Sentencia T-057/15

TEMERIDAD-Concepto y desarrollo jurisprudencial

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Situaciones que se pueden presentar como sanción pecuniaria, exoneración de sanción e inexistencia de temeridad

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

TEMERIDAD-Inexistencia para el caso por cuanto se presentó un hecho nuevo generado en la realización del tratamiento denominado "estimulación espinal epidural cervical" a joven en estado vegetativo

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de aceptar, rechazar o modificar, mediante conceptos médicos o científicos, el concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad que ordenó a un usuario un servicio de salud

ESTADO VEGETATIVO PERSISTENTE O *PERSISTENT VEGETATIVE STATE*-Características

El estado vegetativo persistente (PVS) puede ser diagnosticado de acuerdo con los siguientes criterios: (i) no hay evidencia de conciencia de sí mismo o del medio ambiente y una incapacidad para relacionarse con los demás; (ii) no hay prueba de respuestas voluntarias ante estímulos de carácter visual, auditivo o táctil; (iii) no hay seguridad sobre la comprensión del lenguaje o la expresión; (iv) la vigilia intermitente se manifiesta por la presencia de los ciclos de sueño y vigilia; (v) hipotalámico suficientemente preservado y tallo cerebral con funciones autónomas para permitir la supervivencia con la atención médica y de enfermería; (vi) incontinencia del intestino y la vejiga; y (7) reflejos variables (pupilar, córnea, vestíbulo-ocular, y gag) y reflejos espinales. La característica distintiva del estado vegetativo es la condición irregular de dormir y despertarse, sin la compañía de cualquier expresión conductual detectable de la auto-conciencia, el reconocimiento específico de los estímulos externos, o evidencia consistente de atención o intención o respuestas aprendidas. Los pacientes en estado vegetativo, por lo general, no son inmóviles. Pueden mover el tronco o las extremidades en forma superficial. Ocasionalmente pueden sonreír, y pueden incluso derramar

lágrimas; algunos gruñidos pronuncian; en raras ocasiones, gimen o gritan.

ESTADO DE CONCIENCIA MINIMO O *MINIMALLY CONSCIOUS STATE*-Características

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR TRATAMIENTO EXPERIMENTAL-Requisitos de procedencia

Al momento de examinar la viabilidad de ordenar, por vía de amparo, el suministro de un tratamiento, procedimiento o medicamento de naturaleza experimental, se debe revisar si no existe un sustituto válido en el POS. Importa igualmente revisar los conceptos emitidos por el médico tratante y, llegado el caso, por los correspondientes Comités Técnicos Científicos. De igual manera, se deberá tomar en consideración los costos que implique el tratamiento, tanto más y en cuanto se pretenda realizar en el exterior.

DERECHO FUNDAMENTAL A "QUE SEA INTENTADO" O "RIGHT TO TRY"-Contenido y alcance

La Sala considera que si bien el derecho fundamental "a que sea intentado" o "right to try", guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de un derecho inherente a la dignidad humana (art. 94 Superior), su ámbito de aplicación se extiende, mutatis mutandis, para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (persistent vegetative state PVS) o de conciencia mínimo (minimally conscious state, MCS).

DERECHO FUNDAMENTAL A "QUE SEA INTENTADO" O "RIGHT TO TRY"-Para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente o de conciencia mínimo

DERECHO FUNDAMENTAL A "QUE SEA INTENTADO" O "RIGHT TO TRY"-Orden a EPS realizar tratamiento denominado "estimulación espinal epidural cervical" para persona en estado vegetativo

Referencia: expediente T- 4620577

Acción de tutela instaurada por el señor Mario de Jesús Rivera Vélez, actuando como agente oficioso de su hija Mairoby

Rivera Taborda, contra Sanitas EPS y COLSANITAS Medicina Prepagada.

Magistrada (e) Ponente:
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Martha Victoria Sáchica Méndez, 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, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela dictados, en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín el 5 de mayo 05 de 2014, y en segunda instancia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad el 25 de junio de 20014, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

Un examen de los hechos descritos por el agente oficioso y de las pruebas obrantes en el expediente, evidencia que los hechos relevantes son los siguientes:

1. Mairoby Rivera Taborda, joven de 29 años de edad, se encuentra actualmente en estado vegetativo, desde el 31 de julio de 2009, como consecuencia de un accidente de tránsito. Su diagnóstico actual es "*estado vegetativo persistente (vigil)*". Se encuentra afiliada al sistema de salud a través de Sanitas EPS y es beneficiaria de un contrato de medicina prepagada suscrito con COLSANITAS S.A.

2. El 30 de noviembre de 2009, el Juzgado 28 Penal Municipal de Medellín, ordenó a la EPS Sanitas brindarle a la paciente atención integral.

3. El 12 de agosto de 2013, el médico Maximiliano Páez Novoa, adscrito a la IPS Hospital General de Medellín, quien viene atendiendo a la paciente desde el comienzo, y luego de haberle practicado varias pruebas, recomendó el tratamiento "*estimulación espinal epidural cervical*"[1], como **única alternativa** para mejorar la calidad de vida de Mairoby.

4. En cuanto al *curriculum vitae* del Dr. Páez Novoa, se destaca lo siguiente: (i) médico de la Universidad Javeriana; (ii) docente de la misma Universidad, en las asignaturas de anatomía general, neuroanatomía y funciones I, II y III; (iii) par académico de facultades de medicina; (iv) autor de diversos artículos científicos sobre neurocirugía, algunos publicados en México y Perú; (v) cirujano de epilepsia (Universidad Autónoma de México); (vi) neurocirujano funcional (Medical Council of India y del Tokyo Women´s Medical University); y (vii) neuroendoscopista (Universidad de San Luis Potosí, México).[2]

5. La EPS se negó a realizar el mencionado tratamiento argumentado que: (i) no funciona; y (ii) el tiempo para realizarlo "ya pasó".

6. El 5 de noviembre de 2013, el agente oficioso inició el incidente de desacato, ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín. Al respecto, explicó lo siguiente:

> "Es importante destacar que la EPS SANITAS ha estado atrasando tanto las citas como el tratamiento con el fin de impedir dicho tratamiento ya que es de conocimiento por parte de ellos la dedicación y el empeño que le ha puesto dicho especialista [se refiere al Dr. Maxilimiliano] a este caso, al punto de viajar a Japón en dos oportunidades en los dos últimos años para especializarse en lo último en tratamientos para una posible recuperación de esta patología (estado de conciencia mínimo) para hacer hasta lo imposible para recuperar a mi hija Mairoby. Hay que tener en cuenta que el Dr. Maximiliano expuso el caso a sus profesores Dr. Tatsuo Kano y el Dr. Yamamoto lo cuales le dieron muy buenas recomendaciones para poner en práctica en el caso de la Sta. Mairoby".[3]

---

[1] Visible a folio 14 del expediente.
[2] Visible a folio 18 del expediente.
[3] Visible a folio 44 del expediente.

7. La EPS respondió en el sentido de oponerse por cuanto: (i) ha venido suministrándole a la paciente todos los medicamentos necesarios; (ii) el tratamiento propuesto no ha sido aprobado por el INVIMA; (iii) según dictamen emitido por Instituto de Medicina Legal en 2009 se trata de una "*paciente de mal pronóstico, con pocas posibilidades de recuperación de su estado de conciencia…la mejoría a esperar es casi nula*"; (iv) el staff de especialistas de la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia conceptuó que se estaba ante un procedimiento que "*no era utilizado, ni ofrecido como un tratamiento efectivo en los pacientes con trauma de cráneo como el de la usuaria y que no se encontraba aprobado para este uso por ninguno de los entes regulatorios de salud a nivel mundial, ni era utilizado en país alguno como una medida terapéutica*"; y (v) de conformidad con una solicitud elevada por la EPS a una Junta de Especialistas en Neurocirugía Funcional, radicada en la Clínica SOMA, se concluyó que "*con relación al procedimiento estimulación espinal, y precisó que estudios han concluido sus malos resultados en personas en estado vegetativo, que se trata de un tratamiento que permanece en investigación y experimentación, no cuenta con evidencia científica confiable de sus resultados, los equipos que se utilizan para tal fin no tienen aprobación de la FDA y mucho menos del INVIMA y en consecuencia, no puede ser considerado como una opción de manejo o estándar de tratamiento*".

8. Es importante señalar que, de conformidad con la respuesta dada por la EPS al juez que conoció del desacato, el concepto emitido por el Dr. Maximiliano Páez, ha sido avalado por otros médicos:

> "Recientemente, el progenitor de la joven Mairoby Rivera presentó ante la EPS Sanitas una solicitud suscrita por el Doctor Maximiliano Páez, médico que como ya se ha manifestado no se encuentra adscrito a nuestra red y sugerida por los doctores Luis Alfredo Villa y **Carlos Zapater**, galenos que tampoco pertenecen a la misma, pero en esa oportunidad para que se le autorizara el procedimiento quirúrgico denominado "estimulación espinal epidural cervical para subconciencia y programación de voltajes adecuados para el caso".

9. El Dr. Zapater es Jefe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Central de la Fuerza Aérea del Perú, profesor de la Universidad San Martín de Porres (Perú) y Presidente de la Sociedad Peruana de Neurocirugía Funcional y Esterotaxia.

10. Durante el trámite del desacato, el Dr. Maximiliano Páez intervino, con el propósito de justificar su postura en relación con el procedimiento "*estimulación espinal epidural cervical para el tratamiento de estados de sub-conciencia (estado vegetativo- estado de conciencia mínimo) y programación de voltajes para el caso*", a lo cual respondió:

> "Los pacientes que están en estado mínimo de conciencia han sido para la comunidad científica un reto y al mismo tiempo una frustración debido a la dificultad que ofrece la misma patología para lograr resultados. Se han intentado opciones terapéuticas. Actualmente la estimulación del neuroeje (cerebro o médula espinal) han demostrado ciertos avances y resultados animadores en esa búsqueda de solución a esta patología.
>
> La estimulación cervical epidural ha sido una de esas opciones, propuesta por el Dr. Tatsu Kano en esta indicación, en el que los pacientes sometidos a esta cirugía, donde se aplica un estimulador (que se usa de rutina en cirugía funcional para el control de dolor neuropático) mejoran su contacto con el medio y su capacidad de expresar algunas necesidades.
>
> Si analizamos el impacto biológico y humano que tiene esto para un paciente y su familia, que están acostumbrados a ver a su familiar postrado en una cama sin ningún intento de comunicación, es un avance grandísimo.
>
> Este estimulador se coloca sobre la duramadre (que es una capa que envuelve la médula espinal), no directamente sobre ella, esto ofrece menos potencial de complicaciones, sin estar carentes de ellas (como todo procedimiento médico quirúrgico, estas complicaciones han sido ampliamente explicadas al padre de la paciente y se han delineado que abarcan desde la muerte hasta la infección por sangrado).
>
> Después del implante del estimulador, viene la fase de programación del estimulador; que consiste en hallar la frecuencia, ancho de pulso, voltaje y tipo de onda eléctrica óptima para generar la mejor respuesta médica. Esto puede durar varios meses, pues no hay fórmulas mágicas y se debe adaptar a las necesidades del paciente.

Si esta terapia no resulta óptima para el paciente hay otras opciones que se pueden emplear en el futuro, como es la estimulación cerebral profunda.

Soy neurocirujano funcional egresado del Tokyo Women´s Medical University (Japón) y del Medical Council of India y precisamente en estos países se encuentran los mayores estudios y la mayor experiencia en el manejo de este tipo de estimuladores con esta indicación médica.

Insisto que esta terapia le ofrece a la paciente una "oportunidad", nos referimos a una mujer joven, que está totalmente dependiente de sus padres (quienes no van a estar pendientes de ella toda su vida) y que esta opción terapéutica brinda una luz de esperanza.

En medicina no hay resultados "asegurados" pero por lo menos le damos un chance a mejorar su calidad de vida y su contacto con el medio.

Anexo la publicación más reciente de una de las personas más doctas en el tema (Dr. Yamamoto) y la bibliografía que respalda mi propuesta médico-quirúrgica en el caso de la Srta. Mairoby Rivera Taborda".[4]

11. Mediante auto del 27 de noviembre de 2013, el Juzgado se abstuvo de iniciar el trámite del desacato, en esencia, por tratarse de un procedimiento experimental y con base en los conceptos médicos aportados por la EPS. Frente a la decisión se interpuso recurso de reposición, el cual no fue concedido.

12. El 18 de marzo de 2014, el Dr. Maximiliano Páez Novoa emitió un nuevo concepto en el cual aseguró lo siguiente:

"la estimulación espinal epidural cervical técnica quirúrgica **no está en investigación**, pues se une en dolor refractario al tratamiento médico. La indicación en condición de mínima conciencia es la que se está estudiando, algunos casos con resultados animadores. Esta técnica tiene menos efectos colaterales que otras pues la colocación del estimulador es precisamente epidural y no dentro del parenquino cerebral o

[4] Visible a folios 17 y 18 del expediente.

medular (es fuera de la capa que cubre la duramadre), siendo menos invasivo que un electrodo intrapareaquinotoso".

13. El día 3 de marzo de 2014, el agente oficioso presentó ante el Comité de Excepciones de COLSANITAS, un escrito aportando el concepto del Dr. Páez solicitando que, si no autorizaban el procedimiento recomendado por aquél, al menos le brindaran alguna opción o alternativa.

14. El 12 de marzo de 2014, COLSANITAS le respondió en el sentido de que "*dicha estimulación no se encuentra aprobada para este uso por ninguno de los entes regulatorios a nivel mundial y por lo tanto no es utilizada como medida terapéutica, en consecuencia no consideran pertinente la realización de este procedimiento descartado así el tratamiento con neuroestimulación y los conceptos médicos ya fueron valorados por el Juzgado*".

Solicitud de amparo

El señor Mario de Jesús Rivera Taborda solicitó en concreto lo siguiente:

"Solicito al juez de tutela que ordene a la Organización Sanitas Internacional y a sus entidades integrantes, EPS Sanitas y Colsanitas Medicina Prepagada, que en el término de 5 días hábiles aprueben para mi hija Mairoby Rivera Taborda el suministro del servicio médico estimulación espinal epidural cervical, ordenado por el médico especialista en neurocirugía Maximiliano Páez Novoa, el 12 de agosto de 2013".

Respuesta de la entidad accionada

El 22 de abril de 2014, la EPS Colsanitas contestó la petición de amparo, oponiéndose a la misma.

Luego de adelantar un recuento del caso de la paciente Mairobi Rivera Taborda, aseguró que, desde el punto de vista científico no resultaba recomendable adelantar el tratamiento solicitado, por cuanto tenía el carácter de experimental.

Seguidamente, transcribió algunas cláusulas del contrato de medicina prepagada, relacionadas con las exclusiones o limitaciones.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

- Documentos de identificación y de afiliación a la EPS COLSANITAS del señor Mario de Jesús Rivera Vélez y de su hija.

- Historia clínica de Mairoby Rivera Taborda (f. 9).

- Orden emitida el 12 de agosto de 2013 por el Dr. Maximiliano Páez Novoa (f. 10).

- Orden emitida el 18 de febrero de 2014 por el Dr. Maximiliano Páez Novoa (f. 10).

- Historia clínica de Mairoby Rivera Taborda. Hospital General de Medellín (f. 13).

- Respuesta del Dr. Páez Novoa al Juzgado 28 Penal Municipal de Medellín (f. 17).

- Respuesta del Comité de Excepciones de COLSANITAS (f.30)

- Respuesta del EPS Sanitas (f. 88).

- Concepto del staff de cirugía funcional (f. 123)

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera instancia

El Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín, en sentencia del 5 de mayo de 2014, declaró improcedente el amparo solicitado por el señor Mario de Jesús Rivera, en representación de su hija Mairoby Rivera Taborda.

Para el juez de tutela, el problema jurídico apuntó a determinar si, dado que ya existía un fallo de amparo de 30 de noviembre de 2009, mediante el cual se había ordenado un tratamiento integral a favor de la paciente, se configuraba un caso de temeridad.

Descartada la temeridad, el fallador de instancia estimó que se estaba ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto existía identidad en cuanto: (i) los sujetos; (ii) los derechos reconocidos; (iii) la *causa petendi*; y (iv) el objeto, es decir, el reconocimiento de un tratamiento integral.

Impugnación del fallo

El impugnante manifestó que no existía temeridad, por cuanto si bien el primer amparo versó sobre una solicitud de tratamiento integral, habiendo sido concedida, posteriormente se tuvo conocimiento del procedimiento denominado "*estimulación epidural espinal cervical*", cual fue ordenado en 2013. Además, ni siquiera la EPS alegó la existencia de la referida temeridad.

Segunda Instancia

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 25 de junio de 2014, decidió confirmar el fallo de primera instancia.

Estimó el *ad quem* que lo pretendido se basaba en los mismos supuestos fácticos de lo pretendido en la primera acción de tutela instaurada por el señor Rivera Vélez, "*pues lo que se pide como nuevo es un procedimiento médico, si bien fue ordenado el año inmediatamente anterior, el mismo es buscando la mejoría del derecho a la salud de su hija, el cual fue previsto por la judicatura en el año 2009, que como consecuencia de la enfermedad de Mairoby su familia no tuviera que volver a la acción constitucional, para lograr que la entidad prestadora del servicio de salud cumpliera con sus obligaciones*".

Aunado a lo anterior, se afirma que la judicatura no cuenta con conocimientos científicos, y por ende, debe confiar en lo conceptuado por el staff de médicos de la EPS, y además "*no puede exponer la salud de esta joven a la experimentación que el médico tratante pretende, más aún cuando no se tiene evidencia que ni siquiera él mismo haya realizado este tipo de intervenciones en otros pacientes con los resultados, que le afirma la literatura, pues de la literatura médica a (sic) los resultados experimentales, no se tiene noticia en este caso*".

Actuación en sede de revisión

El 27 de enero de 2015, el Dr. Maximiliano Páez Novoa remitió a la Corte Constitucional un documento ampliando la información médica correspondiente al radicado de la referencia. Por su importancia, se transcribe en su totalidad:

26 de enero del 2015, Medellín.

Señores:
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Magistrada:
MARTA VICTORIA SATICHA

CORTE CONSTITUCIONAL
27 ENE 2015
SECRETARIA GENERAL
15 ENE 27 P 3: 35
CORRESPONDENCIA
RECIBIDO

Atención: **Ampliación de la información medica correspondiente al radicado número: T4620577**

Respetada Magistrada:

Cordial saludo. Por medio de la presente hago ampliación de las razones médicas por las que pienso que la paciente: **Mairoby Rivera Taborda ,** identificada con CC: 43191729 de Itagüí, puede beneficiarse de ***Estimulación Espinal Cervical Dorsal*** como tratamiento para su condición de compromiso de la conciencia postraumático.

La paciente como es de su conocimiento tuvo un Trauma craneoencefálico hace 5 años y medio, posterior a lo cual quedó en estado vegetativo y ha ido mejorando progresivamente hasta un estado de conciencia mínimo (anteriormente llamado mutismo aquinético).

Esta condición médica ha sido por largo tiempo considerada como irrecuperable e intratable, sin embargo dado lo dinámico de la medicina, particularmente en el área de las neurociencias, y ,con el auge de la estimulación cerebral y/o medular espinal, se han abierto opciones a patologías que antes era inimaginable pensar que pudiesen ser tratadas o al menos paliadas.

Es así como la enfermedad de Parkinson, la Distonia y otros padecimientos ya actualmente tienen una opción quirúrgica con estimulación cerebral.
Incluso actualmente hasta la demencia está teniendo opciones quirúrgicas.

La alteración en la conciencia es otro de los ítems que ha sido estudiado a nivel internacional y particularmente en Japón, país con gran avance en las neurociencias. Por eso la mayoría de la información médica al respecto viene en japonés y son publicadas en revistas médicas de ese origen

Tuve la oportunidad de realizar mi subespecilaidad en el Tokyo Women's Medical University, y estuve en contacto con este tipo de avances.

En el caso de los pacientes con alteración de la conciencia post-traumatica, la opción existente se basa en dos conductas quirúrgicas diferentes:

1. La estimulación espinal cervical dorsal; fue una cirugía propuesta por los doctores: Yamamoto T, Katayama Y, Obuchi T, Kobayashi K, Oshima H, Fukaya C.
   En el que se implanta un electrodo en la columna cervical con técnica mínimamente invasiva y este electrodo se deja conectado a un generador de impulso eléctrico similar a un marcapaso cardiaco.

El riesgo de esta cirugía es bajo, pues no implica grandes tipos de invasión, la infección del material implantado es lo más frecuente y esta complicación requiere la extracción del dispositivo.
Este dispositivo ha sido empleado en otras patologías, particularmente para el manejo de dolor intratable, con muy buenos resultados, incluso para el manejo de dolor anginoso (cardiaco). Y así como otros estimuladores (estimulador de nervio vago) ha sido útil para manejar la epilepsia refractaria al tratamiento, se ha demostrado que la estimulación espinal cordonal posterior ha sido útil en casos de estado vegetativo y mutismo aquinetico.
Los resultados han sido repetidos en otras latitudes, donde se han realizado.
Como lo demuestra la literatura que anexo en mi explicación.
Esta literatura médica disponible está registrada en la base medica de publicaciones de la NICH : Biblioteca nacional de institutos nacionales de salud de los Estados Unidos.
Ya hay varios pacientes a los que se les ha realizado esta cirugía, la cual No es experimental, pues ya ha sido demostrada su capacidad en varias patologías y ahora está en confirmación sus efectos benéficos en esta indicación.
Vale la pena resaltar que ante una condición que afecta tan severamente la funcionalidad de un paciente y su entorno familiar, (el cual se dedica a la atención en salud de Mairoby), y teniendo en cuenta su edad joven, con los impactos que llevan en la cantidad de años laboralmente perdidos, con una condición que poco probablemente empeore después de este tipo de cirugía, y que al contrario ofrece una oportunidad de mejoramiento, vale la pena realizar.
Ciertos especialistas en neurocirugía en Colombia, le han negado esta oportunidad con el argumento que no se ha demostrado en un 100% los beneficios, pero tampoco pueden negar que NO tiene beneficios en toda la población afectada y operada.
Insisto, es darle una oportunidad de tratamiento con un insumo disponible en Colombia, y que ha sido usado para el mismo, en otros pacientes en el mundo.
La familia de la paciente está plenamente consciente de esta verdad y están dispuestos a asumir los riesgos de no encontrarse beneficio.
Mi sugerencia médica ha sido respaldada por neurocirujanos en el exterior, como el concepto del Dr. Carlos Zapater (Hospital de la Fuerza Aérea en Perú).

2. La segunda opción terapéutica es la ***estimulación cerebral directa*** con electrodos profundos, que incluso, si la paciente Mairoby no tiene resultado con la cirugía propuesta en primera instancia, podría seguir esta opción en el tratamiento. (como esta demostrado en la literatura enviada).

Ya se envió traducción al español del artículo japonés escrito en inglés, donde se confirma mi sugerencia médica.
Anexo de nuevo dicho artículo en su idioma original, también envío otros artículos con su resumen (en inglés… como los muestra directamente la página de investigaciones en salud americana), de tal manera de demostrar la originalidad de la evidencia registrada.

Estaré gustoso en ampliar cualquier información.

Atentamente

Maximiliano Páez Nova M.D
Médico Neurocirujano
Neurocirugía Funcional y Estereotaxia

Maximiliano Páez Nova M.D.
Neurocirujano funcional y Estereotaxista
Neurocirujano Funcional pediátrico
Cirujano de epilepsia
Neuroendoscopista

1. Competencia

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.

2. **Problemas jurídicos planteados en el presente caso.**

El presente asunto versa sobre una acción de tutela presentada por el señor Mario de Jesús Rivera Torres, actuando como agente oficioso de su hija Mairoby Rivera Taborda (29 años), quien se encuentra en estado vegetativo desde hace cuatro años, contra la EPS Sanitas y COLSANITAS Medicina Prepagada, debido a que las mismas se niegan a practicarle una "*estimulación espinal epidural cervical*", la cual fue ordenada el 12 de agosto de 2013 por el médico especialista en neurocirugía Dr. Maximiliano Páez Novoa, galeno que no se encuentra inscrito a la mencionada EPS.

Las razones esgrimidas por la entidad accionada fueron las siguientes:

- Se trata de una paciente "*sin posibilidades de recuperación*"[5].

- La orden médica fue emitida por un galeno que no se encuentra inscrito en COLSANITAS.[6]

- El procedimiento prescrito no es pertinente.[7]

- La Junta Médica que evaluó a la paciente el 13 de septiembre de 2013, decidió no recomendar "*este tipo de tratamiento experimental para la paciente, considerando además que esta cirugía presenta unos riesgos predecibles, podemos afirmar que los riesgos superan en gran medida los posibles beneficios que hasta el momento no se han demostrado*".

- Se trata de un procedimiento que se encuentra por fuera del POS.

- El padre de la joven no acepta la irreversible condición clínica de su hija, por lo que "*continúa siendo evidente la necesidad de elaborar adecuadamente la etapa del duelo, como acertadamente lo señaló en su momento el staff médico de CORBIC al recomendar la terapia psiquiátrica que el usuario rechazó*"[8].

Al respecto, cabe advertir que no existe prueba alguna en el expediente que evidencie que la entidad accionada argumentó razones de orden económico para no autorizar el procedimiento. Lo único es que, llegado el caso, solicita se ordene el correspondiente recobro al FOSYGA. De igual manera, no fue

---

[5] Folio 61 del expediente.
[6] *Ibídem.*
[7] Folio 62 del expediente.
[8] Visible a folio 91 del expediente.

objeto de debate alguno la eventual capacidad económica con la que contaría la familia de la joven paciente para costear el tratamiento. De allí que, de entrada, el problema jurídico a resolver no versará sobre la posible tensión que se presente entre los derechos fundamentales de la paciente y la sostenibilidad económica del sistema de seguridad social en salud.

Por su parte, los argumentos expuestos por el accionante se soportan, principalmente, sobre la experticia y la orden médica emitida por el Dr. Maximiliano Páez Novoa, quien si bien no es un médico adscrito a la red de la EPS Sanitas, si lo es del Hospital General de Medellín, que es una E.S.E. que presta servicios médicos de alta complejidad en dicha ciudad:

- Actualmente, la estimulación del neuroeje (cerebro o médula espinal), "*han demostrado ciertos avances y resultados animadores en esta búsqueda de solución a esta patología*".

- Según las investigaciones adelantadas por el Dr. Tatsuo Kano, los pacientes a quienes se les ha implantado un estimulador "*mejoran su contacto con el medio y su capacidad de expresar algunas necesidades*".

- Las eventuales complicaciones del tratamiento han sido explicadas y aceptadas por el padre de la joven.

- El procedimiento propuesto ofrece una "*oportunidad*" a la paciente, aunque "*en medicina no hay resultados asegurados*".

- La estimulación espinal epidural cervical como técnica quirúrgica no está en investigación, pues "*se une en dolor refractario al tratamiento médico*".

La anterior opinión médica es avalada, a su vez, por otros dos galenos: Luis Alfredo Villa y Carlos Zapater (Presidente de la Sociedad Peruana de Neurocirugía Funcional y Esterotaxia), profesionales de la salud que tampoco pertenecen a la red de Sanitas.

Aunado a lo anterior, el accionante planteó los siguientes argumentos:

- El Dr. Maximiliano Páez es un neurocirujano funcional que desde hace **tres años** viene atendiendo a su hija, conoce muy bien el estado de salud de la paciente y "*es el único que ha ofrecido una posibilidad de recuperación en un alto porcentaje*".[9]

---

[9] Visible a folio 43 del expediente.

- El mencionado doctor le expuso el caso a sus profesores en Tokyo, "*los cuales le dieron muy buenas recomendaciones para poner en práctica en el caso de la Srta. Mairoby*".

- La EPS no le ha brindado ninguna otra opción de recuperación a la paciente.

Así las cosas, en el presente asunto el debate gira alrededor de determinar si: ¿la protección constitucional de los derechos fundamentales de una paciente que se encuentra desde hace cuatro años en estado vegetativo persistente, implica que se le ordene a una EPS brindar el procedimiento denominado "*estimulación espinal epidural cervical*", el cual se encuentra excluido del POS, tomando en cuenta que existe una controversia científica al respecto entre dos grupos de médicos: unos adscritos a la EPS y los otros no. Como se explicó, el debate científico, que ofrece una importante dimensión jurídica, versa, principalmente, sobre los siguientes ejes: (i) casos excepcionales en los cuales se admite el concepto emitido por un médico externo; (ii) el derecho innominado fundamental de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state*, PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state*, MCS) a "*que sea intentado*" o "*right to try*"; y (iii) la naturaleza "*experimental*" que ofrece el tratamiento en el caso concreto.

Ahora bien, antes de abordar estos complejos asuntos, la Sala debe resolver previamente dos temas sobre los cuales se enfocaron los fallos de instancias, esto es: (i) la existencia de temeridad; y (ii) la cosa juzgada constitucional.

3. Ausencia de temeridad. Reiteración de jurisprudencia.

a. Aspectos generales.

El Decreto 2591 de 1991 (Art. 38), dispone:

> "**ACTUACION TEMERARIA**. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.
>
> El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años.

> En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar."

La actuación temeraria, tal y como quedó señalado en sentencia T- 310 de 2008, tiene igualmente fundamento en el artículo 37 de la misma normativa, al disponer que la persona que interponga acción de tutela, *"deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio."* Esta disposición pretende realzar el principio de buena fe constitucional, en el sentido de prohibir el ejercicio de acciones de tutela idénticas, sin motivo expresamente justificado, prohibición que permite garantizar la eficiencia y prontitud en el funcionamiento del Estado y de la administración de justicia[10].

Igualmente, ha previsto la jurisprudencia constitucional que la figura de la temeridad, deber ser entendida armónicamente con lo previsto en los artículos 72 a 74 del Código de Procedimiento Civil[11], hoy Código General del Proceso, en tanto allí se consagran causales adicionales de temeridad o de mala fe y se establece la forma de imponer las sanciones pertinentes, tanto a las partes como a los apoderados y poderdantes[12].

---

[10] La sentencia T-1215 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, señaló que por temeridad debe entenderse aquella actuación *"que desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela."*

[11] Las normas en cita disponen: *"**Artículo 72. Responsabilidad patrimonial de las partes.** Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fe, cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado. // A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente. // Siendo varios los litigantes responsables de los prejuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente. // **Artículo 73**. Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso, incidente, trámite especial que lo sustituya, o recurso. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. // El juez impondrá a cada uno, multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales. // **Artículo 74**. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: // 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste. // 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. // 3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. // 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas. // 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso."*

[12] T-443 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-082 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara, T-080 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara, SU-253 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-303 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-263 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-502 de 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería, T-830 de 2005, T-1134 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-312 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Así mismo la Corte sistematizó, en sentencia T- 1022 de 2006, los lineamientos constitucionales, que contribuyen a determinar tres situaciones distintas respecto de la temeridad y sus consecuencias, así: (i) temeridad que da lugar a sanción; (ii) existencia de temeridad pero con exoneración de la sanción al accionante, y (iii) inexistencia de temeridad[13].

i) Existencia de temeridad en la acción de tutela que da lugar a sanción.

En relación con este primer supuesto, la Corte en sentencia T-1103 de 2005, consideró lo siguiente:

> *"Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar:* ***(i)*** *La identidad de partes, es decir, que las acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, o de persona jurídica, directamente o a través de apoderado;* ***(ii)*** *La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa;* ***(iii)*** *La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental;* ***(iv)*** *Por último, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) citados elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción."*[14]

Así las cosas, será el juez constitucional el que, en ejercicio de sus funciones y luego de efectuar un análisis exhaustivo del asunto sometido a estudio, quien deberá declarar la improcedencia de una solicitud de tutela y de manera concomitante, impondrá la correspondiente sanción, una vez verifique la identidad de: (i) partes; (ii) hechos; (iii) pretensión y (iv) no exista una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción, en el caso de que efectivamente se presente la identidad.

---

[13] T-1022 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
[14] T-1103 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería.

ii) Existencia de temeridad con exoneración de la sanción para el accionante.

No basta que exista duplicidad de demandas de tutela para determinar que efectivamente se actuó con temeridad. Es necesario, tal y como lo ha previsto la jurisprudencia constitucional, distinguir aquellos eventos en los que pese a que se configura la temeridad, no es preciso imponer sanción al accionante, en tanto *"el ejercicio de las acciones de tutela se funda **(i)** en la ignorancia del accionante; **(ii)** en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o **(iii)** por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de "improcedencia" de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera "temeraria" y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante."*[15]

Configurado cualquiera de estos eventos, habrá lugar a la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, pero no se impondrá sanción alguna en contra del demandante.

(iii) Inexistencia de temeridad.

Por último, si en el evento de existir identidad en las partes, las pretensiones y los hechos que dieron lugar a las demandas, el juez vislumbra que en la tutela sujeta a su estudio, la violación a los derechos del accionante se mantiene o se agrava por otras violaciones, deberá decidir de fondo. Así lo dispuso en sentencia T-919 de 2003[16], al señalar:

> *"Si bien el principal papel del juez de tutela es hacer efectivo el cumplimiento de los fallos de tutela, la Corte ha considerado que en los casos en que se presente una violación por un mismo concepto, cuando la violación se mantenga o se agrave por otra u otras violaciones, el afectado podrá optar por insistir en el cumplimiento ante el juez competente o acudir nuevamente a la acción de tutela.*
>
> *Cuando en un proceso aparezca como factible la declaración de improcedencia en virtud de una posible identidad de partes,*

[15] Ibídem.
[16] M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

> *hechos y pretensiones, el juez tiene el deber de verificar que tal posibilidad en efecto se configure en el caso concreto y adicionalmente que no existe una causa razonable para hacer uso nuevamente de la acción, en el caso de que efectivamente se presente la identidad."*

En suma, en los términos de la señalada sentencia T- 1022 de 2006, una tutela no puede interponerse más de una vez con base en los mismos hechos, derechos y con las mismas partes sin que opere una causa expresa y razonablemente justificada, y basta con que uno solo de los presupuestos para que se configure la temeridad no se dé, para que el juez esté en la obligación de fallar el caso puesto a consideración, como garantía del acceso efectivo a la administración de justicia.

b. Resolución del caso concreto: ausencia de temeridad.

En el caso concreto se tiene que el 31 de julio de 2009, la joven Mairoby Rivera Taborda sufrió un accidente automovilístico en Venezuela. Como consecuencia del mismo sufrió "*trauma encéfalo craneano severo, secuelas de TEC y daño axonal difuso*", el cual la mantiene en estado vegetativo.

Los familiares de la paciente le solicitaron a la EPS Sanitas el suministro de: (i) hospitalización en cuidados especiales e intensivos; (ii) procedimientos POS y no POS; (iii) pañales; (iv) bolsas; (v) alimentación especial; (vi) guantes; (vii) cremas para escaras; (viii) toallas húmedas; (ix) jeringas; (x) silla de ruedas; (xi) bomba para gastronomía; (xii) ortesis; (xiii) terapias; (xiv) vaso medidor o teteros; (xv) oxígeno; (xvi) ambulancia; (xvii) servicio de enfermera de cabecera; (xviii) citas con especialistas y exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

En el curso de la tutela, la EPS respondió en el sentido de que la paciente había sido tratada por varios especialistas adscritos a COLSANITAS, "*quienes claramente han dejado constancia del estado en que recibieron a la paciente y en el que le han dado de alta, para continuar con su manejo ambulatorio, considerando que han agotado ya las probabilidades de recuperación total de la paciente*". Y más adelante señaló que: "*para todos los médicos es claro que existe un daño axonal severo y difuso, secundario al trauma encefalocraneano sufrido anteriormente en Venezuela y que dicha pérdida de células neuronales es irrecuperable, postrando a la paciente en una cuadriparecia espástica*

que la deja por fuera de todo contacto sensorial con el medio que la rodea"[17].

Ahora bien, de la lectura del fallo de amparo del 3 de noviembre de 2009, proferido por el Juzgado 28 Penal Municipal de Medellín, se evidencia que, desde un primer momento, el padre de la paciente, ante la gravedad de la situación, decidió buscar el concepto científico de otros médicos especialistas, como el caso del Dr. Alfredo Villa, "*quien le ha informado que su hija tiene posibilidades de recuperación neurológica*". [18] Al respecto la EPS respondió que no se trataba de médicos adscritos a ella y que dichas afirmaciones carecían de respaldo científico.

Al respecto, el Juzgado consideró que se le debía suministrar un tratamiento integral a la paciente, y que la EPS debía brindarle una atención profesional responsable "*que permita corroborar el diagnóstico de los especialistas particulares y determinar el tratamiento a seguir*".[19] Lo anterior significa que, desde un comienzo, el juez de amparo estimó que se debía tomar en cuenta el concepto científico de otros médicos y no exclusivamente aquel de aquellos vinculados a la EPS.

Posteriormente, el neurocirujano funcional Dr. Maximiliano Páez Novoa, quien venía atendiendo a la paciente, el 11 de agosto de 2013, ordenó la realización de una "*estimulación espinal epidural cervical para el tratamiento de estados de subconciencia (estado vegetativo-estado de conciencia mínimo) y programación de voltajes adecuados para el caso*".[20] La EPS se negó a suministrar el referido tratamiento, con base en lo conceptuado por una Junta de Especialistas en Neurocirugía Funcional radicada en la Clínica SOMA.

El Juzgado Veintiocho Penal Municipal de Medellín, mediante auto del 27 de noviembre de 2013, decidió abstenerse de iniciar el trámite del incidente de desacato, por cuanto se estaba ante un tratamiento experimental.

El día 11 de abril de 2014, el señor Mario de Jesús Rivera Vélez presentó una nueva acción de tutela solicitando el procedimiento denominado "*estimulación espinal epidural cervical*". El Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín, mediante sentencia del 5 de mayo de 2014, decidió declarar improcedente la petición. En relación con el tema de la temeridad, señaló lo siguiente:

---

[17] Visible a folio 35 del expediente.
[18] Visible a folio 34 del expediente.
[19] Visible a folio 38 del expediente.
[20] Visible a folio 10 del expediente.

"hay que tener en cuenta que en la presente acción constitucional, no se puede predicar que haya habido TEMERIDAD del ACCIONANTE, pues en este caso, invocó la presente acción constitucional en aras del desespero que le produce el ver el estado de salud de su hija y con la convicción que negado el incidente del fallo de tutela por el juzgado 28 penal municipal con funciones de conocimiento, podría proceder una nueva acción de tutela…no se vislumbra un actuar doloso o desleal al presentar la presente acción constitucional, pues el estado vegetativo en que está la paciente denota un grado de indefensión".

Al respecto, la Sala coincide con los jueces de instancias en que el accionante no obró con temeridad, dadas las condiciones de extrema indefensión en que se encuentra actualmente su hija y la ausencia de dolo o mala fe en su actuar.

4. Cosa juzgada constitucional en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte ha sostenido de manera reiterada[21] que no procede la acción de tutela encaminada a infirmar las decisiones adoptadas en un amparo similar. Al respecto, en la sentencia SU-1219 de 2001, la Sala Plena de esta Corporación unificó la jurisprudencia constitucional relativa a la improcedencia general de la acción de tutela contra sentencias de tutela, en el sentido de dejar en claro que la competencia de esta Corporación para revisar las sentencias proferidas por los jueces constitucionales en el ámbito de las acciones de amparo previstas en el artículo 86 de la Carta Política es exclusiva y excluyente.

En la misma sentencia de unificación, en cuanto al alcance de **cosa juzgada constitucional** que tiene la decisión de la Corte de revisar o no revisar las decisiones de instancia proferidas por los jueces de tutela la Corte señaló:

> *"**Cosa juzgada constitucional** y cosa juzgada ordinaria.*
>
> *5.1 Admitir que los fallos de tutela definitivamente decididos o excluidos para revisión sean luego objeto de una nueva acción*

[21] Consultar, entre otras las sentencias SU-1219/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V: Clara Inés Vargas Hernández SU-1219/01, T-021/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-192/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett., T-217/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-354/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-432/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-623/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-200/03. M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1028/03 y T-1164/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra,, T-502/03 M.P. Jaime Araujo Rentería,. T-582/04, T-536/04 y T-368/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-944/05 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-059/06 M.P. Álvaro Tafur Galvis

de tutela, sería como instituir un recurso adicional ante la Corte Constitucional para la insistencia en la revisión de un proceso de tutela ya concluido, lo cual es contrario a la Constitución (art. 86 C.P.), a la ley (art. 33 del Decreto 2591 de 1991) y a las normas reglamentarias en la materia (arts. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional). Las Salas de Selección de la Corte Constitucional, salvo sus facultades legales y reglamentarias, no tienen la facultad de seleccionar lo que ya ha sido excluido de selección para revisión ni una acción de tutela contra uno de sus fallos de tutela. Esto por una poderosa razón. Decidido un caso por la Corte Constitucional o terminado el proceso de selección para revisión y precluido el lapso establecido para insistir en la selección de un proceso de tutela para revisión (art. 33 del Decreto 2591 de 1991 y art. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional[44]), opera el fenómeno de la ***cosa juzgada constitucional*** *(art. 243 numeral 1 C.P.). Una vez ha quedado definitivamente en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de la Corte Constitucional, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido.*

5.2. A este respecto, es importante distinguir entre el fenómeno de la cosa juzgada en materia ordinaria y el mismo fenómeno en materia constitucional. Mientras que en el primer caso es generalmente admitida la procedencia de la acción de tutela por vías de hecho, en el segundo caso, tratándose de un proceso judicial constitucional, donde se persigue en forma explícita y específica la protección de los derechos fundamentales y la observancia plena del orden constitucional, la oportunidad para alegar la existencia de vías de hecho en los fallos de tutela es hasta la finalización del término de insistencia de los magistrados y del Defensor del Pueblo respecto de las sentencias no seleccionadas. Una vez terminados definitivamente los procedimientos de selección y revisión, ***la sentencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional*** *(art. 243 numeral 1 C.P.),* ***y se torna, entonces, inmutable y definitivamente vinculante****."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

4.2. Análisis del caso concreto. Ausencia de cosa juzgada constitucional.

En el caso concreto, los jueces de instancias no entraron a conocer del fondo del asunto, por cuanto estimaron que se había configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto existía una coincidencia entre: (i) sujetos procesales; (ii) causa *petendi*; (iii) derechos reconocidos y (iv) objeto[22]. Tal decisión fue confirmada el 25 de junio de 2014 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín. La Sala no comparte tales conclusiones, por las razones que pasan a explicarse.

En lo que concierne a los *sujetos procesales*, es indudable que son los mismos. En efecto, en la sentencia de tutela del 3 de noviembre de 2009, proferida por el Juzgado Veintiocho Penal Municipal de Medellín, las partes fueron: el señor Mario de Jesús Rivera, actuando como agente oficioso de su hija Mairoby Rivera Taborda, y la EPS Sanitas. A su vez, la petición de amparo del 11 de abril de 2014, fue igualmente presentada por el mismo ciudadano contra idéntica EPS.

Por su parte, en relación con la *causa petendi*, se encuentra que lo pretendido en el amparo inicial fue el reconocimiento de un tratamiento integral, a favor de la joven Mairoby Rivera Taborda. Aquel fue concedido por el referido Juzgado Veintiocho Penal Municipal de Medellín. Sin embargo, al momento de otorgarlo (**3 de noviembre de 2009**) no se discutió, en ningún momento, la realización del tratamiento denominado "*estimulación espinal epidural cervical*". Lo anterior por cuanto, la orden médica de realizarlo, por parte de un médico no adscrito a la EPS Sanitas, tuvo lugar el **11 de agosto de 2013**. Se trata, en consecuencia, de un **hecho novedoso**, que no fue por tanto objeto de debate inicialmente, y en consecuencia, no se configura uno de los elementos esenciales de la cosa juzgada constitucional.

5. Casos excepcionales en los cuales se admite el concepto emitido por un médico externo. Reiteración de jurisprudencia.

a. Precedentes de la Corte en la materia.

De manera constante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el servicio que requiere un paciente, debe ser decidido por el médico tratante, "*ya que es la persona capacitada, que cuenta con el criterio científico y que conoce el diagnóstico concreto y al paciente*"[23]. En palabras de la Corte, el médico tratante es aquel que se encuentra adscrito

[22] Visible a folio 142 del expediente.
[23] Sentencias T-760 de 2008 y T- 595 de 2009.

a la entidad encargada de la prestación; por esta circunstancia, en principio, se ha negado el amparo cuando no se cuenta con su concepto[24].

No obstante, esta regla no es absoluta puesto que, en algunos casos, no aceptar *per se* el criterio de un médico externo puede convertirse en una barrera al acceso del derecho constitucional a la salud. Por ejemplo, ello ha ocurrido cuando la entidad responsable tuvo conocimiento de dicho concepto, pero no lo descartó con base en información científica y en la historia clínica particular sea porque: **(a)** se valoró inadecuadamente a la persona; **(b)** hubo ausencia de evaluación médica de los especialistas que sí estaban adscritos, sin importar el argumento que originó la mala prestación del servicio; o **(c)** en el pasado, la entidad apreció y aceptó su dictamen como médico tratante.

A su vez, la Sentencia T-760 de 2008 indicó que esta excepción puede aplicarse cuando: **(i)** exista un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación; **(ii)** se trata de un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; y **(iii)** la entidad no lo ha desvirtuado, según las razones científicas pertinentes en el caso específico del paciente.

b. Análisis del caso concreto.

La Sala encuentra que se está ante un supuesto fáctico en el cual no puede negarse el acceso al procedimiento médico, alegando simplemente que la orden no fue emitida por un galeno adscrito a la correspondiente EPS. Lo anterior, por las siguientes razones:

- No siempre el vocablo “médico tratante” es sinónimo de galeno vinculado a una EPS determinada. Este criterio, que podría ser calificado como “*funcional*”, y cuya justificación se encuentra en la sostenibilidad financiera del sistema general de salud, no toma en cuenta que un médico externo puede haber tenido un contacto más directo, continuo y prolongado con el paciente, que aquel designado por la EPS el cual, de hecho, suele variar con el paso del tiempo; tanto más y en cuanto se trata de pacientes en estado vegetativo.

- En esta línea argumentativa, en ciertos casos, conlleva a que el término “médico tratante” corresponda más con aquel profesional de la salud que conoce a fondo la patología del paciente, y que incluso puede haberle dedicado más tiempo y esfuerzo a su atención, es decir, realmente quien “lo trata”.

---

[24] Entre muchas otras: sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001 y T-476 de 2004.

- Dada la complejidad y constante evolución que actualmente ofrece la ciencia médica, no siempre es fácil determinar hasta dónde los médicos de la EPS han "desvirtuado" lo ordenado por un médico externo. Sin duda, la aplicación de esta regla judicial deberá tomar en consideración muchos elementos del caso concreto.

Ahora bien, en el caso específico, la Corte encuentra que:

- El Dr. Maximiliano Páez Novoa, si bien no se encuentra vinculado con la EPS Sanitas, si lo está con la E.S.E. Hospital General de Medellín, es decir, se trata de un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud de Colombia.

- En dos ocasiones (11 de agosto de 2013 y 18 de febrero de 2014) ha ordenado la práctica de una "*estimulación espinal epidural cervical*", a favor de Mayrobi Rivera Taborda.

- El concepto científico del Dr. Páez ha sido conocido por los médicos adscritos a la EPS Sanitas.

- El Juzgado que ordenó en su momento el suministro de un tratamiento integral a la paciente, dispuso que la EPS debía brindarle una atención profesional responsable "*que permita corroborar el diagnóstico de los especialistas particulares y determinar el tratamiento a seguir*".[25]

- Finalmente, el Dr. Maximiliano, lleva atendiendo a la paciente desde hace más de cuatro años y medio, habiendo expuesto su caso a sus profesores de Tokyo, quienes le marcaron pautas de actuación al respecto. En otras palabras, se está ante el médico que realmente ha "tratado" a la paciente.

En este orden de ideas, la Sala considera que la circunstancia de que el Dr. Maximiliano Páez Novoa no tenga la calidad de médico adscrito a la EPS Sanitas, no configura obstáculo alguno para la procedencia del amparo solicitado.

**6. El derecho fundamental innominado de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state,* MCS) a "*que sea intentado*" o "*right to try.*

[25] Visible a folio 38 del expediente.

Con el propósito de evidenciar la existencia de un derecho fundamental innominado (art. 94 Superior) de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state,* MCS) a "*que sea intentado*" o "*right to try,* la Sala analizará los siguientes aspectos:

- Con base en estudios científicos en la materia, examinará los aspectos esenciales y diferenciadores de cada una de estas patologías.

- Analizará algunos pronunciamientos que, hasta el momento, ha realizado la Corte en punto al suministro de tratamientos experimentales.

- Con base en los avances que ha conocido el derecho comparado, examinará el contenido y el alcance del denominado "*derecho a que sea intentado*" o "*right to try*".

6.1 Precisiones conceptuales.

6.1.1. El estado vegetativo persistente o "*persistent vegetative state*", PVS.

En 1972, Jennet y Plum, en una obra científica titulada "*Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name*"[26] describieron una peculiar situación en pacientes que habían sufrido lesiones cerebrales muy graves que denominaron "estado vegetativo persistente" (PVS, en inglés). Se trata de personas que mantienen sus funciones cardiovasculares, respiratorias, renales, termorreguladoras y endocrinas, así como la alternancia sueño-vigilia, pero que no muestran ningún tipo de contacto con el medio externo y ninguna actividad voluntaria. El adjetivo persistente añade una connotación temporal que lo diferencia de estados vegetativos transitorios. En general, se acepta que un mes es el tiempo requerido para que un estado vegetativo se considere persistente.

Así, según lo definido originalmente por Jennet y Plum en 1972, el término "persistente" (*persistent*) cuando se aplica al estado vegetativo, significa "sostenido en el tiempo; en tanto que irreversible es sinónimo de "permanente" (*permanent*). El adjetivo "persistente" se refiere sólo a una condición de pasado y de continuación de incapacidad con un futuro incierto, mientras que

[26] Jennett B,Plum F, Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name, Lancet, (1972), pp. 734-7.

"permanente" implica irreversibilidad. Estado vegetativo persistente es un diagnóstico; estado vegetativo permanente es un pronóstico.

En 1983, la Comisión Presidencial para el Estudio de Problemas Éticos en Medicina e Investigación Biomédica y Conductual [27] aceptó la definición de "*estado vegetativo persistente*" (PVS), propuesto por Jennett y Plum, precisando que se trataba de una incapacidad "para experimentar el medio ambiente". A juicio de la comisión, un estado vegetativo persistente es sólo una forma de inconsciencia permanente.

Debido a las incertidumbres sobre el diagnóstico, pronóstico y medidas terapéuticas sobre el estado vegetativo persistente, varias organizaciones médicas profesionales comenzaron un examen exhaustivo de sus normas de atención médica para los pacientes con esta condición [28] . En 1989, la Academia Americana de Neurología publicó un documento de posición[29], en el cual definió el estado vegetativo persistente, señalando a la nutrición e hidratación artificial como formas de tratamiento médico. Un estudio realizado en 1990 por la Asociación Americana de Neurología encontró que el 88 por ciento de los miembros encuestados estuvo de acuerdo con este documento. En una encuesta realizada en 1991 por la Sociedad de Neurología Infantil, el 92 por ciento de los encuestados estuvo de acuerdo con el documento de posición en su relación con los adultos, pero sólo el 72 por ciento pensaba que era aplicable a los bebés y niños[30].

El estado vegetativo persistente (PVS) puede ser diagnosticado de acuerdo con los siguientes criterios: (i) no hay evidencia de conciencia de sí mismo o del medio ambiente y una incapacidad para relacionarse con los demás; (ii) no hay prueba de respuestas voluntarias ante estímulos de carácter visual, auditivo o táctil; (iii) no hay seguridad sobre la comprensión del lenguaje o la expresión; (iv) la vigilia intermitente se manifiesta por la presencia de los ciclos de sueño y

---

[27] The Multi-Society Task Force on PVS, "Medical Aspects of the Persistent Vegetative State", *New England Journal of Medicine*, N Engl J Med 1994; 330:1499-1508, May 26, 1994.

[28] Jennett B, Dyer CPersistent vegetative state and the right to die: the United States and Britain. BMJ 1991;302:1256-1258; Spudis EVThe persistent vegetative state 1990. J Neurol Sci 1991;102:128-136; Cranford REThe persistent vegetative state: the medical reality (getting the facts straight). Hastings Cent Rep 1988;18:27-32; Feinberg WM, Ferry PCA fate worse than death: the persistent vegetative state in childhood. Am J Dis Child 1984;138:128-130; Campbell AGM Children in a persistent vegetative state. BMJ 1984;289:1022-1023.

[29] Position of the American Academy of Neurology on certain aspects of the care and management of the persistent vegetative state patient: adopted by the Executive Board, American Academy of Neurology, April 21, 1988, Cincinnati, Ohio. Neurology 1989;39:125-126

[30] Ashwal S, Bale JF Jr, Coulter DL, et al. The persistent vegetative state in children: report of the Child Neurology Society Ethics Committee. Ann Neurol 1992;32:570-576.

vigilia; (v) hipotalámico suficientemente preservado y tallo cerebral con funciones autónomas para permitir la supervivencia con la atención médica y de enfermería; (vi) incontinencia del intestino y la vejiga; y (7) reflejos variables (pupilar, córnea, vestíbulo-ocular, y gag) y reflejos espinales[31].

La característica distintiva del estado vegetativo es la condición irregular de dormir y despertarse, sin la compañía de cualquier expresión conductual detectable de la auto-conciencia, el reconocimiento específico de los estímulos externos, o evidencia consistente de atención o intención o respuestas aprendidas. Los pacientes en estado vegetativo, por lo general, no son inmóviles. Pueden mover el tronco o las extremidades en forma superficial. Ocasionalmente pueden sonreír, y pueden incluso derramar lágrimas; algunos gruñidos pronuncian; en raras ocasiones, gimen o gritan[32].

En cuanto a las causas del estado vegetativo persistente se tiene que, en la mayoría de los casos, se trata de traumatismos craneoencefálicos, en numerosas ocasiones causados en accidentes de tránsito, trastornos cerebrovasculares, tumores cerebrales, encefalitis isquémico-anoxicas y otros trastornos.

6.1.2. El estado de conciencia mínimo (*minimally conscious state*, MCS).

El término "estado mínimo de conciencia" ((*minimally conscious state*, MCS), sirve para definir a un subgrupo de pacientes con alteración severa de la consciencia, que no cumplen los criterios diagnósticos del coma o del estado vegetativo.[33] La característica principal es que de forma eventual, es decir, no siempre, muestran evidencia "*discernible de conciencia*". Al respecto, expertos españoles del Centro de Rehabilitación de Daño Cerebral, explican lo siguiente:

> "Esta distinción entre coma y EMC [estado de mínima conciencia] es muy importante desde el punto de vista de la planificación del tratamiento a seguir y de los resultados que se obtendrán, **siendo más favorable el pronóstico para los pacientes en EMC que**

[31] The Multi-Society Task Force on PVS, "Medical Aspects of the Persistent Vegetative State", *New England Journal of Medicine*, N Engl J Med 1994; 330:1499-1508, May 26, 1994.

[32] The Multi-Society Task Force on PVS, "Medical Aspects of the Persistent Vegetative State", *New England Journal of Medicine*, N Engl J Med 1994; 330:1499-1508, May 26, 1994.

[33] José León-Carrión, José María Domínguez-Roldán y María del Rosario Domínguez-Morales, "Coma y estado vegetativo: aspectos médico-legales", *Revista española de neurocirugía*, 3, 1-2, 63-76 (2001).

> **para los que están en coma prolongado o estado vegetativo permanente**" (negrillas y subrayados agregados).

Y más adelante, señalan los expertos:

> "En el ámbito legal deben ser considerados como los pacientes en estado vegetativo, sin embargo con estos pacientes **se debe intentar** tratamiento rehabilitador neuropsicológico, multidisciplinar e intensivo, **ya que existe la esperanza** de que se puedan **conseguir logros importantes** hacia áreas de recuperación funcional". (negrillas y subrayados agregados).
>
> Según Helen Briggs[34], a diferencia de alguien que se encuentra en un estado vegetativo, un paciente en estado de mínima conciencia, en ciertos casos, es capaz de hacer al menos una de las siguientes actividades:

- Sigue órdenes sencillas
- Responder "sí" o "no" a preguntas básicas, ya sea verbalmente o con gestos
- Actúa de manera decidida, por ejemplo presionando un botón en un mando a distancia para cambiar de canal de TV.

La condición puede ser una etapa hacia la recuperación del paciente, o ser la etapa final de su progreso.

6.2. Pronunciamientos de la Corte en materia de tratamientos experimentales.

En diversas oportunidades, la Corte se ha pronunciado sobre los tratamientos experimentales.

En sentencia SU.819/99 esta Corporación examinó el caso de un niño que requería un tipo de trasplante heterólogo que podía ser realizado en el Hospital de la Universidad de Birmigham en Alabama, EEUU, y cuyo costo podía ascender a la suma de U$371.740.oo, valor que no podría conseguir la familia, ya que no cuenta ni podría contar nunca con los recursos económicos necesarios para sufragarlo. Si bien en el caso concreto, al momento de fallar, el menor ya había sido trasladado al exterior, la Corte tomó en consideración la siguiente disposición, contenida en la Ley 508 de 1999, contentiva del Plan de Desarrollo 1999-

---

[34] Hellen Briggs, What is a Minimally Conscious State?, London, 2011.

2002, normatividad que fue declarada inexequible en sentencia C- 557 de 2000, por vicios de forma:

> "ART. 37. En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación de servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza, en Colombia o excepcionalmente en el exterior, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible, no se trate de tratamientos experimentales, que en ningún caso serán procedentes, y se ajusten a las situaciones y procedimientos que para el efecto reglamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".

Posteriormente en sentencia T-597/01, la Corte hizo algunas precisiones sobre lo que debía entenderse por un tratamiento experimental.

Se trataba de un caso de un menor, quien reclamaba por vía de tutela el trasplante de médula mieloablativo "con donante no relacionado en el exterior", a pesar de que el mismo se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS). En dicha ocasión, la Corte consideró lo siguiente:

> "Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.
>
> El margen de incertidumbre respecto de la efectividad de un procedimiento experimental impide que se lo pueda considerar

> como un sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, pero excluidos del Plan Obligatorio de Salud. El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implican que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema".

De igual manera, en sentencia T-1330/05, el Tribunal Constitucional estimó que, en principio, resultaba razonable que el sistema de seguridad social en salud no tuviese que asumir costosos tratamientos experimentales. Sin embargo, se establecieron excepciones en la materia:

> "No obstante, en determinados eventos la **prohibición absoluta** del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones **experimentales** con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud, bien sea como un derecho fundamental autónomo o conexo, no sólo cuando esté en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría. Por lo tanto corresponde a los jueces de tutela ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación solicitada, la información científica disponible, así como de los diversos principios señalados por la jurisprudencia constitucional, entre ellos el principio de justicia que supone la igualdad del acceso de la población a los beneficios de la ciencia".

Por otra parte, en relación con el suministro de medicamentos cuya comercialización aún no ha sido autorizada por el INVIMA, la Corte en sentencia T- 418 de 2011, sostuvo lo siguiente:

> "Cuando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico

> tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible."

Más recientemente, en sentencia T- 180 de 2013, la Corte consideró que un procedimiento que se encuentra en etapa experimental, no puede desplazar los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, porque precisamente no se encuentran acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. Sin embargo "*cuando existan dudas, considera la Sala que le corresponde a los Comité Técnicos Científicos con la intervención de los médicos especialistas en oncología, quienes deben evaluar el acceso a dichos procedimientos como parte del servicio de salud, teniendo en cuenta que precisamente tienen el conocimiento especializado de la ciencia médica, dedicado a establecer la validez terapéutica, efectividad y riesgos de los mismos*."

En conclusión, al momento de examinar la viabilidad de ordenar, por vía de amparo, el suministro de un tratamiento, procedimiento o medicamento de naturaleza experimental, se debe revisar si no existe un sustituto válido en el POS. Importa igualmente revisar los conceptos emitidos por el médico tratante y, llegado el caso, por los correspondientes Comités Técnicos Científicos. De igual manera, se deberá tomar en consideración los costos que implique el tratamiento, tanto más y en cuanto se pretenda realizar en el exterior.

6.3 Contenido y alcance del derecho fundamental innominado a "*que sea intentado*" o "*right to try*", para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state,* MCS).

Tradicionalmente, como se ha explicado, el abordaje que la Corte Constitucional ha realizado del tema de los tratamientos o procedimientos experimentales se ha enfocado en el derecho a la salud. En efecto, se han analizado supuestos en los cuales se está ante un **riesgo** inminente y grave para aquélla. Se trata, por ejemplo, de casos de trasplantes de órganos, incluso practicados en el exterior, o incluso del suministro de medicamentos cuya comercialización no ha sido aún autorizada por el INVIMA. En tal sentido, se pretende contar con un cierto grado de **certeza** acerca de la eficacia del tratamiento o del procedimiento.

No obstante lo anterior, la Sala se pregunta qué sucede en aquellas patologías en las cuales no existe esa premura por actuar o incluso ese

elevado riesgo para la salud del paciente, dada la extrema afectación que aquélla padece. De igual manera, el grado de eficacia o eficiencia de la realización del tratamiento puede ser cuestionable o incluso incierta. De hecho, tampoco se cuenta con el consentimiento informado del paciente, por cuanto éste no puede expresarlo. En otras palabras, la construcción jurisprudencial que hasta el momento ha realizado la Corte en materia de tratamientos experimentales, soportada en la protección del derecho a la salud, queda desbordada por las características que ofrecen los casos de los pacientes que se encuentran en un estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state,* MCS).

Así las cosas, la Sala estima que, con base en el artículo 94 Superior, existe un derecho fundamental innominado "*a que sea intentado"* o "*right to try*", para los casos de los pacientes que se hallan en un estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state,* MCS), cuyos titulares son el paciente y sus familiares.

El derecho a intentar ha sido objeto de recientes desarrollos legislativos en cinco Estados de la Unión Americana (Colorado, Montana, Missouri, Arizona y Luisiana) y cuenta con algunos fallos judiciales en la materia. En esencia, se trata de que se agoten **todas** las posibilidades científicas existentes, incluso de carácter experimental, siempre y cuando se cuente con la orden del médico tratante, para los **casos desesperados** en los cuales no parece existir ninguna otra opción, bien sea de recuperación o de evitar un inminente fallecimiento del paciente. Se trata, en consecuencia, de "situaciones límite".

Al respecto, el 17 de mayo de 2014, el Gobernador de Colorado, sancionó una ley titulada "Sobre la autorización para que los enfermos terminales tengan acceso a los productos de investigación que no han sido aprobados por la Administración de Alimentos y Medicamentos Federal y para que los pacientes puedan participar en ensayos clínicos" (Concerning the allowance for terminally ill patients to have access to investigational products that have not been approved by the federal food and drug administration that other patients have access to when they participate in clinical trials.).

Dentro de las motivaciones de la ley, se encuentran las siguientes[35]:

a) El proceso de aprobación para fármacos de investigación,

[35] Traducción libre del idioma inglés.

productos biológicos, y dispositivos en los Estados Unidos protege a futuros pacientes de medicamentos y tratamientos prematuros, ineficaces y peligrosos en el largo plazo, pero el proceso se lleva a menudo muchos años;

(b) los pacientes que tienen una enfermedad terminal no tenemos el lujo de esperar hasta que un fármaco en investigación, productos biológicos o dispositivo reciba la aprobación final de la "United States Food and Drug Administration FDA".

(c) los pacientes que tienen una enfermedad terminal tienen **el derecho fundamental** a **intentar** perseguir la p reservación de sus propias vidas y de acceder a los **fármacos productos biológicos y dispositivos disponibles como producto de una investigación**; (negrillas y subrayados agregados).

(d) el uso de fármacos disponibles de investigación, productos biológicos y dispositivos es una decisión que debe ser tomada por el paciente con una enfermedad terminal, en consulta con su médico tratante y el equipo de salud correspondiente y

(e) la decisión de utilizar un fármaco en investigación, productos biológicos o dispositivo debe hacerse con pleno conocimiento de los posibles riesgos, beneficios y consecuencias para el paciente y su familia".

Ahora bien, el ejercicio del "*right to try*" está sometido al cumplimiento de ciertas condiciones, como son:

(1) (a) "paciente elegible" significa una persona que tiene: una enfermedad terminal, atestiguada por **médico tratante del paciente**;

(ii) tomando en cuenta **otras opciones** de tratamiento actualmente aprobadas por la FDA

(iii) haber recibido una recomendación de su médico para un fármaco en investigación, productos biológicos o dispositivo;

(v) haber suministrado por escrito, el consentimiento informado para el uso de la droga en investigación, productos biológicos o dispositivo o, si el paciente es menor de edad o **carece de**

> **la capacidad mental para dar su consentimiento informado, un padre o tutor legal haya dado el consentimiento informado por escrito en nombre del paciente**; (negrillas y subrayados agregados).

El antecedente de las diversas leyes estatales sobre el "*right to try*" se encuentra en la decisión de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia del 7 de agosto de 2007, en el asunto *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs and Washington Legal Foundation, appellants vs. Eschenbach*.

En cuanto al objeto del litigio se tiene que la Alianza Abigail para un Mejor Acceso al Desarrollo Medicamentos (la "Alianza"), que es una organización de enfermos terminales, buscaba un mayor acceso a **medicamentos experimentales** para aquéllos. Sin embargo, generalmente se prohíbe suministrarlos hasta que hayan sido aprobados oficialmente por la FDA.

Inicialmente, la Corte del Distrito rechazó la petición de la Alianza, argumentando que la Constitución no consagraba un derecho fundamental a "*acceder a medicamentos no aprobados*". Por el contrario, la Corte de Apelaciones, en una decisión dividida, consideró lo siguiente:

> "Cuando no existan opciones de tratamiento aprobadas oficialmente, un enfermo terminal, que cuente con capacidad mental, con base en un consentimiento informado, tiene el derecho a acceder a tratamientos y nuevos medicamentos, que se encuentren en fase I de la FDA [**experimentales**] …con base en la "*due process clause*"[36].

El citado fallo, que generó en su momento una enorme controversia en los Estados Unidos, sirvió de fundamento para que, años más tarde, se adoptaran legislaciones de rango estatal en la materia.

Al respecto, la Sala considera que si bien el derecho fundamental "*a que sea intentado*" o "*right to try*", guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de un derecho inherente a la dignidad humana (art. 94 Superior), su ámbito de aplicación se extiende, *mutatis mutandis*, para el caso de los pacientes en

---

[36] Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, sentencia del 7 de agosto de 2007, No. 04-5350, asunto *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs and Washington Legal Foundation, appellants vs. Eschenbach*.

estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state*, MCS).

7. El tratamiento denominado "estimulación espinal epidural cervical".

Antes de entrar a resolver el caso concreto, la Sala estima necesario adelantar un breve estudio sobre el tratamiento denominado "estimulación espinal epidural cervical".

Así pues, un aspecto que suscita controversia, es si realmente se está ante un tratamiento que pueda ser calificado en términos de "experimental".

Al respecto, según el informe rendido por la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia (f. 126), se está ante lo siguiente:

> "La estimulación cerebral profunda es un procedimiento que se viene realizando desde hace 25 años, y ha demostrado ser efectivo en determinadas patologías, en la actualidad se encuentra aprobada para el tratamiento del Parkinson, temblor, distonía y trastorno obsesivo compulsivo, para estas patologías existe suficiente evidencia sobre su efectividad y seguridad y está aprobado su uso por los diferentes estamentos internacionales, en el caso de los Estados Unidos, por la FDA.
>
> En el caso de estimulación cerebral profunda para estado vegetativo, existen en el mundo aproximadamente 5 reportes de casos, la mayoría de estos por un grupo de investigadores japoneses, con muy pequeño número de pacientes y realizado sólo de manera **experimental**, con un protocolo estricto de investigación, con resultados variables, en su último reporte sólo una mejoría en alrededor de un 20% en paciente con estado vegetativo por trauma y realizando la cirugía únicamente a los 3 meses del trauma, lo cual es inferior a la historia natural de los pacientes con trauma de cráneo que mejoran entre un 30% a 40% por lo cual hasta el momento no se utiliza ni se ofrece como un tratamiento efectivo a los pacientes con trauma de cráneo. La estimulación cerebral profunda no se encuentra aprobada para este uso por ninguno de los entes regulatorios d salud a nivel mundial, y en ningún país se utiliza este tratamiento como una medida terapéutica". (negrillas y subrayados agregados).

En el mismo sentido se pronunció la EPS Sanitas al momento de dar respuesta al Juzgado 28 Penal Municipal de Medellín, con ocasión del

incidente de desacato promovido por el señor Mario de Jesús Rivera Vélez:

> "En cumplimiento del fallo antes aludido, EPS Sanitas sometió a consideración de un staff de especialistas de la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia, el concepto de cirugía funcional avalador por el Doctor Maximiliano Páez Novoa, quienes luego de valorar a la paciente y analizar el avance y resultado del tratamiento propuesto en patologías como las de la joven Mairoby, concluyeron que hasta el momento este procedimiento no era utilizado ni ofrecido como un tratamiento efectivo en los pacientes con trauma de cráneo como el de la usuaria y que no se encontraba aprobado para ese uso por ninguno de los entes regulatorios de salud a nivel mundial, **ni era utilizado en país alguno como una medida terapéutica**" (negrillas y subrayados agregados).

Importa igualmente transcribir las conclusiones a las que arribó el staff de cirugía funcional:

> "En el caso de la paciente Mairoby el staff no está de acuerdo con la intervención planteada por las siguientes razones:

1. La estimulación espinal que es el procedimiento solicitado en este caso es un procedimiento que se ha utilizado con malos resultados ya mencionado (sic) por el Dr. Yamamoto en su publicación del 2012, **en donde no lo recomienda para estado vegetativo y sólo lo dejan para usar en estudios con casos de estados de mínima conciencia**, razón por la cual no tendría ninguna cabida este tipo de tratamiento en la paciente. Adicionalmente en los estudios de investigación de este grupo, pacientes incluidos tenían entre 4 y 8 meses después del trauma, por lo cual no sería aplicable a la paciente que lleva 4 años en estado vegetativo. (negrillas y subrayados agregados).

2. Este tipo de tratamientos tanto de estimulación cerebral profunda como estimulación espinal en paciente con estado vegetativo permanente sólo en el campo experimental y muy claramente lo mencionan en su artículo los Drs. Giacino y Machado (neurocirujanos funcionales ampliamente reconocidos) que este tipo de tratamiento no pueden ser ofrecidos a la población general, solo permanece en investigación y sería un gran error tomarlos como un estándar de tratamiento o como una opción de manejo. Desde el punto de vista ético, teniendo como

principio médico: primero no hacer daño, no deben ser realizados.

3. Grupos de manejo norteamericano consideran que incluso para investigación solo se debe tener en cuenta pacientes con estado de mínima conciencia y no con estado vegetativo, ya que estos últimos tienen nulas posibilidades de alguna recuperación o ésta es mínima.

4. Los equipos usados para estimulación cerebral profunda y estimulación espinal no tienen ninguna aprobación en el mundo ni por la FDA ni por la Comisión Europea, ni por el INVIMA en Colombia, para ser usados en esta patología.

5. No existe ninguna evidencia científica confiable en los resultados que se pueden obtener con este tipo de procedimientos. Los trabajos realizados y las publicaciones son sólo estudios experimentales que no pueden ser aplicados a la población general".

Por el contrario, el Dr. Maximiliano Páez Novoa, en la ampliación de su informe, remitido a la Corte Constitucional, afirma lo siguiente:

> "Este dispositivo ha sido empleado en otras patologías, particularmente para el dolor intratable, con muy buenos resultados, incluso para el manejo de dolor anginoso (cardiaco). Y así como otros estimuladores (estimulador del nervio vago) ha sido útil para manejar la epilepsia refractaria al tratamiento se ha demostrado que la estimulación espinal cordonal posterior ha sido útil en casos de estado vegetativo aquinético.
>
> Los resultados han sido repetidos en otras latitudes, donde se ha realizado. Como lo demuestra la literatura que anexo en mi explicación. Esta literatura disponible está registrada en la base médica de publicaciones de la NICH: Biblioteca Nacional de Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos.
>
> Ya hay varios pacientes a los que se les ha realizado esta cirugía, la cual **no es experimental**, pues ya ha sido demostrada su capacidad en varias patrologías y ahora está en confirmación sus efectos en esta indicación". (negrillas y subrayados agregados).

Debido a su importancia, la Sala transcribe algunos apartes de los artículos publicados en revistas especializadas, aportados por el Dr. Páez Novoa.

En un artículo aparecido en febrero de 2014, titulado "Electrical modulation of neuronal networks in brain-injured patients with disorder of consciousness: a systematic review"[37], se afirma lo siguiente:

> "Seis estudios clínicos de modulación eléctrica crónica de los circuitos cerebrales profundos, publicados entre 1968 y 2010, han reportado efectos en 55 pacientes que se encontraban en estado vegetativo o de conciencia mínima".

Un segundo estudio, publicado en 2012 por los profesores Yamamoto, Katayama, Obuchi, Kobayashi, Oshima y Fukaya, bajo el título "Spinal cord stimulation for treatment of patients in the minimally conscious state", los autores dan cuenta de los siguientes resultados:

> "Los criterios para determinar la aparición del mínimo estado de conciencia (MCS) incluyen la demostración de uno o ambos de los siguientes criterios: la comunicación interactiva y el uso funcional de dos objetivos diferentes. Sobre la base de estos criterios propuestos, 7 de los 10 pacientes salieron del mínimo estado de conciencia (MCS) siguiendo terapia de estimulación de la médula espinal (SCS). Ocho de los 10 pacientes con mínimo estado de conciencia (MCS) tratados por estimulación de la médula espinal (SCS) satisficieron nuestros criterios de inclusión electrofisiológica. Los siete pacientes que se recuperaron del mínimo estado de conciencia (MSC) después de la terapia de SCS cumplen con los criterios de inclusión. Entre estos siete pacientes, uno tenía discapacidad moderada, y seis tenían discapacidad severa, determinado usando la escala de resultados de Glasgow, un año después de empezar la terapia de estimulación de la médula espinal (SCS) (Tabla 1). Presentamos los casos de dos pacientes que se recuperaron del mínimo estado de conciencia (MSC) después de la terapia de estimulación de la médula espinal (SCS) cervical.

---

[37] Lemaire JJ y otros "Electrical modulation of neuronal networks in brain-injured patients with disorder of consciousness: a systematic review", Ann Fr Anesth Reanim. 2014, Feb; 33 (2) 88-97.

> El paciente conocido como caso 4 era un hombre de 22 años de edad, que estuvo involucrado en un accidente de tránsito mientras conducía una motocicleta. Sufrió una lesión traumática en la cabeza que lo llevó a un estado de coma y el diagnóstico fue lesión cerebral difusa. Se le diagnosticó mínimo estado de conciencia (MCS) tres meses después de su lesión. A veces respondió a nuestros pedidos de agarrar nuestra mano y abrir la mano, pero no de manera consistente. No se observó ninguna otra forma obvia de comunicación durante este período. El paciente cumplió con los criterios de inclusión para nuestra evaluación electrofisiológica. Además, se sometió a estimulación de la médula espinal (SCS) cervical y fue capaz de comunicarse constantemente por 7 meses después del inicio de la estimulación de la médula espinal (SCS). Doce meses después del inicio del mínimo estado de conciencia (MSC) fue capaz de rotar los seis planos del cubo de Rubik, y era capaz de hablar y comunicarse normalmente. El paciente recuperó suficientemente la función motora de las extremidades superiores para poder ser capaz de completar el cubo de Rubik, pero la recuperación de las funciones motoras de sus extremidades inferiores era insuficiente y requirió el uso de silla de ruedas.
>
> El paciente conocido como caso B, era un hombre de 37 años de edad, que desarrolló un hematoma intra-cerebral. El hematoma se removió para prevenir la herniación inminente. El paciente permaneció en mínimo estado de conciencia (MSC) por 8 meses después de la aparición del hematoma intra-cerebral. El paciente cumplió con los criterios de inclusión de nuestra evaluación electrofisiológica. A veces el paciente obedecía nuestros pedidos como agarrar nuestra mano o abrir y cerrar los ojos. Seis meses después de empezar terapia de estimulación de la médula espinal (SCS), fue capaz de comunicarse coherentemente. Tenía hemiparesia izquierda, pero fue capaz de tocar ritmos en su guitarra”[38]

Un tercer estudio, realizado por Cooper (2005), titulado “Electrical treatment of reduced consciousness: experience with coma and Alzheimer´s disease”[39], afirma lo siguiente:

---

[38] Yamamoto, Katayama, Obuchi, Kobayashi, Oshima y Fukaya, “Spinal cord stimulation for treatment of patients in the minimally conscious state”, Neurol. Med. Chir (Tokyo), 52, 475- 481, 2012.
[39] Cooper EB, Scherder EJ, “Electrical treatment of reduced consciousness: experience with coma and Alzheimer´s disease”, Neuropsychol Rehabil. 2005, Jul- sept 15 (3-4), 389-405.

> "El nervio medio derecho puede ser estimulado eléctricamente…se cuentan con once años de experiencia en los Estados Unidos sobre el uso de la estimulación eléctrica en casos de pacientes en estado de coma, debido a traumatismos en sus cerebros. Además existe una larga experiencia en Japón, en materia de implantes de electrodos en la espina cervical para los casos de pacientes que se encuentran en estado vegetativo persistente (PVS)"

8. Conclusiones y resolución del caso concreto.

En julio de 2009, la joven Mairoby Rivera Taborda sufrió un accidente de tránsito en Venezuela. A consecuencia de ello, se le diagnosticó "estado vegetativo persistente". Su familia, luego de haber acudido en noviembre de ese mismo año en sede de amparo, logró que se ordenara a favor de la paciente el suministro de un tratamiento integral, el cual había sido negado por la EPS.

El 12 de agosto de 2013, el Dr. Maximiliano Páez Novoa, quien venía conociendo del caso de la paciente, ordenó la realización de una "*estimulación espinal epidural para el tratamiento de estados de subconciencia (estado vegetativo-estado de conciencia mínimo) y programación de voltajes adecuados para el caso*". A partir de ese momento, la EPS Sanitas se ha negado a realizar dicho tratamiento, argumentando que es experimental. Con el propósito de soportar dicha afirmación, ha aportado diversos conceptos médicos en la materia.

Al respecto, conviene precisar que **la negativa de la EPS jamás se ha fundado sobre razones de orden económico**. Tampoco se ha afirmado, en momento alguno, que el procedimiento deba ser realizado en el exterior. Así mismo no se ha controvertido la capacidad económica de la familia para costearlo. En pocas palabras, en el presente asunto, a diferencia de otros casos resueltos por la Corte en punto a tratamientos experimentales, no ha sido objeto de debate el tema de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

8.1. Valoración de las pruebas.

En el presente caso, como se ha explicado, existe una controversia científica sobre la idoneidad de un tratamiento médico.

Por un parte, la EPS, la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia y el staff de cirugía funcional, sostienen lo siguiente:

- La estimulación cerebral profunda es un procedimiento que se viene realizando desde hace 25 años, y ha demostrado ser efectivo en determinadas patologías, en la actualidad se encuentra aprobada para el tratamiento del Parkinson, temblor, distonía y trastorno obsesivo compulsivo, para estas patologías existe suficiente evidencia sobre su efectividad y seguridad y está aprobado su uso por los diferentes estamentos internacionales, en el caso de los Estados Unidos, por la FDA.

- Sin embargo, la estimulación cerebral profunda para pacientes en estado vegetativo se encuentra en fase experimental con resultados variables: "en su último reporte sólo **una mejoría en alrededor de un 20**% en paciente con estado vegetativo por trauma y realizando la cirugía únicamente a los 3 meses del trauma, lo cual es inferior a la historia natural de los pacientes con trauma de cráneo que mejoran entre un 30% a 40% por lo cual hasta el momento no se utiliza ni se ofrece como un tratamiento efectivo a los pacientes con trauma de cráneo.

- El Dr. Yamamoto en su publicación del 2012, no lo recomienda para estado vegetativo y sólo lo dejan para usar en estudios con casos de estados de mínima conciencia, razón por la cual no tendría ninguna cabida este tipo de tratamiento en la paciente.

- Grupos de manejo norteamericano consideran que incluso para investigación solo se debe tener en cuenta pacientes con estado de mínima conciencia y no con estado vegetativo, ya que estos últimos tienen nulas posibilidades de alguna recuperación o ésta es mínima.

- Los equipos usados para estimulación cerebral profunda y estimulación espinal no tienen ninguna aprobación en el mundo ni por la FDA ni por la Comisión Europea, ni por el INVIMA en Colombia, para ser usados en esta patología.

Por el contrario, el Dr. Maximiliano Páez Novoa, así como **grupos de investigadores de diversas nacionalidades** (Japón, Francia y Estados Unidos) sostienen lo siguiente:

- Este dispositivo ha sido empleado en otras patologías, particularmente para el dolor intratable, con muy buenos resultados, incluso para el manejo de dolor anginoso (cardiaco). Y así como otros estimuladores (estimulador del nervio vago) ha sido útil para

manejar la epilepsia refractaria al tratamiento se ha demostrado que la estimulación espinal cordonal posterior ha sido útil en casos de estado vegetativo aquinético. Los resultados han sido repetidos en otras latitudes, donde se ha realizado. Esta literatura está disponible en la base médica de publicaciones de la NICH: Biblioteca Nacional de Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos.

- Seis estudios clínicos de modulación eléctrica crónica de los circuitos cerebrales profundos, publicados entre 1968 y 2010, han reportado efectos en 55 pacientes que se encontraban en estado vegetativo o de conciencia mínima.

- Ocho de los 10 pacientes con mínimo estado de conciencia (MCS) tratados por estimulación de la médula espinal (SCS) satisficieron nuestros criterios de inclusión electrofisiológica. Los siete pacientes que se recuperaron del mínimo estado de conciencia (MSC) después de la terapia de SCS cumplen con los criterios de inclusión. Entre estos siete pacientes, uno tenía discapacidad moderada, y seis tenían discapacidad severa, determinado usando la escala de resultados de Glasgow, un año después de empezar la terapia de estimulación de la médula espinal (SCS) (Tabla 1). Presentamos los casos de dos pacientes que se recuperaron del mínimo estado de conciencia (MSC) después de la terapia de estimulación de la médula espinal (SCS) cervical.

- El nervio medio derecho puede ser estimulado eléctricamente…se cuentan con once años de experiencia en los Estados Unidos sobre el uso de la estimulación eléctrica en casos de pacientes en estado de coma, debido a traumatismos en sus cerebros. Además existe una larga experiencia en Japón, en materia de implantes de electrodos en la espina cervical para los casos de pacientes que se encuentran en estado vegetativo persistente (PVS).

- El paciente conocido como caso 4 era un hombre de 22 años de edad, que estuvo involucrado en un accidente de tránsito mientras conducía una motocicleta. Sufrió una lesión traumática en la cabeza que lo llevó a un estado de coma y el diagnóstico fue lesión cerebral difusa. Se le diagnosticó mínimo estado de conciencia (MCS) tres meses después de su lesión. A veces respondió a nuestros pedidos de agarrar nuestra mano y abrir la mano, pero no de manera consistente. No se observó ninguna otra forma obvia de comunicación durante este período. El paciente cumplió con los

> criterios de inclusión para nuestra evaluación electrofisiológica. Además, se sometió a estimulación de la médula espinal (SCS) cervical y fue capaz de comunicarse constantemente por 7 meses después del inicio de la estimulación de la médula espinal (SCS). Doce meses después del inicio del mínimo estado de conciencia (MSC) fue capaz de rotar los seis planos del cubo de Rubik, y era capaz de hablar y comunicarse normalmente. El paciente recuperó suficientemente la función motora de las extremidades superiores para poder ser capaz de completar el cubo de Rubik, pero la recuperación de las funciones motoras de sus extremidades inferiores era insuficiente y requirió el uso de silla de ruedas.

Pues bien, analizando los anteriores conceptos científicos, de conformidad con las reglas de la sana crítica y los demás elementos probatorios obrantes en el expediente, la Sala encuentra lo siguiente:

- Efectivamente, existe una controversia científica acerca de la idoneidad del tratamiento.

- Quienes se oponen a la realización de tratamiento aceptan, al menos, la existencia de ciertos resultados alentadores para el caso de los pacientes que se encuentran en estado de mínima conciencia, tal y como sucede con Mairoby, según certificó su médico tratante.

- Sin que le corresponda a la Corte entrar a cuestionar las calidades y conocimientos científicos de quienes se oponen a la realización del tratamiento, lo cierto es que se aportó al expediente una bibliografía muy reciente y completa, que da cuenta de los avances que han tenido en la materia grupos de investigadores de Japón Estados Unidos y Francia. Quiere ello decir que no estamos en presencia de una postura aislada y testaruda de un médico, quien ha conceptuado en varias ocasiones en relación con la necesidad de la práctica del procedimiento de estimulación espinal epidural cervical.

Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que: (i) se está ante la única y quizá última opción para una paciente, dado que, salvo el Dr. Páez Novoa, ningún médico ha propuesto o planteado alternativa alguna de recuperación para la joven Mairoby; (ii) se cuenta con ciertos fundamentos científicos para afirmar que no se está ante un tratamiento completamente desconocido o novedoso, así las autoridades correspondientes, nacionales o extranjeras, todavía no lo hayan aprobado; (iii) los riesgos del tratamiento han sido explicados a los familiares, los cuales los han asumido; y (iv) el médico que le ha venido haciendo un

seguimiento permanente a la evolución de la paciente, tiene la firme convicción de que el tratamiento propuesto brinda una "*luz de esperanza*" en la materia.

Como puede advertirse con facilidad, el supuesto fáctico que debe resolver la Sala encuadra perfectamente en los contenidos del derecho fundamental innominado a "*que sea intentado*" o "*right to try*", para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state*, MCS).

En este orden de ideas, la Corte revocará los fallos de amparo proferidos por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín y Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, de 5 de mayo y 25 de junio de 2014, respectivamente. En su lugar, amparará el derecho fundamental a "que sea intentado" de la paciente Mairoby Rivera Taborda. En consecuencia, ordenará a la EPS Sanitas y a COLSANITAS Medicina Prepagada que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice la realización del tratamiento denominado: "*estimulación espinal epidural para el tratamiento de estados de subconciencia (estado vegetativo-estado de conciencia mínimo) y programación de voltajes adecuados para el caso*", a cargo del Dr. Maximiliano Páez Novoa.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR los fallos de amparo proferidos por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín y Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, de 5 de mayo y 25 de junio de 2014, respectivamente, en los cuales se negó el amparo solicitado. En su lugar, **AMPARARÁ** el derecho fundamental "*a que sea intentado*" de la paciente Mairoby Rivera Taborda. En consecuencia, **ORDENARÁ** a la EPS Sanitas y a COLSANITAS Medicina Prepagada que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice la realización del tratamiento denominado: "*estimulación espinal epidural para el tratamiento de estados de subconciencia (estado vegetativo-*

estado de conciencia mínimo) y programación de voltajes adecuados para el caso", a cargo del Dr. Maximiliano Páez Novoa.

SEGUNDO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada Ponente (e)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento de voto

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA T-057/15

Con el debido respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Octava de Revisión, procedo a exponer las razones que me impiden acompañar la Sentencia T-057 de 2015.

Previo a ello, quisiera aclarar que mi desacuerdo parte de una firme convicción acerca del compromiso que vincula a los jueces constitucionales con el recaudo y la valoración rigurosa de las pruebas que, en el marco de controversias tan dramáticas y complejas como la que en esta ocasión ocupó la atención de la Sala, les permitan acceder al conocimiento calificado de los especialistas médicos, para así formarse un panorama completo de la situación objeto de análisis y brindarle una solución ajustada a las circunstancias fácticas y jurídicas que la caracterizan. La Sentencia T-057 de 2015 no satisface esa carga, por razones que, en su momento, discutí con las integrantes de la Sala. Dado que la mayoría no acogió mis observaciones, las señalo, a continuación, para explicar los motivos de mi disenso.

1. En el marco de las discusiones que antecedieron la aprobación de la Sentencia T-057 de 2015 planteé mi preocupación acerca de la presentación incompleta que se hizo de los antecedentes del caso y de las pruebas aportadas al expediente. La ponencia inicial, en efecto, no reseñaba las respuestas que las entidades accionadas le dieron a la tutela.

2. Sugerí, entonces, realizar las precisiones del caso. La Sentencia T-057 de 2015, en consecuencia, incluyó la respuesta de la *"EPS Colsanitas"* en su página ocho. Allí se indica que la EPS se opuso a la tutela porque *"desde el punto de vista científico no resultaba recomendable adelantar el tratamiento solicitado, por cuanto tenía el carácter de experimental"* y que transcribió algunas cláusulas del *"contrato de medicina Prepagada, relacionadas con exclusiones y limitaciones"*.

3. En realidad, la tutela fue contestada por las *dos entidades* contra las que se dirigió. La primera de ellas, la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A [40], fue la que se opuso a la solicitud de amparo considerando que la estimulación espinal no estaba contemplada en las coberturas del contrato de medicina prepagada. La entidad alegó, además, que el procedimiento estaba en experimentación, que carecía de

[40] Folios 61 al 66 del cuaderno principal del Expediente T-4620577.

evidencia científica confiable y que, de todas maneras, las evaluaciones médicas habían concluido que Mairoby no tenía posibilidades de recuperación.

4. EPS Sanitas S.A. expuso argumentos distintos. La EPS advirtió que el procedimiento solicitado no era pertinente según los expertos médicos consultados y que someter a Mairoby a cirugías que no requería equivalía a exponerla a un riesgo innecesario que superaba los eventuales beneficios. Además, se refirió a la Sentencia T-345 de 2013[41], sobre la posibilidad de negar la autorización de procedimientos ordenados por el médico tratante cuando comprometen la vida o la integridad del paciente y solicitó que, de concederse el amparo, se ordenara expresamente al Fosyga reintegrar el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en salud NO POS que contemplara el fallo.[42]

5. La Sala tenía el deber de estudiar cada uno de esos planteamientos a la luz de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia. La decisión de la que me aparto no lo hizo, porque no los reseñó en el acápite de antecedentes. Tal omisión, que es el primer motivo de mi desacuerdo, limitó el estudio del caso en los términos que explicaré más adelante.

6. Mi segunda objeción a la Sentencia T-057 de 2015 tiene que ver con el hecho de que no haya llevado a cabo un ejercicio de valoración probatoria consecuente con la complejidad de la controversia que planteó el peticionario. El caso, como he dicho, envolvía un problema jurídico extremadamente difícil cuya solución exigía solicitar el concepto de los médicos tratantes de Mairoby y del comité de neurocirujanos que valoró la aplicación del procedimiento solicitado, por ser ellos quienes contaban con la experticia para ilustrar a la Sala sobre la seguridad, eficacia y evidencia científica de la estimulación espinal epidural como tratamiento de estados de subconciencia, sobre el costo y los efectos colaterales del procedimiento y sobre las alternativas al mismo.

7. La sentencia no recaudó esa información. En lugar de ello, privilegió la traducción libre que hizo de los artículos académicos aportados por el médico tratante -de los que dedujo la existencia de una única posibilidad de recuperación para Mairoby- sobre lo que conceptuaron la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia[43] y el staff de cirugía funcional de la

---

[41] M.P. María Victoria Calle
[42] Folios 106 al 112 del cuaderno principal.
[43] El Instituto conceptuó que *"La estimulación cerebral profunda no se encuentra aprobada para este uso por ninguno de los entes regulatorios de salud a nivel mundial y en ningún país se utiliza este tratamiento como medida terapéutica"*.

Clínica Soma[44]. En otras palabras: la mayoría impuso su propia interpretación del contenido de los mencionados documentos sobre el concepto de seis médicos especialistas, quienes, de forma unánime, advirtieron sobre los riesgos que representaba el procedimiento médico cuya autorización se solicitó.

8. El fallo, paradójicamente, no precisó que el staff de neurocirugía y cirugía funcional que conceptuó sobre la viabilidad del procedimiento estaba integrado por tres neurocirujanos, una neuróloga, una neuropsicóloga y una neuroanestesióloga[45] ni hizo referencia a los apartes del concepto en los que el equipo médico distinguió entre el "estado de mínima conciencia" y el "estado vegetativo", precisando que Mairoby padece este último, que es el más severo. El párrafo en el que el staff advirtió que la cirugía solicitada presenta unos riesgos predecibles que *"superan en gran medida los posibles beneficios que hasta el momento no se han demostrado"* solo se enunció al formular el problema jurídico. La existencia de esos riesgos no fue mencionada ni valorada al resolver el caso concreto, pese a que se trataba de un asunto esencial para decidir sobre la posibilidad de ordenar, por esta vía, la práctica del procedimiento.

9. Paso en este punto a exponer el tercer motivo de mi desacuerdo, el cual tiene que ver con el hecho de que la decisión mayoritaria se haya separado de las reglas que ha aplicado la Corte al resolver asuntos similares al que ahora fue objeto de análisis. El fallo no solo desconoció el principio elemental que rige la jurisprudencia constitucional sobre el amparo del derecho a la salud, este es, aquel que deja en manos de los profesionales de la medicina las decisiones sobre la necesidad y pertinencia de un tratamiento médico. También pasó por alto que, frente a controversias similares, la Corte ha considerado constitucionalmente legítimo desatender una orden del médico tratante, si la vida y la integridad personal del paciente se encuentran en riesgo o existe un concepto técnica y científicamente sustentado que la controvierta[46].

10. La regla que indica que los tratamientos experimentales no son susceptibles de financiación con cargo a los recursos del sistema tampoco

---

[44] El staff de cirugía funcional advirtió que ese tipo de tratamientos permanece solo en el campo experimental y que sería un error tomarlos como un estándar de tratamiento o una opción de manejo. *"Desde el punto de vista ético, teniendo como principio médico "primero no hacer daño", no deben ser realizados en la actualidad"*.

[45] La Junta de Especialistas en Neurocirugía Funcional de la Clínica Soma estaba integrada por el doctor José Libardo Bastidas, Neurocirujano y especialista en cirugía funcional; el doctor Mauricio Rueda, Neurólogo especialista en movimientos anormales y neurofisiología; el doctor Rafael Pacheco, Neurocirujano; la doctora Diana Díaz, Neuróloga; la doctora Dorita Olarte, Neuropsicóloga y la doctora María Isabel Mejía, Neuroanestesióloga.

[46] Sentencias T-025 y T-325 de 2013 (M.P. María Victoria Calle).

fue valorada. Aunque la EPS accionada solicitó expresamente ordenar el recobro al Fosyga si el amparo era concedido[47], la sentencia indicó que no se pronunciaría sobre la posible tensión entre los derechos fundamentales de la paciente y la sostenibilidad económica del sistema de salud porque la entidad accionada no argumentó razones de orden económico para no autorizar el procedimiento".[48]

11. El amparo en efecto se concedió, lo cual podría comprometer recursos públicos del sistema general de seguridad social en salud, en tanto el procedimiento no se encuentra en el POS y, según lo dispuesto en la parte resolutiva del fallo, debe ser autorizado tanto por COLSANITAS Medicina Prepagada como por Sanitas EPS.[49] Una decisión en ese sentido exigía examinar los fundamentos normativos y jurisprudenciales que han advertido sobre la imposibilidad de que los servicios y las tecnologías que se encuentren en fase de experimentación se sufraguen con cargo a los recursos del sistema de salud.[50] Tal análisis, sin embargo, tampoco se llevó a cabo.

12. Para concluir, quisiera llamar la atención sobre las consecuencias que podrían derivarse de que se le confiera al "derecho a probar" el carácter de derecho fundamental con sustento en razones que advierto problemáticas desde la óptica de su fundamentación constitucional. El asunto objeto de estudio era, repito, sumamente complejo desde el punto de vista humano, familiar, médico y jurídico. Sin embargo, estoy convencido de que el drama que involucraba no podía conducir a crear, por vía de jurisprudencia, un derecho a probar *todo aquello* que el médico tratante presente como una *oportunidad* de recuperación, mucho menos cuando un grupo de expertos médicos ha conceptuado que los riesgos predecibles del procedimiento ordenado superan sus posibles beneficios, como ocurrió en este caso.

13. Considero, en efecto, que las pruebas allegadas al expediente –las cuales, como he dicho, no se reseñaron de forma ordenada en la sentencia- demostraban con suficiencia que las objeciones planteadas por los especialistas de la Clínica Soma respecto de la posibilidad de someter a la paciente al procedimiento solicitado en la tutela iban más allá de una simple discrepancia respecto del criterio del expuesto por el médico tratante.

---

[47] Páginas 116 a 118 del cuaderno principal.
[48] Páginas 13 y 41 de la Sentencia T-057 de 2015.
[49] La sentencia, en todo caso, no indagó por el costo del procedimiento.
[50] *Cfr*. Sentencias T-597 de 2001, T-1018 de 2001, T-1330 de 2005, T-613 de 2012 y T-180 de 2013. El artículo 15 de la Ley Estatutaria de la Salud, que declarado exequible por la Sentencia C-313 de 2014.

14. Los especialistas no solo descartaron que el procedimiento de estimulación espinal pudiera ser una opción de manejo o estándar de tratamiento para Mairoby. Además, advirtieron que la *"neurocirugía moderna debe seguir siendo basada en normas éticas y científicas"*[51]. Dado que su concepto se apoyó en bibliografía médica, en la revisión clínica de Mairoby y en la verificación de los resultados de sus exámenes, contaba con respaldo científico para desvirtuar el criterio del médico tratante, el doctor Páez Nova. Las dudas que pudieran subsistir al respecto debieron dirimirse, entonces, buscando una tercera opinión, o a través de una nueva valoración que indagara, puntualmente, por los riesgos del procedimiento, por su carácter experimental y por su naturaleza de única oportunidad de recuperación para la paciente.

15. En lugar de impartir una orden en ese sentido, la decisión de la que me aparto ordenó llevar a cabo el tratamiento, en contravía del concepto de cinco médicos especialistas que revisaron personalmente a Mairoby y tuvieron acceso a su historia clínica. Es esta, en suma, una decisión que privilegia el criterio del juez sobre el de los médicos, en contravía de la jurisprudencia que ha reconocido que son los profesionales de la medicina los llamados a decidir sobre la necesidad y la pertinencia de los tratamientos y procedimientos que requiere el paciente. Es esta convicción, y mi sincera preocupación por los efectos que esta decisión podría significar para Mairoby, para su familia y para todas aquellas personas que se encuentren en circunstancias similares lo que explica que haya insistido en estas reflexiones que, sin embargo, no fueron acogidas por la mayoría. En esos términos, suscribo mi salvamento de voto.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

[51] Folio 124 del cuaderno principal.