

Sentencia T-052/10

DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS Y DERECHO A LA SALUD-Caso en que enfermo requiere de transfusiones sanguíneas, las cuales no acepta debido a su convicción religiosa

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del POS

La Corte no considera que la no inclusión del medicamento Eculizumab en el POS -y de otro medicamento o tratamiento- sea razón suficiente para negar su suministro. Por el contrario, esta Corporación ha establecido algunas reglas para determinar las situaciones en que es procedente inaplicar normas legales o reglamentarias del Plan Obligatorio de Salud que excluyen determinados medicamentos, procedimientos y servicios<sup>1</sup>: (i) que la exclusión afecte los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado<sup>2</sup>; (ii) que el medicamento o tratamiento no sea sustituible por uno de los contemplados en el POS o no tenga sustituto efectivo; (iii) que el medicamento o tratamiento sea inaccesible al paciente por razón de su ingreso o por no tener acceso a otro sistema o plan de salud especial o complementario; (iv) que haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. En consecuencia, descarta que pueda justificarse la negativa al suministro del medicamento por la sola circunstancia de no hallarse incorporado en el POS. No obstante, la autorización del medicamento o tratamiento no incluido en el POS debe ajustarse a las reglas jurisprudenciales descritas.

LIBERTAD RELIGIOSA-Se fundamenta en la necesaria posibilidad de elegir entre dos opciones

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA-Alcance y ámbito/LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS-Límites

PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD Y LIBERTAD RELIGIOSA-Deber de cumplir con la prestación del servicio ante la negativa del paciente a recibir el medicamento o tratamiento prescrito por razones de conciencia religiosa

DERECHO A LA SALUD FRENTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS-Jurisprudencia constitucional

Según la línea jurisprudencial expuesta, cuando se trata de procedimientos médicos que deban rehusar las personas en virtud de sus creencias religiosas, la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos, siempre que exista el consentimiento informado del paciente, otorgado por sujeto plenamente capaz, de manera voluntaria, libre y razonada y en virtud de la autonomía personal de que es titular, verificando en todo caso, que no incumpla con la obligación que tiene de preservar en todo momento su vida, integridad personal y su salud y además que, con ello no cause daño a los demás.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS Y DERECHO A LA SALUD-Renuncia al tratamiento por parte del paciente Testigo de Jehová, no lo hace perder el derecho a la continuidad de la prestación del servicio de salud

Con el propósito de garantizar la libertad de cultos, se debe entender que la renuncia al tratamiento por parte del accionante no lo hace perder el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud; sigue en pie el deber de la EPS de otorgar al solicitante tratamientos alternativos. Ahora, en aras de garantizar de manera efectiva el ejercicio de la libertad de cultos del accionante sin que necesariamente se obligue de manera incondicional al sistema de salud a otorgar una alternativa que supla efectivamente el tratamiento inicialmente prescrito, esta Sala como consecuencia de lo expuesto protegerá la salud y la vida digna del accionante bajo dos premisas: (i) el accionante tiene derecho a seguir siendo tratado medicamente, por tal razón (ii) el Comité Técnico Científico está en la obligación de darle una segunda opción (sobre la base que se le ofreció una opción que no aceptó) consistente en un medicamento o procedimiento que se encuentre avalado por el INVIMA.

ACCION DE TUTELA-Orden a Comité Técnico Científico evaluar existencia científica y médica de opciones o alternativas que permitan suplir el trasplante alogénico de médula ósea rechazado por el accionante

Referencia: Expediente T-2.380.192.

Accionado: Saludcoop EPS.

Tema:

Derechos fundamentales invocados: a la vida, a la salud en condiciones dignas, al libre

desarrollo de la personalidad, al trabajo y mínimo vital.

Conducta que causa la vulneración: la negativa de la EPS de suministrar el medicamento “eculizumab” excluido del POS, como alternativa al Trasplante Alogénico de Médula Ósea, tratamiento curativo incluido en el POS que rechaza el paciente por ser Testigo de Jehová, religión que no acepta la transfusión de sangre.

Pretensión: se ordene a la EPS accionada adelantar gestiones para conseguir el medicamento ordenado por su médico tratante ante el laboratorio que lo produce en California, Estados Unidos.

Fallo de tutela objeto revisión: Sentencia del Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, del 27 de julio de 2009.

Magistrados de Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo; Juan Carlos Henao Pérez; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Demanda y pretensión<sup>3</sup>.

El señor José Germán Álava Apráez presentó demanda de tutela contra Saludcoop EPS, así:

#### 1.1. Fundamento de la pretensión.

1.1.1. A José Germán Álava Apráez<sup>4</sup> le fue diagnosticada la enfermedad Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, en el mes de abril de 2008.

1.1.2. La afección venía siendo tratada con esteroides los cuales fueron suspendidos por sus efectos colaterales y por ser tan sólo un paliativo. Tanto el médico particular<sup>5</sup> del actor como su médico tratante adscrito a Saludcoop EPS, recomendaron cambiar los medicamentos por “eculizumab”<sup>6</sup>.

1.1.3. Precisa el actor que “la intervención requiere de transfusiones sanguíneas, las que no acepto por convicción religiosa. Forzarme a adoptar ésta alternativa sería desconocer mi derecho al ejercicio de mi libre personalidad”.

1.1.4. El peticionario destaca que el medicamento “eculizumab” o “Soliris” es una droga conocida a nivel mundial para reducir los síntomas de la enfermedad que padece y para garantizar mejoras significativas en la fatiga y la calidad de vida, que no está en venta en Colombia pero que puede conseguirse a través de Saludcoop EPS, bien en la Unidad de Cancerología de de Neiva o importada del laboratorio que la produce en California - Estados Unidos.

1.1.5. Sostiene que mediante Oficio 020487 del 26 de mayo de 20097, Saludcoop EPS negó el suministro del medicamento argumentando que carece de registro sanitario de Invima<sup>8</sup>.

1.1.6. Afirma el actor<sup>9</sup> que no se encuentra en capacidad de asumir el costo del medicamento<sup>10</sup>, puesto que debido a las constantes crisis de su enfermedad su salud, su vida y su derecho al trabajo se han visto gravemente perjudicados y ha sido sometido a incapacidades regulares, en las que debe guardar absoluto reposo conectado a un tanque de oxígeno en la casa, y por tanto “el ejercicio profesional de abogado del que devengo mis ingresos, ha menguado un 90% mi capacidad laboral”. En los dos últimos años no ha tenido ningún ingreso económico, salvo la ayuda generosa de su familia, que tampoco está en condiciones económicas de asumir su costo.

## 2. Respuesta del accionado e intervenciones.

### 2.1. Respuesta de Saludcoop EPS.

2.1.1. El Gerente Regional de Saludcoop EPS expresó que el medicamento solicitado por el demandante no se encuentra incluido en el POS y tampoco fue autorizado por el Comité Técnico Científico en razón a que no tiene registro de Invima, lo que significa que su comercialización no está permitida en Colombia.

2.1.2. El médico tratante del paciente aclaró que el transplante autólogo de médula ósea, tratamiento incluido en el POS, fue ordenado como procedimiento apto para la curación de la enfermedad, mientras el medicamento solicitado por el actor fue sugerido como una segunda

opción terapéutica y no existe en Colombia.

2.1.3. Solicita al Juez se abstenga de ordenar un tratamiento integral, puesto que se estaría protegiendo por vía de tutela situaciones jurisprudencialmente excluidas por la Corte Constitucional, y obligando a la EPS a asumir el valor de prestaciones que no tienen relación directa con la patología objeto de la tutela. La acción de tutela no debe convertirse en un plan ilimitado de beneficios de salud que estén por fuera del POS, sino que debe indicar claramente en el fallo los servicios no-POS que deberán ser autorizados y permitir agotar las opciones incluidas en él y en caso contrario, obtener la respectiva autorización a través del Comité Técnico Científico.

2.1.4. Solicita denegar las pretensiones de la demanda puesto que se está ante un hecho superado, al garantizarse al paciente la autorización del transplante ordenado por el médico, que se encuentra incluido en el POS. Por tanto, la tutela carece de objeto.

2.1.5. En el evento de que la decisión judicial les sea adversa, solicita subsidiariamente que se ordene al Fosyga suministrarle de manera anticipada o en un término máximo de 10 días después de presentado el recobro, los recursos suficientes para asumir los costos que implica el cumplimiento de la tutela, toda vez que el sistema de reembolso vencido afecta la eficiente prestación del servicio y el equilibrio financiero de la EPS, tal como lo evidenció el Consejo de Estado al fallar una acción popular contra el Ministerio de la Protección Social por ese asunto. Adicionalmente solicita que el suministro del medicamento se realice en su denominación común internacional, como lo dispone la Resolución 5261 de 1994, el Acuerdo 228 de 2002, el Decreto 2200 de 2005, el concepto de Invima y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.2. Intervención del Doctor José Luis Timaná Arciniegas especializado en Hematología adscrito a Saludcoop EPS.

2.2.1. Mediante auto del 13 de julio de 2009, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto admitió la demanda de tutela y ordenó oficiar entre otros, al Doctor José Luis Timaná Arciniegas, médico adscrito a Saludcoop EPS para que informe: (i) si es el médico tratante del accionante, cual es su patología y el grado de complejidad; (ii) si le formuló el medicamento reclamado por esta vía, (iii) y si dentro del POS existen otras alternativas terapéuticas con iguales o mejores resultados que dicho medicamento para el

manejo de la enfermedad que padece el actor.

“1. Conozco al señor José Germán Álava Apráez, quien se encuentra afiliado a la EPS Saludcoop y asiste a la consulta de hematología.

2. José Germán Álava cursa una hemoglobinuria paroxística nocturna. La enfermedad se caracteriza por anemia hemolítica con hemólisis mediada por complemento. Hasta el momento no ha requerido transfusión de glóbulos rojos por anemia. Recibe medicamentos orales para la enfermedad y usualmente tiene niveles aceptables de hemoglobina.

3. Como alternativa de tratamiento formulo Eculizumab. Pero este medicamento no se dispone en el país y no tiene registro de INVIMA para ser administrado en Colombia. Dentro del POS existe transplante alogénico de médula ósea. Este procedimiento es la terapia de primera elección para Hemoglobinuria paroxística nocturna y se realiza en Colombia. A José Germán se le explicó la utilidad del transplante de médula ósea y se le ordenó los estudios previos correspondientes. Hasta el momento no trae el reporte de los estudios ordenados para continuar con el proceso de transplante de médula”. (subraya fuera de texto original)

En declaración rendida ante el Juzgado de conocimiento el día 24 de abril de 2009, el Doctor José Luis Timaná Arciniegas, médico tratante del actor afirmó lo siguiente:

“PREGUNTADO: Sírvase describir la patología que padece el señor GERMÁN ÁLAVA APRAÉZ.  
CONTESTO: “El tiene anemnia (sic) hemolítica mediada por complemento. La Enfermedad en este caso es adquirida por mutación de un gen en la célula madre que genera las diferentes líneas celulares. De esta manera tiene anemia sintomática manifestada como decaimiento dificultad para respirar en el esfuerzo, astenia o decaimiento. Y ojos amarillos. PREGUNTADO (sic) Dentro de las dos estrategias de tratamiento; la consistente en la medicación con ECULIZUMAB y el transplante de médula ósea, cuál se considera como la prioritaria, o sea la principal o la que mejores y más inmediatos resultados ofrece? CONTESTO: “El trasplante alogénico de médula ósea es la opción (sic) curativa para la enfermedad, ECULIZUMAB es un (sic) medicamento que disminuye le (sic) hemólisis y los síntomas de la enfermedad. Aclaro

que el CULIZUMAB (sic) simplemente mejora los síntomas relacionados con la anemia y disminuye la necesidad (sic) de transfundir globulor (sic) rojas.” PREGUNTADO: Es verdad como se dice en la acción de tutela que el procedimiento de trasplante de médula ósea tiene un riesgo de mortalidad de un 70%. Si esto es así, en que eventos y si es el caso del señor GERMÁN ÁLAVA? CONTESTO: Durante el trasplante de médula ósea se ha reportado mortalidad variable alrededor del 24 %. Cada procedimiento tiene sus riesgos y la paresota (sic) que acepta el procedimiento es conocedora de los riesgos que va a tener.” PREGUNTADO: Exciste (sic) otra forma de mejorar la salud del paciente distinto de las dos alternativas mencionadas? CONTESTO: “Existen otras terapias con intención paliativa que ha demostrado ser menos efectivas. Entre las otras alternativas se tiene; esteroides cocloosporina. Ciclofosfamida.” PREGUNTADO: El procedimiento de trasplante(sic) de médula se practica en Nariño? Y si no en qué lugar del país? CONTESTO: No, se practica en Cali, Bogotá y Medellín. PREGUNTADO: Cuál es el costo del medicamento y del transplante. CONTESTO: El transplante de médulo (sic) ósea de cieno (sic) cincuenta millones de pesos y el ECULIZUMAB de trescientos ochenta mil dólares al año que puede el término de duración del tratamiento. PREGUNTADO: Cuál es la dosificación (sic) del ECULIZUMAB y el tiempo de la misma. CONTESTO: La FDA lo aprobó con dosis de seiscientos miligramos por semana durante cuatro semanas, posteriormente novecientos miligramos cada quince días por cincuenta y tres semanas. PREGUNTADO: Cómo profesional de la salud y conocedor de la normatividad legal aplicable para la prescripción de medicamentos, existe alguna prohibición como lo señala SALUDCOOP de autorizar medicamentos que sean necesarios. PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho si en Colombia existen pacientes a los cuales se les haya prescrito el medicamento ECULIZUMAB o SOLIRIS. CONTESTO: Existen Algunos pacientes en Colombia que están siendo tratados con este medicamentos, no conozco el caso en detalle..”

3. Fallo de instancia (Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías en fallo del 27 de julio de 2009).

3.1. Negó el amparo, al considerar que no se cumple una de las reglas jurisprudenciales para la inaplicación de las normas del sistema general de salud, toda vez que el medicamento solicitado por el actor, si bien no se encuentra incluido en el POS, puede ser sustituido por el trasplante de médula ósea que sí se encuentra incluido y que fue ordenado por su médico como un mecanismo terapéutico principal, para aliviar y curar la patología que padece.

3.2. A partir de los conceptos rendidos ante el Juzgado por el médico tratante en su informe y en la declaración juramentada, el fallador destaca que: (i) de las dos alternativas existentes para el tratamiento de la enfermedad, el trasplante es el más efectivo y con él se obtiene la curación del paciente, mientras que el medicamento sirve tan sólo para mejorar los síntomas de la enfermedad; (ii) el riesgo de mortalidad del trasplante es del 24% y no del 70% como lo afirma el actor, por tanto el margen de efectividad del trasplante es elevado; (iii) el costo del transplante es de \$150.000.000 mientras que el del medicamento es de aproximadamente \$760.000.000. Así considera necesario analizar la repercusión económica en el sistema de salud al conceder el medicamento, frente a los resultados que se pueden obtener con el trasplante, concluyendo entonces que “resulta clara la diferencia de las dos opciones en su costo, pues el trasplante de médula ósea tiene un valor muy inferior al de la medicina solicitada por tutela, y en tal caso, al conceder la tutela implicaría la realización de gastos elevadísimos a favor de una sola persona, para hacer prevalecer su derecho a la vida y a la libertad de cultos, gastos que no se erogarían si se tratara de una persona que profesara otra fe religiosa. Entonces, podría decirse que se estaría atentando contra el derecho constitucional a la igualdad por razones de fe, es decir, protegiendo preferentemente a una persona no por su estado de salud, sino por sus convicciones religiosas”. En relación con los resultados ofrecidos por las dos alternativas terapéuticas, el despacho judicial concluyó, una vez consultadas fuentes científicas en las páginas de Internet, que “el trasplante de médula rechazado por el paciente tiene mejores efectos que la enfermedad, por cuanto los resultados pueden ser el de la cura completa. En cambio, el medicamento solamente es paliativo, es decir, no sirva (sic) para la cura sino que simplemente reduce los síntomas de la enfermedad. “

3.3. Conceder la protección constitucional, implicaría anteponer los derechos a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, frente al derecho a la vida que es de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico interno.

3.4. Por lo anterior, estima que no ha existido vulneración del derecho a la vida y a la salud del demandante, ni tampoco a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, puesto que se le ha suministrado el tratamiento adecuado para la enfermedad y ante la insuficiencia de los recursos farmacológicos, se le ordenó el transplante que se niega a recibir por razones de índole religioso, decisión que se le ha respetado. En aras de proteger la vida del paciente, no se le puede obligar a practicarse el procedimiento que va en contra de

sus creencias imponiéndole el criterio del médico, pues en este caso, a diferencia de la sentencia T-474 de 1996, se trata de una persona mayor de edad, capaz de elegir entre los procedimientos médicos existentes, y de rechazar el trasplante por considerarlo invasivo y contrario a sus creencias religiosas lo cual es respetable.

3.5. Por último afirma, que aunque no se exija el registro sanitario de Invima para los medicamentos no disponibles en el país, esta entidad no podría importarlo, puesto que no se reúnen las exigencias del Decreto 481 de 2004 “Por la cual se dictan normas tendientes a incentivar la oferta de medicamentos vitales no disponibles en el país”, al existir el procedimiento de transfusión de médula ósea, como sustituto del medicamento reclamado.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9, de la Constitución Política, desarrollados en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36, y de conformidad con el reparto dispuesto por la Sala de Selección de Tutela N° 9 de la Corte Constitucional.

### 2. Caso y problema jurídico.

#### 2.1. El caso objeto de revisión.

2.1.1 Al actor le fue diagnosticada la enfermedad Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, por su médico tratante, doctor José Luis Timaná Arciniegas. Explicó el facultativo que tal afección “se caracteriza por anemia hemolítica con hemólisis mediada por complemento”, que se manifiesta como “decaimiento dificultad para respirar en el esfuerzo, astenia o decaimiento, y ojos amarillos”, sin que hasta entonces haya requerido de “transfusión de glóbulos rojos por anemia” ya que “usualmente tiene niveles aceptables de hemoglobina” (2.2.2. de ‘Antecedentes’). La historia clínica de demandante confirmó que el tratamiento inicial a la enfermedad se basó en “esteroides”, insuficientes para evitar la “anemia severa sintomática” que padece (2.2.2. de ‘Antecedentes’). Por lo anterior, la EPS, basada en el criterio del médico tratante, autorizó la realización de “trasplante alogénico de médula ósea”

como “terapia de primera elección” para la enfermedad que padece el accionante y “única opción curativa” de su mal (2.2.2. de ‘Antecedentes’), tratamiento incluido en el POS y realizable en Colombia.

2.1.2 Como lo reseña la historia clínica (pie de página No 4 en ‘Antecedentes’), el accionante rechazó el trasplante de médula ósea por implicar transfusión hemoderivados, procedimiento prohibido por la religión que profesa, “Testigos de Jehová”. El propio señor Álava Apráez lo confirmó en sus palabras: “la intervención requiere de transfusiones sanguíneas, las que no acepto por convicción religiosa” (1.2.3. de ‘Antecedentes’). Ante tal negativa, el médico tratante formula Eculizumab, advirtiendo que dicho medicamento no está disponible en Colombia y carece de registro de INVIMA para ser suministrado en el país; precisó el facultativo que mientras el trasplante de médula ósea es la opción curativa de la enfermedad, el “ECULIZUMAB es un medicamento que disminuye la hemólisis y los síntomas de la enfermedad”, aclarando que dicho fármaco “simplemente mejora los síntomas relacionados con la anemia y disminuye la necesidad de transfundir glóbulos rojos” (2.2.2. de ‘Antecedentes’). Finalmente, la EPS negó la autorización de esta droga no incluida en el POS ni autorizada por el Comité Técnico Científico -por carecer de registro de Invima-, insistiendo en que el trasplante de médula ósea fue el tratamiento ordenado para lograr la curación de la enfermedad, mientras el Eculizumab fue sugerido como una segunda opción terapéutica.

2.1. 3. El juez de conocimiento denegó el amparo impetrado, por lo siguiente: (i) se incumplen las reglas jurisprudenciales para la inaplicación de las normas que rigen el POS, toda vez que el medicamento solicitado puede ser sustituido por el trasplante de médula ósea; (ii) el otorgamiento del tratamiento solicitado atenta contra el derecho a la igualdad de las personas que pertenecen al sistema de salud, por cuanto se estaría efectuando un gasto muy elevado a favor de una sola persona (destaca que el trasplante, procedimiento curativo de la enfermedad, cuesta \$150.000.000; el medicamento, que sirve tan sólo para mejorar los síntomas, tiene un costo es de \$760.000.000)

2.2. Problema jurídico.

2.1. Corresponde a esta Sala determinar: si tras el rechazo del actor al tratamiento terapéutico de cura ofrecido por la EPS, en razón de sus creencias religiosas, la negativa de la entidad accionada a suministrar el medicamento excluido del POS -pero autorizado por su

médico tratante- constituye una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud en condiciones dignas y al libre desarrollo de la personalidad.

2.2. Para resolver el problema planteado la Sala reiterará su jurisprudencia sobre: (i) El derecho a la salud. No inclusión de medicamentos en el POS. (ii) La cláusula general de libertad. La libertad de cultos. Límites a dicha libertad; (iii) las contradicciones entre la prevalencia del derecho a la vida y a la salud y el derecho a la libertad de cultos, frente a la autonomía del paciente y el consentimiento informado; (iv) la línea jurisprudencial en torno al problema de la prevalencia del derecho a la vida y a la salud frente al derecho a la libertad de cultos; y con base en tales consideraciones (v) procederá al análisis del caso concreto.

3. Protección del derecho a la salud del actor. Improcedencia de la negación de medicamento o tratamiento de salud por su no inclusión en el Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La Corte no considera que la no inclusión del medicamento Eculizumab en el POS -y de otro medicamento o tratamiento- sea razón suficiente para negar su suministro. Por el contrario, esta Corporación ha establecido algunas reglas para determinar las situaciones en que es procedente inaplicar normas legales o reglamentarias del Plan Obligatorio de Salud que excluyen determinados medicamentos, procedimientos y servicios<sup>11</sup>: (i) que la exclusión afecte los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado<sup>12</sup>; (ii) que el medicamento o tratamiento no sea sustituible por uno de los contemplados en el POS o no tenga sustituto efectivo; (iii) que el medicamento o tratamiento sea inaccesible al paciente por razón de su ingreso o por no tener acceso a otro sistema o plan de salud especial o complementario; (iv) que haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

3.2. En consecuencia, descarta que pueda justificarse la negativa al suministro del medicamento por la sola circunstancia de no hallarse incorporado en el POS. No obstante, la autorización del medicamento o tratamiento no incluido en el POS debe ajustarse a las reglas jurisprudenciales descritas.

4. Protección del derecho de libertad. La libertad religiosa.

## 1. Cláusula General de Libertad.

El preámbulo de la Constitución establece como voluntad del Estado Colombiano la de asegurar a sus integrantes la libertad; por ende dicho objetivo tiene fuerza vinculante y se estructura como criterio de interpretación,<sup>13</sup> obligatorios por ende para cualquier operador jurídico. En desarrollo del postulado anterior, el artículo 2° constitucional señala como fin primordial del Estado el hecho de que las autoridades de la República – entre ellas los jueces – protejan a las personas en sus libertades. Pues bien, teniendo claro los precedentes contenidos axiológicos de la Constitución – imperativos y vinculantes en nuestro Estado Social de Derecho – el artículo 13 también constitucional, establece la llamada cláusula general de libertad, es decir la manifestación expresa según la cual las personas nacen libres y deben gozar de su libertad.

Así las cosas, el principio general mencionado y señalado por nuestro Estado Democrático y Constitucional es la libertad como cláusula general. En este orden de ideas, dicha libertad así comprendida tiene diferentes facetas constitucionales que permiten especificar el contenido de la misma; por tanto encontramos el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la libertad de escoger profesión y oficio, la libertad de locomoción, la libertad de religión o cultos, la libertad de expresión, la libertad de información; entre otras.

Ahora bien, la misma Constitución y la jurisprudencia constitucional, niegan la presencia de derechos absolutos, en consecuencia el ejercicio de la libertad tiene sus propios límites señalados en la Carta Política; por ende uno es el principio – la libertad- y otra es la excepción – el límite-.

Pues bien, el concepto de libertad positiva no implica estar libre de algo (concepción negativa ) “ sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma prescrita de vida.”<sup>14</sup>

Berlin denota claramente este concepto: “El sentido positivo de la palabra libertad se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mi mismo, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mi mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos concientes que son míos, y no

por causas que me afecten , por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien , no nadie; quiero actuar , decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir , concebir fines y medios propios y realizarlos.”<sup>15</sup>

Así pues, para que la persona guíe su propia vida a los objetivos que ella determina, es necesario partir de la base de la libertad de elección, asumiendo por ende la responsabilidad de dicha escogencia. Se es libre si el individuo puede realizar lo que él desee y por ende pueda elegir entre dos o más maneras de obrar que se presenten, y en consecuencia optar por la que él apetece acoger.

En este orden de ideas, la libertad es la facultad de actuar y actuar sin ser penado por lo que hice. Si se es penado por lo que se hace en realidad no se es libre. En otras palabras, la libertad radica en la posibilidad de escoger, el que no escoge no es libre, si se sanciona o penaliza a una persona con su escogencia se está negando su libertad. Lógicamente, salvaguardando los límites constitucionales.

En consecuencia, en la libertad deben siempre existir como mínimo dos opciones, esto con el propósito que el individuo ejerza su libertad eligiendo por cual opta.

De presentarse sólo una opción o aún más grave, no existiendo la posibilidad de escoger; no podemos hablar de Libertad. Afirma Berlin: “ Yo soy libre si puedo hacer lo que quiera, y quizá , elegir entre dos maneras de obrar que se me presentan cual es la que voy a adoptar”  
16

De tal suerte que si la libertad se fundamenta en la necesaria posibilidad de elegir entre dos opciones, en la persona, y sólo en ella, se radica la responsabilidad personal por la decisión errónea o acertada de su decisión respecto de la selección de la opción. Así pues, la libertad es la libertad de escoger, es la libertad de acción . “La libertad es la oportunidad de actuar no el actuar mismo. “<sup>17</sup>

## 4.2. El derecho de libertad religiosa.

4.2.1. La Constitución Política (CP, art. 19) consagra, como fundamental, el derecho de

libertad religiosa. Es una emanación del derecho de libertad de conciencia constitucionalmente reconocido (CP, art. 18) que, entre otros bienes, protege a las personas en sus creencias frente a cualquier imposición de obrar en contra de ellas; del mismo modo, es expresión del derecho de libre desarrollo de la personalidad (CP, art. 16) ya que cada ser humano goza de autonomía para desarrollar su plan de vida a partir de cosmovisiones y conceptos existenciales fundados en credos religiosos. Pero el derecho de libertad religiosa trasciende el ámbito de la conciencia y se concreta en la facultad de profesión pública y difusión social de religiones, sobre la base de la igualdad de confesiones e iglesias y la libertad de cultos que traducen las ideas religiosas profesadas (CP, art. 19).<sup>18</sup>

4.1.2. El abrazamiento de una fe religiosa implica para el creyente el cumplimiento de deberes eventuales propios de la feligresía, la práctica de ceremonias o ritualismos asociados a ella y, esencialmente, compromisos de acatamiento de reglas morales de conducta exigidas por el credo correspondiente<sup>19</sup>. La posibilidad de cumplimiento de los deberes ceremoniales, rituales o de otras formas de profesión y difusión de la religión, se garantiza con la regla constitucional de libertad de cultos; la posibilidad de cumplimiento de los deberes morales implícitos en cada fe, propio de la esfera moral, encuentra protección en el derecho constitucional a no obrar contra la propia conciencia y en los principios de libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

4.3. Límites al derecho de libertad religiosa.

4.3.1. El derecho fundamental de libertad religiosa, como ocurre con la generalidad de los derechos fundamentales, no es absoluto. Encuentra sus límites en el imperio del orden jurídico, en el interés público y en los derechos de los demás.

4.3.2. El respeto de los derechos de los demás es la garantía de la vigencia del orden social. Tal respeto se impone por el orden jurídico contra conductas que desconocen el derecho ajeno, incluso aquellas que basan tal desconocimiento en el ejercicio de un derecho propio. Por ello, el ejercicio abusivo de los derechos está constitucionalmente prohibido al prescribirse como deber de la persona “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (CP, art. 95.1). Se irrespetan derechos ajenos por abuso de los propios “cuando su titular hace de ellos un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines”<sup>20</sup>, de forma tal que al practicarlos se desvirtúan su función y la finalidad. Los

derechos y libertades consagrados en la Constitución entrañan deberes y responsabilidades que se materializan en principios de dignidad humana, solidaridad, buena fe o efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, y específicamente, en los fines propios de la norma objetiva que consagra determinado derecho subjetivo. Tales conceptos constituyen límite al ejercicio de los derechos y su ejercicio indebido compromete la responsabilidad del que abusa de él<sup>21</sup>.

4.3.3. También constituye un límite al ejercicio de ese derecho, el imperio del orden jurídico y el interés público en su preservación, principios que buscan la convivencia armónica, la prosperidad general y el “logro y mantenimiento de la paz” (CP, Preámbulo y art. 95.6)<sup>22</sup>. Ha dicho la jurisprudencia constitucional que este “debe ser concebido como un medio para lograr el orden social justo, que se funda en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales y en el cumplimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho”<sup>23</sup>. De esta forma, dado que el orden jurídico mismo garantiza las concepciones religiosas o ideológicas de sus miembros, así como su manifestación por medio de la práctica ritual asociada a una creencia particular, el Estado debe ser especialmente cuidadoso en sus intervenciones, pues con ellas puede afectar la independencia y libertad de las personas que profesan una confesión o credo<sup>24</sup>.

La Ley Estatutaria 133 de 1994<sup>26</sup> estipuló en los siguientes términos los mismos límites a los que se ha hecho referencia en relación con la expresión de la libertad religiosa y de cultos:

“Artículo 4. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de cultos, tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público, protegido por la ley en una sociedad democrática.

El derecho de tutela de los derechos reconocidos en esta Ley Estatutaria, se ejercerá de acuerdo con las normas vigentes.”

“Artículo 6. La libertad religiosa y de cultos garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente autonomía jurídica e inmunidad de coacción, entre otros, los derechos de toda persona: a) De profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente su religión o

creencias religiosas o la ausencia de las mismas a abstenerse de declarar sobre ellas; b) De practicar, individual o colectivamente, en privado o en público, actos de oración y culto; conmemorar sus festividades; y no ser perturbado en el ejercicio de estos derechos. (...)

4.3.5. Concluye entonces la Sala, que el derecho fundamental a la libertad de religión y cultos constituye la autonomía de las personas de afiliarse a cualquier confesión religiosa y actuar según sus propias convicciones, profesando una fe y divulgando sus mandatos, bajo límites constitucionales y legales establecidos para el ejercicio de dicha libertad, tanto en los derechos de los demás como el orden jurídico y público.

4.4. El deber de prestación del servicio de salud ante la negativa del paciente a recibir el medicamento o tratamiento prescrito por razones de conciencia religiosa. La Contradicción entre dos derechos.

4.4.1 La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la protección constitucional del derecho a la vida y a la salud implica garantizar el derecho de los pacientes a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece. Tal información es necesaria para asegurar un consentimiento informado del paciente respecto de la realización del tratamiento prescrito, para lo cual es menester se le informe debidamente sobre las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y se le explique los riesgos que se corre con cada una de ellas. Todo ello para que esté en condiciones de ejercer su derecho a optar de modo libre y autónomo por el tratamiento que juzgue conveniente o por la no práctica de terapéutica alguna. Siendo titular de su propia vida, la decisión respecto de los medios o recursos disponibles para la recuperación de la salud es desarrollo de la autonomía personal del paciente, la cual se encuentra íntimamente relacionada con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas, superándose así la visión paternalista de la salud -que rigió por mucho tiempo- según la cual el médico adoptaba libremente las determinaciones clínicas a favor de su paciente sin su pleno consentimiento.<sup>27</sup>

El consentimiento informado supone que el médico determina, con base en su sabiduría, el procedimiento o tratamiento que constituya la mejor alternativa para curar, paliar o mitigar el dolor que produce la enfermedad del paciente. Así, le compete al profesional de la salud

explicar de modo claro, completo detallado y preciso las ventajas, implicaciones y riesgos que le puede traer su práctica, con el fin de que el paciente se haga cargo de su propia situación. El paciente por su parte, atendiendo el principio de autonomía, tiene el derecho a decidir y elegir el procedimiento médico que mejor se acomode a sus condiciones, sin que se le pueda imponer una vía terapéutica en contra de su voluntad, aunque según el criterio médico esa resulte ser más idónea o la curativa de la enfermedad.

4.4.2 En la sentencia T-401 de 1994, esta Corporación precisó que el consentimiento informado se encuentra estructurado a partir de dos principios básicos: “1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación. // 2. La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.”

4.4.3 De este modo, en desarrollo de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, el paciente informado puede rehusar, bajo su riesgo, la aplicación de determinado tratamiento médico, liberando así a la entidad prestadora del servicio de salud del deber de protección del derecho a la salud por la imposibilidad de hacerlo sin violentar la libre autodeterminación del paciente. Ahora bien, si la negativa a recibir un medicamento o tratamiento médico no entraña una decisión -consciente e informada- de rechazo a la atención misma en salud, sino a determinada práctica o prescripción, y ella se funda en razones constitucionalmente válidas, el derecho del paciente a la salud y el deber correlativo de la entidad prestadora de servirla no desaparecen: surge, en cabeza de esta última, el deber de procuración de un tratamiento alternativo que concilie la objeción del paciente con su derecho a la salud al cual no ha renunciado.

4.5. La jurisprudencia constitucional. El derecho a la salud frente al derecho a la libertad de cultos.

4.5.1. En la Sentencia T-659 de 200228, la Corte negó el amparo por considerar que debía primar la decisión adoptada por la paciente conforme a su credo religioso, sin que fuera lícito obligarla a asumir otro comportamiento. Explicó la Corte que la señora: “era titular de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos y, según la fe que profesaba, debía rehusarse a que se le practicaran transfusiones de sangre, de modo que, siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe.”

4.5.2. En la sentencia T-823 de 2002, esta Corporación decidió el caso de una señora que interpuso acción de tutela contra el Hospital que en acatamiento de su deber profesional de conocimiento médico o ‘lex artis’, se abstuvo de practicar una cirugía recomendada por su médico, dada la negativa de la accionante de recibir transfusiones sanguíneas, como postura de su vocación religiosa, en tanto que pertenecía a los “Testigos de Jehová”.

En relación con el carácter de derecho fundamental inviolable que la propia Constitución Política le otorga a la vida y al deber de procurar el cuidado integral de su salud, esta Corporación afirmó lo siguiente:

“[t]eniendo el derecho a la vida un carácter prioritario y el derecho a la salud una connotación irrenunciable, no es admisible que, so pretexto de aplicar una determinada doctrina, ciertos grupos religiosos pretendan limitar el acceso de sus fieles a la ciencia médica, a las intervenciones quirúrgicas o a los tratamientos terapéuticos indispensables para proteger sus derechos fundamentales. Ello, en contraste con la posición asumida por dichos credos de dar prevalencia a determinados procedimientos que mejor se ajustan a sus creencias espirituales, pero que resultan carentes de respaldo científico y que pueden llegar a ser potencialmente inseguros para salvaguardar la salud y la vida de las personas.

En efecto, la Corte ha sostenido que el derecho a la vida constituye un valor superior e inviolable que se funda en un presupuesto ontológico para el goce y la ejecución de los demás derechos de carácter fundamental, y así lo han reconocido varios instrumentos internacionales de derechos fundamentales. De esta manera, dicho derecho se estructura como el primero de los derechos fundamentales, poniendo de presente que sólo basta existir

para ser titular del mismo.”

Esta Corporación confirmó la sentencia de segunda instancia que negó el derecho del actor, al considerar la improcedencia del mecanismo constitucional para obligar al médico que proceda de una manera contraria a su conocimiento y realice la cirugía sin la transfusión de sangre que el actor se niega a aceptar en razón del culto que profesa y respecto del cual no existe en su criterio otra alternativa científica que permita la supervivencia del paciente. Por ello, en la sentencia comentada, la Sala de Revisión concluyó: “si bien la accionante es titular del derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en los artículos 18 y 19 de la Constitución, que le permiten profesar y divulgar libremente su religión, no es menos cierto que su padecimiento le afecta su derecho a la salud en conexidad con la vida digna. Por otra parte, no puede endilgarse responsabilidad en los profesionales tratantes por el hecho de rehusarse a operar en acatamiento de los mandatos de su profesión dado el incumplimiento de la accionante a obedecer las instrucciones clínicas necesarias para garantizar sus derechos a la vida y a la salud (*lex artis*).”

4.5.3. En la sentencia T-471 de 2005, la Corte estudio el caso de una persona que solicita de la EPS a la cual se encuentra adscrito, el suministro de medicamentos ordenados por su médico tratante en reemplazo de la transfusión de sangre como parte del tratamiento de la anemia que padece y que el paciente se niega a aceptar por motivos religiosos al pertenecer, junto con su familia a los Testigos de Jehová. En esta oportunidad, la Corte destacó nuevamente la importancia de contar con el consentimiento informado del paciente para llevar a cabo un tratamiento médico o una intervención quirúrgica y además afirmó que: “[l]a decisión de no aceptar la transfusión de sangre constituye un acto razonado y legítimo del accionante, en tanto que fue voluntario, realizado en ejercicio de la autonomía, en acatamiento de su creencia religiosa y en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad y libertad de cultos.” Por tanto, ordenó además de la protección de los derechos fundamentales del actor, el suministro del medicamento solicitado.

En síntesis, según la línea jurisprudencial expuesta, como se indicó en el capítulo precedente, cuando se trata de procedimientos médicos que deban rehusar las personas en virtud de sus creencias religiosas, la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos, siempre que exista el consentimiento informado del paciente, otorgado por sujeto plenamente capaz,

de manera voluntaria, libre y razonada y en virtud de la autonomía personal de que es titular, verificando en todo caso, que no incumpla con la obligación que tiene de preservar en todo momento su vida, integridad personal y su salud y además que, con ello no cause daño a los demás.

#### 4.6. El Caso Concreto.

4.6.1. A José Germán Álava Apráez le fue diagnosticada la enfermedad Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, en el mes de abril de 2008. Dicho padecimiento fue tratado con esteroides y ciclofosamida, las cuales fueron suspendidas por sus efectos colaterales y por ser tan sólo un paliativo. Tanto el médico particular del actor como su médico tratante adscrito a Saludcoop EPS, recomendaron cambiar los medicamentos por “eculizumab”. El accionante indico que el tratamiento curativo “requiere de transfusiones sanguíneas, las que no acepto por convicción religiosa. Forzarme a adoptar ésta alternativa sería desconocer mi derecho al ejercicio de mi libre personalidad”. Saludcoop EPS negó el suministro del medicamento argumentando que carece de registro sanitario de Invima.

Se tiene entonces que (i) el padecimiento sufrido por el accionante requiere de manera primaria de un trasplante alogénico de médula ósea que conlleva transfusión de sangre, tratamiento éste curativo; (ii) que dicho procedimiento fue rechazado por el accionante debido a la convicción religiosa que profesa, (iii) que tanto el médico particular del actor como su médico tratante adscrito a Saludcoop EPS, recomendaron cambiar los medicamentos por “eculizumab”. (iv) que la EPS negó la autorización de esta droga no incluida en el POS ni autorizada por el Comité Técnico Científico -por carecer de registro de Invima-, insistiendo en que el trasplante de médula ósea fue el tratamiento ordenado para lograr la curación de la enfermedad, mientras el Eculizumab fue sugerido como una segunda opción terapéutica y no es curativa sino paliativa.

4.6.2. Pues bien, en primer lugar y en concepto de esta Sala, la negativa de aceptar el trasplante constituye un acto de la autonomía individual del accionante, razonado, libre, espontáneo y válidamente expresado por él, acogido producto de la información que le suministró su médico tratante de manera clara, detallada completa e integral sobre las alternativas existentes para atender la enfermedad. Por tanto, la EPS, el médico ni el Juez constitucional pueden desconocer tal manifestación, ni mucho menos imponer su criterio en

tanto que proviene de su propia voluntad expresada de manera conciente, como titular del derecho fundamental a la libertad de cultos, libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad. De este modo, en desarrollo de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, el accionante puede rehusar, bajo su riesgo, la aplicación de determinado tratamiento médico. Radicalmente podría afirmarse que con dicha opción libera a la entidad prestadora del servicio de salud del deber de protección del derecho a la salud por la imposibilidad de hacerlo sin violentar la libre autodeterminación del paciente.

No obstante y en segundo lugar, dentro del expediente se evidencia que el médico tratante del solicitante le prescribió el medicamento "eculizumab, el cual según la EPS Saludcoop demandada en sede de tutela, no puede ser autorizada por no estar incluido en el POS ni autorizado por el Comité Técnico Científico -por carecer de registro de Invima-. Del expediente igualmente se desprende que el trasplante alogénico de médula ósea es la opción curativa de la enfermedad, que el medicamento "eculizumab" ordenado disminuye los síntomas de la enfermedad y que existen otras terapias con intención paliativa como los esteroides, la cocloosporina y la ciclofosfamida, que según el médico tratante han demostrado ser menos efectivas (numeral 2.2.2).

Pues bien, dentro de los escenarios del caso encontramos (i) uno según el cual se debe aceptar constitucionalmente el rechazo del tratamiento ordenado por parte del accionante en tutela, en aras de proteger su libertad de culto y su objeción de conciencia, lo que de inmediato excluiría de manera absoluta a la entidad prestadora de salud de otorgar algún otro tipo de prestación; (ii) otro según el cual la entidad prestadora de salud está obligada a otorgar de manera incondicional un tratamiento o medicamento alternativo al paciente que supla el trasplante alogénico de médula ósea.

El primero de los escenarios, puede afirmarse, iría en contra del principio general de la cláusula de libertad. En efecto, si al interior del Estado Democrático como el nuestro se pretende garantizar el derecho de libertad, entendida como la facultad de actuar, mal podría de manera tajante o incondicional sancionarse ese actuar - es decir la acción positiva mediante la cual se hace valer el derecho a la libertad de culto - no otorgándose otra opción o alternativa que permita que la persona seleccione verdaderamente entre dos posibilidades. Situación que se presenta en el presente caso donde el sistema de salud - ante la evidencia del rechazo amparado por la Constitución- no se sienta compelido en lo

más mínimo a buscar otra alternativa u opción que pueda beneficiar a la persona. La “libertad de culto” estaría en entredicho al circunscribirse al actuar mismo y no a la oportunidad de actuar, en voces de Berlín.

El segundo de los escenarios, establecería una carga desproporcionada para el Estado por cuanto se vería ante una obligación ilimitada y total. Ciertamente, un límite al ejercicio de cualquier derecho- como la libertad de culto - se estructura en el imperio del orden jurídico, en la preservación del interés público - principios éstos que buscan la convivencia armónica, la prosperidad general y el “logro y mantenimiento de la paz” (CP, Preámbulo y art. 95.6) - en la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público, protegido por la ley en una sociedad democrática. En el presente caso, exigir de manera absoluta que el sistema de salud otorgue un opción que supla el tratamiento ordenado - ante la posibilidad que médicamente no exista - es violentar el principio general del derecho según el cual nadie esta obligado a lo imposible.<sup>29</sup>

Así las cosas, y en tercer lugar, encuentra esta Sala de Revisión que la valoración adecuada de los intereses en juego- esto es el rechazo del accionante para realizarse el trasplante alogénico de médula ósea y la negativa absoluta de la EPS Saludcoop de otorgar el medicamento “eculizumab; implica tener presente que al parecer existen otras alternativas diferentes a tratamiento y al medicamento mencionados. En efecto, en opinión del médico tratante otras terapias con intención paliativa como los esteroides, la ciclosporina y la ciclofosfamida, son opciones que al parecer han sido menos efectivas.

Pues bien, con el propósito de garantizar la libertad de cultos, se debe entender que la renuncia al tratamiento por parte del accionante no lo hace perder el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud; sigue en pie el deber de la EPS de otorgar al solicitante tratamientos alternativos. Ahora, en aras de garantizar de manera efectiva el ejercicio de la libertad de cultos del accionante sin que necesariamente se obligue de manera incondicional al sistema de salud a otorgar una alternativa que supla efectivamente el tratamiento inicialmente prescrito, esta Sala como consecuencia de lo expuesto protegerá la salud y la vida digna del accionante bajo dos premisas: (i) el accionante tiene derecho a seguir siendo tratado médicamente, por tal razón (ii) el Comité Técnico Científico está en la obligación de darle una segunda opción (sobre la base que se le ofreció una opción que no aceptó) consistente en un medicamento o procedimiento que se encuentre avalado por el

INVIMA. Por consiguiente, se ordenará que se convoque el Comité Técnico Científico, al cual deberá asistir y ser oído el doctor José Luis Timaná Arciniegas en calidad de médico tratante del accionante; para evaluar la existencia científica y médica de opciones o alternativas que permitan suplir el trasplante alogénico de médula ósea rechazado por el accionante. En el evento que dicho Comité encuentre que existe una opción alternativa se le pondrá de presente al accionante para que este en uso de su libertad seleccione entre dicha opción y el trasplante ya mencionado. Igualmente, si como resultado de las deliberaciones de dicho Comité se encuentra que no existe científicamente ni médicamente opción alternativa que supla el trasplante tantas veces referido, el accionante deberá optar entre realizarse el trasplante alogénico o no y por ende asumirá las consecuencias y responsabilidades de dicha escogencia, como resultado de su libertad. En consecuencia, se revocará el fallo de instancia y se concederá la tutela bajo los parámetros acá señalados.

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto con función de Control de Garantías de Pasto del 27 de julio de 2009. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la libertad de cultos, a la salud y a la vida en condiciones dignas, así como al libre desarrollo de la personalidad del señor José Germán Álava Apráez, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a Saludcoop EPS, que a través del Comité Técnico Científico, el cual deberá reunirse a más tardar dentro de la semana siguiente a la notificación del presente fallo y al cual deberá asistir y ser oído el médico tratante del accionante, para que evalúe la existencia científica y médica de opciones o alternativas que permitan suplir el trasplante alogénico de médula ósea rechazado por el accionante. En el evento que dicho Comité encuentre que existe una opción alternativa se le pondrá de presente al accionante dentro de las 48 horas siguientes para que éste en uso de su libertad seleccione entre dicha opción y el trasplante ya mencionado.

TERCERO. ADVERTIR a Saludcoop EPS que en el evento de que encuentre que existe opción alternativa que supla el trasplante alogénico de médula ósea, no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado ni el suministro de ninguno de los servicios médicos y procedimientos que requiera con ocasión de la enfermedad que padece el señor José Germán Álava Apráez al pago de cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación.

CUARTO. Saludcoop EPS de conformidad con la Ley 1122 de 2007 y la Sentencia C-463 de 2008, podrá repetir por el 50% de la suma de los dineros invertidos en el evento del numeral tercero de este resuelve, contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA en relación con el medicamento formulado por un médico tratante adscrito a la entidad, no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido e indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por parte de la EPS.

QUINTO. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

## SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

A LA SENTENCIA T-052/10

Referencia: T-2380192

Accionante: José Germán Álava Apráez

Accionado: Saludcoop EPS

Magistrado Ponente:

1. Con el respeto que merecen las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación expongo las razones por las cuales discrepo de aquella adoptada en sentencia de tutela T-052 de 2010.

2. El problema jurídico planteado en la sentencia de tutela T- 052 de 2010 dice:

“si tras el rechazo del actor al tratamiento terapéutico de cura ofrecido por la EPS, en razón de sus creencias religiosas, la negativa de la entidad accionada a suministrar el medicamento excluido del POS –pero autorizado por su médico tratante- constituye una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud en condiciones dignas y al libre desarrollo de la personalidad.”.

3. La sentencia aprobada juzgó que “(...) con el propósito de garantizar la libertad de cultos, se debe entender que la renuncia al tratamiento por parte del accionante no lo hace perder el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud; sigue en pie el deber de la EPS de otorgar al solicitante tratamientos alternativos. Ahora, en aras de garantizar de manera efectiva el ejercicio de la libertad de cultos del accionante sin que necesariamente se obligue de manera incondicional al sistema de salud a otorgar una alternativa que supla efectivamente el tratamiento inicialmente prescrito, esta Sala como consecuencia de lo expuesto protegerá la salud y la vida digna del accionante bajo dos premisas: (i) el accionante tiene derecho a seguir siendo tratado medicamente, por tal razón (ii) el Comité Técnico Científico está en la obligación de darle una segunda opción (sobre la base que se le

ofreció una opción que no aceptó) consistente en un medicamento o procedimiento que se encuentre avalado por el INVIMA. Por consiguiente, se ordenará que se convoque el Comité Técnico Científico, al cual deberá asistir y ser oído el doctor José Luis Timaná Arciniegas en calidad de médico tratante del accionante; para evaluar la existencia científica y médica de opciones o alternativas que permitan suplir el trasplante alogénico de médula ósea rechazado por el accionante. En el evento que dicho Comité encuentre que existe una opción alternativa se le pondrá de presente al accionante para que este en uso de su libertad seleccione entre dicha opción y el trasplante ya mencionado. Igualmente, si como resultado de las deliberaciones de dicho Comité se encuentra que no existe científicamente ni médicamente opción alternativa que supla el trasplante tantas veces referido, el accionante deberá optar entre realizarse el trasplante alogénico o no y por ende asumirá las consecuencias y responsabilidades de dicha escogencia, como resultado de su libertad. En consecuencia, se revocará el fallo de instancia y se concederá la tutela bajo los parámetros acá señalados.”

De lo que se concluye que por medio de la orden impartida se busca proteger el derecho a la libertad religiosa al brindarle al accionante otra opción de tratamiento diferente al trasplante de médula. Así mismo se pretende proteger su derecho a la salud para que siga siendo beneficiario del servicio de salud.

4. Con base en lo anterior, contrario a lo considerado por la mayoría de los integrantes de la Sala, estimo que la entidad accionada no vulneró los derechos a la libertad de cultos, a la salud y a la vida en condiciones dignas del accionante. Las razones que sustentan la anterior posición se expondrán a continuación.

4.1. En primer lugar, frente al derecho a la libertad religiosa, parto de la noción de que una premisa del ejercicio de la libertad es tener la posibilidad de escoger una alternativa de acción sin que haya impedimentos, restricciones o resistencias en la decisión<sup>30</sup>. En el caso de la libertad religiosa esto implica que se reconoce el derecho que tiene toda persona de creer en lo que quiera sin algún tipo de restricción, y así mismo, que en virtud de dichas creencias se proteja la posibilidad de realizar actos públicos o privados relacionados con sus convicciones y actos de difusión de su propia religión (bajo la faceta de acción del derecho) y, por otro lado, no ser obligado a hacer algo en razón de sus creencias (faceta de omisión del derecho).<sup>31</sup> De manera que frente a la libertad religiosa, considero que esta se encuentra

protegida cuando el individuo tiene la posibilidad de escoger cómo actúa (hace o no hace) de acuerdo a sus creencias, sin encontrar obstáculos, impedimentos, resistencias o restricciones, lo cual a su vez materializa la visión de la libertad como positiva (la posibilidad de autodeterminación o que uno sea su propio amo) y negativa (no encontrar restricciones u obstrucciones en su quehacer o que otros hombres no le impidan a uno la posibilidad de escoger).<sup>32</sup>

Considero que en nuestra Constitución al adoptar la forma del Estado laico impide la imposición a las autoridades de obligaciones prestacionales en aras de proteger el derecho a la libertad religiosa. Si bien es cierto que existen ciertas obligaciones positivas que busquen fortalecer la autonomía del individuo frente a sus creencias, sería una contradicción obligar al Estado a hacer cosas, como construir centros de culto, obligar la instauración de cátedras religiosas en las instituciones educativas, entre otros, en aras de proteger la autonomía, pues en últimas se estaría vulnerado su mandato como Estado laico.

Ahora, al estudiar la posible vulneración del derecho a la libertad religiosa en el presente caso, encuentro que lo se busca proteger es la faceta de omisión del derecho, y por tanto se evite que el individuo sea obligado a hacer algo que va en contra de sus creencias y así se le permita escoger libremente sobre su actuar, pues es claro que en éste caso el accionante, siendo amo de si mismo, determinó que por sus creencias religiosas no puede practicarse el trasplante de médula. Bajo este supuesto, encuentro que no hubo vulneración alguna, como ya lo expresé, pues el accionante no fue obligado a realizarse el trasplante de médula ósea que conlleva una transfusión de sangre y que iría en contra de sus creencias como Testigo de Jehová. Pues en ningún momento encontró obstáculos por parte de la entidad demandada para que su voluntad y ejercicio de su libertad religiosa fuera respetado. Lo anterior, implica así mismo que al ejercer su libertad, el accionante tiene que acarrear las consecuencias de sus acciones, lo que en este caso implica que no le sea practicado el tratamiento que le cura a su patología y que puede salvar su vida. Siendo esto la expresión de la máxima Kantiana “el ser humano es libre de sus actos, pero esclavo de sus consecuencias.”

4.2. Con base en lo anterior, no comparto el criterio de la Sala que indica que en aras de proteger la libertad religiosa, es deber de la entidad prestadora de salud otorgar de manera incondicional un tratamiento o medicamento alternativo al trasplante de médula. A mi forma de ver, la libertad religiosa se protege en este caso, eliminando las barreras que

puedan existir para que el accionante pueda decidir con base en sus creencias no hacerse un tratamiento; en últimas la libertad de elegir se concreta en si quiere o no hacerse el tratamiento, sin que sea obligado a practicarse un tratamiento para salvar su vida. Lo anterior no implica que en virtud de la libertad religiosa éste deba tener una baraja de opciones para escoger sobre qué tratamiento practicarse, pues esas otras opciones no tienen relación alguna con su credo.

De manera que las opciones de tratamiento y continuidad del servicio de salud que debe prestar la entidad promotora de salud, se hace en aras de proteger el derecho a la salud del individuo y no como una manifestación del derecho a la libertad religiosa. Al respecto en la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional, al referirse al derecho a la salud, indicó:

Las entidades del Sistema de Salud tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que le garantice en mayor medida su derecho.

De tal manera que es claro que al proteger el derecho a la salud, también se busca proteger la autonomía y libertad del individuo, al darle la posibilidad que éste escoja la entidad prestadora, el procedimiento o tratamiento, el médico tratante entre otros. Por tanto, es claro que la libertad de escogencia en nuestro sistema de salud, no requiere que la persona apele al derecho a la libertad religiosa para que se le brinden opciones de tratamiento.

Dicha posición es compartida en la sentencia T-471 de 2005, en esta oportunidad un Testigo de Jehová solicitaba que la entidad prestadora de salud le autorizara unos medicamentos, no incluidos en el POS, que necesitaba para incrementar el conteo de glóbulos rojos en su organismo puesto que no quería hacerse un transplante de médula ósea por motivos religiosos. Argumentó en ese caso que en aras de su libertad religiosa, no le podían obligar a hacerse un transplante de médula, pero si debían brindarle el otro tratamiento. En esa oportunidad la Corte tuteló el derecho a la salud en conexidad con la vida, pues si bien el motivo por el cual el accionante no quería hacerse el transplante era su creencia religiosa, en realidad el derecho que se encontraba en juego era el derecho a la salud, como ocurre en el caso objeto de este salvamento. En aquella oportunidad concluyó la Corte:

“(…) verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos jurisprudenciales [en relación a la

inaplicación de las limitaciones y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud], la Sala concluye que la negativa de SUSALUD EPS de suministrar al señor Oscar Hernando Corrales Cuartas los medicamentos de Eritropoyetina y Sondastastin, prescritos por su médico tratante, es violatoria de su derecho a la salud en conexidad con la vida, toda vez que se trata de un sujeto con graves padecimientos en su salud debido a la Anemia y Fístula Gastrointestinal que lo aquejan. En consecuencia, la Sala ordenará a SUSALUD EPS a la cual se encuentra adscrito el accionante, autorizar el suministro de los medicamentos.”

Ahora bien, encuentro que en el presente caso, el derecho a la salud del accionante tampoco fue vulnerado, pues de los hechos narrados, se observa que al accionante le fue ofrecido y practicado un tratamiento paliativo (sección 2.2.2 de la providencia), en ausencia de otro tratamiento curativo. Por lo tanto, aún sí apoyara la posición de la Sala, es claro que el accionante ya le fue ofrecida otra opción y le fue practicada.

5. Finalmente, encuentro que la denuncia de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante por la negativa a autorizar el tratamiento con Eculizumab, el cual es un medicamento no POS y que no se encuentra autorizado por el INVIMA, no fue resuelta. Al respecto la jurisprudencia en la sentencia T-1214 de 2008, estableció: “De la jurisprudencia de la Corte respecto de medicamentos no POS, en caso de que los mismos carezcan de registro INVIMA, es claro que para conceder el amparo por vía de tutela, la negativa de suministro debe poner en grave riesgo la vida del paciente, así como también, debe estar acreditado por el médico tratante adscrito a la EPS que el medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente y que no se trata de una droga en etapa experimental; lo cual se presume, si el médico tratante prescribe el medicamento y el diagnóstico no es controvertido en dicho sentido. Por último, se debe verificar que el paciente carezca de capacidad de pago para asumir el costo del mismo.”

Al revisar los anteriores criterios, encuentro que en el presente caso no se cumple con el primer requisito, pues desafortunadamente, como bien lo señalan los médicos tratantes del accionante, el medicamento solicitado es un paliativo, que no va a salvar la vida del accionante, puesto que no existe una cura diferente a la ya desestimada por el accionante para la patología que padece.

Adicionalmente a no cumplir con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para estos

casos, considero que ordenar el gasto de un medicamento paliativo que tiene un costo de trescientos ochenta mil dólares al año, es un gasto desproporcionado teniendo en cuenta que dentro del POS existen otros tratamientos paliativos que no son tan costosos para el sistema general de salud.

En estos términos dejo sentada mi posición acerca de este caso.

Fecha ut supra,

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

1 Sentencia T-1207 de 2001. Ver también las sentencias T-484 de 1992, T-491 de 1992, T-300 de 2001, SU-819 de 1999, T-523 de 2001, T-406 de 2001, y T-586 de 2002.

3 La acción de tutela fue presentada el 7 de julio de 2009. Ver folios 1 a 4 del cuaderno #1.

4 El actor afirma tener 48 años de edad.

5 Copia del registro médico de fecha 28 de mayo de 2008, suscrito por el médico Rafael Arteaga de Hemato-Oncólogos de Imbanaco S.A., en la ciudad de Cali (folios 6 a 8 del cuaderno #1).

6 Se consignó en la historia clínica, con fecha 18 de marzo de 2009, lo siguiente: "(...) Paciente con anemia hemolítica por HPN. A pesar de esteroides tiene anemia severa sintomática por lo cual se considera uso de eculizumab. (subraya fuera de texto). Paciente testigo de jeova (sic) quien no acepta transfusión de hemoderivados. Además se solicita estudios HLA I y II en paciente y hermanos para definir presencia de dodante (sic) progenitores hemopoyeticos con fin trasplante alogenico médula osea como única opción curativa. Pero hasta el momento no los ha realizado. En caso de conseguir eculizumab (Este medicamento no tien (sic) registro invima) se administra así...".

7 Ver folios 16 y 17 del cuaderno #1.

8 Ver folio 59 del cuaderno #1, oficio No. S.R.S. 300-2371 de fecha 24 de julio de 2009, mediante el cual la Subdirectora de Registro Sanitario del Invima, informó al Juez de conocimiento que el medicamento Eculizumab o Soliris, no cuenta con el registro sanitario.

9 Sobre la situación personal, económica, de salud, familiar y religiosa del accionante, el Juzgado de instancia recibió declaración juramentada del señor Luis Eduardo Fajardo Rivera (fls. 44 a 46 del cuaderno #1).

10 Ver folio 30 del cuaderno #1, fotocopia del oficio de fecha 14 de julio de 2009 mediante el cual la Secretaría de Tránsito de Pasto informa al Juez de instancia que el accionante no tiene registro alguno ante esa dependencia. A folio 47 del Cuaderno #1, oficio de fecha 15 de julio de 2009, mediante el cual la Cámara de Comercio de Pasto hace constar que el accionante no se encuentra registrado en esa entidad.

11 Sentencia T-1207 de 2001. Ver también las sentencias T-484 de 1992, T-491 de 1992, T-300 de 2001, SU-819 de 1999, T-523 de 2001, T-406 de 2001, y T-586 de 2002.

12 Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

13 Respecto de la obligatoriedad interpretativa del preámbulo constitucional se pueden consultar las Sentencias C-578 de 2002 y C- 446 de 2009.

14 Berlin , Isaiah . B“ Cuatro Ensayos sobre la libertad “ Alianza Editorial, Madrid España , 2003. pag 231

15 Berlin, Isaiah. Ob, Cit pag 231 y 232

16 Berlin, Isaiah. Ob, Cit, pag 14

17 Berlin, Isaiah. Ob, Cit, pag 49

18 Sentencias T-403 de 1992, T-877 de 1999. También, sentencia T-1047 de 2008, en la que se recordó que la libertad de religión, comprende no sólo la posibilidad de practicar de forma activa y libre una fe o creencia sin intervención del Estado ni de los particulares para restringir o imponer determinados patrones o modelos, sino el derecho a no ser obligado a

profesar o divulgar una religión en particular.

19 Ver sentencia T- 200 de 1995.

20 Sentencia T-511 de 1993

21 Sentencia T-1033 de 2001

22 Sentencia T-210 de 1994

23 Sentencia C-088 de 1994. Sentencia que revisó el proyecto de ley estatutaria que terminó en la Ley 133 de 1994

24 Sentencia T-403 de 1992

25 Sentencia C-088 de 1994, ya citada. En el mismo sentido también las Sentencias T-1047 y T-525 de 2008.

26 La Ley 133 de 1994, “Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política”

27 Sentencia T-401 de 2004 reiterada entre otras en las sentencias T-823 de 2002 y T-216 de 2008

28 En este asunto la Corte estudio el caso de una señora que anunciando pertenecer a la religión de los “Testigos de Jehová”, expresó por escrito su negativa a recibir transfusiones de sangre no obstante su delicado estado de salud. El amparo fue solicitado por su esposo con el fin de lograr por esta vía se realizara la transfusión, aún en contra de la voluntad de su esposa. El Juez de instancia rechazó la demanda por considerar que no procede contra particulares. La señora murió en el transcurso del proceso.

29 Respecto de éste principio se puede consultar la Sentencia C-388 de 2000.

30 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticas y Constitucionales. Madrid 2010. Traducción Carlos Bernal Pulido. Pg 187 y 189.

31 Sentencia T-982 de 2001. Esto se complementa con la posición de Robert Alexy, que

manifiesta que “La libertad general de acción es la libertad de hacer y omitir lo que se quiera.”

Op Cit, pg 301

32 BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. En Sobre la Libertad. Alianza Editorial. 2004. España. Pg 217.