régimen contributivo en salud, consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a la salud debido a que su EPS le negó la autorización del examen denominado *Secuencia ADN mitocondrial para determinación mitocondrial tipo MELAS - GEN MT - TL1 Mutaciones A3243, A3253, C3256, T3271, T3291 por biología molecular en sangre (COT)*, que le ordenó su médico tratante adscrito a la EPS respectiva, por cuanto el servicio "excede los alcances del plan de beneficios del Sistema de Seguridad Social de Salud en Colombia ya que no es realizado a nivel nacional y es una exclusión del sistema según el artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011."

Se observó que a la paciente inicialmente se le diagnosticó Hipoacusia Bilateral, por lo tanto, a través de la EPS se le practicó un implante coclear. Posteriormente, en marzo de 2013 le diagnosticaron *SÍNDROME DE MELAS* y *WOLFF PARKINSON WHITE* por lo tanto, su médico tratante le ordenó el examen mencionado *ut supra*.

La EPS, a través del Comité Técnico Científico negó la solicitud por no estar dentro de la cobertura del POS, a pesar de la reiteración del médico tratante y de la genetista adscrita a la EPS, quienes le manifestaron que no existía un procedimiento alternativo ni otro examen que lo reemplazara, agregando que por su condición de salud el mismo se debía realizar a la mayor brevedad.

La Corte determinó que las razones esgrimidas por la EPS para negar la autorización del citado examen resultaban completamente injustificadas, si se tenía en cuenta el riesgo inminente para la salud de la accionante, tal y como surge de la historia clínica de la accionante.

En segundo lugar, la EPS violó los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de la accionante al desconocer el "*derecho al diagnóstico*", pues se negó, como consta en la contestación de la acción de tutela a autorizar el examen ordenado por el médico tratante.

Ahora bien, en casos excepcionales cuando los procedimientos o tratamientos no se realicen en el país y deban practicarse en el exterior, la Corte Constitucional ha previsto que si bien la remisión de pacientes al exterior se convierte en una posibilidad que permita la recuperación de la salud o la prolongación de vida de las personas, se debe verificar previamente, que no exista un tratamiento médico que lo sustituya en el territorio nacional.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Al respecto la EPS, sostuvo que *“en el país no existen otros estudios moleculares para el ADN mitocondrial que se puedan realizar y remplacen al examen Secuencia ADN mitocondrial para determinación mitocondrial tipo MELAS-GEN MT-TL1 Mutaciones A343, A3253, C3256, T3271 por biología molecular en sangre.”*

Sin embargo, manifestó que según informe del Jefe del Departamento de Ciencias Básicas, el examen se realiza en la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario y en Genética Molecular de Colombia.

Lo anterior llevó a precisar, que si bien el examen solicitado implicaba un costo muy elevado, también era necesario para preservar el derecho fundamental a la vida. Por tal razón, como en el presente caso concurrían los requisitos para no tener en cuenta las exclusiones del POS, la Corte ordenó a la EPS inaplicar la reglamentación legal que impedía el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y al diagnóstico de la paciente, y que procediera a ordenar y practicar el examen requerido de conformidad con las especificaciones descritas por el médico tratante, en las instituciones previamente señaladas, y si ello no fuera posible, que autorizara su realización en el exterior.

Finalmente y por involucrar un sujeto de especial con varias condiciones merecedoras de especial protección constitucional resulta pertinente considerar el caso examinado en la Sentencia T-279 de 2017, en este, una madre actuando en representación de su hijo presentó acción de tutela y solicitó la protección de los derechos a la salud, a la vida y a la protección especial a las personas en situación de discapacidad de su descendiente.

La solicitante señaló que su neuróloga pediátrica solicitó la realización del examen llamado Hibridación Genómica Comparativa para identificar la enfermedad que padecía su hijo y le generaba retraso global en su desarrollo, de manera que se estableciera el tratamiento adecuado.

No obstante, la EPS negó la realización del examen teniendo en cuenta que el mismo se debía realizar en el exterior y los servicios médicos por fuera del territorio colombiano se encontraban excluidos del Plan de Beneficios del Magisterio.

Sobre el particular, la EPS acotó que entre las exclusiones se encontraban *“todos los tratamientos médico quirúrgicos realizados en el exterior”*. Los laboratorios clínicos consultados, por su parte, fueron enfáticos al señalar que, el servicio sí se prestaba en Colombia, aclarando que, la muestra del examen, es procesada por un proveedor de su red de apoyo internacional.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Para la Corte, la actuación de la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la protección especial a las personas en situación de discapacidad, ya que negó el procedimiento ordenado al menor y como único argumentó adujo que el mismo debía ser procesado en el exterior, sin analizar lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional que se ha referido a las circunstancias en las que se deben garantizar los servicios médicos prestados por fuera del territorio colombiano.

De esta manera, se confirmó el fallo de instancia que garantizó la protección del derecho a la salud del menor, ya que ordenó que un comité científico, compuesto por expertos en neurología pediátrica, se pronunciaran sobre la viabilidad del servicio médico que había sido prescrito por la médica tratante con lo que abordó el tema de la necesidad y dio aplicación al principio de territorialidad pues tomó en consideración que si el examen se podía realizar en Colombia o si existía un equivalente en nuestro territorio. Así pues, aunque no resolvió de manera directa sobre la autorización del servicio, adoptó la decisión que garantizaba, de cualquier forma, la protección de los derechos del niño.

Al igual que con otras exclusiones y, por involucrarse aspectos tecnológicos especializados, se reitera lo dicho en varios lugares en relación con las bondades que en casos concretos puede conllevar el uso de la facultad oficiosa con que en materia probatoria cuenta el Juez.



Lista de verificación para orientarse al logro de la consonancia y congruencia en términos de constitucionalidad y legalidad de la decisión de tutela en salud

A continuación, se propone una lista de chequeo que el administrador de justicia podrá emplear al momento de hacer la lectura inicial de la demanda de tutela en salud, cuando a la par de adoptar las decisiones iniciales de notificar a las partes para integrar debidamente el contradictorio y requerir los informes y demás probanzas del caso, podrá fijar algunos puntos esenciales que deberá examinar al momento de proferir la sentencia, lo cual tendrá lugar al expirar el reducido término de 10 días.

La lista propuesta le permitirá definir desde el inicio del proceso información necesaria y pertinente y, de conformidad con ella acudir a la información más extensa contenida en el Módulo, con lo cual, se aspira que pueda reducir de manera significativa los riesgos de producir un fallo no congruente y no consonante con la Constitución y con la normativa contenida en la ley estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud.

Se trata de un listado que solo pide ser marcado para definir lo pertinente, pero que, si se desea, puede ser ampliado para consignar información adicional y más detallada por parte del funcionario que desea optimizar el uso de su tiempo y evitar la dispersión en el análisis de la demanda en tutela que pretende la protección del derecho fundamental a la salud.

El formato involucra aspectos sustantivos que evitan la tentación de eludir el asunto central y decantarse por exámenes meramente formales que se agotan en la recurrente subsidiariedad y en la inmediatez, constituyéndose en formas veladas y socorridas de denegar justicia y comprometen el derecho fundamental a la salud y de contera derechos tan trascendentes como la integridad física y la vida, acarreando circunstancialmente perjuicios futuros muy graves para los recursos públicos frente a demandas de reparación contra el Estado.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

I. GENERALIDADES					
1. Legitimación por activa					
Accionante:		Agencia oficiosa:		Por apoderado:	
Observaciones:					
2. Legitimación por pasiva					
EPS:	IPS:	Medicina prepagada:	Secretaría Salud:	ARL:	Otro:
Observaciones:					
3. Subsidiariedad					
4. Inmediatez					
5. Pretensión					
Diagnóstico:		Medicamento:		Tratamiento:	
Procedimiento Administrativo:			Insumos de aseo:		
Enfermería/cuidador:		Cirugía:		Otros:	
Transporte		Alojamiento			
Propio:	Acompañante:		Propio:	Acompañante:	
II. PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN EL CASO					
1. Universalidad					
2. Equidad					
3. Continuidad					
4. Oportunidad					
5. Prevalencia de derechos					
6. Progresividad del derecho					
7. Libre elección					
8. Solidaridad					
9. Eficiencia					



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

10. Interculturalidad
11. Protección a los pueblos indígenas
12. Protección a pueblos ROM y negras, raizales y palenqueras
13. Integralidad
14. Dignidad humana
III. EXCLUSIONES (EN PRINCIPIO NO CUBIERTAS CON LOS RECURSOS PUBLICOS EN SALUD)
6.1 Propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación, mantenimiento de capacidad funcional o vital de la persona
6.2 Tecnología o servicio sin evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica
6.3 Tecnología o servicio sin evidencia científica sobre efectividad clínica
6.4 Tecnología o servicio no autorizado por autoridad competente
6.5 Tecnología o servicio en fase de experimentación
6.6 Tecnología o servicio que tenga que ser prestado en el exterior
IV. REQUISITOS TUTELA NO POS
1. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico.
2. Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal.
3. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan.
4. Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo.
V. OBSERVACIONES GENERALES



Expectativas de aplicación de la herramienta

En el entendido de que el tema por la fuerza de los hechos convoca de modo recurrente a los jueces para que en sede de tutela decidan sobre las peticiones de amparo del derecho fundamental a la salud y, dadas las diversas complejidades que como aquí se ha esbozado atraviesan la protección del derecho a la salud, es esperable que el Módulo se constituya en un objeto de estudio y consulta.

La presencia de un instrumento que permita ser diligenciado de modo expedito y, oriente al funcionario en aquello que se ha de constituir en la respuesta al caso que se le plantea, debe operar como un factor de interés y atracción por los componentes del Módulo, pues la lista de chequeo o instrumento de manejo rápido, empezará a cobrar mayor sentido cuando su entendimiento empiece en un caso concreto a motivar al funcionario a revisar los componentes más extensos de la cartilla.

La funcionalidad del instrumento en casos concretos deberá inducir a un uso cotidiano y a difundir sus bondades entre otros que estén interesados en resolver de mejor modo las solicitudes de amparo en materia de tutela.

Es probable que marginalmente el Módulo concite el apoyo de aquellos a quienes usualmente las solicitudes de amparo les resultan onerosas y en ocasiones resultan afectados por tutelas atípicas que lesionan la estabilidad financiera del sistema y comprometen la sostenibilidad fiscal.

Como cualquier propuesta que involucre asuntos no acabados, en este caso el derecho a la salud desde su perspectiva jurídica y su complejidad tecnológica y científica; el instrumento y sus soportes están abiertos a ser reformulados para ser mejorados conceptual y funcionalmente.



Bibliografía

Lema A., Apogeo y Crisis de la Ciudadanía de la Salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Dykinson, Madrid 2012.

Peces-Barba Martínez G. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid 1995.

Torres Corredor H. y Otros, Aproximaciones al carácter fundamental del derecho a la salud, las perspectivas de nuestra acción, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2018.

Torres Corredor H. y Otros, Derecho Fundamental a la Salud, ¿nuevos escenarios? Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2017

Guastini R., Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

Constitución Política de Colombia.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948).

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH, 1948).

Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993.

Declaración de los Derechos del Niño (1959). Proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Declaración y Programa de acción de Viena (1993) adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) – 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ambos acordados – 1966.



*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA*

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" de 1988. El Salvador el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965. (Artículo 5°).

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, entró en vigor en julio de 2003. Aprobada por el Congreso de la República con la Ley 146 de 1994.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969, San José, Costa Rica Pacto de San José). Entró en vigencia en julio de 1978.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas (1965). Adoptada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, (1979). Adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979. La Convención es conocida por las siglas en inglés, CEDAW (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women), entró en vigor en septiembre de 1981.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad' adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, aprobado mediante Ley 1346 de julio 31 de 2009.

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, 1949). Entró en vigor en octubre de 1950.

Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Ratificado por Colombia por medio de la Ley 21 de 1991.

Convenios de Ginebra, de 1949.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SEDE DE TUTELA.
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y LA PRESERVACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I, 1949). Entró en vigor en octubre de 1950. El Convenio "sustituye a los Convenios del 22 de agosto de 1864, del 6 de julio de 1906 y del 27 de julio de 1929 en las relaciones entre las Altas Partes Contratantes", artículo 59.

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III, 1949). Entró en vigor en octubre de 1950. El Convenio "sustituye al Convenio del 27 de julio de 1929 en las relaciones entre las Altas Partes Contratantes", artículo 134.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16)
Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991)

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10).

Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR).

Observación General sobre derecho a la vida, contemplando el derecho a la salud, 1982, el Comité de derechos Humanos de la ONU.

Recomendación sobre Poblaciones Indígenas Y Tribales, 1957.

Observación general N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Organización de Naciones Unidas – Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

Proclamación de Teherán (1968). La Proclamación es producto de la reunión en Teherán, del 22 de abril al 13 de mayo de 1968, de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos.

La Carta Social Europea (CSE, Turín, 1961).

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969). Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1969.

Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1982)



Ley Estatutaria 1751 de 2015.

-Principio de universalidad

Sentencias T-576 de 2008, T-730 de 1999, T-089 de 2018, T-866-2011, T-745 de 2013, T-618 de 2000, T-345 de 2011, T-210 de 2018, T-614 de 2014 y T-611 de 2014.

-Principio de interpretación *pro homine*

Sentencias T-299 de 2015, T-171, T-579 de 2017, T-499 de 2014, T-061 de 2014, T-121 de 2015, T-085 de 2012, T-320 de 2009, T-037 de 2006 y T-945 de 2006.

-Principio de equidad

Sentencias T-210 de 2015, T-062 de 2017, T-089 de 2018, T-436 de 2004, T-770 de 2007, T-499 de 2014, T-585 de 2012, T-1087 de 2007, T-905 de 2005 y T-691 de 2014.

-Principio de continuidad:

Sentencias T-576 de 2008, T-170 de 2002, T-406 de 1993, T-730 de 1999, T-110 de 2012, T-790 de 2012, T-278 de 2008, T-092 de 2018, T-089 de 2018 y T-1198 de 2003.

-Principio de oportunidad

Sentencias T-790 de 2012, T-092 de 2018, T-745 de 2013, T-460 de 2012, T-770 de 2007, T-109 de 2003, T-614 de 2014, T-825 de 2011, T-725 de 2007 y T-840 de 2012.

-Principio de prevalencia de derechos:

Sentencias T-576 de 2008, T-395 de 2015, T-610 de 2013, T-110 de 2012, T-678 de 2015, T-659 de 2003, T-363 de 2010, T-089 de 2018, T-227 de 2006 y T-585 de 2007.

-Principio de progresividad del derecho:

Sentencias T-581 de 2009, T-866 de 2011, T-089 de 2018, T-807 de 2007, T-179 de 2000 y T-594 de 2006.



-Principio de libre elección:

Sentencias T-576 de 2008, T-089 de 2018, T-010 de 2004, T-448 de 2017, T-436 de 2004, T-011 de 2004, T-024 de 2008, T-207 de 2008, T-246 de 2005 y T-745 de 2013.

-Principio orientador de la sostenibilidad financiera:

Sentencias T-308 de 2016, T-181 de 2013, T-683 de 2011, T-774 de 2009, T-016 de 2017, T-017 de 2013, T-782 de 2013, T-016 de 2007, T-171 de 2018 y T-062 de 2017.

-Principio de solidaridad:

Sentencias T-105 de 2015, T-730 de 1999, T-610 de 2013, T-171 de 2016, T-782 de 2013, T-062 de 2017, T-089 de 2018, T-010 de 2004, T-745 de 2013 y T-507 de 2007.

-Principio de eficiencia:

Sentencias T-576 de 2008, T-170 de 2002, T-730 de 1999, T-362 de 2016, T-993 de 2002, T-745 de 2013, T-618 de 2000, T-345 de 2011, T-121 de 2015 y T-234 de 2013.

-Principio de Interculturalidad, protección a los pueblos indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras

Sentencias T-592 de 2016, T-080 de 2018, T-379 de 2003, T-357 de 2017, T-103 de 2018, T-920 de 2011, T-704 de 2006, T-214 de 1997, T-652 de 1998, T-005 de 2016, T-405 de 1993 y T-009 de 2013.

-Principio de integralidad:

Sentencias T-576 de 2008, T-365 de 2009, T-136 de 2004, T-059 de 2018, T-395 de 2015, T-381 de 2014, T-299 de 2015, T-032 de 2018, T-924 de 2011 y T-597 de 2016.

-Principio de dignidad humana:

Sentencias T-105 de 2015, T-059 de 2018, T-381 de 2014, T-597 de 2016, T-610 de 2013, T-096 de 2016, T-171 de 2016, T-210 de 2015, T-899 de 2002 y T-190 de 2012.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

 @escuelajudicial_rlb

 @escuelajudicialrlb

 @Ejrlbnet

 @EJRLB

 escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/