

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Naturaleza y alcance/DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

El derecho a la salud es fundamental y que su contenido ha sido definido y determinado por el legislador estatutario y por la jurisprudencia constitucional. Los viejos debates sobre la naturaleza de este derecho y sobre su justiciabilidad, han dado paso a los debates sobre hacer real y sostenible su goce efectivo. En la actualidad no hay discusión sobre el carácter autónomo e irrenunciable de este derecho.

AUTORIZACION DE SERVICIOS MEDICOS EN EL EXTERIOR-Jurisprudencia constitucional

El Sistema de Seguridad Social en Salud, por regla general, no garantiza la prestación de servicios médicos que se lleven a cabo en el extranjero. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha indicado que la exclusión en mención no es admisible cuando está en riesgo la vida del afiliado. En estos casos, se debe demostrar que el procedimiento no puede ser realizado en Colombia, que el tratamiento no es de carácter experimental, que no se tiene la capacidad de pago para costear el mismo y, adicionalmente, que se cuenta con concepto favorable del médico tratante, en el que se indique la eficacia y el beneficio para la salud derivado del procedimiento, esto es, por qué se requiere con urgencia. Por supuesto, sin descartar otros aspectos particulares y específicos que un caso de esta naturaleza pueda presentar.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Vulneración por entidad prestadora de servicios de salud, por negar procedimiento o servicio médico en el exterior sin exponer motivos suficientes para adoptar dicha decisión

La entidad debe determinar si se encuentra en riesgo la vida del afiliado y deberá tomar en consideración que el servicio (i) no sea de carácter experimental, (ii) no pueda ser prestado en el país ni cuente con un servicio médico equivalente o sustituto en el territorio nacional, (iii) que represente un claro beneficio para la salud, y (iv) que no pueda ser costeadado por el afiliado.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a entidad prestadora de servicios de salud conceder una cita con un especialista para lectura de

Informe Genético realizado en el exterior

Referencia: Expediente T-5.886.878

Acción de Tutela instaurada por Lida Maritza Estepa León, en nombre y representación de su hijo Juan Sebastián Silva Estepa, en contra de Colombiana de Salud SA.

Magistrado Ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Aquiles Arrieta Gómez –quien la preside–, Alberto Rojas Ríos y José Antonio Cepeda Amarís, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente,

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido el ocho (8) de agosto de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama. Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.¹

I. ANTECEDENTES

El 26 de julio de 2016, la señora Lida Maritza Estepa León, actuando en nombre y representación de su hijo Juan Sebastián Silva Estepa, interpuso acción de tutela contra Colombiana de Salud SA, por considerar que esa entidad vulneró los derechos fundamentales de su hijo a la salud, a la vida y a la protección especial a las personas con discapacidad, al negar la realización del examen Hibridación Genómica Comparativa para su hijo.

En consecuencia, solicitó (i) ordenar a Colombiana de Salud SA que autorice y programe de manera inmediata la realización del examen Hibridación Genómica Comparativa para su hijo; (ii) ordenar que su hijo sea incluido en el Sistema de Seguridad Social en Salud de manera integral garantizando todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación, terapias y todos los servicios necesarios para garantizar la salud de su hijo; y (iii) ordenar que dicho servicio integral sea prestado a su hijo en un solo lugar.

1. Hechos

La accionante sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

1. El 6 de abril de 2011 nació Juan Sebastián Silva Estepa, hijo de la señora Lida Maritza Estepa León.² Ambos se encuentran afiliados a Colombiana de Salud SA.³

1. Desde que tenía ocho meses, el menor ha presentado problemas severos de salud y, según el diagnóstico médico, presenta un retraso global en su desarrollo. En razón a su diagnóstico médico, Juan Sebastián Silva Estepa debe realizarse controles médicos cada seis meses.

1. La especialista en neurología pediátrica Yazmín Sánchez solicitó la realización de un examen llamado Hibridación Genómica Comparativa para el menor, con el fin de identificar la enfermedad que padece Juan Sebastián Silva y que genera el retraso global en su desarrollo. Todo lo anterior, para poder determinar el tratamiento que se le debe suministrar al menor. Afirma la accionante que la enfermedad que padece su hijo debía tratarse antes de los 5 años.

1. El 18 de enero de 2016, Colombiana de Salud SA negó la solicitud de realización de este

examen, aduciendo que, según la guía del usuario, estos procedimientos estaban excluidos del Plan Obligatorio de Salud, ya que se deben realizar en el exterior.⁴ No obstante, la accionante indica que, de acuerdo con la especialista en neurología pediátrica Yazmín Sánchez, el examen Hibridación Genómica Comparativa se puede realizar en Colombia en alguna de las siguientes entidades: COLCAN, DINÁMICA o INSTITUTO DE REFERENCIA ANDINO. Adicionalmente, manifiesta que, según la neuróloga pediátrica, el examen está incluido en el POS y corresponde al código 908412.

1. Traslado y contestación de la demanda⁵

1. Respuesta de Colombiana de Salud SA

Colombiana de Salud SA se manifestó en contra de la demanda.⁶ Primero, precisó que la señora Lida Maritza Estepa León se encuentra afiliada a Colombiana de Salud SA, bajo el régimen de excepción aplicable a los docentes, mediante el Plan de Beneficios del Magisterio. Luego, indicó que el examen denominado Hibridación Genómica Comparativa se debe realizar o procesar fuera de Colombia.⁷ Finalmente, explicó que la prestación de servicios que se deba hacer fuera del país se encuentra excluida del Plan de Beneficios del Magisterio y que, por lo tanto, la solicitud de la señora Lida Maritza Estepa León fue negada.

1. Decisión del Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama

Mediante sentencia del 1º de agosto de 2016, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama tuteló parcialmente los derechos invocados. Indicó que

“(…) no puede la entidad accionada, escudar su negativa de autorización del examen, bajo el argumento que el mismo está excluido del Plan de Beneficios del Magisterio, toda vez, que este Plan de Beneficios del Magisterio se asemeja al Plan Obligatorio de Salud – POS- que rige el Régimen Contributivo, y por lo tanto no puede desconocer los parámetros que existen para dar inaplicabilidad al Plan de Beneficiarios del Magisterio y que ha enseñado la Jurisprudencia

Constitucional como ya vimos ut supra.”⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, evidenció que no se había agotado el trámite establecido en la ley y en la jurisprudencia, bajo el cual el menor debe ser valorado en Junta Médica de Especialistas en Neurología Pediátrica, para determinar si es procedente ordenar el examen e inaplicar la exclusión del Plan de Beneficios del Magisterio. Por lo tanto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama resolvió no conceder el amparo constitucional respecto de la autorización de la práctica del examen. Sin embargo, ordenó que se agote el trámite respectivo ante el Comité Técnico Científico de Neurología Pediátrica de Colombiana de Salud SA y se decida sobre “la viabilidad del examen ordenado por el Galeno tratante o en su defecto se prescriba un examen apto e idóneo a practicarse en este país”. Esta decisión no fue impugnada por ninguna de las partes.

1. Actuaciones surtidas en sede de revisión

1. Pruebas solicitadas

1. El Magistrado sustanciador, mediante auto del 13 de marzo de 2017, solicitó a Colombiana de Salud SA que remitiera copia de la historia clínica del menor e informara sobre el trámite llevado a cabo por el Comité Técnico Científico de Neurología Pediátrica. Particularmente, que indicara si se ordenó la práctica del procedimiento solicitado o un equivalente y bajo qué criterios se tomó la determinación.⁹ Por otra parte, se requirió a la madre del menor y a la especialista en neurología que ordenó el examen para que enviaran copia de la historia clínica e informaran sobre el estado de salud de Juan Sebastián Silva Estepa y si ya se había llevado a cabo el procedimiento ordenado. Finalmente, se ofició a varios laboratorios clínicos para que indicaran si en sus instalaciones se puede realizar el examen denominado Hibridación Genómica Comparativa o sus equivalentes.

1. El Magistrado sustanciador, mediante auto del 27 de marzo de 2017, reiteró algunas de las órdenes emitidas en el auto del 13 de marzo de 2017. Lo anterior debido a que Colombiana de Salud SA, la señora Lida Maritza Estepa León y Yazmín Sánchez (especialista en neurología pediátrica) no habían dado cumplimiento a lo requerido.¹⁰

1. Respuesta del laboratorio Clínico Médico -COLCAN-

El representante legal de la sociedad Centro Médico Oftalmológico y Laboratorio Clínico Andrade Narváez SAS – COLCAN SAS¹¹ manifestó que el examen denominado “Hibridación Genómica Comparativa” se encuentra en su portafolio de servicios. Preciso que una vez que el laboratorio toma la muestra, es enviada a uno de sus proveedores de red de apoyo internacional para el procesamiento y la posterior respuesta al paciente.

1. Respuesta de la IPS Suramericana SA

El director de asuntos legales de servicios de salud de la IPS Sudamericana SA¹² señaló que el examen “Hibridación Genómica Comparativa” es realizado por el laboratorio DINAMICA, el tiempo del informe es 15 días hábiles y que el procesamiento se presenta en la red de apoyo internacional.

1. Respuesta del Instituto de Referencia Andino SAS

La Coordinadora del laboratorio del Instituto de Referencia Andino SAS¹³ contestó el requerimiento hecho y expresó que en su portafolio de servicios se encuentra la prueba “Hibridación Genómica Comparativa” y que su procesamiento se lleva a cabo en los laboratorios de la Red de Apoyo Internacional.

1. Respuesta de la señora Lida Maritza Estepa León

La señora Lida Maritza Estepa León, madre del niño Juan Sebastián Silva Estepa, remitió documento que fue recibido por la Secretaría General de esta Corporación el 4 de abril de 2017. En su respuesta señaló que el examen “Hibridación Genómica Comparativa” que fue solicitado por una especialista en neurología pediátrica, ya fue autorizado y practicado por el Laboratorio Clínico COLCAN.¹⁴ Manifestó que no posee la historia clínica de su hijo debido a que se encuentra solicitando a la institución prestadora del servicio de salud, Colombiana de Salud SA que le conceda una cita con un especialista para la lectura de los respectivos exámenes y, de esta manera, conocer el estado de salud de su hijo.

1. Vencido el término probatorio, Colombiana de Salud SA no remitió copia de la historia clínica ni se pronunció sobre el trámite surtido en el Comité Técnico Científico de Neurología Pediátrica.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. Para la Sala la acción de tutela revisada es procedente a la luz de la Constitución Política (artículo 86) y la normatividad que la regula (Decreto 2591 de 1991, artículo 10). En efecto:

(i) Fue interpuesta por Lida Maritza Estepa León, actuando en nombre y representación de su

hijo Juan Sebastián Silva Estepa, quien tiene 6 años de edad y fue diagnosticado con retraso global en su desarrollo. (ii) Se presentó contra una entidad que presta el servicio público de salud (Colombiana de Salud SA) por no autorizar la práctica del examen denominado “Hibridación Genómica Comparativa”. (iii) La tutela se interpuso en un término prudencial entre la actuación que supuestamente vulneró los derechos de la accionante y la presentación de la acción. Lo anterior teniendo en cuenta que la entidad demandada negó la autorización del examen el 18 de enero de 2016 y la tutela fue interpuesta el 26 de julio de 2016, por lo que entre una y otra acción pasaron sólo 6 meses y 14 días. Finalmente, (iv) La tutela es el mecanismo idóneo para resolver la controversia puesta a conocimiento por la madre del niño Juan Sebastián Silva Estepa, teniendo en cuenta que la acción se dirige a proteger los derechos de un sujeto de especial protección constitucional, tanto por su edad (6 años) como por la situación de discapacidad en la que se encuentra. En efecto, son muchos los casos en los que la Corte ha reconocido la acción de tutela como medio de protección del derecho fundamental a la salud de los niños y niñas.

1. Problema jurídico

¿Vulnera una entidad que se encarga de prestar los servicios de salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Colombiana de Salud SA) los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la protección especial de un menor en situación de discapacidad, al negar la autorización para realizar un procedimiento médico (Hibridación Genómica Comparativa), argumentando que el mismo se encuentra excluido del Plan de Beneficios del Magisterio por tratarse de un examen que debe ser procesado en el exterior, pese a que su costo no puede ser asumido por la familia, a que es necesario para garantizar el derecho a la salud del paciente y a que, supuestamente, se puede hacer en Colombia?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá: (i) al derecho fundamental a la salud, (ii) a las consideraciones de la jurisprudencia constitucional sobre la viabilidad de autorizar servicios médicos en el exterior y (iii) determinará si existió una vulneración de los derechos fundamentales del menor Juan Sebastián Silva Estepa ante la negativa de la entidad de autorizar el procedimiento denominado “Hibridación Genómica Comparativa”.

1. El derecho fundamental a la salud

1. Bajo el orden constitucional vigente la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. El derecho a la salud, como pasará a explicarse, es un elemento estructural de la dignidad humana¹⁵ y presenta un carácter complejo por lo que implica su desarrollo, garantía, respeto y protección.¹⁶ Así se sigue de la Constitución Política, del contenido de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y de la jurisprudencia constitucional, tal como pasará a explicarse.

1. Para comenzar, el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009 se refiere al derecho a la salud y contempla que “[l]a atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Adicionalmente, el artículo 44 de la Constitución consagra como derechos fundamentales de los niños la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros. Además, diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) contemplan el derecho a la salud y exigen a los Estados Partes su garantía.

1. En la sentencia T-760 de 2008, se estudiaron varias acciones de tutela sobre la protección del derecho a la salud.¹⁷ La providencia indicó que “la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles”. Eso sí, dejó claro que el carácter fundamental de un derecho no hace que todos los aspectos de este sean tutelables y que debido a la complejidad del derecho a la salud su goce puede estar

supeditado a la disponibilidad de recursos materiales.¹⁸

1. El Legislador, por su parte, expidió la Ley Estatutaria 1751 de 2015 cuyo objeto es garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. Se trata de una ley de iniciativa gubernamental, que pone fin a los debates sobre la importancia y fundamentalidad del derecho a la salud en el orden constitucional vigente. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley mencionada dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y que “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”.¹⁹

1. Resulta necesario indicar que la Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control previo de constitucionalidad mediante la sentencia C-313 de 2014. En la providencia se indicó que la Corte Constitucional desde sus inicios propugnó por la caracterización del derecho a la salud como un derecho fundamental y que para ello superó la interpretación literal del texto constitucional. La Sala aseguró que entre los elementos a tener en cuenta al momento de calificar un derecho como fundamental, se encuentra su vinculación con el principio de la dignidad humana y la transmutación del derecho en una garantía subjetiva. Para la Corte, “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”.²⁰ Asimismo, esta Corporación resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”.²¹

1. En suma, hoy por hoy, es claro que el derecho a la salud es fundamental y que su

contenido ha sido definido y determinado por el legislador estatutario y por la jurisprudencia constitucional. Los viejos debates sobre la naturaleza de este derecho y sobre su justiciabilidad, han dado paso a los debates sobre hacer real y sostenible su goce efectivo. En la actualidad no hay discusión sobre el carácter autónomo e irrenunciable de este derecho.

1. Consideraciones de la jurisprudencia constitucional sobre la viabilidad de autorizar servicios médicos en el exterior

1. La jurisprudencia constitucional se ha referido a la posibilidad de que se presten servicios médicos en el extranjero, en casos en los cuales se ha solicitado la remisión, valoración o el tratamiento de pacientes por fuera del territorio colombiano. Incluso, se estudió una acción de tutela en la que la pretensión se dirigió a ordenar el reembolso de los costos generados por la atención de un paciente en una institución médica de otro país.

1. En la sentencia T-165 de 1995 se analizó la acción de tutela impetrada por una menor (coadyuvada por la procuradora primera en lo judicial para asuntos de familia) a quien se le diagnosticó “leucemia linfoblástica aguda”. La accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, los cuales consideró vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales al dilatar la autorización de su remisión al exterior para que se le practicara el trasplante alogénico de médula ósea, según lo conceptuado por el Comité Médico de Trasplantes de la Clínica San Pedro Claver y el Comité ad-hoc de remisiones al exterior.²² La Sala de Revisión tuteló los derechos de la accionante y estableció que “[s]iempre que la vida humana se vea afectada, en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado”,²³ sobre todo si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como ocurría en ese caso. Adicionalmente, señaló que en estas situaciones se debe dar prevalencia a la protección de las garantías constitucionales, antes que a las formalidades que eventualmente puedan obstaculizar su oportuno resguardo. Para terminar,

advirtió que se debe constatar que el tratamiento no puede ser realizado en el país “con el fin de no incurrir en erogaciones excesivamente cuantiosas y en medios extraordinarios en relación con la capacidad protectora del Estado”.

1. Luego, en la sentencia T-645 de 1996, la Sala Séptima de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta contra la Caja Nacional de Previsión Social, entidad que se negó a garantizar una valoración médica en el exterior, alegando que este tipo de procedimientos no se encontraban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).²⁴ En dicho caso, la accionante afirmó que, tras sufrir un accidente laboral en un caballo se lesionó la clavícula y la extremidad superior izquierda, padecimientos que empeoraron con el paso del tiempo y, por los cuales, sus médicos tratantes advirtieron que lo mejor para la paciente era ser valorada por un especialista en “patologías del plejo branquial” en el exterior. Sin perjuicio de lo considerado por los médicos, el Comité Técnico Consultivo de la Subdirección General de Salud de la entidad demandada se negó a autorizar el servicio médico. En esta oportunidad, la Corte dentro de su análisis se refirió a la razonabilidad en la prestación del servicio de salud que debe tener en cuenta las limitaciones presupuestales y logísticas a las que se enfrentan las entidades prestadoras de servicios médicos.²⁵ La Sala concedió el amparo de los derechos de la accionante como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y ordenó a la entidad accionada realizar una valoración médica documental, que consistía en contactar médicos foráneos especialistas en “plejo branquial”, a quienes, con base en los documentos que reposaban en la historia clínica de la actora, se les debía solicitar un concepto que sirviera de apoyo para los médicos tratantes de la entidad demandada.

1. Con posterioridad, la sentencia T-304 de 1998 analizó la acción de tutela interpuesta por un padre quien, actuando en calidad de agente oficioso, solicitó la protección de los derechos fundamentales de su hijo ante la negativa del ISS de reembolsar los costos que se generaron por la atención médica brindada a su hijo en el Centro Internacional de Restauración Neurológica (CIREN) en La Habana-Cuba. La entidad demandada señaló que ese tipo de atención no se encontraba contemplada en el manual de tarifas, que se debían considerar

otras alternativas y que la remisión del paciente no fue debidamente autorizada. A su vez, el agente oficioso sostuvo que el CIREN acogía otros pacientes remitidos por el ISS para su atención médico científica.²⁶ La Corte tuteló el derecho a la seguridad social y ordenó el reconocimiento y pago de los dineros desembolsados por la atención médica del paciente a partir de la fecha en la cual empezó a regir el convenio entre el ISS y el CIREN. Para llegar a tal conclusión, la Sala expuso que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social tienen un deber de utilizar “todos los medios institucionales y legales a su alcance” para preservar la vida.

1. Al poco tiempo, la sentencia T-395 de 1998 se pronunció con respecto a la acción de amparo interpuesta por una locutora de radio que fue diagnosticada con “disfonía espástica” y que al ver que el deterioro progresivo de su voz le impedía ejercer su oficio de locutora, decidió trasladarse a Baylor College Of Medicine en la ciudad de Houston, donde se reiteró el diagnóstico emitido en la entidad accionada y además se le documentó acerca de su patología y el tratamiento necesario. La accionante elevó petición solicitando al ISS asumir los costos que se generaran periódicamente con ocasión de su tratamiento, solicitud a la cual la entidad no dio una respuesta de fondo, sino que la sometió al trámite dispuesto por los Decretos 1307 de 1988 y 327 de 1989 para los procesos de remisión al exterior.²⁷ Aunque en esta oportunidad la decisión se enfocó en el amparo del derecho fundamental de petición, la Sala Séptima de revisión extrajo como conclusión que “el requisito fundamental de procedibilidad para la remisión al exterior es (i) la inexistencia de tratamiento médico posible en el país. Igualmente se requiere, para convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior, (ii) una decisión favorable de la Junta Médica, que debe consistir básicamente en el reconocimiento y señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y (iii) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país”,²⁸ condiciones que no se cumplían cabalmente en el caso objeto de estudio.

1. Sin duda, la sentencia más importante al respecto se daría el año siguiente, cuando la Sala Plena dictó la sentencia de unificación SU-819 de 1999.²⁹ La Corte analizó en aquella ocasión la acción de tutela de un ciudadano contra el Estado, el Ministerio de Salud y

Colmena Salud EPS, para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad física de su hijo a quien se le diagnosticó “leucemia mieloide crónica” y le había sido negada la autorización para llevar a cabo un “trasplante heterólogo de médula ósea con donante no relacionado”, por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS). En el país no se contaba con la tecnología requerida para este tipo de procedimientos. El padre del menor señaló que el procedimiento requerido para salvar la vida de su hijo podía ser realizado en el Hospital de la Universidad de Birmingham en Alabama-EEUU y que su costo excedía su capacidad económica, por lo que solicitó directamente al Estado que cumpliera con su deber Constitucional de garantizar el amparo de los derechos fundamentales de sus asociados. En esta oportunidad, la Sala Plena se refirió al conjunto de beneficios derivados del Sistema de Seguridad Social en Salud, los principios que rigen la relación entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud, los alcances del Plan Obligatorio de Salud, los tratamientos en el exterior y el derecho a la repetición contra el Estado-Fosyga por el valor de los procedimientos suministrados por una EPS que se encuentren fuera del POS. Luego de referirse a algunos aspectos del Sistema de Seguridad Social, la Sala hizo una breve reseña de la evolución normativa y jurisprudencial sobre la prestación del servicio de salud fuera del territorio colombiano e identificó los “parámetros legales que se deben tener en cuenta en relación con el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia”, a saber:

“a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, 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. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).

c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.

d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de éste medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, sino que, ante la inexistencia de otro medio de protección de carácter judicial, o frente a una situación de perjuicio irremediable que exija un amparo inmediato para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, se lleve a cabo en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas y las que dentro de su competencia corresponda definir al Consejo Nacional de Seguridad Social. Entonces, 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 especiales del usuario.

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., 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, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina 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) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.

i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

De otra parte, la preservación de los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho, impone tanto al juez de tutela, cuando se acuda a este mecanismo para obtener la defensa del derecho a la salud y por conexidad a la vida, como a las autoridades gubernamentales, representadas por el Ministerio de Salud a través del Fondo de Solidaridad y Garantía, el deber de solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago. Es que no puede olvidarse que en estos supuestos, se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos, con riesgo al equilibrio del sistema mismo de seguridad social en salud.

Finalmente, no sobra reiterar que conforme a la Constitución Política, la protección del derecho a la vida incumbe no sólo al Estado, o a la organización que éste establezca, según el sistema acogido, sino también a la sociedad y a los propios titulares del derecho fundamental.

j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar

el principio de la territorialidad del sistema.”³⁰

1. Con posterioridad, la Corte Constitucional revisó otras sentencias de tutela en las que se solicitó la autorización de servicios en el extranjero. No obstante, se reiteró la jurisprudencia unificada en la SU-819 de 1999. Así ha ocurrido, por ejemplo, en las sentencias T-597 de 2001,³¹ T-613 de 2012³² y T-180 de 2013.³³

1. En la actualidad la cuestión también ha sido objeto de regulación por parte del legislador. El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que el derecho a la salud será garantizado mediante la prestación de servicios y tecnologías. Sin perjuicio de ello, la norma establece los criterios a tener en cuenta para excluir los tratamientos o procedimientos que no pueden ser financiados con los recursos públicos destinados a la salud. Específicamente, el literal (F) se refiere a aquellos que tengan que ser prestados en el exterior.³⁴ Ahora bien, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control previo de constitucionalidad (sentencia C-313 de 2014),³⁵ la providencia advirtió sobre el contenido del artículo 15 que “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”. Concretamente, sobre el literal (F) del artículo que se refiere a los servicios prestados en el exterior, la Sala Plena estimó que dicha exclusión no desconoce la Constitución pues “se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicable en los casos y con las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado”.³⁶

1. En conclusión, el Sistema de Seguridad Social en Salud, por regla general, no garantiza la prestación de servicios médicos que se lleven a cabo en el extranjero. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha indicado que la exclusión en mención no es admisible cuando está en riesgo la vida del afiliado. En estos casos, se debe demostrar que el procedimiento no puede ser realizado en Colombia, que el tratamiento no es de carácter experimental, que no se tiene la capacidad de pago para costear el mismo y, adicionalmente, que se cuenta con concepto favorable del médico tratante, en el que se indique la eficacia y el beneficio para la

salud derivado del procedimiento, esto es, por qué se requiere con urgencia. Por supuesto, sin descartar otros aspectos particulares y específicos que un caso de esta naturaleza pueda presentar.

1. Colombiana de Salud SA vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la protección especial a las personas en situación de discapacidad de Juan Sebastián Silva Estepa al negar la autorización para realizar el procedimiento conocido como Hibridación Genómica Comparativa

1. La señora Lida Maritza Estepa León, actuando en representación de su hijo Juan Sebastián Silva Estepa, presentó acción de tutela y solicitó la protección de los derechos fundamentales 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 la neuróloga pediátrica Yazmín Sánchez solicitó la realización del examen llamado Hibridación Genómica Comparativa para identificar la enfermedad que padece su hijo y que genera el retraso global en su desarrollo, de manera que se establezca el tratamiento adecuado. No obstante, el 18 de enero de 2016, Colombiana de Salud SA negó la prestación del examen teniendo en cuenta que el mismo se debe realizar o procesar en el exterior y los servicios médicos por fuera del territorio colombiano se encuentran excluidos del Plan de Beneficios del Magisterio. Sobre el particular, de la lectura de la página 21 de la Guía del Usuario para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que anexó la entidad demandada, se extrae que entre las exclusiones se encuentran “todos los tratamientos médico quirúrgicos realizados en el exterior”.³⁷ Los laboratorios clínicos consultados, por su parte, fueron enfáticos al señalar que, el servicio sí se presta en Colombia, aclarando que, la muestra del examen, es procesada por un proveedor de su red de apoyo internacional.³⁸

1. El Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama tuteló parcialmente los derechos a la salud y a la protección especial a las personas en situación de discapacidad y ordenó la valoración de la situación del menor por la Junta Médica de Especialistas en Neurología Pediátrica, para

determinar si era procedente ordenar el examen e inaplicar la exclusión del Plan de Beneficios del Magisterio.

1. Para esta Sala, 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 de Juan Sebastián Silva Estepa, ya que Colombiana de Salud SA 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, la sentencia adoptada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama se encuentra ajustada a lo dispuesto en la Constitución, la Ley Estatutaria (Ley 1751 de 2015) y en la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Con la decisión, el juzgado garantizó la protección del derecho a la salud del menor, 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 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. En vista de lo anterior, esta Sala considera que se debe confirmar el fallo adoptado en única instancia.

1. Ahora bien, en sede de Revisión Colombiana de Salud SA no respondió los requerimientos hechos por el Magistrado sustanciador a través de dos autos y, debido a esto, no se pronunció sobre el desarrollo y la decisión de la Junta Médica de Especialistas en Neurología Pediátrica que debió ser convocada por orden del juez de instancia. Por su parte, la señora Lida Maritza Estepa León remitió documentos que indican que la entidad demandada accedió a lo pretendido en la acción de amparo.³⁹ Sin embargo, debido a que el posible cumplimiento de la entidad solo se dio con posterioridad a la orden proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama mediante sentencia del 1º de agosto de 2016, esta Sala

considera que el despacho que resolvió en única instancia conserva la competencia para analizar el cumplimiento de dicha orden y, de esta manera, determinar si la accionada procedió a autorizar el examen llamado Hibridación Genómica Comparativa según lo resuelto en su providencia. En este caso no se está ante la figura del hecho superado pues la autorización para que se realizara el examen no se debió a una actitud espontánea de la entidad demandada sino a que se acató lo dispuesto en una decisión emanada de una autoridad judicial, en el marco de una acción de tutela. En este escenario, la competencia para conocer del cumplimiento recae en el juez de primera instancia y, excepcionalmente, puede estar en cabeza de la Corte Constitucional, lo que no ocurre en este caso. En consecuencia, en el trámite de devolución del expediente que se hará por medio de la Secretaría General de esta Corporación, se deberá indicar al Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama que en el expediente reposan nuevos documentos a efectos de analizar si se acató la decisión adoptada en la sentencia del 1º de agosto de 2016.

1. En conclusión, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala confirmará la sentencia del 1º de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama, mediante la cual tuteló parcialmente los derechos a la salud y a la protección especial a las personas en situación de discapacidad de Juan Sebastián Silva Estepa y ordenó a Colombiana de Salud SA que convocara una Junta Médica de Especialistas en Neurología Pediátrica para determinar la necesidad y viabilidad del procedimiento médico denominado Hibridación Genómica Comparativa o prescribiera un examen apto e idóneo para practicarse en el país. Adicionalmente, en el proceso de devolución del expediente T-5.886.878 al Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama se resaltarán que, durante el trámite de revisión, la señora Lida Maritza Estepa León allegó documentos importantes a efectos de evaluar el cumplimiento de la orden judicial contenida en la sentencia que profirió el 1º de agosto de 2016 en única instancia. A su vez, ordenará a Colombiana de Salud SA que, si no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, conceda una cita con un especialista para la lectura del Informe Genético molecular de Array de hibridación genómica del paciente Juan Sebastián Silva Estepa, de manera que el profesional interprete los datos reflejados en este y, con posterioridad a este servicio médico, haga entrega de la historia clínica completa del menor a su madre. Finalmente, en virtud del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991,40 prevendrá a Colombiana de Salud SA para que en lo sucesivo

realice el estudio de las solicitudes que versen sobre la viabilidad de autorizar servicios médicos en el exterior teniendo en cuenta la ley y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

I. DECISIÓN

Una entidad encargada de prestar los servicios de salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vulnera los derechos fundamentales de un afiliado cuando niega un procedimiento o servicio médico en el exterior sin exponer motivos suficientes para adoptar dicha decisión. En estos casos, la entidad debe determinar si se encuentra en riesgo la vida del afiliado y deberá tomar en consideración que el servicio (i) no sea de carácter experimental, (ii) no pueda ser prestado en el país ni cuente con un servicio médico equivalente o sustituto en el territorio nacional, (iii) que represente un claro beneficio para la salud, y (iv) que no pueda ser costeadado por el afiliado.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 1º de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama, mediante la cual tuteló parcialmente los derechos a la salud y a la protección especial a las personas en situación de discapacidad de Juan Sebastián Silva Estepa y ordenó a Colombiana de Salud SA que convocara un Junta Médica de Especialistas en Neurología Pediátrica para determinar la necesidad y viabilidad del procedimiento médico denominado Hibridación Genómica Comparativa o prescribiera un examen apto e idóneo para practicarse en el país.

SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General se devuelva el expediente T-5.886.878 al Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama resaltando que, en el trámite de revisión, la

señora Lida Maritza Estepa León allegó documentos importantes a efectos de evaluar el cumplimiento de la orden judicial contenida en la sentencia que profirió el 1º de agosto de 2016.

TERCERO.- ORDENAR a Colombiana de Salud SA que, si no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, conceda una cita con un especialista para la lectura del Informe Genético molecular de Array de hibridación genómica del paciente Juan Sebastián Silva Estepa, de manera que el profesional interprete los datos reflejados en este y, con posterioridad a este servicio médico, se haga entrega de la historia clínica completa del menor a su madre.

CUARTO.- PREVENIR a Colombiana de Salud SA para que en lo sucesivo realice el estudio de las solicitudes que versen sobre la viabilidad de autorizar servicios médicos en el exterior teniendo en cuenta la ley y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

QUINTO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (E)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General

1 Sala de Selección Número Doce de 2016, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Luis Ernesto Vargas Silva.

2 Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Juan Sebastián Silva Estepa (Folio 14 del cuaderno principal del expediente).

3 Copia de la afiliación de la señora Lida Maritza Estepa León a Colombiana de Salud SA desde el 26 de agosto de 2010 (Folios 15 y 16 del cuaderno principal del expediente).

4 Copia de la respuesta mediante la cual, Colombiana de Salud SA señaló que el examen denominado Hibridación Genómica Comparativa se encuentra excluido del plan de beneficios del magisterio pues se realiza se procesa fuera del territorio nacional (Folio 19 del cuaderno principal del expediente).

5 Recibida la solicitud de tutela, mediante auto del 27 de julio de 2016, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama admitió la acción de tutela y ordenó notificar a Colombiana de Salud SA, para pronunciarse sobre los hechos relatados por la señora Lida Maritza Estepa León.

6 Colombiana de Salud SA remitió la respuesta al auto proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama mediante escrito del 1 de agosto de 2016. Folio 23-28 del cuaderno principal del expediente.

7 Para el efecto, anexa una solicitud de cotización al laboratorio COLCAN, de fecha 11 de julio de 2016, solicitada por Colombiana de Salud SA para otro paciente. Folio 29 del cuaderno principal del expediente.

9 Mediante Auto del 13 de marzo de 2017 fueron solicitadas las siguientes pruebas con base en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional: “PRIMERO.- ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a la EPS Colombiana de Salud SA para que en el término de (a) veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación del presente auto, remita la historia clínica de Juan Sebastián Silva Estepa e informe del envío de dicho documento a la madre del menor y (b) en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto, indique cuál fue la determinación tomada por el

Comité Técnico Científico de Neurología Pediátrica de la EPS Colombiana de Salud SA, a raíz de la orden emitida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama en la sentencia del 1º de agosto de 2016. Particularmente, exponga si la decisión fue adoptada con base en el concepto de, por lo menos, dos médicos de especialistas en el campo en cuestión (Neurología Pediátrica) y con un conocimiento amplio y suficiente de la historia clínica del menor Juan Sebastián Silva Estepa, de acuerdo a lo considerado por la jurisprudencia constitucional, en sentencias como la T-344 de 2002. SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a la señora Lida Maritza Estepa León (Carrera 17 # 13-58, barrio Centro, Duitama-Boyacá) y a la especialista en neurología pediátrica Yazmín Sánchez (Carrera 11 # 27-27, Tunja-Boyacá, Hospital San Rafael de Tunja) para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto remitan copia de la historia clínica del menor e informen: (i) cuál es el estado actual de salud de Juan Sebastián Silva Estepa, y (ii) si ya se realizó el examen Hibridación Genómica Comparativa o algún examen equivalente al menor. TERCERO.- ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito al Centro Médico Oftalmológico y Laboratorio Clínico Andrade Narváez Sociedad – COLCAN SAS (Calle 49 #13-60, Bogotá); a Diagnóstico & Asistencia Médica SA Institución Prestadora de Servicios de Salud – DINAMICA IPS (Carrera 59 A # 138-95, Local 23, Bogotá) y al Instituto de Referencia Andino SAS (Calle 13 # 60-49, Bogotá), para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto informen si el examen Hibridación Genómica Comparativa o sus equivalentes puede ser realizado en sus laboratorios.”

10 Mediante Auto del 27 de marzo de 2017, el Magistrado sustanciador reiteró algunas órdenes del Auto del 13 de marzo de 2017 debido a que Colombiana de Salud SA, la señora Lida Maritza Estepa León y la Dra. Yazmín Sánchez (especialista en neurología pediátrica) no se habían pronunciado con respecto a lo solicitado. La providencia resolvió lo siguiente: “PRIMERO.- Por intermedio de la Secretaría General, REITERAR LA ORDEN a la EPS Colombiana de Salud SA para que en el término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación del presente auto, (i) remita la historia clínica de Juan Sebastián Silva Estepa e informe del envío de dicho documento a la madre del menor y (ii) indique cuál fue la determinación tomada por el Comité Técnico Científico de Neurología Pediátrica de la EPS Colombiana de Salud SA, a raíz de la orden emitida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Duitama en la sentencia del 1º de agosto de 2016. Particularmente, exponga si la decisión fue adoptada con base en el concepto de, por lo menos, dos médicos de especialistas en el

campo en cuestión (Neurología Pediátrica) y con un conocimiento amplio y suficiente de la historia clínica del menor Juan Sebastián Silva Estepa, de acuerdo a lo considerado por la jurisprudencia constitucional, en sentencias como la T-344 de 2002. SEGUNDO.- Por intermedio de la Secretaría General, REITERAR LA ORDEN a la señora Lida Maritza Estepa León (Carrera 17 # 13-58, barrio Centro, Duitama-Boyacá) y a la especialista en neurología pediátrica Yazmín Sánchez (Carrera 11 # 27-27, Tunja-Boyacá, Hospital San Rafael de Tunja) para que en el término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación del presente auto, remitan copia de la historia clínica del menor e informen: (i) cuál es el estado actual de salud de Juan Sebastián Silva Estepa, y (ii) si ya se realizó el examen Hibridación Genómica Comparativa o algún examen equivalente al menor.”

11 Abdón Marcelo Andrade Chávez.

12 Allan Iván Gómez Barreto.

13 Viviana Vizcaíno Pinilla.

14 Junto con el escrito la accionante anexó el Informe Genético molecular de Array de hibridación genómica comparada presentado por el laboratorio IMEGEN ubicado en Valencia España. Folio 49 del cuaderno de Secretaría del expediente. .

15 Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la que la Sala Séptima se refirió a la naturaleza jurídica de la dignidad humana que como entidad normativa y a partir de su objeto concreto de protección puede ser entendida de tres maneras: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”. Por su parte, en la sentencia C-313 de 2014 en la que se llevó a cabo la revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara (Ley Estatutaria 1751 de 2015), providencia en la que la Corte recalcó que un “primer elemento que resulta imprescindible al momento de determinar el carácter de fundamental de un derecho es el de su vinculación con el principio de la dignidad humana”.

16 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) que señaló que la salud es “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general.

17 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que la Sala de Revisión señaló que la salud como derecho fundamental fue protegido (i) mediante el uso de la figura de la conexidad, (ii) en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección y (iii) afirmando en general la fundamentalidad del derecho.

18 Sobre la tutelabilidad de un derecho a la salud la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) señaló que “reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.” Adicionalmente, la providencia se refirió al carácter complejo del derecho a la salud en los siguientes términos: “[I]a complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles.”

19 Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. 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. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

20 Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP

Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

21 Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

22 Corte Constitucional, sentencia T-165 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

23 Corte Constitucional, sentencia T-165 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

24 Corte Constitucional, sentencia T-645 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero).

25 Sobre las limitaciones presupuestales y logísticas a las que se enfrentan las entidades prestadoras de servicios médicos la sentencia T-645 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero) señaló lo siguiente: “La cobertura, las condiciones y la eficiencia de la prestación del servicio de salud, necesariamente dependen del desarrollo económico y social del país, por lo mismo la ejecución del derecho a la salud se encuentra sujeto a la disponibilidad de recursos económicos y científicos que razonablemente se encuentren disponibles. Así pues, fuera del ámbito del suministro del mínimo vital del derecho fundamental, la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes públicos y ocasionalmente de los particulares”.

26 Corte Constitucional, sentencia T-304 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz).

27 Corte Constitucional, sentencia T-395 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero)

28 Corte Constitucional, sentencia T-395 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero)

29 Corte Constitucional, sentencia SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis). Esta providencia fue hito determinante en materia del derecho a la salud por varios años.

30 Corte Constitucional, sentencia SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis).

31 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil), en la que se

estudió la acción de tutela interpuesta por un padre en representación de su hijo quien había sido diagnosticado con leucemia linfoblástica aguda y se le negó un trasplante medular mieloablatoivo con donante no relacionado. La Sala de Revisión concedió el amparo de los derechos y, entre otros temas, se refirió a las condiciones de procedencia para la remisión de un paciente al exterior, emitidas por la Sala Plena en la citada sentencia SU-819 de 1999.

32 Corte Constitucional, sentencia T-613 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En esta providencia se analizó la acción de amparo interpuesta por una docente de 63 años de edad diagnosticada con cáncer de mama, a quien se negó la autorización de la práctica del examen denominado Oncotype DX pues no se encontraba dentro del plan de beneficios de los docentes. La Sala ordenó que se llevara a cabo “una Junta Médica de Especialistas en Oncología, para que determine la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud” de la accionante.

33 Corte Constitucional, sentencia T-180 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que la Corte Constitucional amparó los derechos a la salud y a la vida de una mujer de 66 años de edad, que fue diagnosticada con cáncer de mama y se le negó la práctica del examen Oncotype Dx. Para resolver este caso, la Sala de Revisión reiteró los criterios a tener en cuenta para la autorización de servicios no POS que se encuentran en la sentencia de unificación SU-819 de 1999 y ordenó que un Comité Técnico Científico determinar la efectividad del procedimiento.

34 Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 15. Prestaciones de salud: “El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, 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 1°. 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 2°. 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 3°. 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.”

35 Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

36 Sobre este punto, la sentencia C-313 de 2014 se refirió a las sentencias SU-819 de 1999 y T-1820 de 2013.

37 Folio 70 del cuaderno principal del expediente.

38 Sin lugar a dudas, los avances tecnológicos imponen retos y dilemas al legislador y a la justicia. Por ejemplo: ¿Una cirugía realizada en Colombia a un paciente por medio de un robot manejado virtualmente por un médico extranjero que se encuentra fuera del territorio

nacional es un servicio médico prestado en el exterior? Problemas como este, que superan los hechos de este caso, ya están surgiendo y presentándose.

39 Informe Genético molecular de Array de hibridación genómica comparada presentado por el laboratorio IMEGEN ubicado en Valencia España. Folio 49 del cuaderno de Secretaría del expediente.

40 Decreto 2591 de 1991. Artículo 24. Prevención a la autoridad. “Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión”.