

Sentencia T-570/14

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Configuración

La carencia actual de objeto por daño consumado es aquel fenómeno que se configura cuando el motivo de la presentación de la acción de tutela se extingue, pues la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales ha tenido lugar, por lo que al juez constitucional le resulta inocuo asumir una decisión respecto del asunto. El daño consumado tiene ocurrencia cuando resulta inútil o imposible proferir una orden o decisión por parte de la autoridad judicial correspondiente respecto de la alegada violación o amenaza, en uso del mecanismo de amparo previsto en el artículo 86 Superior, de modo tal que únicamente sea procedente el resarcimiento del daño originado con la vulneración del derecho fundamental, lo cual no se puede llevar a cabo por medio de este mecanismo, pues como es conocido, la acción de tutela tiene una finalidad preventiva y no indemnizatoria.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento de la persona en nombre de quien se interpuso la tutela

Caso de una ciudadana que padecía una enfermedad catastrófica y que solicitó, por vía de tutela, que se le proporcionara un medicamento no POS necesario, según prescripción médica, para su tratamiento de quimioterapia, que le permitiera mantener una condición de vida acorde con la dignidad humana pese a sus padecimientos. Ese medicamento fue negado por las entidades accionadas y la peticionaria ha fallecido sin haber obtenido los servicios de salud requeridos.

Se ha sostenido que cuando las situaciones de hecho que amenazan o vulneran los derechos fundamentales de las personas cesan o desaparecen durante el trámite de la tutela, el juez constitucional tiene la facultad de resolver de fondo el asunto. En estos casos, resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. De esta forma, se busca garantizar la justicia material y proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se desconocieron. Por lo tanto, cuando se configura un daño consumado, el juez constitucional no solo tiene la

facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas como garantía de no repetición.

#### PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD

La jurisprudencia constitucional ha conferido especial trascendencia al principio de continuidad en las prestaciones de salud, el cual conlleva la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin una justificación constitucional pertinente. De esta forma, a las entidades encargadas de materializarlo se les ha vedado la posibilidad de suspender súbitamente la atención habiéndose iniciado los tratamientos o administrado los medicamentos, si como efecto de esta interrupción se vulneran o amenazan derechos fundamentales. Por tal motivo se ha exigido a la institución continuar con la prestación médica hasta tanto se supere la enfermedad o hasta que otra similar asuma la asistencia a que haya lugar.

**CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE**-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

La Corte ha insistido en que el médico es la persona especializada en la medicina humana, capaz de brindar soluciones y respuestas a problemas de salud, a través de medicamentos, tratamientos que mejoran la calidad de vida del paciente, y que le permite ir más allá de un conocimiento general. Se ha considerado que la persona idónea para determinar qué procedimiento y/o tratamiento debe seguir la paciente, es su médico tratante

**DERECHO A LA SALUD Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTO QUE NO TIENE APROBACION DEL INVIMA**-Deben ser suministrados cuando una persona los requiera con base en la mejor evidencia científica disponible

Se ha establecido por parte de este Tribunal que el suministro de medicamentos que no están registrados en INVIMA, o que están en etapa experimental, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso específico.

**PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD**-Prevenir a EPS no incurrir en actuaciones dilatorias injustificadas en los trámites de autorización de

procedimientos médicos requeridos con urgencia, prescritos por médicos especializados afiliados a su red

Referencia: expediente T-4.304.110

Demandante: María Edilma Tavera Espinosa, agenciada por Jhon Fredy de Jesús Quiceno Tavera

Savia Salud EPSS / Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y Comfama EPSS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido el 3 de febrero de 2014 por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Medellín, mediante el cual negó el amparo dentro de la presente acción de tutela.

### I.- ANTECEDENTES

La señora María Edilma Tavera Espinosa, agenciada por su hijo Jhon Fredy de Jesús Quiceno Tavera, presentó acción de tutela contra Savia Salud EPSS, Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y Comfama EPSS con el objeto de que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana que, según afirmó, son vulnerados por aquella al no autorizar el medicamento Gemcitabina para ser utilizado en sus sesiones de quimioterapia.

#### 1.- Reseña fáctica de la demanda

El agente oficioso los narra, en síntesis, así:

§ La agenciada pertenece al régimen subsidiado de salud, afiliada a Savia Salud EPSS / Alianza Medellín Antioquia EPS SAS, cuenta con 45 años de edad y padece de cáncer de vesícula biliar con compromiso hepático retroperitoneal.

§ En razón al avanzado desarrollo de la enfermedad, la patología no puede tratarse quirúrgicamente y requiere la aplicación de quimioterapia.

§ Luego de efectuada la primera sesión de quimioterapia, la caja de compensación familiar -Comfama EPSS-, remitida por Savia Salud EPSS, negó la aplicación del medicamento Gemcitabina, basándose en que el uso del medicamento prescrito para el tipo de cáncer padecido por la agenciada (tumor maligno de la vesícula biliar) no ha sido avalado por el INVIMA.

§ Transcurrieron tres (3) semanas y la entidad se mantuvo en la negativa de aplicar el medicamento requerido, sin tener en cuenta que el médico tratante manifestó no cambiar la formulación, dado que considera que el medicamento Gemcitabina es el adecuado para el debido tratamiento de la agenciada.

## 2.- Pretensiones de la demanda

La actora, a través de agente oficioso, solicita le amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana y, como consecuencia de ello, se ordene a las entidades demandadas autorizar el medicamento Gemcitabina para ser utilizado en sus sesiones de quimioterapia.

## 3.- Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Las pruebas aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las que a continuación se relacionan:

§ Cédula de ciudadanía de María Edilma Tavera Espinosa (folio 32).

§ Cédula de ciudadanía de Jhon Fredy de Jesús Quiceno Tavera (folio 33).

§ Historia clínica de María Edilma Tavera Espinosa (folios 3 al 31).

#### 4.- Actuaciones en primera instancia

Mediante auto del 22 de enero de 2013, el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Medellín admitió la acción de tutela, vinculó a Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y corrió traslado de la misma a las partes para que se pronunciaran acerca de los supuestos de hecho que motivaron la solicitud de amparo.

Adicionalmente, en consideración a que la omisión de la autorización solicitada podría generar grave perjuicio para la vida de la agenciada, ordenó a las entidades demandadas, como medida de protección inmediata, que autorizaran el medicamento Gemcitabina de acuerdo a las especificaciones del galeno y en los términos indicados en la historia médica.

#### 5.- Respuesta de las entidades accionadas

5.1. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el apoderado especial de Savia Salud EPS-S y Alianza Medellín Antioquia EPS SAS solicitó que se negara el amparo pretendido por la actora en su escrito de tutela, pues el medicamento Gemcitabina requerido se encuentra excluido del POS y, por tanto, la EPS no puede asumirlo.

Adicionalmente, manifestó que se sometió al análisis del CTC, quien según ACTA 722, casos 1895 y 1897, que se anexan, lo negó, ya que dicho medicamento no está aprobado por el INVIMA en Colombia para el tratamiento de la enfermedad que sufre la usuaria, como consta en la ficha del INVIMA que se adjunta y sería una irresponsabilidad médica suministrar un medicamento del cual se desconocen los posibles efectos que pueda causar a pacientes con un diagnóstico diferente, para los cuales está aprobado su uso por el INVIMA.

Aportó como prueba documental la consulta de servicios autorizados al afiliado (a folio 43), copia del acta del CTC del 20 de noviembre de 2013 (a folios 44 y 45) y fichas INVIMA de las diversas presentaciones comerciales del medicamento solicitado (a folios 46 y 47).

5.2. La entidad Comfama EPSS guardó silencio.

## II.- DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Mediante sentencia de 3 de febrero de 2014, el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Medellín denegó las pretensiones invocadas, al considerar que no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para inaplicar las disposiciones del POS, toda vez que (...) de acuerdo con las indicaciones del INVIMA, el medicamento motivo de tutela está indicado para otras patologías que si bien también son de cáncer, no corresponden al tipo de cáncer que padece la accionante, además porque dentro de los documentos aportados como prueba no existe explicación de parte del médico tratante o justificación que permita determinar que el medicamento es en verdad beneficioso para la salud de la accionante.

Consideró el a quo que no existen criterios científicos en el expediente que permitan controvertir las pautas de uso fijadas por el INVIMA para el medicamento Gemcitabina requerido.

### III.- PRUEBAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

El 25 de julio del presente año, la Secretaría General de esta Corporación informó al despacho del Magistrado Ponente que se recibió, para que obre como prueba dentro del referido proceso, certificación de vigencia de la cédula de ciudadanía de la accionante María Edilma Tavera Espinosa (a folio 9, cuaderno principal), expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que se lee:

Cédula de Ciudadanía:	22.116.666
Estado:	CANCELADA POR MUERTE
Resolución:	7364
Fecha de Resolución:	19/05/2014
Serial R.C.D:	0008644628
Lugar Novedad:	Medellín-Antioquia
Informante:	Notaría 10 Medellín

Según conversación telefónica con el agente oficioso, sostenida el 25 de julio de 2014, la actora falleció a consecuencia de su enfermedad catastrófica, sin que le realizaran las

sesiones de quimioterapia requeridas. En consecuencia, advierte la Sala que, en el presente caso, se ha configurado una carencia actual de objeto por daño consumado.

#### IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

##### 1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia en única instancia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en cumplimiento con lo ordenado por el auto del 9 de abril de 2014, proferido por la Sala de Selección Nº 4.

2. Cuestión previa. Cuando se verifica carencia actual de objeto por daño consumado, el juez constitucional mantiene su competencia para pronunciarse de fondo sobre el problema jurídico planteado

2.1. Como se ha indicado por parte de la Corte Constitucional en su jurisprudencia, la carencia actual de objeto por daño consumado es aquel fenómeno que se configura cuando el motivo de la presentación de la acción de tutela se extingue, pues la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales ha tenido lugar, por lo que al juez constitucional le resulta inocuo asumir una decisión respecto del asunto.

Así las cosas, el daño consumado tiene ocurrencia cuando resulta inútil o imposible proferir una orden o decisión por parte de la autoridad judicial correspondiente respecto de la alegada violación o amenaza, en uso del mecanismo de amparo previsto en el artículo 86 Superior, de modo tal que únicamente sea procedente el resarcimiento del daño originado con la vulneración del derecho fundamental, lo cual no se puede llevar a cabo por medio de este mecanismo, pues como es conocido, la acción de tutela tiene una finalidad preventiva y no indemnizatoria.

Igualmente, se ha dado claridad por este Tribunal respecto de la conducta que debe asumir el fallador cuando ha operado el fenómeno mencionado, indicándose que cuando: (i) al momento de la interposición de la tutela el daño ya está consumado entonces la acción resulta improcedente y cuando (ii) el daño se consuma en el transcurso del trámite de la

acción de tutela, bien sea en primera o segunda instancia e incluso en el trámite de revisión es necesario que se declare la carencia actual de objeto, lo cual si se llegase a presentar, le corresponde al juez de tutela, de acuerdo con lo manifestado en la Sentencia T-963 de 2010[1]:

(i) Pronunciarse de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone una determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales.

(ii) Hacer una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

(iii) Informar a quien haya promovido el amparo o a sus familiares de las acciones jurídicas a las que pueden acudir para la reparación del daño.

(iv) De ser el caso, compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta que generó el daño.

(...)

2.2. En esta oportunidad corresponde a la Sala abordar el caso de una ciudadana que padecía una enfermedad catastrófica y que solicitó, por vía de tutela, que se le proporcionara un medicamento no POS necesario, según prescripción médica, para su tratamiento de quimioterapia, que le permitiera mantener una condición de vida acorde con la dignidad humana pese a sus padecimientos. Ese medicamento fue negado por las entidades accionadas y la peticionaria ha fallecido sin haber obtenido los servicios de salud requeridos.

Entonces, si se tiene en cuenta que la finalidad principal de la acción de tutela es garantizar la protección de los derechos fundamentales, debe afirmarse que en el caso objeto de estudio ya no puede alcanzarse ese fin, ya que la actora falleció como consecuencia de la enfermedad que padecía y serían inocuas las órdenes que se impartieran como su protección[2]. Por ello debe determinarse si la Sala conserva o no la competencia para pronunciarse de fondo.

Tal cuestionamiento ha sido resuelto pacíficamente en la jurisprudencia constitucional de manera afirmativa.[3] Así, se ha sostenido que cuando las situaciones de hecho que amenazan o vulneran los derechos fundamentales de las personas cesan o desaparecen durante el trámite de la tutela, el juez constitucional tiene la facultad de resolver de fondo el asunto. La carencia actual de objeto se configura por un hecho superado, es decir, cuando entre la interposición del amparo y el momento del fallo se repara la amenaza o vulneración del derecho alegado, o un daño consumado, esto es, cuando en razón de la vulneración a los derechos fundamentales se ha ocasionado un daño irreparable que se pretendía evitar con la orden del juez de tutela,

En estos casos, resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos.[4] De esta forma, se busca garantizar la justicia material y proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se desconocieron.[5] Por lo tanto, cuando se configura un daño consumado, el juez constitucional no solo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas como garantía de no repetición.[6]

2.3. Así las cosas, cuando hay carencia de objeto, independientemente de si durante el proceso se superó la causa de la vulneración a los derechos fundamentales, o si, por el contrario, dicha violación generó al peticionario un daño irreparable, la Corte Constitucional guarda la competencia para pronunciarse de fondo en el asunto, con el propósito de salvaguardar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y promover en la comunidad la garantía de no repetición de actuaciones desconocedoras de la Constitución.[7]

De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que la accionante sufrió un daño consumado, toda vez que murió, produciéndose así la lesión que pretendía evitar o atenuar mediante la acción de tutela. Así, cualquier orden de la Corte dirigida a proteger sus derechos fundamentales caería en el vacío. Sin embargo, siguiendo las consideraciones recién expresadas, ello no es un impedimento para resolver de fondo y analizar si las entidades demandadas, con sus actuaciones u omisiones desconocieron la Constitución, y adoptar las medidas pertinentes para proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y

garantizar que no se reincidirá en su violación.

Por lo tanto, la Sala procede a plantear el problema jurídico propuesto, revisar el fallo de instancia y determinar las órdenes que deben adoptarse para cumplir los propósitos expuestos.

### 3.- Problema jurídico

Le compete a la Sala de Revisión decidir si en el caso sometido a revisión prospera la demanda de tutela contra Savia Salud EPS-S / Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y Comfama EPSS, por la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, al no autorizar el medicamento Gemcitabina para ser utilizado en las sesiones de quimioterapia de la agenciada María Edilma Tavera Espinosa.

### 4.- Garantía de continuidad en el acceso al servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia

Cabe señalar que para la Corte Constitucional la salvaguardia del derecho fundamental a la salud[8] se debe conceder, conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema general de seguridad social, expresamente consagrados en el artículo 49 superior. Además, se ha indicado que las garantías de acceso a los servicios de salud están estrechamente relacionadas con algunos de los principios de la seguridad social, específicamente la integralidad y la continuidad. [9]

Particularmente, en la Sentencia T-760 de 2008 se consideró:

Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.[10] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.

(...)De forma similar, los servicios de salud que se presten a las personas deben ser de calidad. Para las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, respetar ese derecho, supone, por ejemplo, que a la persona no se le debe entregar un medicamento u otro tipo de servicio médico de mala calidad, que desmejore la salud de la persona.

Si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros.

De esta forma, los principios de integralidad y continuidad, inmersos en las garantías de acceso, influyen claramente en la construcción de la fundamentalidad del derecho.

Vistas así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha conferido especial trascendencia al principio de continuidad en las prestaciones de salud[11], el cual conlleva la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin una justificación constitucional pertinente. De esta forma, a las entidades encargadas de materializarlo se les ha vedado la posibilidad de suspender súbitamente la atención habiéndose iniciado los tratamientos o administrado los medicamentos, si como efecto de esta interrupción se vulneran o amenazan derechos fundamentales. Por tal motivo se ha exigido a la institución continuar con la prestación médica hasta tanto se supere la enfermedad o hasta que otra similar asuma la asistencia a que haya lugar[12].

De lo que se desprende que las entidades prestadoras de servicios de salud (régimen contributivo y subsidiado) deben prestar el servicio de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad.

5.- El concepto del médico tratante como principal criterio para otorgar los servicios en salud. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la prestación médica ordenada puede o no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud, ha determinado que, en principio, debe ser prescrita por el galeno tratante, quien no solo conoce al paciente sino que está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud. No obstante, la EPS correspondiente

puede estar obligada a acoger la prescripción de un médico no adscrito a ella, si la entidad tiene noticia de dicha fórmula médica y no la descartó con base en información científica[13], pues la falta de adscripción de un profesional calificado no ha de constituir una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos. [14]

Esta Corporación ha concluido que las Entidades Promotoras de Salud se encuentran autorizadas para ordenar medicamentos genéricos o comerciales, siempre y cuando estos cumplan con los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente, siguiendo el criterio del médico tratante; sin embargo, dicha facultad otorgada por la legislación Colombiana, fue limitada por el Ministerio de Protección Social, quien, a través de la Resolución 4377 de 2010, estableció que los médicos deben formular medicamentos en su presentación genérica y, en caso que se prescriban en su presentación comercial, deberá acompañarse con su respectiva justificación.[15]

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente está únicamente en cabeza de los médicos y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad)[16].

En efecto, la Corte ha insistido en que el médico es la persona especializada en la medicina humana, capaz de brindar soluciones y respuestas a problemas de salud, a través de medicamentos, tratamientos que mejoran la calidad de vida del paciente, y que le permite ir más allá de un conocimiento general. De acuerdo con lo anterior, se ha considerado que la persona idónea para determinar qué procedimiento y/o tratamiento

debe seguir la paciente, es su médico tratante[17].

Por lo expuesto, esta Sala reitera la posición jurisprudencial constitucional en cuanto a que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada.

6.- El suministro de medicamentos cuyo uso no se encuentra registrado ante el INVIMA depende de la mejor evidencia científica, verificando cada caso específico

Se ha establecido por parte de este Tribunal que el suministro de medicamentos que no están registrados en INVIMA, o que están en etapa experimental, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso específico[18].

También se ha expresado[19] 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.

En la sentencia T-173 de febrero 28 de 2003[20], esta Corporación definió bajo qué parámetros se puede autorizar el suministro de medicamentos que no estén incluidos en el POS y carezcan del registro específico en INVIMA, siempre que se acredite: (i) que el no suministro realmente pone en riesgo al afiliado al sistema en sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento excluido es el único efectivo para el tratamiento de la enfermedad, o carece de sustituto sí incluido en el POS, de la misma idoneidad, (iii) que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS, lo cual debe observarse dentro de la connotación antes expuesta.

Por similares razones a las expuestas, en otras varias providencias[21] esta Corte ha ordenado el suministro de medicamentos que no tienen registro sanitario, constituyendo así una línea jurisprudencial en la cual se otorga la correspondiente supremacía a la Constitución Política sobre normas legales y reglamentarias, en la imperativa defensa de los

derechos fundamentales.

## 7.- Caso concreto

Se encuentra probado en el expediente, que la motivación de las entidades accionadas para negar el tratamiento con el medicamento Gemcitabina consistió en que “dicho medicamento no está aprobado por el INVIMA en Colombia para el tratamiento de la enfermedad que sufre la usuaria”, toda vez que, según ficha técnica del INVIMA, las indicaciones del medicamento Gemcitabina son para cáncer pulmonar, adenocarcinoma de páncreas, cáncer pancreático refractario, cáncer de vejiga, cáncer de mama y carcinoma epitelial de ovario recurrente.

Sin embargo, según justificación médica que obra en la historia clínica de la agenciada Maria Edilma Tavera Espinosa, su médica oncóloga manifiesta expresamente:

Paciente con adenocarcinoma de vesícula biliar, compromiso hepático y retroperitoneal, no candidata para manejo quirúrgico, inicio TTO con quimioterapia en base a Cisplatino + Gemcitabina, recibió primer ciclo hace 1 mes aprox. Se formuló 2º ciclo, sin embargo fue rechazo [sic] por no tener indicación INVIMA.

Se anexan referencias de estudios clínicos que avalan uso de Gemcitabina en cáncer de vía biliar, debe tenerse en cuenta el beneficio particular que debe primar sobre la aprobación general dada.

Bibliografía: Guías NCCN 2013 [www.nccn.org](http://www.nccn.org)

Brittish Journal of Cancer (2007) 96, 896-902

N Engl J Med 2010; 362: 1273-1281 april [22]

Así las cosas y luego de consultar la información médica[23], la Sala evidencia que el cáncer del tracto biliar incluye los cánceres de la vesícula biliar y los conductos biliares (colangiocarcinoma), los cuales son relativamente raros y tienden a ser diagnosticados en una etapa avanzada. Los pacientes diagnosticados con cáncer del tracto biliar avanzado suelen tener una baja supervivencia y el enfoque óptimo para el tratamiento sigue siendo incierto.

Específicamente, se revisó la revista médica citada por la médica tratante (British Journal of Cancer (2007) 96, 896–902. doi: 10.1038 /sj.bjc. 6603648), y se expresa que según las investigaciones conducidas en un intento de identificar el régimen de quimioterapia más eficaz para cáncer del tracto biliar avanzado, los investigadores en Alemania llevaron a cabo un análisis combinado de 104 estudios (publicados), que incluyeron a 2.810 pacientes, con los siguientes resultados:

(i) En general, el 23% de los pacientes experimentaron una desaparición parcial o completa de cáncer detectable después del tratamiento con quimioterapia.

(ii) Las tasas de respuesta más altas a la quimioterapia se produjeron entre los pacientes tratados con una combinación de Gemzar (Gemcitabina) y un compuesto de platino (medicamentos para la quimioterapia de platino incluyen Platinol ® (cisplatino), Eloxatin ® (oxaliplatino), y Paraplatin ® (carboplatino).

Debido a que muchos de los estudios revisados tenían limitaciones, los investigadores enfatizan en la importancia de realizar ensayos clínicos adicionales en pacientes con cáncer del tracto biliar avanzado. Sin embargo, por el momento, estos concluyen que la quimioterapia con una combinación de Gemcitabina y un compuesto de platino parece producir los mejores resultados.

Por lo expuesto, esta Sala arriba a la conclusión de que cuando las entidades accionadas Savia Salud EPSS / Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y Comfama EPSS negaron el tratamiento de sesiones de quimioterapia con el medicamento Gemcitabina, por no contar con registro INVIMA para este tipo de cáncer, sin tener en cuenta el criterio y justificación del médico tratante (médico oncólogo que por su especialidad estaba revestido en este caso de idoneidad para decidir el tratamiento), vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana de Maria Edilma Tavera Espinosa.

#### IV. DECISIÓN

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

## RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 3 de febrero de 2014 por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Medellín.

SEGUNDO.- PREVENIR a las entidades Savia Salud EPSS / Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y Comfama EPSS para que no vuelvan a incurrir en actuaciones dilatorias injustificadas en los trámites de autorización de procedimientos médicos requeridos con urgencia, prescritos por médicos especializados afiliados a su red, toda vez que ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud.

TERCERO.- Por medio de la Secretaria General de la Corte Constitucional, REMITIR copia de esta decisión de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, si así lo considera y en el ámbito de sus competencias, inicie las investigaciones a que haya lugar contra Savia Salud EPSS / Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y Comfama EPSS, con ocasión de la violación a los derechos fundamentales de Maria Edilma Tavera Espinosa, para que allí, de estimarlo procedente, se impongan las sanciones a que haya lugar.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

## MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] Corte Constitucional, sentencia T-963 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esa providencia se analizó un caso en el cual una señora pretendía la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada porque su empleadora la había desvinculado del cargo a pesar de tener cáncer, la Corte declaró la carencia actual de objeto por daño consumado como quiera que la actora falleció en el transcurso del proceso. Allí se sostuvo que cuando el sujeto a proteger en la acción constitucional no está, se extingue “la vocación protectora que distingue a la acción de tutela como medio de amparo de derechos fundamentales”.

[3] La Corte Constitucional, desde sus inicios, ha sostenido que pese a que hay carencia actual de objeto debe estudiarse de fondo la controversia como forma de garantizar la no repetición de conductas violatorias de los derechos fundamentales. Así por ejemplo, en la sentencia T-476 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz), donde se estudió el caso de dos menores a los cuales los habían suspendido un día de clase por tener determinado corte de cabello, se resolvió aceptar que había un daño consumado, pero se constató la violación de sus derechos fundamentales y se advirtió a la institución educativa para que no volviera a incurrir en ese tipo de actuaciones. En esta misma dirección pueden observarse las sentencias de la Corte Constitucional T-758 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y T-842 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[4] Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), se estudió el caso de un ciudadano que solicitó al juez de tutela que ordenara el reconocimiento de un procedimiento médico que su EPS le había negado, con el fin de impedir la amputación de sus piernas. Antes de que el juez de amparo fallara, el estado de salud del demandante empeoró y le fueron amputadas las piernas. En sede de Revisión la Corte constató la vulneración de los derechos fundamentales del paciente, ordenó compulsar copias a la Fiscalía, a la Procuraduría y a la Superintendencia de Salud; y además advirtió al demandante y a sus familiares sobre las acciones civiles y penales que procedían en relación con el daño causado.

[5] La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en palabras de Alexy, es el resultado de excluir los elementos subjetivos de la estructura de los derechos humanos: (A) titular del derecho; (B) sujeto obligado; (C) situación jurídica fundamental. En efecto, la dimensión objetiva de los derechos humanos se concentra en el estudio de los mandatos de actuación de las autoridades y los particulares, así como en el deber de protección a todos los titulares de la Constitución, en otras palabras es la prescripción normativa pura del contenido esencial del derecho. Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Madrid, 1993. Esta cita fue tomada de la sentencia de la Corte Constitucional T-842 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), mediante la cual se declaró el daño consumado en un caso que el peticionario falleció durante el proceso de tutela, a la espera que una EPS le prestara un servicio de salud requerido.

[6] De hecho, en la sentencia T-842 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte Constitucional, con ocasión de un caso en el cual falleció un menor de edad en el transcurso del proceso de tutela a la espera que la EPS le autorizara una medicina y el transporte hacia otra ciudad, presentó unos parámetros que deben seguir los jueces cuando se configura un daño consumado. Allí se sostuvo que en estos eventos, las autoridades judiciales debían “(i) [d]ecidir de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales. (ii) Realizar una advertencia “a la autoridad pública [o particular] para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991. (iii) Si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordenar compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño. (iv) Informar al demandante y/o sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para la obtener la reparación del daño.”. Y efectivamente, en el contenido de esa providencia la Corte analizó la vulneración de los derechos fundamentales, declaró la carencia actual de objeto, previno a la EPS demandada para que incurriera en actuaciones inconstitucionales y compulsó copias a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigara el caso y emitiera las sanciones a que hubiera lugar.

[7] Cfr. Sentencias T-199, T-273, T-397 y T-683 de 2013.

[8] La Corte Constitucional reconoce que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, posición asumida claramente en la Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en los siguientes términos: “El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...)”.

[9] Extracto de la sentencia T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[10] Corte Constitucional, Sentencia T-085 de 2007, en este caso se decidió que “(...) la prestación del servicio de salud a los usuarios del SGSSS debe ser oportuna y eficiente, pues ello garantiza que las condiciones de salud del paciente tiendan -como es su esencia- hacia la recuperación o control de la enfermedad que lo aqueja y no hacia una mayor perturbación funcional de su organismo que pueda afectar su derecho a la vida en condiciones dignas.”

[11] Véanse: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

[12] Sentencia T-111 de 2004.

[13] Cfr. T-760 de 2008, precitada.

[14] Extracto de la sentencia T-061 de 2014 (M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla).

[16] Cfr. sentencia T-1214 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[17] Cfr. Sentencia T-410 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[18] Cfr. T-418 de mayo 17 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[19] T-884 de septiembre 10 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Sobre la etapa experimental a que se hace referencia en esta sentencia, es necesario constatar que en la T-418 de 2011 se especificó que “un medicamento no puede ser considerado experimental cuando, pese a ser novedoso, se emplee frecuentemente por los médicos, y sus efectos secundarios se conozcan, sean previsibles y controlables en los pacientes”.

[20] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[21] Ver sentencias T-061 de 2014 (M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla); T-1214 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-1328 de diciembre 15 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-945 de octubre 1° de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y T-975 de diciembre 2 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

[22] Ver folio 4 del expediente.

[23] Consultar, entre otros, los siguientes vínculos:  
<http://news.cancerconnect.com/study-reviews-chemotherapy-for-advanced-biliary-tract-cancer/>, <http://www.nature.com/bjc/journal/v96/n6/abs/6603648a.html> y <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2360111/>.