

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

DERECHOS SEXUALES-Conflicto entre autorización de *prótesis peneana semirígida* ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS y otra *prótesis inflable de tres cuerpos* en concepto de especialistas no adscritos a la EPS

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 semi-rígida 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 sus posición como médico, por una prótesis que según los estudios científicos es muy incómoda (...) 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 medico 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 constitucional. 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 normas.

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 así, 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) 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.

Este derecho reconoce a las personas, en especial las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no (artículos 13 y 42 de la Constitución y artículo 11.2 de la CEDAW). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados o cuando se solicitan pruebas de esterilización o de embarazo para acceder o permanecer en un empleo.

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”. 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”.

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 10 y 12 de la CEDAW y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.

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

(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). 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.

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 sexualidad,

(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 sexualidad, 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”*.

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 uno. 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 consistente, 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 salud. 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”*.

(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”*.

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 tratante o por ser experimentales.

17.- Según la sentencia mencionada, la cual fue reiterada recientemente

por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia C-930 de 2008, 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 personalidad (artículo 16), del derecho de autodeterminación (artículo 9) y del derecho de dignidad humana (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 personas. 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 mismo. Por supuesto esto tiene excepciones, 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 otros. En el punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, la Corte ha realzado la garantía del derecho de autonomía personal. 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”. 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)”.

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 luce menos natural, es la menos riesgosa. 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 peneanas 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*”- 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.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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 contribúan 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 PROMEDON 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 función 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.

SENTENCIA DE TUTELA-Al permitirle al paciente escoger el tratamiento de salud que mejor prefiera, se abre el paso para que en el futuro se use la tutela para exigir tratamientos más costosos (Salvamento de voto)

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 *idóneos* 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 *conveniente*. 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.”*

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...". 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.

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 PROMEDON 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 función 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 médicamente 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