

Sentencia T-732-09

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Diferencias

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA CONSTITUCION POLITICA Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

DERECHOS REPRODUCTIVOS-Reconocen y protegen la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva

AUTODETERMINACION REPRODUCTIVA-Objeto

En virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

SERVICIOS DE SALUD REPRODUCTIVA-Servicios que debe incluir

DERECHOS SEXUALES-Reconocen y protegen la libertad sexual y el acceso a los servicios de salud sexual

LIBERTAD SEXUAL-Objeto

En virtud del derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución). En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada.

ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD SEXUAL-Servicios que deben incluir

DERECHO A LA SALUD-Distinción entre falta de idoneidad e inconveniencia del procedimiento médico/DERECHO A LA SALUD-Resolución de conflictos originados en la diferencia de criterios entre médico y paciente

DERECHO A LA AUTONOMIA PERSONAL-Prevalece la elección del paciente porque no se trata de un debate sobre la idoneidad de la prótesis ya que ambas son adecuadas/DERECHOS SEXUALES-No se debe aplicar el criterio económico para suministrarle al actor la prótesis peneana de menor costo

De conformidad con las reglas jurisprudenciales ampliamente explicadas, en este caso debe prevalecer la elección del paciente en virtud del derecho a la autonomía personal, cuya garantía se deriva, según la jurisprudencia constitucional, de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la autodeterminación (artículo 9) y a la dignidad humana (artículo 1). Ello porque no se trata de un debate sobre la idoneidad de las prótesis para la patología del señor AA, pues ambas son adecuadas según la junta médica de especialistas de la EPS y el propio médico tratante, sino de valoraciones alrededor de los riesgos y beneficios que implican cada una de ellas, las cuales forman parte de la esfera de autonomía del paciente, quien tiene derecho a tomar en cuenta los factores que considere pertinentes, incluso otros criterios médicos o de otra índole, como por ejemplo culturales, religiosos o estéticos, para decidir entre las dos opciones de prótesis adecuadas según las eventualidades y posibles consecuencias que esté dispuesto a asumir. Además, el criterio a aplicar en este caso no debe ser el económico, en el sentido de otorgarle al accionante la prestación de menor costo, pues se deben tener en cuenta las grandes diferencias que existen entre los dos tipos de prótesis en materia de efectos y riesgos, lo que hace que no sean equiparables desde ningún punto de vista.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE- El actor podrá escoger entre las dos opciones de prótesis peneanas después de que le hayan suministrado información clara y concreta sobre los beneficios y riesgos de ellas

Referencia: expediente T-2.302.353

Acción de tutela instaurada por AA contra el Servicio Occidental de Salud (SOS) S.A. Empresa Promotora de Salud (EPS)

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada (Cauca) en la acción de tutela instaurada por AA contra el Servicio Occidental de Salud (SOS) S.A. Empresa Promotora de Salud (EPS)

I. ANTECEDENTES

En el presente caso debe aclararse que por estar profundamente involucrada la dignidad del actor, la Sala ha decidido no hacer mención al nombre de la titular de los derechos como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomarán medidas para impedir su identificación, reemplazando el nombre del peticionario por las letras AA. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que los jueces de instancia guarden estricta reserva respecto de la parte actora en este proceso.

El pasado tres (3) de marzo de dos mil nueve (2009), el ciudadano AA interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales de petición, a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por el Servicio Occidental de Salud (SOS) S.A. Empresa Promotora de Salud (EPS).

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- AA, de veintiocho (28) años, afirma que ha sufrido “problemas urológicos” “desde hace más de 16 años”, los cuales le impiden la erección del pene lo que hace que no pueda sostener relaciones sexuales (folios 1 y 6, cuaderno 2).

2.- A raíz de lo anterior, el once (11) de noviembre de 2008 se le practicó, por autorización de la EPS demandada, el examen denominado “ultrasonido peneano duplex” o “ecografía doppler de pene” en el cual se le detectó una “fuga venosa bilateral” (folio 7, cuaderno 2).

3.- El dieciocho (18) de noviembre de 2008, el accionante acudió a un médico especialista particular -Marco Abel Peña Peña- quien, con fundamento en la ecografía practicada, conceptuó que “las pruebas (sic) hormonales normales, y la prueba (sic) con medicamentos orales, no dan resultado, esto sugiere, que el único tratamiento sería la colocación (sic) de prótesis (sic) peneana inflable de tres piezas (sic) dada la edad (sic) del paciente” (folio 8, cuaderno 2).

4.- Así mismo, con base en el estudio mencionado, el diecinueve (19) de diciembre de 2008, el médico urólogo Alejandro Quintero Espinosa, adscrito a la EPS SOS, le diagnosticó al actor “disfunción eréctil” y le ordenó la “colocación de una prótesis peneana” (folio 8, cuaderno 2).

El peticionario procedió a solicitar, el veinte (20) de enero de 2009, la autorización y programación de la cirugía (folio 10, cuaderno 2), sin embargo, tres días después, SOS resolvió en forma negativa su requerimiento con el argumento de que era un “procedimiento no contemplado en el plan de beneficios del plan obligatorio de salud (POS)” por lo que se debía “tramitar la solicitud a través del Comité Técnico Científico (CTC) con formato de justificación NO POS diligenciado por médico tratante” (folio 11, cuaderno 2).

5.- El cinco (5) de febrero del presente año, fue reiterada la prescripción a la que se ha hecho referencia por parte del médico tratante adscrito a la EPS demandada con la indicación de que la prótesis debía ser “semirígida” (folio 4, cuaderno 2). Además, el especialista diligenció el formato de “justificación para la solicitud de procedimientos y

servicios NO POS”, en el cual certificó que “se han agotado todas las posibilidades de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad”, específicamente el “sildenafil”, y que “no existe un procedimiento o servicio del POS para la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la patología” (folio 6, cuaderno 2).

6.- Asevera el accionante que, hasta el momento de interposición de la acción de tutela, la EPS demandada no había dado respuesta a su solicitud razón por la cual estima violado su derecho fundamental de petición. Adicionalmente, arguye que “para un ser humano, la imposibilidad de tener una relación sexual normal, por efecto de una patología curable, constituye una violación a mis derechos fundamentales (...) a la salud por cuanto estoy ante una enfermedad curable, la vida y la dignidad pues las condiciones en que estoy viviendo no son dignas ni justas y el libre desarrollo de la personalidad por cuanto no puedo desarrollar mi persona como hombre ante dificultad (sic) tan insuperable y esencial” (folio 2, cuaderno 2).

Solicitud de Tutela

7.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano AA solicitó la protección de sus derechos fundamentales de petición, a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad que considera han sido vulnerados por la entidad demandada al negarse a autorizarle la implantación de una prótesis peneana prescrita por su médico tratante, el cual se encuentra adscrito a la misma- con el objetivo de tratar la disfunción eréctil que padece.

En consecuencia pide ordenar al Servicio Occidental de Salud (SOS) S.A. que proceda a “ordenar la realización de la cirugía de colocación de prótesis en mi órgano sexual para su normal funcionamiento de acuerdo con la prescripción del doctor Alejandro Quintero” (folio 30, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada

8.- El Servicio Occidental de Salud (SOS) S.A. EPS dio respuesta a la acción de tutela el día nueve (9) de marzo de 2009 (folios 26 a 29, cuaderno 2). Indicó que el señor AA se encuentra afiliado a esta EPS en el régimen contributivo y que su rango salarial es A -menos

de dos salarios mínimos- (folio 26, cuaderno 2). Solicitó al juez de primera instancia declarar la improcedencia del amparo debido a que se configuraba un hecho superado ya que, el doce (12) de febrero de 2009, el Comité Técnico Científico había decidido autorizar la cirugía requerida por el actor. En concreto, se ordenó la implantación de una “prótesis peneana semirígida” de acuerdo a la prescripción del médico tratante adscrito a SOS (folio 30, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

9.- El Juzgado Segundo Penal Municipal de Puerto Tejada (Cauca) decidió, el diecisiete (17) de marzo de 2009, denegar la acción de tutela interpuesta por el señor AA al presentarse una carencia actual de objeto por hecho superado ya que lo “que perseguía el actor al instaurar la tutela, era la expedición por parte de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.O.S, de realizar la cirugía de colocación de prótesis en su órgano sexual y (...) la entidad accionada en su contestación está manifestando que ha decidido prestar este servicio” (folio 39, cuaderno 2).

Impugnación

10.- El accionante impugnó el fallo de primera instancia el día dos (2) de marzo de 2009.

Argumentó que “el Comité Técnico Científico de la EPS S.O.S S.A. cuando decidió autorizar el procedimiento de la prótesis peneana semirígida, ordenada por el médico tratante; ellos realizaron las correspondientes cotizaciones para determinar el costo de las prótesis y decidieron aprobarme una de menor valor, es decir \$1.900.000 que es la prótesis semirígida PROMEDON, por lo tanto, esta no me garantiza un normal funcionamiento de mi miembro viril, para el caso en concreto, la prótesis que me puede garantizar un normal funcionamiento es la siguiente: prótesis peneana inflable de tres cuerpos TITAN (...)”, la cual tiene un valor de catorce millones de pesos (\$14.000.000) (folio 45, cuaderno 2).

Para demostrar lo anterior, agregó que “el médico tratante desde un principio me indicó

o me manifestó que lo mejor es realizar la cirugía con la prótesis peneana inflable de tres cuerpos, pero me tomó por sorpresa que a última hora cambiara de su posición como médico, por una prótesis que según los estudios científicos es muy incómoda1 (...) consultando con los médicos cirujanos urólogos Dr. Marco Abel Peña Peña y Freddy Mondragón T., donde ellos recomiendan colocarme una prótesis de tres piezas por lo joven que estoy” (folios 45 y 46, cuaderno 2).

Concluye señalando que “si la decisión de usted señor(a) juez es confirmar esta acción de tutela, me afectaría el mínimo vital porque soy una persona que trabajo como operario industrial con un horario de trabajo muy extendido que mensualmente me pagan un salario mínimo donde yo debo pagar mi alimentación, vestuario, vivienda, transportes seguridad social, aporte en dinero a mis padres, servicios públicos, recreación, etc., que apenas tengo garantizado una congrua subsistencia y reunir \$14.000000 para comprar dicha prótesis se me hace imposible (...)” (folio 46, cuaderno 2).

Sentencia de segunda instancia

11.- El Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada ordenó, mediante auto del tres (3) de abril de 2009, “recibirle testimonio bajo juramento al Médico Urólogo Alejandro Quintero Espinosa (...) para que explique si la prótesis peneana semirígida que alude el acta del Comité del Comité Técnico Científico de dicha Empresa Prestador del Servicio de Salud, es la adecuada para la patología que presenta el paciente (...)” (folio 98, cuaderno 2).

En vista de que no se cumplió con la orden citatoria, la autoridad judicial decidió, el veintiocho (28) de abril de 2009, enviarle un interrogatorio con la siguiente pregunta: “Sírvese manifestar al Despacho si la prótesis peneana semi-rígida PROMEDON que ha dispuesto la E.P.S. colocarle al paciente AA es o no la aconsejable por Usted o si en su defecto para el caso que nos ocupa la requerida es la prótesis peneana inflable de tres cuerpos Titan, marca Coloplas-Mentor” (folios 101 y 102, cuaderno 2).

El veintinueve (29) de abril de 2009, el médico especialista Alejandro Quintero Espinosa respondió que:

“La prótesis peneanas son de dos tipos:

Inflables, consta de 3 cuerpos, inflables y tienen mayor riesgo de erosiones de cualquier área de los dispositivos inflables. Además también pueden presentar fallas a largo plazo en el funcionamiento de los dispositivos, migración de los dispositivos, perforación o ruptura lo cual haría que perdiera la función el sistema de la prótesis y no se lograrían erecciones. Ventajas: Luce más fisiológica.

Las semirígidas: menos riesgo de erosión y de falla en el tiempo ya que no tienen dispositivos para inflar o desinflar las prótesis, como resultado final terapéutico que es lograr o mantener erecciones cualquiera de los dos tipos de prótesis puede lograr el mismo objetivo terapéutico, además la decisión de colocar prótesis semirígida no fue una decisión de un solo médico sino de una junta médica urológica en la que aprobó” (folio 106, cuaderno 2).

Adjuntó a su respuesta un acta de una junta médica de urología conformada por tres médicos especialistas, entre los cuales se encuentra él mismo, celebrada el diecisiete (17) de abril de 2009, en la que se lee “el paciente se beneficia de cualquiera de los dos tipos de prótesis peneanas inflable o semirígida” (folio 107, cuaderno 2).

12.- Con base en las pruebas, el juez de segunda instancia resolvió, el 12 de mayo de 2009, la apelación del fallo de primera instancia en el sentido de confirmarlo. Consideró que “de la lectura cuidadosa del concepto final rendido por el médico Dr. Alejandro Quintero Espinosa, se concluye que la prótesis peneana semirígida aprobada para el paciente AA, mediante Acta No. 232528 del Comité Técnico Científico de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.O.S., el 12 de febrero del presente año, es la adecuada para el tratamiento de la impotencia por fuga venosa bilateral que padece, siendo el fundamento para que este despacho confirme íntegramente el fallo impugnado (...) aunado a la circunstancia del hecho superado” (folio 110, cuaderno 2).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo

previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- Como se vio, al momento de interposición de la acción de tutela las vulneraciones alegadas consistían en la falta de respuesta por parte de la EPS demandada a la solicitud de procedimiento no POS hecha por el peticionario a través de su médico tratante y en la negativa de la misma a implantarle la prótesis ordenada por el mismo (folio 2, cuaderno 2). Sin embargo, estas pretensiones fueron satisfechas en el transcurso de la primera instancia ya que, el doce (12) de febrero de 2009, el Comité Técnico Científico de la EPS respondió la petición y decidió autorizar la colocación de una “prótesis peneana semirígida” al accionante (folio 30, cuaderno 2).

Por ello, la Sala se abstendrá de pronunciarse acerca de (i) la violación del derecho fundamental de petición pues ya fue superada y sobre (ii) la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la vida digna como consecuencia de la negativa de la demandada a realizar el procedimiento ordenado al actor ya que la demandada no discute que, en este caso, resulta procedente suministrarle este servicio médico a pesar de su falta de inclusión en el Plan Obligatorio de Salud.

3.- La Sala se concentrará entonces en resolver el problema jurídico surgido en segunda instancia. En efecto, una vez concedida por parte del Comité Técnico Científico la “prótesis peneana semirígida” ordenada por el especialista tratante adscrito a su EPS, el actor considera que se presenta una nueva afrenta a sus derechos fundamentales ya que ésta no le garantiza un normal funcionamiento de su órgano sexual y “es muy incómoda”, lo que lo llevó a solicitar al juez de tutela que se autorice una “prótesis peneana inflable de tres cuerpos” que le ha sido prescrita debido a su edad (28 años) por especialistas no vinculados a la EPS demandada (folios 45 y 46, cuaderno 2).

Así, se presenta una diferencia de criterios respecto del procedimiento médico a seguir entre el médico tratante adscrito a la EPS y el paciente, el cual se apoya en el concepto de especialistas particulares, la cual será dirimida por esta Sala.

4.- A fin de resolver el asunto, la Sala se referirá a (i) los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad y a (ii) la jurisprudencia constitucional en torno a la resolución de los conflictos originados en la diferencia de criterios entre médico tratante y paciente, para luego (iii) solucionar el caso concreto.

Los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad

5.- Para empezar, la Sala considera necesario diferenciar los derechos sexuales de los reproductivos pues sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda. Esta separación ha resultado ser una demanda especialmente importante para las mujeres pues el hecho de haber sido identificadas fundamentalmente como madres ha reducido la protección de su sexualidad a la de la maternidad o al menos ha priorizado ésta última sobre la primera. A pesar de lo anterior, no se puede negar que los derechos sexuales y reproductivos están indudablemente relacionados pues la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgos de embarazos no deseados, lo que quiere decir que cada una de estas categorías posee una definición y un contenido propio pero parten de una base común.

6.- Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

Esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional². En esta tarea, tanto el legislador como la administración deberán respetar los mandatos constitucionales y

los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas³.

7.- Con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así⁴, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.

8.- En virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)⁵ que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

Además, reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”¹¹. Es por ello que el derecho a la autodeterminación reproductiva es vulnerado, por ejemplo, “cuando se obliga al marido a dar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen

requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos”¹².

9.- Así mismo, los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial a las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva. Estos incluyen, entre otros,

(i) Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que está reconocida en los artículos 10¹³ y 12¹⁴ de la CEDAW y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña¹⁵.

(ii) Interrupción voluntaria del embarazo de forma segura en aquellos casos en que es legal¹⁶, sin la exigencia de requisitos inexistentes¹⁷.

(iii) Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Al respecto, el artículo 43 de la Constitución prescribe que “durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado”. Por su parte, el artículo 12 de la CEDAW impone a los Estados la obligación de asegurar “a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”. Así mismo, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño los obliga a proporcionar “atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

(iv) Por último, la prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino. Al respecto, en la sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una “cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así mismo, en la sentencia T-636 de 2007, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado “cariotipo materno” con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos

espontáneos.

10.- Con el mismo fundamento normativo, es posible sostener que los derechos sexuales reconocen, respetan y protegen (i) la libertad sexual y (ii) el acceso a los servicios de salud sexual.

11.- En virtud del derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución)¹⁸. En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación¹⁹, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada²⁰.

12.- De igual forma, los derechos sexuales reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas de acceder a servicios de salud sexual, los cuales deben incluir, básicamente:

(i) Información y educación oportuna, veraz, completa y libre de prejuicios sobre todos los aspectos de la sexualidad²¹,

(ii) El acceso a servicios de salud sexual de calidad que permitan atender y prevenir las infecciones, dolencias y enfermedades que afecten el ejercicio de la sexualidad²², y

(iii) Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos y acceso a los mismos en condiciones de calidad y la posibilidad de elegir aquél de su preferencia, lo cual es un punto de contacto evidente entre los derechos sexuales y reproductivos.

13.- Como se puede deducir de todo lo anterior, las prerrogativas que conceden los derechos sexuales y reproductivos son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en los ámbitos de la sexualidad y la reproducción. Por esta razón la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indicó que esta categoría de derechos “abarca ciertos derechos humanos que ya

están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso” (principio 4). En este sentido, los derechos sexuales y reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.

Por lo dicho, y debido a la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que los derechos sexuales y reproductivos están protegidos por la Constitución de 1991 ya que “han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”²³.

14.- En concreto, esta Corte ha protegido por medio de la acción de tutela los derechos sexuales, aunque no les haya denominado de esta manera.

Así, en las sentencias T-926 de 1999 y T-465 de 2002, se amparó el derecho de dos hombres al acceso a los servicios de salud sexual, el cual había sido violado por sus respectivas EPS, quienes se rehusaban a suministrarles un medicamento para solucionar la disfunción eréctil que padecían, el cual había sido ordenado por sus médicos tratantes y no podían costear. Se sostuvo en aquellas oportunidades que:

“Es claro que hace parte del derecho fundamental a la vida, el que tiene toda persona a gozar de una vida sexual normal; en repetidas ocasiones esta Corporación se ha ocupado de considerar la trascendencia del tratamiento médico de afecciones que impiden el desarrollo normal de la fisiología sexual humana, y de valorar la importancia que él tiene en el desarrollo de la persona y en el de la personalidad individual de cada uno²⁴. Por tanto, no es de recibo el argumento que sirvió de base para negar la tutela en este caso: no está comprometida la vida del actor. Tal consideración, llevaría a hacer inane el derecho a una protección inmediata de la vida y la integridad personal, pues condenaría al afectado por la falta de tratamiento médico, a demostrar que el daño ocasionado por esa omisión es de tal magnitud, que la actuación del juez constitucional no lograría devolverle la salud perdida

(...)

Debe resaltarse que lo comprometido en este caso no es sólo una afección psicológica que merma la autoestima del actor; su padecimiento pone en juego su capacidad de relación, en uno de los aspectos esenciales de la misma: la vida de pareja, y compromete el ejercicio de otros derechos indudablemente fundamentales, como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre la procreación de los hijos. Es que no sólo se trata en este caso de molestias psicológicas, sino de las que se desprenden de una dolencia que equivale, para fines prácticos, a lo que la ley laboral denomina pérdida funcional”.

En otra ocasión (sentencia T-269 de 2002), se tuteló el derecho de una pareja heterosexual que alegaba la ausencia de condiciones de higiene para la realización de la visita conyugal en una cárcel del país. Indicó la Corte que “debido a la clara relación que tiene la visita íntima con el desarrollo de otros derechos como la intimidad, la protección a la familia y la dignidad humana, es dable afirmar que ésta se configura en fundamental por conexidad y que sólo debe ser sometida a restricciones bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad”.

Y añadió que “el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta. Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula. La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad”.

Más recientemente (sentencia T-143 de 2005), en un caso similar al de la referencia, la Corte protegió el derecho al acceso a los servicios de salud sexual de un hombre cuya EPS le negaba la implantación de una prótesis peneana prescrita por su médico tratante con el fin de remediar la disfunción eréctil que padecía y cuyo costo no podía asumir el

petionario.

La Corte fundamentó su decisión en que “si la persona que comienza a presentar limitaciones para sostener una actividad en su vida sexual, en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de salud, habrá de advertirse que no se trata tan sólo de simples afecciones de la salud, sino que también comporta la afectación de otros derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la familia e incluso a la vida misma. Así, cuando el paciente que por razones de salud tiene dificultades para sostener una relación sexual satisfactoria o en el peor de los casos, para tener una relación sexual completa, aún cuando tal situación no comprometa su integridad física o su propia vida, reclama de todos modos el amparo de otros derechos fundamentales a los cuales ya se hizo mención [entre ellos el libre desarrollo de la personalidad]. Pero, si además, dichas dificultades físicas o de salud obligan a quien las sufre a acudir al servicio de salud, y se da inicio a una de varias posibles opciones tendientes a solucionar su problema, podrá igualmente reclamar el acceso a todas las demás opciones que médicamente le permitan recuperar su salud y en particular su actividad sexual”.

La jurisprudencia constitucional en torno a la resolución de los conflictos originados en la diferencia de criterios entre médico tratante y paciente. Distinción entre falta de idoneidad e inconveniencia de un servicio médico. Reiteración de jurisprudencia.

15.- En la sentencia T-234 de 2007, se distinguió entre los supuestos de falta de idoneidad y de inconveniencia de los medicamentos, exámenes y tratamientos médicos para resolver los conflictos originados en la diferencia de criterios entre médico y paciente en el caso de que los servicios médicos sean negados a éste último con base en un concepto del primero y, aún así, los exija por medio de acción de tutela.

Como se verá a continuación, de dicha distinción se derivan dos soluciones diferentes relativas a quién y por qué decide sobre su suministro o práctica, según éste se considere no-idóneo o inconveniente.

16.- Así, se indicó que, de acuerdo con jurisprudencia constitucional consistente²⁵, cuando la negativa de un servicio se basa en un criterio médico según el cual éste no es idóneo para la patología del paciente pues no es el propio para la misma, este concepto debe ser respetado por el juez constitucional. En otras palabras, la decisión

relativa a los exámenes, tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender al enfermo está únicamente en cabeza de los médicos y no le corresponde ni al paciente ni al juez. Como sustento de esta regla se mencionaron los siguientes criterios:

(i) Necesidad: el conocimiento médico-científico que posee el médico y del que carece, por obvias razones el juez, es el único que da cuenta de la necesidad de un examen, tratamiento o medicamento para tratar adecuadamente las enfermedades y justificar así la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud²⁶. El juez, “podría de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente (...) -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos- o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”²⁷.

(ii) Responsabilidad: ante la obligación de los médicos de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, se genera una responsabilidad de los primeros respecto de los servicios médicos que prescriban a los segundos.

(iii) Especialidad: el conocimiento médico-científico no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente, y

(iv) Proporcionalidad: pese a que los médicos son quienes disponen los exámenes, tratamientos y medicamentos para garantizar la salud y el bienestar de los pacientes, este ámbito no se sustrae de todo tipo de control, por el contrario la labor de los médicos respecto de sus pacientes está enmarcada dentro del límite al que se circunscriben todos los ciudadanos colombianos, cual es el de respetar los derechos fundamentales de otros, y evitar su amenaza o vulneración; “no obstante, el juez debe ser muy cuidadoso al adentrarse en esos terrenos, los cuales exigen conocimientos especializados que no posee el funcionario judicial. Es decir, la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y conocimientos del juez, sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente. Por lo tanto, su intervención en la relación médico - paciente sólo debe darse en situaciones extremas, tal como ocurre cuando la decisión del médico pone gravemente en peligro los derechos de las personas”²⁸.

De acuerdo con esta solución de prevalencia de la opinión médica, la Corte se ha rehusado, en varios casos, a ordenar medicamentos, tratamientos o procedimientos médicos solicitados por el paciente pero que se han negado por no ser idóneos de acuerdo con el médico tratante²⁹ o por ser experimentales³⁰.

17.- Según la sentencia mencionada, la cual fue reiterada recientemente por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia C-930 de 2008³¹, otra solución debe darse a aquellos casos en los que la negativa del médico al examen, tratamiento o medicamento se deba únicamente a razones de inconveniencia, es decir, de ponderación entre los riesgos y beneficios de los mismos pues allí el juez constitucional debe velar por la vigencia de los derechos fundamentales del paciente y proteger su decisión, siempre y cuando medie un consentimiento libre e informado.

Esta conclusión se apoya en el pluralismo como principio constitucional (artículo 1), así como en el derecho de autonomía personal, cuya garantía se deriva, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad³² (artículo 16), del derecho de autodeterminación³³ (artículo 9) y del derecho de dignidad humana³⁴ (artículo 1), los cuales soportan en buena medida la posibilidad de asumir riesgos voluntariamente.

De éstas disposiciones constitucionales, se desprende, “que la competencia de las autoridades no tiene prima facie, el alcance de regular aquellas conductas de las personas, que no interfieran con el goce pleno de los derechos de otras personas³⁵. Ello quiere decir igualmente que el ámbito de regulación estatal permitido, según las cláusulas constitucionales citadas, involucra de manera general la relación de los individuos con otros individuos, y no la relación del individuo consigo mismo³⁶. Por supuesto esto tiene excepciones³⁷, pero la regla general se mantiene. Bajo el mismo principio, se puede concluir que los individuos no sólo pueden, sino que tienen el derecho de colocarse autorresponsablemente en situaciones que otros consideren inconvenientes o riesgosas, siempre que no comprometan los derechos de otros³⁸. En el punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, la Corte ha realzado la garantía del derecho de autonomía personal³⁹. De la condición personal de la salud se desprende pues, una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar la decisión de no vivir más, por ejemplo. Así

como, el caso contrario también forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, cual es el de tomar la decisión de continuar viviendo en condiciones que para la mayoría serían de suma indignidad”.

Así mismo, concluye que “que es deber del Estado respetar aquellas decisiones de los individuos que tengan como sustento su condición de seres libres y autónomos, siempre que estas decisiones no deriven en acciones que comprometan el goce de los derechos de otras personas. Este deber se extiende por supuesto a todas aquellas personas o entidades que ostenten la calidad de autoridades, entre ellas las autoridades en salud. Así, en materia del cuidado de la salud y del correspondiente sometimiento a tratamientos médicos para conjurar dolencias físicas, cabe afirmar que por regla general, superadas las discusiones sobre cuáles son los procedimientos propios de determinadas patologías (idoneidad), las valoraciones alrededor de su eficacia y su consecuente conveniencia en cada caso concreto forman parte de la esfera de autonomía del paciente, quien tiene derecho a tomar en cuenta los factores que considere pertinentes, incluso otros criterios médicos o de otra índole, como por ejemplo culturales, religiosos o estéticos, para decidir si se somete o no a un tratamiento médico” (subrayado fuera del texto original).

Este margen de decisión del paciente, que se da en ejercicio del principio de autonomía, puede chocar con el principio de beneficencia, según el cual la actividad médica debe tener como fin primordial la búsqueda del bienestar de las personas, pues existe la posibilidad de que las decisiones del paciente respecto de someterse o no a tratamientos médicos se basen en justificaciones ajenas a criterios médico-científicos tales como prácticas culturales, creencias religiosas o razones estéticas. La Corte ha sostenido que para desatar este choque de principios constitucionales, se debe tener en cuenta que “...en una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de permiso o de autonomía tiene una prevalencia <prima facie> sobre los otros principios concurrentes. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda intervención médica debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusarse incluso a determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más importantes proyectos y convicciones personales”⁴⁰. Así mismo, en virtud de su autonomía, el paciente tiene el derecho de decidir someterse a

tratamiento o procedimiento inconveniente desde el punto de vista médico por ser altamente riesgoso, caso en el que el juez constitucional deberá verificar que se haya suministrado un consentimiento informado.

18.- Por último, destaca la sentencia en comento que, de conformidad con la dinámica económica que subyace a la prestación de los servicios de salud en Colombia por particulares, la distinción entre falta de idoneidad e inconveniencia de los medicamentos, exámenes o tratamientos médicos surge como una forma de garantizar los derechos de los pacientes pues es posible que las Empresas Promotoras de Salud, por razones económicas, nieguen a los pacientes opciones idóneas incluidas en el POS bajo el argumento de que son inconvenientes.

Indica además que el hecho de no hacer esta distinción puede derivar en situaciones inaceptables a la luz del derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución) pues si el paciente tiene los medios económicos para costear por fuera del sistema general de seguridad en salud un servicio médico idóneo pero inconveniente se respetaría su parecer y se haría uso del consentimiento informado para salvar la responsabilidad del médico, pero si el paciente no cuenta con los medios para sufragarlo y debe solicitarlo al sistema entonces se afirmaría que sobre su práctica es más importante el criterio médico que determinó su inconveniencia pues están en juego los recursos con los que se va a solventar del tratamiento. Conclusión que va en contravía del principio de justicia sobre el que, entre otros, se basa la actividad médica, y según el cual se debe procurar que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"⁴¹.

A la luz de todas las anteriores consideraciones se resolverá el caso de la referencia.

Caso concreto

19.- En el presente asunto, el actor alegaba la violación de sus derechos sexuales, en concreto, del derecho al acceso a los servicios de salud sexual pues su EPS le negó, en un principio, la implantación de una prótesis peneana que no puede sufragar por sus propios medios y que fue prescrita por su médico tratante con el fin de remediar la

disfunción eréctil que padece. Como está plenamente demostrado que tal vulneración cesó, pues el doce (12) de febrero de 2009, el Comité Técnico Científico de la EPS decidió autorizarle al accionante la colocación de una “prótesis peneana semirígida” (folio 30, cuaderno 2), se configura una carencia actual de objeto por hecho superado.

En este punto, la Sala se limitará a señalar que, de acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional, apoyada en la Constitución de 1991 y en los tratados internacionales de derechos humanos, ha reconocido que este tipo de prestaciones referidas al acceso a servicios de salud sexual son exigibles por vía de tutela por estar amparadas por los derechos fundamentales a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, cuando están incluidas en el POS o cuando se cumplen los requisitos que esta Corte ha exigido para el reconocimiento de prestaciones no incluidas o excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

20.- Como se advirtió, la Sala se concentrará en resolver el problema jurídico surgido en segunda instancia consistente en una diferencia de criterios entre el médico tratante adscrito a la EPS y el paciente respecto del tipo de prótesis que se le debe implantar pues el Comité Técnico Científico de la EPS demandada le autorizó una “prótesis peneana semirígida” (folio 30, cuaderno 2) tal como fue ordenada por el especialista tratante adscrito (folios 4 y 6, cuaderno 2), pero el actor considera que se le debe proporcionar una “prótesis peneana inflable de tres cuerpos” con fundamento en conceptos de especialistas no vinculados a la EPS demandada (folio 8, cuaderno 2).

Según los criterios expuestos, lo primero que debe constatar la Sala es si la negativa del médico tratante y de la EPS a suministrar el tipo de prótesis que el paciente desea se basa en razones de falta de idoneidad o de inconveniencia, análisis que fue omitido por completo por el juez de segunda instancia, quien dio prevalencia, sin más, al concepto del médico tratante adscrito a la EPS demandada.

De las pruebas que obran en el expediente, se puede comprobar que es lo segundo. En efecto, en el informe rendido al juez de segundo grado, el médico tratante adscrito a la EPS se refirió a los beneficios y riesgos de los dos tipos de prótesis peneanas - semirígidas e inflables de tres cuerpos- inclinándose por la primera de ellas porque, aunque

, es la menos riesgosa⁴³. A pesar de ello, también afirma que “cualquiera de los dos tipos de prótesis puede lograr el mismo objetivo terapéutico” pero justifica la escogencia en la decisión de una junta médica urológica de la que el mismo hizo parte (folio 106, cuaderno 2). Sin embargo, no es cierto que la junta médica haya determinado que al señor AA se le debía implantar una prótesis semirígida pues lo que se logra leer en el acta de la misma es lo siguiente: “el paciente se beneficia de cualquiera de los dos tipos de prótesis penéneas inflable o semirígida” (folio 107, cuaderno 2).

En este orden de ideas, de conformidad con las reglas jurisprudenciales ampliamente explicadas, en este caso debe prevalecer la elección del paciente en virtud del derecho a la autonomía personal, cuya garantía se deriva, según la jurisprudencia constitucional, de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la autodeterminación (artículo 9) y a la dignidad humana (artículo 1). Ello porque no se trata de un debate sobre la idoneidad de las prótesis para la patología del señor AA, pues ambas son adecuadas según la junta médica de especialistas de la EPS y el propio médico tratante, sino de valoraciones alrededor de los riesgos y beneficios que implican cada una de ellas, las cuales forman parte de la esfera de autonomía del paciente, quien tiene derecho a tomar en cuenta los factores que considere pertinentes, incluso otros criterios médicos o de otra índole, como por ejemplo culturales, religiosos o estéticos, para decidir entre las dos opciones de prótesis adecuadas según las eventualidades y posibles consecuencias que esté dispuesto a asumir.

Además, el criterio a aplicar en este caso no debe ser el económico, en el sentido de otorgarle al accionante la prestación de menor costo, pues se deben tener en cuenta las grandes diferencias que existen entre los dos tipos de prótesis en materia de efectos y riesgos, lo que hace que no sean equiparables desde ningún punto de vista.

21.- Quiere resaltar la Sala que el criterio a aplicar, en este caso concreto, no debe ser el económico en el sentido de otorgarle automáticamente al accionante la prestación de menor costo -la semirígida- con el fin de salvaguardar los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud en vista de que el procedimiento está excluido del POS. Ello por las grandes diferencias que existen entre los dos tipos de prótesis en materia

de riesgos y de consecuencias a largo plazo en el cuerpo del actor –recuérdese que la implantación de una prótesis peneana semirígida significa que “el pene mantiene permanentemente la erección”⁴⁴- lo que hace que no sean equiparables desde ningún punto de vista. Conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que el presente asunto se relaciona con una decisión sobre la salud sexual, la cual es, por obvias razones, sumamente personal. En otras palabras, el tipo de prótesis a implantar tiene consecuencias directas en el goce de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud sexual del señor AA.

Otra respuesta podría darse en aquellos casos en que se trata de dos prestaciones médicas de precio distinto, ambas excluidas del POS, pero sin diferencias sustanciales que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales del paciente. Allí cobraría valor la intención de racionalizar el uso de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cuales deben ser distribuidos para garantizar el derecho a la salud de todos los usuarios, en desarrollo del deber constitucional de solidaridad (artículo 95 de la Constitución) y del principio de solidaridad del mismo sistema (artículo 2 de la ley 100 de 1993).

22.- Lo anterior no quiere decir que en la parte resolutive de la sentencia proceda ordenar directamente la implantación de la “prótesis peneana inflable de tres cuerpos” que el señor AA desea pues, como se dijo, el juez constitucional debe verificar que la decisión del paciente esté acompañada de un consentimiento libre e informado, el cual no está presente en esta oportunidad ya que lo que obra en el expediente es un formato referido a la “colocación de prótesis peneana” sin especificación del tipo de prótesis ni de los riesgos y beneficios de cada una de ellas y que ni siquiera se encuentra firmado por el accionante (folio 5, cuaderno 2). Conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que el procedimiento médico de implantación de una prótesis peneana, sea del tipo que sea, resulta particularmente invasivo y tiene carácter irreversible.

23.- De acuerdo con lo explicado, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada, por medio del cual se confirmó la sentencia emitida en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Puerto Tejada, que negó el amparo en la acción de tutela instaurada por AA contra el Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S., para en su lugar declarar la carencia actual de

objeto por hecho superado respecto de la vulneración de los derechos fundamentales de petición, a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad originados en la negativa de la entidad demandada a suministrar el servicio médico prescrito por el especialista tratante al peticionario.

Además, la Sala concederá el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana de AA respecto de la escogencia del tipo de prótesis peneana a implantar -semirígida o inflable de tres cuerpos-.

En consecuencia, se ordenará al Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S que, a través de una junta médica conformada por el médico tratante Alejandro Quintero, dos especialistas en urología adscritos a la EPS y dos representantes de la Sociedad Colombiana de Urología, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta providencia, suministre al señor AA la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su organismo la implantación de una prótesis peneana semirígida o de una prótesis peneana inflable de tres cuerpos, para que éste manifieste de manera libre y espontánea su escogencia entre estas dos opciones.

Una vez obtenido el consentimiento informado del demandante, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, el Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S autorizará e iniciará los trámites y procedimientos médicos necesarios para el implante de la prótesis peneana elegida, el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico especialista tratante.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada, por medio del cual se confirmó la sentencia emitida en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Puerto Tejada, que negó el amparo en la acción de tutela instaurada por AA contra el Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S., para en su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado respecto de la vulneración de los derechos fundamentales de petición, a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad originados en la negativa de la entidad demandada a suministrar el servicio médico prescrito por el especialista tratante al peticionario.

Segundo.- CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana de AA respecto de la escogencia del tipo de prótesis peneana a implantar -semirígida o inflable de tres cuerpos-.

Tercero.- En consecuencia, ORDENAR al Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S que, a través de una junta médica conformada por el médico tratante Alejandro Quintero, dos especialistas en urología adscritos a la EPS y dos representantes de la Sociedad Colombiana de Urología, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta providencia, suministre al señor AA la información pertinente en forma clara y concreta sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su organismo la implantación de una prótesis peneana semirígida o de una prótesis peneana inflable de tres cuerpos, para que éste manifieste de manera libre y espontánea su escogencia entre estas dos opciones.

Así mismo, ORDENAR al Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S que, una vez obtenido el consentimiento informado del demandante, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorice e inicie los trámites y procedimientos médicos necesarios para el implante de la prótesis peneana elegida, el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico especialista tratante.

Así mismo, ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del peticionario.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-732 DE 2009

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ACTOR-No se vulneraron por negarle la EPS la prótesis inflable de tres cuerpos y otorgarle una prótesis peneana semirígida (Salvamento de voto)

SENTENCIA DE TUTELA-Error de apreciación probatoria e inadecuada ponderación de los derechos en juego por parte de la Sala /SENTENCIA DE TUTELA-La discusión de la Sala no era si un tratamiento era mejor que el otro, sino si el menos costoso podía

garantizar la protección de los derechos fundamentales del accionante (Salvamento de voto)

En la decisión de la cual me aparto, la Sala incurrió en un error de apreciación probatoria y realizó una ponderación inadecuada de los derechos en juego. Por un lado, luego de un análisis somero de las pruebas obrantes en el expediente, la Corte decidió concederle al reclamante la posibilidad de escoger de dos tratamientos que contribuían de igual manera para tratar la disfunción eréctil que padece, aquel que estéticamente resultaba más ventajoso, afirmando que la apariencia de uno de ellos atentaba gravemente contra los derechos al libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y dignidad humana del peticionario. Diversos estudios científicos de reputadas autoridades médicas señalan de manera categórica que la prótesis semirígida PROMEDON45 es cómoda y su apariencia, si bien no es completamente natural (como tampoco lo es la de la prótesis TITAN), le permite al paciente desenvolverse de manera normal tanto en sus actividades cotidianas como sexuales. Es claro que la prótesis TITAN cuenta con mayor tecnología y puede lucir mejor que la PROMEDON. Sin embargo, de dicha circunstancia no se puede concluir que el suministro de la última no asegure la protección a los derechos fundamentales a la salud, autodeterminación y dignidad humana, lo cual es, en últimas, lo que ordena la Carta Política. La prótesis PROMEDON cumplía con dicha función⁴⁶ y permitía también, por su bajo costo, una asignación más eficiente de los recursos del sistema de seguridad social en salud. La decisión de la cual discrepo omitió demostrar las supuestas deficiencias de la prótesis PROMEDON que la hacían en últimas, incapaz de salvaguardar los derechos a la salud, vida y dignidad humana del reclamante, abriendo las puertas a un tratamiento casi 10 millones más costoso para el sistema de seguridad social en salud. La discusión que debió afrontar la Sala no era si un tratamiento era mejor que el otro; sino si el menos costoso podía garantizar la protección, aunque fuera mínima, de los derechos a la salud y dignidad humana del peticionario.

La decisión mayoritaria, al abrirle al peticionario la posibilidad de escoger cualquiera de dos tratamientos excluidos, le está permitiendo optar por uno que no solo es más costoso y hace menos eficiente la asignación de los recursos del sistema, sino uno que es menos durable, tiene mayor riesgo de erosión y falla en el tiempo. Es preciso señalar que el precedente consagrado en la Sentencia T-732 de 2009 le permite al paciente

escoger el tratamiento de salud que mejor prefiera, siempre y cuando la gama de posibilidades médicas sean idóneas para proteger su salud. Dicha regla puede abrir el paso a que, en el futuro, pacientes hagan uso de la tutela para exigir tratamientos mucho más costosos pero estéticamente más convenientes que el disponible en el plan obligatorio de beneficios bajo el argumento de que la libre escogencia del paciente debe primar en esos casos. Tal argumento desconoce de manera palmaria la razonabilidad y eficiencia del sistema y de ser acogido por la Corte y demás autoridades judiciales en el futuro, terminará por drenar los ya escasos recursos de nuestro precario sistema de seguridad social en salud, impidiéndole a las personas el acceso a tratamientos que se requieran con real urgencia.

Referencia: Expediente T- 2.302.353

Acción de tutela instaurada por AA contra el Servicio Occidental de Salud -SOS.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO SIERRA PORTO

Con el respeto acostumbrado con las decisiones que toma esta Corporación, me permito disentir de la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión dentro del expediente de la referencia. Las razones que apoyan mi postura son las siguientes:

1. Considero que la protección a los derechos fundamentales a la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana solicitada por AA debió negarse, pues la negativa de la entidad accionada de suministrarle una prótesis peneana inflable de tres cuerpos TITAN, otorgándole, en cambio, una prótesis peneana semi-rígida PROMEDON no constituye una conducta desconocedora de sus derechos fundamentales.

El caso puesto en consideración de la Sala giraba entorno a si, de dos servicios en salud igualmente idóneos⁴⁷ desde el punto de vista médico, el paciente tenía derecho a escoger - con cargo a los recursos del sistema de la seguridad social en salud - aquel que fuera más conveniente⁴⁸. La sentencia T-732 de 2009 llega a la conclusión de que el paciente sí tiene derecho, bajo el argumento de que

“las valoraciones alrededor de los riesgos y beneficios que implican cada una de ellas” son de resorte exclusivo del paciente “quien tiene derecho a tomar en cuenta los factores que considere pertinentes, incluso otros criterios médicos o de otra índole, como por ejemplo culturales, religiosos o estéticos, para decidir entre las dos opciones de prótesis adecuadas según las eventualidades y posibles consecuencias que esté dispuesto a asumir.”

Añade a renglón seguido que “el criterio a aplicar en este caso no debe ser el económico, en el sentido de otorgarle al accionante la prestación de menor costo, pues se deben tener en cuenta las grandes diferencias que existen entre los dos tipos de prótesis en materia de efectos y riesgos, lo que hace que no sean equiparables desde ningún punto de vista.”

2. El Comité de derechos económicos, sociales y culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha señalado de manera categórica, que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.” En igual sentido, ha expresado que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que permita vivir dignamente.”⁴⁹

Así las cosas, es obligación del Estado asegurar la protección del derecho a la salud de manera universal a todos los integrantes de su territorio y en condiciones tales de manera que se garantice la dignidad humana de las personas.

3. De igual forma, buscando hacer efectiva la protección a los derechos a la vida, dignidad humana y salud, la Corte Constitucional ha permitido de manera excepcional la exigibilidad por vía de tutela de servicios en salud que se requieran con necesidad que no estén incluidos dentro del plan obligatorio de beneficios.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha dejado claro que el derecho fundamental a la salud es en esencia limitable y en consecuencia “el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles...”⁵⁰. En efecto, se ha considerado razonable y justificado constitucionalmente negar el amparo cuando se trate de servicios en salud cuya exclusión no desconozca aspectos importantes de la salud, vida o dignidad del peticionario.

4. La escasez de recursos del sistema de seguridad social y el déficit de protección que existe actualmente impone, como prioridad, garantizar la prestación de servicios de salud a la totalidad de la población colombiana, dentro del marco de la dignidad humana. Posteriormente, una vez alcanzado dicho objetivo, y de conformidad con el principio de progresividad, el Estado colombiano estará en la obligación de garantizar mejores estándares de protección, cubriendo servicios en salud previamente excluidos, como son los tratamientos de naturaleza experimental, estética, de fertilidad, de desintoxicación y los odontológicos.⁵¹

5. En la decisión de la cual me aparto, la Sala incurrió en un error de apreciación probatoria y realizó una ponderación inadecuada de los derechos en juego. Por un lado, luego de un análisis somero de las pruebas obrantes en el expediente, la Corte decidió concederle al reclamante la posibilidad de escoger de dos tratamientos que contribuían de igual manera para tratar la disfunción eréctil que padece, aquel que estéticamente resultaba más ventajoso, afirmando que la apariencia de uno de ellos atentaba gravemente contra los derechos al libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y dignidad humana del peticionario.

6. Diversos estudios científicos de reputadas autoridades médicas señalan de manera categórica que la prótesis semirígida PROMEDON⁵² es cómoda y su apariencia, si bien no es completamente natural (como tampoco lo es la de la prótesis TITAN), le permite al paciente desenvolverse de manera normal tanto en sus actividades cotidianas como sexuales. ⁵³

Es claro que la prótesis TITAN cuenta con mayor tecnología y puede lucir mejor que la PROMEDON. Sin embargo, de dicha circunstancia no se puede concluir que el suministro de la última no asegure la protección a los derechos fundamentales a la salud, autodeterminación y dignidad humana, lo cual es, en últimas, lo que ordena la Carta Política. La prótesis PROMEDON cumplía con dicha función⁵⁴ y permitía también, por su bajo costo, una asignación más eficiente de los recursos del sistema de seguridad social en salud.

La decisión de la cual discrepo omitió demostrar las supuestas deficiencias de la prótesis PROMEDON que la hacían en últimas, incapaz de salvaguardar los derechos a la salud,

vida y dignidad humana del reclamante, abriendo las puertas a un tratamiento casi 10 millones más costoso para el sistema de seguridad social en salud. La discusión que debió afrontar la Sala no era si un tratamiento era mejor que el otro; sino si el menos costoso podía garantizar la protección, aunque fuera mínima, de los derechos a la salud y dignidad humana del peticionario.

7. Por otro lado, la sentencia T-732 de 2009 le dio plena aplicación a derechos constitucionales que, por fuerza de las circunstancias, deben estar razonablemente limitados. El catálogo de beneficios fue diseñado para atender de manera prioritaria las necesidades más básicas en salud de los colombianos, dejando por fuera, por ahora, la satisfacción de intereses de simple utilidad o de carácter estético. En consecuencia, si la misma Corte ha considerado ajustado a la Carta Política la exclusión de ciertos tratamientos médicos del POS, limitando el derecho fundamental de las personas a la libre escogencia, resulta contradictorio ahora permitirle a un reclamante la posibilidad de escoger cuál de todos los medicamentos idóneos, que se encuentran excluidos, le conviene más. Es preciso anotar en este punto que tanto la prótesis PROMEDON como la TITAN están excluidas del POS y que por consiguiente, su suministro depende de consideraciones respecto de su idoneidad para proteger el derecho a la vida, salud y dignidad del reclamante, como también de cuestiones de eficiencia y razonabilidad del sistema de seguridad social. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16) no puede tener cabida en situaciones como ésta donde, para evitar la posible vulneración de otros derechos como la vida, salud y dignidad humana, se ha considerado constitucionalmente admisible conceder prestaciones económicas que el legislador, de ordinario, había excluido del plan obligatorio de beneficios en salud.

8. De igual forma, hay que señalar que la decisión mayoritaria, al abrirle al peticionario la posibilidad de escoger cualquiera de dos tratamientos excluidos, le está permitiendo optar por uno que no solo es más costoso y hace menos eficiente la asignación de los recursos del sistema, sino uno que es menos durable, tiene mayor riesgo de erosión y falla en el tiempo.

9. Es preciso señalar que el precedente consagrado en la Sentencia T-732 de 2009 le permite al paciente escoger el tratamiento de salud que mejor prefiera, siempre y cuando la gama de posibilidades médicas sean idóneas para proteger su salud. Dicha

regla puede abrir el paso a que, en el futuro, pacientes hagan uso de la tutela para exigir tratamientos mucho más costosos pero estéticamente más convenientes que el disponible en el plan obligatorio de beneficios bajo el argumento de que la libre escogencia del paciente debe primar en esos casos. Tal argumento desconoce de manera palmaria la razonabilidad y eficiencia del sistema y de ser acogido por la Corte y demás autoridades judiciales en el futuro, terminará por drenar los ya escasos recursos de nuestro precario sistema de seguridad social en salud, impidiéndole a las personas el acceso a tratamientos que se requieran con real urgencia.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 La incomodidad referida por el paciente viene dada porque en las prótesis peneanas semirigidizadas “el pene mantiene permanentemente la erección” mientras que una prótesis peneana inflable “tiene una bomba, un cilindro (contenedor) y un reservorio (área de almacenaje). Al presionar la bomba, el líquido pasa del reservorio a los cilindros, lo que ocasiona una erección. Al liberar la válvula permite que el pene regrese a su posición en reposo”. www.urovirtual.net

2 Ver sentencias T-016 de 2007 sobre el derecho a la salud, T-090 de 2009 sobre el derecho a la seguridad social y T-585 de 2008 sobre el derecho a la vivienda digna, entre otras.

3 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001.

4 El artículo 5 de la CEDAW obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para: “a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una

comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos". Por su lado, el artículo 16 de la misma, obliga a los estados partes a adoptar "todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (subrayado fuera de texto).

5 Ratificada por Colombia desde 1982.

6 "La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación".

7 "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...)"

8 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Capítulo VII Los Derechos de la Mujer" en Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, junio, 2000, párr. 26. En el mismo sentido, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General Nº 19: La violencia contra la mujer, 1992, párr. 22; COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General Nº 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, párr. 22; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. "Observación General Nº 19" en Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por

Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004; e INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS. Políticas y prácticas que repercuten en la salud reproductiva de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen, 1999, párr. 52.

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, 1997, párr. 14

10 Esta Corte ha rechazado sistemáticamente esta práctica. Ver, entre otras, las sentencias T-1002 de 1999, T-472 de 2002, T-873 de 2005 y T-071 de 2007, entre otras.

11 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General Nº 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, párr. 22.

12 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 28. Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29/3/2000, párr. 20.

13 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)”

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

14 “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

15 “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún

niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...)

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia” (subrayado fuera de texto). Ratificada por Colombia en 1991.

16 Sobre las hipótesis en las que es legal la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia ver la sentencia C-355 de 2006.

17 Al respecto ver la sentencia T-988 de 2007.

18 En el caso de los niños y niñas este derecho está sometido a mayores limitaciones debido a su edad. Ver al respecto, la sentencia C-507 de 2004, entre otras.

19 Al respecto se puede citar toda la jurisprudencia constitucional en torno a la prohibición de discriminación de las personas homosexuales. Ver la sentencia C-029 de 2009.

20 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 1, 2 y 3). Ratificada por Colombia en 1996. En el mismo sentido, Convención de los Derechos del Niño (artículos 19 y 14).

21 Ver sentencia T-293 de 1998.

22 Ver sentencias T-926 de 1999 y T-465 de 2002 en las que se ordena a las EPS demandadas el suministro a un hombre de un medicamento para la disfunción eréctil y T-143 de 2005 en la cual se ordena a la EPS la implantación de una prótesis peneana con el fin de corregir la misma patología.

23 Sentencia C-355 de 2006. Reiterada por las sentencias T-605 de 2007 y T-636 de 2007.

24 Sentencias T-477/95, SU-337/99 y T-551/99.

25 Ver, entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004, T-412 de 2004, T-569 de 2005.

26 En el mismo sentido, sentencia T-427 de 2005.

27 Sentencia T-1325 de 2001, citada en la sentencia T-234 de 2007.

28 Sentencia T-059 de 1999, citada en la sentencia T-234 de 2007.

29 Ver, entre otras, sentencias T-059 de 2009, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-427 de 2005.

30 Sentencia T-597 de 2001.

31 Mediante esta sentencia se decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el Código Nacional de Tránsito Terrestre que imponía el uso del cinturón de seguridad en los asientos traseros de los vehículos fabricados desde 1994.

32 Ver, entre otras, las sentencias T-532 de 1992 y C-221 de 1994.

33 Ver, entre otras, la sentencia T-124/98, SU-510 de 1998, C-660 de 2000 y C-718 de 2006.

34 Uno de los argumentos que la Corte Constitucional utilizó en el juicio de proporcionalidad que pretendió determinar la aplicación ponderada del derecho a la dignidad de las mujeres y del principio de respeto y protección de la vida, en el estudio de constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto [C-355 de 2006], interpretó que uno de los contenidos normativos del mencionado derecho a la dignidad consiste en la posibilidad de decidir autónomamente cuestiones relativas al desarrollo personal. Se sostuvo que: “La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.” Además, en materia de salud se dijo en la citada C-355 de 2007 lo siguiente: “...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al

individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.”

35 C-221 de 1994

37 Dentro de estas excepciones, son bien conocidos los casos de la imposición obligatoria de vacunas y la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad como norma general de tránsito de vehículos automotores. Sobre las vacunas se dijo en sentencia SU-037 de 1999 (fundamento jurídico número 13):

“En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia.”

Sobre la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en los vehículos, se dijo en sentencia C-309 de 1997 (fundamento jurídico número 19):

“La obligatoriedad del cinturón de seguridad no sólo cumple los requisitos sino que incluso puede ser considerada como el prototipo de una medida coactiva de protección legítima y compatible con el respeto de la autonomía individual. Este dispositivo de seguridad no sólo salvaguarda valores esenciales del ordenamiento, como la vida y la integridad personal, sino que también es razonable considerar que protege la propia autonomía, ya que una persona que resulta gravemente afectada por un accidente pierde muchas alternativas vitales, siendo en general razonable presumir que la persona no quería asumir tal riesgo. La carga que se impone a la persona es mínima, mientras que el efecto protector es claro y sustantivo, pues se trata de evitar graves lesiones o innecesarias pérdidas de vidas humanas. Esta medida no impone un modelo de vida, pues es plausible pensar que son muy pocos los que realmente quieren asumir los riesgos de la velocidad, por lo cual la no utilización del cinturón es en general debida a una debilidad de voluntad o a presiones de terceros. La sanción no es excesiva, pues se trata

de una multa que no es particularmente elevada. La sociedad tiene un interés evidente, no sólo porque la Constitución es favorable a la vida y a la salud sino además por cuanto, conforme al principio de solidaridad, es a ella a quien corresponde sufragar, en muchos casos, los costos de atención médica derivados de lesiones que podrían no haber ocurrido si se hubiera utilizado el cinturón de seguridad. La prohibición se aplica para la conducción de vehículos en lugares públicos, con lo cual se evita que la conducta riesgosa de no utilizar el cinturón en esa esfera tenga un efecto inductor sobre otras personas y genere conductas imitativas que el Estado tiene el derecho de desestimular. Finalmente, las heridas o la muerte derivadas de una colisión en la cual la mayor parte de los daños provienen de la falta de empleo de ese dispositivo de seguridad pueden representar mayores problemas jurídicos y económicos para terceras personas, puesto que pueden significar mayores deberes de indemnización para los conductores de otros vehículos. La imposición por la ley de la obligación de llevar cinturón de seguridad es legítima y no vulnera la autonomía personal.”

38 Sobre el particular ha agregado la Corte: “Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. En consecuencia, simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (CP art. 15), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho.” [T-532/92. Fundamento Jurídico # 3]

39 En la T-493 de 1993 la Corte revisó un caso en el que una persona interpuso acción de tutela con el fin que se ordenara a un familiar someterse a un tratamiento para tratar el cáncer, se sostuvo que se desconocía “...el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad ‘sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico’, en cuanto coartan la libertad (...) de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida.

La decisión (...) de no acudir a los servicios médicos (...), entre otras razones, por lo costosos que ellos resultan, su razón valedera de no querer dejar sola a su hija en la casa, su especial convicción de que “Cristo la va a aliviar”, y de que se siente bien de salud, no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el orden jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.” De igual manera, cuando la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que penaliza el homicidio por piedad (C-239 de 1997), analizó la relación de la dignidad de las personas con la valoración individual de la propia condición de salud, y la consecuencia de que dicha relación se diera bajo factores externos. Afirmó por ello esta Corporación que “[n]ada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Rorty lo ha expresado en palabras exactas: quien adhiere a esa cosmovisión humanística, es una persona que piensa “que la crueldad es la peor cosa que puede haber.” [C-239 de 1997 citando a Richard Rorty. Contingencia Ironía y Solidaridad. Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, Pg.154]

Más recientemente en la citada C-355 de 2007, en la cual esta Corporación estudió la constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto, se sostuvo lo siguiente: “...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.”

40 Sentencia SU-337 de 1999. Fundamentos Jurídicos número 8 y 10. También las sentencias T-548 de 1992, T-493 de 1993, C-221 de 1994, T-401 de 1994, T-477 de 1995, T-559 de 1995, C-264 de 1996, T-474 de 1996 y C-239 de 1997.

41 SU- 337 de 1999, fundamento jurídico número 7.

42 Ello porque con la implantación de la prótesis peneana semirígida “el pene mantiene permanentemente la erección”. www.urovirtual.net

43 En el informe se puede leer lo siguiente:

“La prótesis peneanas son de dos tipos:

Inflables, consta de 3 cuerpos, inflables y tienen mayor riesgo de erosiones de cualquier área de los dispositivos inflables. Además también pueden presentar fallas a largo plazo en el funcionamiento de los dispositivos, migración de los dispositivos, perforación o ruptura lo cual haría que perdiera la función el sistema de la prótesis y no se lograrían erecciones. Ventajas: Luce más fisiológica.

Las semirígidas: menos riesgo de erosión y de falla en el tiempo ya que no tienen dispositivos para inflar o desinflar las prótesis, como resultado final terapéutico que es lograr o mantener erecciones cualquiera de los dos tipos de prótesis puede lograr el mismo objetivo terapéutico, además la decisión de colocar prótesis semirígida no fue una decisión de un solo medico sino de una junta médica urológica en la que aprobó” (folio 106, cuaderno 2).

44 www.uovirtual.net

45 <http://www.promedon.net>

46 Véase, Fathy A, Shamloul R, AbdelRahim A, Zeidan A, El-Dakhly R, Ghanem H. Experience with tube (Promedon) malleable penile implant. Urol Int 2007; 79: 244-247.

47 La idoneidad la define como la capacidad que tiene determinado servicio de mejorar las condiciones de salud del paciente.

48 La conveniencia la define como la existencia de riesgos y beneficios de un determinado servicio que es idóneo para la salud del paciente.

49 Comité de derechos económicos, sociales y culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Observación general 14 del 2000 “El derecho del más alto nivel posible de salud”

50 Sentencia T-760 de 2008

51 Sentencia T-760 de 2008

53 Véase, M Simmons y DK Montague "Penile prosthesis implantation: past, present and future" Department of Urology, Cleveland Clinic, Glickman Urological and Kidney Institute, Cleveland, OH, USA en International Journal of Impotence Research (2008)

54 Véase, Fathy A, Shamloul R, AbdelRahim A, Zeidan A, El-Dakhly R, Ghanem H. Experience with tube (Promedon) malleable penile implant. Urol Int 2007; 79: 244-247.