

# Precedente constitucional en materia de “derecho a ser intentado” o “right to try” para tratamientos experimentales\*

Constitutional precedent in matters of “right to be tried” or “right to try” for experimental treatments

Mateo Duque Giraldo<sup>1</sup> ✉

## Fecha correspondencia:

Recibido: 18 de abril de 2018.

Revisión: 30 de abril de 2018.

Aceptado: 2 de mayo de 2018.

## Forma de citar:

Duque, M. Precedente constitucional en materia de “derecho a ser intentado” o “right to try” para tratamientos experimentales. *Revista CES Derecho*, (9), 1, enero – junio 2018, 143-163.

## Open access

[Términos de uso](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: [http://dx.doi.org/10.21615/](http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.1.8)

[cesder.9.1.8](#)

ISSN: 2145-7719

## Sobre el artículo:

\*Artículo de reflexión.

## Sobre los autores:

1. Abogado titulado de la Universidad de Medellín. Magister en la Universidad Externado de Colombia. Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

## Resumen

La Corte Constitucional ha incorporado el “right to try” o “derecho a ser intentado” como un derecho innominado que permite que las personas puedan acceder a tratamientos o medicamentos experimentales a nivel nacional y en el extranjero, apartándose de la ley 1751 de 2015 que prohíbe la prestación de este tipo de intervenciones para los pacientes, por no contar con un grado de eficacia o certeza científica sobre sus efectos. El Alto Tribunal reconoció este nuevo derecho fundamental a partir de la sentencia T-057 de 2015, al considerar que la negación de estos procedimientos médicos podía suponer la violación del derecho a la salud y la vida de sus destinatarios. La inclusión de este derecho no fue pacífica dentro de la jurisprudencia constitucional, en la medida que había una línea de precedentes que negaba el acceso a tratamientos experimentales, por estar excluidos del sistema de salud y por no estar acreditados por la comunidad científica.

En ese orden de ideas, el presente artículo se dirige a analizar la evolución jurisprudencial sobre la aplicabilidad de este tipo de procedimientos en el sistema de salud, posteriormente se pretende examinar la incorporación del “right to try” dentro de ese conjunto de precedentes constitucionales, y por último se van identificar las principales subreglas que deben cumplirse para la concesión de este nuevo derecho dentro de la praxis constitucional.

## Abstract

The Constitutional Court has incorporated the “right to try” as an unnamed right that allows people to access experimental treatments or medications nationally and abroad, departing from the law 1751 of 2015 that prohibits the provision of this type of intervention for patients, because it does not have a degree of efficacy or scientific certainty about its effects. The High Tribunal recognized this new fundamental right from the sentence T-057 of 2015, considering that the denial of these medical procedures could suppose the violation of the right to health and the life of its receivers. The inclusion of this right was not peaceful within constitutional jurisprudence, to the extent that there was a line of precedents that denied access to experimental treatments, because they were excluded from the health system and not accredited by the scientific community.

In that order of ideas, the present article, aims to analyze the jurisprudential evolution on the applicability of this type of procedures in the health system, later it is intended to examine the incorporation of the “right to try” within this whole of constitutional precedents, and finally they will identify the main sub-rules that must be fulfilled for the concession of this new right within the constitutional praxis.

## Introducción

En la Constitución Política de Colombia existen algunos derechos que se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas iusfundamentales, pero que, no se encuentran textualmente enunciados en ellas. Se trata de los llamados derechos innominados, cuya fuerza vinculante y supremacía jerárquica está legitimada por el artículo 94 de la Constitución Política<sup>1</sup> y el artículo 2 del decreto 2591 de 1991.<sup>2</sup>

La Corte Constitucional, bajo la perspectiva de garantizar el derecho fundamental a la salud ha identificado por conexidad el derecho innominado a “ser intentado” o “right to try”, el cual permite la aprobación de procedimientos de experimentación médica a nivel nacional o en el extranjero, para las personas que eventualmente se encuentren en una situación crítica o en un estado terminal por una patología determinada.

Se trata de un derecho que no está reconocido textualmente en el texto constitucional y tampoco en la ley 1751 del 2015 (ley estatutaria de salud) que incluso prohíbe que los recursos de la salud se destinen para financiar tratamientos experimentales a nivel nacional como en el exterior<sup>3</sup>.

En la modulación de este derecho innominado, el Alto Tribunal Constitucional ha proferido varios pronunciamientos, que buscan unificar su interpretación y aplicación dentro de la praxis jurídica, a partir de una línea de precedentes que tiene como objetivo crear una doctrina constitucional consolidada sobre esta prerrogativa iusfundamental. Igualmente ha elaborado una serie de subreglas que permiten su amparo dentro del ordenamiento jurídico

Al principio la Corte Constitucional en múltiples providencias negó el acceso a este derecho, bajo el fundamento que el sistema de salud no podía admitir terapias o tratamientos médicos que no presentaran certeza científica sobre sus efectos y porque además se encontraban excluidos por expresa disposición legal. Sin embargo se comenzó evidenciar que era necesario la incorporación de este derecho dentro del sistema prestacional colombiano, bajo la perspectiva que así no estuviera consagrado como una prerrogativa iusfundamental autónoma, si no se autorizaban los procedimientos experimentales que los pacientes solicitaban, se les negaba la posibilidad de recuperarse o paliar sus dolencias, como si estuvieran condenados a padecer sus enfermedades sin abrigar esperanzas de rehabilitación. (Caicedo, 2014).

A continuación, se analiza de forma detallada la evolución jurisprudencial sobre la aplicabilidad de tratamientos experimentales en el sistema de salud.

1. Artículo 94 de la Constitución Política de Colombia. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

2. Artículo 2 del decreto 2591 de 1991. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

3. Artículo 15 de la ley 1751 de 2015. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios (...) e) Que se encuentren en fase de experimentación (...).

## **Evolución jurisprudencial sobre la aplicabilidad de tratamientos experimentales en el sistema de salud**

Hay que partir de la sentencia fundadora de línea, SU-819/99, mediante la cual el Alto Tribunal Constitucional examinó el caso de un menor que requería un tipo de trasplante heterólogo que solo podía ser realizado en el Hospital de la Universidad de Birmingham en Alabama, EEUU, cuyo alto costo no podía ser sufragado por la familia del paciente. En la providencia se precisó que para autorizar la práctica de este tipo de tratamientos, se debían reunir las siguientes condiciones:

- a. Que el paciente presentara una situación de riesgo inminente de vida, ante la negativa de la práctica del procedimiento médico.
- b. Que exista concepto técnico-científico favorable del médico tratante.
- c. Que no fuese posible practicarlos en el país.
- d. Que el Ministerio de Salud o, en su caso, la EPS procedan a escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.
- e. Que la eficacia del procedimiento estuviese científicamente acreditada y que se demostrara sus probabilidades del éxito. ([Corte Constitucional, Sentencia SU-819 de 1999](#)).

Al analizar todos los requisitos, la Corte rechazó el procedimiento al considerar que no estaba verificado su grado de certeza y que no era posible aceptar tratamientos que no estuviesen autorizados por la comunidad científica.

En la sentencia T-597 de 2001, la Corte ratifica su línea jurisprudencial, frente al caso de un menor, quien reclamaba por vía de tutela el trasplante experimental de médula mieloablato por parte de un donante procedente del exterior, a pesar de que ese tipo de procedimientos se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS). En esta oportunidad la Alta Magistratura hizo una revisión de los requisitos establecidos en la sentencia SU-819 de 1999, señalando que en el caso concreto se presentaban las siguientes circunstancias:

- a. Un peligro inminente a la vida del paciente, ante la negativa de la realización del trasplante por parte del sistema de salud colombiano.
- b. La falta de medios económicos de la familia para financiar este tratamiento en el exterior.
- c. Concepto favorable del médico tratante, vinculado contractualmente a la EPS de la cual era beneficiario el menor, el cual recomendó el trasplante mieloablato en el exterior.
- d. La inexistencia del tratamiento solicitado dentro del territorio nacional. ([Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2001](#)).

Sin embargo después de acreditar cada una estos condicionamientos, la Corte hizo alusión al carácter experimental del tratamiento que requería el menor, señalando que se trataba de un procedimiento que no estaba acreditado como alternativa tera-

péutica, por lo cual su efectividad no había sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente y no era posible ordenar su prestación. ([Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2001](#)).

Se señaló que los tratamientos médicos experimentales no podían practicarse por el sistema de salud, porque su nivel de efectividad no era determinable, es decir que estadísticamente no había certidumbre de su eficacia para combatir o contrarrestar las enfermedades o dolencias de los pacientes. La Alta Corporación hizo referencia a que el procedimiento médico por no haber sido autorizado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no podía ser admitido ni susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema. ([Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2001](#))

En la sentencia T-1330 de 2005, la Corte Constitucional examinó el caso de una persona que quedó en un estado vegetativo por causa de un accidente de tránsito, por lo cual su médico tratante le ordenó un trasplante de mucosa oftálmica de la médula espinal de carácter experimental, que estaba excluido del sistema de salud. En la providencia, se hizo una revisión de los presupuestos para la concesión de tratamientos por fuera del POS, señalando que se trataba de un procedimiento cuya denegación por parte de la EPS podía vulnerar el derecho a la vida digna del paciente, que no se podía sufragar el costo de la prestación excluida, y que el medicamento había sido prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS en la cual se encontraba afiliado el paciente. ([Corte Constitucional, Sentencia T-1330 de 2005](#)).

Sin embargo, cuando la Corte hizo el análisis sobre la acreditación de la eficacia del procedimiento y su carácter no experimental para poder reemplazar a los establecidos como sustitutos en el POS, se señaló que el tratamiento no tenía la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de verificarlos como alternativa terapéutica, por lo cual no había certidumbre de su eficacia para combatir o contrarrestar los efectos del estado vegetativo en el que el paciente se hallaba. Se indicó que era razonable prohibir este tipo de procedimientos como alternativas médicas, pues someter a los pacientes a procedimientos terapéuticos no avalados por la comunidad científica, podía representar riesgos en la salud del destinatario. (Ibíd).

En sentencia T-418 de 2011 la Corte Constitucional analizó el caso de una mujer que padecía diabetes a quien su EPS, le había negado un medicamento experimental por estar excluido del POS y estar prohibida su comercialización por parte del INVIMA. La Alta Corporación volvió a reiterar que no era posible administrar medicamentos o procedimientos médicos cuando no presentaran una eficacia científica acreditable. Se señaló que esta tipología de medicamentos no podía autorizarse ya que no que existía evidencia científica suficiente en la comunidad médica acerca de la calidad, seguridad, eficacia y comodidad del medicamento en cuestión. ([Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 2011](#)).

En la sentencia T-180 de 2013 se examinó el caso de una mujer con cáncer, a la cual su médico tratante le expidió una orden para que se la practicara una prueba de Oncotype Dx, que no encontraba autorizada por el sistema de salud, y no se realizaba en el país. En esta providencia la Corte señala que este tipo de exámenes y procedimientos, solo podían autorizarse, cuando el paciente presentara una situación de riesgo vital, y siempre que la eficacia del procedimiento estuviese científicamente acreditada; excluyendo la práctica de tratamientos experimentales. En la decisión se señaló que frente a casos en los cuales no existe certeza sobre la eficacia científica

del procedimiento, se hacía necesario que un Comité Científico o una Junta Médica, determinara la procedencia del examen, o si eventualmente podía reemplazarse por otro mecanismo a nivel nacional, con mejores probabilidades de éxito. ([Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 2013](#)).

Después que la Corte, elaboró una línea jurisprudencial que excluyó de forma permanente los tratamientos o medicamentos experimentales del sistema de salud, por no estar acreditada su eficacia científica para contrarrestar las enfermedades o dolencias de los pacientes, a partir de la sentencia T-057 de 2015, se presenta un significativo cambio jurisprudencial, que abre el espectro “al right to try” o “derecho a ser intentado”, bajo la perspectiva de comenzar a autorizar esta tipología de tratamientos o medicamentos experimentales para enfermedades catastróficas o terminales, aunque se encontraran excluidos de la ley 1751 de 2015 o del registro de INVIMA que realiza el Ministerio de la Salud<sup>4</sup>. Esta variación jurisprudencial se analiza a continuación.

### **Incorporación del “right to try” o “derecho a ser intentado” en la jurisprudencia constitucional**

La aplicación del “right to try” o “derecho a ser intentado” en Colombia, tiene como antecedente la Ley del Estado de Colorado en Estados Unidos, aprobada el 17 de mayo de 2014 que le dio la oportunidad a los enfermos terminales para que pudieran acceder a procedimientos experimentales no aprobados por la Administración de Alimentos y Medicación Federal.

El “right to try” fue incorporado formalmente por la sentencia T-057 de 2015 en la que se examinó el caso de una mujer que presentaba un estado vegetativo como consecuencia de un accidente de tránsito, lo que supuso que su médico tratante le ordenará un tratamiento experimental denominado “estimulación espinal epidural cervical”, como única alternativa para abrigar esperanzas de recuperación. Frente a esta sugerencia médica, la EPS a la que estaba adscrita la paciente, se negó a realizar este procedimiento alegando su naturaleza experimental que lo excluía del POS.

La Alta Corporación indicó que si bien en la legislación estatutaria, los tratamientos y medicinas de carácter experimental, debían ser explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, este mecanismo de exclusión no podía desconocer el derecho de los pacientes a gozar de la integralidad de las prestaciones<sup>5</sup> que buscaban la satisfacción plena de su derecho a la salud. ([Corte Constitucional, Sentencia T-057 de 2015](#)).

En la sentencia T-057 de 2015 se indicó que los sujetos que podían beneficiarse del “right to try” únicamente podían ser pacientes en estado vegetativo persistente o que se encontraran en un estado de conciencia mínimo. A continuación se describen cada una de estas categorías médico-científicas.

#### *a. Pacientes en estado vegetativo persistente*

Se trata de sujetos que mantienen sus funciones cardiovasculares, respiratorias, renales, termorreguladoras y endocrinas, así como la alternancia sueño-vigilia, pero

4. El artículo 245 de la ley 100 de 1993 faculta al INVIMA para realizar el control de calidad y proceder al registro sanitario de los medicamentos, productos biológicos, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva de la población.

5. El principio de integralidad de las prestaciones tiene como objetivo que las entidades públicas y privadas deban suministrar una atención holística, que comprenda todos los cuidados, medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, así como todos los componentes que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud de los usuarios. Desde esa perspectiva, las instituciones que participan en el Sistema de Seguridad Social, se encuentran obligadas a prestar un tratamiento completo a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. (Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2008).

que no muestran ningún tipo de contacto con el medio externo y ninguna actividad voluntaria. Según la doctrina médica, el adjetivo “persistente” hace alusión a que el estado vegetativo se sostiene en el tiempo, lo cual no significa que sea irreversible. En general, se acepta que un mes es el tiempo requerido para que un estado vegetativo se considere persistente ([Jennett y Plum, 1972](#)).

El origen de esta situación de salud “se debe en la mayoría de los casos, por traumatismos craneoencefálicos, causados comúnmente por accidentes de tránsito, trastornos cerebrovasculares, tumores cerebrales y encefalitis isquémico-anoxicas”. ([Carrión, Roldán y Morales, 2001, p.70](#)).

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, también se puede presentar un reconocimiento específico de estímulos externos, así como una 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 manifestar emociones o incluso expresarse de forma verbal pero poco inteligible. ([Hodelín, 2013](#)).

#### *Pacientes en estado de conciencia mínimo*

Este criterio sirve para definir a los pacientes con alteración severa de la consciencia, que no cumplen los criterios diagnósticos del estado vegetativo. Un paciente en estado de mínima conciencia, en ciertos casos, es capaz de hacer al menos una de las siguientes actividades: seguir órdenes sencillas, responder afirmativamente o negativamente a preguntas básicas de forma verbal o gestual, actuar de manera decidida presionando con alguna de sus extremidades funcionales, aparatos o mecanismos de control externo. ([Briggs, 2011](#)).

Son pacientes “que no reúnen los criterios para el diagnóstico de coma ni de estado vegetativo. Estudios recientes indican que estos pacientes tienen un mejor pronóstico que los que se presentan en estado vegetativo persistente”. ([Grille, 2013, p.87](#)).

Después de indicar la forma como se incorporó el “right to try” dentro de la jurisprudencia y los sujetos que pueden ser beneficiarios, se van identificar las subreglas precisas que ha establecido la Corte Constitucional para amparar procedimientos experimentales dentro del sistema de salud. Estos presupuestos son los siguientes:

- a. Que sea posible inaplicar la exclusión legal o reglamentaria que impide autorizar el tratamiento o medicamento experimental.
- b. Que se determine el carácter catastrófico o terminal de la enfermedad que vulnera las condiciones de vida digna del paciente y le impide desarrollarse en forma autónoma en la sociedad, de manera que el tratamiento experimental constituya la última vía que puede prolongar su existencia.
- c. Que se verifique el consentimiento pleno e informado del paciente sobre el procedimiento experimental que se le va a practicar y si no es posible de sus representantes legales que manifiesten su asentimiento de modo sustitutivo.
- d. Que se constate que el tratamiento experimental fue ordenado por el médico tratante del paciente, independiente de su adscripción a la EPS del destinatario o de su pertenencia a una entidad de salud en el exterior.

e. Que se demuestre un fundamento científico mínimo que permita acreditar que se trata de un procedimiento que aunque no haya sido aprobado por el sistema de salud, cuenta con un grado mínimo de certidumbre sobre sus efectos, excluyendo la práctica de tratamientos totalmente desconocidos o novedosos.

A continuación se examina cada uno de estos presupuestos claves para que las instituciones de salud, públicas o privadas, puedan autorizar el “right to try” o “derecho a ser intentado”.

### **Subreglas para amparar el “right to try” o “derecho a ser intentado” dentro de la jurisprudencia constitucional**

*Primera subregla: que sea posible inaplicar las exclusiones legales o reglamentarias que impiden autorizar el tratamiento o medicamento experimental*

En términos generales el sistema de salud no está obligado a garantizar el suministro de medicamentos y servicios excluidos de las listas oficiales, pues la provisión de estos elementos puede afectar el equilibrio financiero de los entes hospitalarios y clínicos del país. Sin embargo, es perfectamente posible dejar sin efectos las disposiciones legales o reglamentarias que impidan el acceso a estos elementos, siempre que la falta del medicamento o procedimiento excluya o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.

En términos precisos la jurisprudencia ha señalado que para proceder a la inaplicación de una exclusión legal o reglamentaria que obstaculice el suministro de un servicio o tratamiento en salud, se deben garantizar tres presupuestos fundamentales:

- a. Que la falta de del tratamiento vulnerare o amenace los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiriera.
- b. Que el tratamiento no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS.
- c. Que el interesado no pueda directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentre autorizada legalmente a cobrar, ni tampoco acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie. ([Corte Constitucional. Sentencia T-1204 de 2000](#)).

Posteriormente en la sentencia T-016 de 2007 se indicó que no era necesario que la falta de tratamiento o medicamento tuviese que amenazar directamente la vida humana del paciente, pues bastaba con que la falta del fármaco o el procedimiento, pudiera:

- a. Lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho.
- b. Negar el derecho a la salud de un sujeto de especial protección constitucional.
- c. Colocar a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para financiar por sí misma el medicamento o el procedimiento excluido. ([Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007](#)).

La idea de esta postura doctrinal, tiene como finalidad amparar el derecho a un espectro vital pleno, más allá de la existencia física o fisiológica, que permita que el sujeto pueda disfrutar de los demás derechos fundamentales, sin obstáculos a nivel psicológico, espiritual o corporal, que le impidan autónomamente decidir su futuro dentro la sociedad.

Se trata de eventos en los cuales que aunque la vida anatómica no corra un riesgo inminente, al juez de tutela no le es dable negar el procedimiento o el tratamiento ordenado por el médico tratante, sino que debe proceder a inaplicar la norma regulatoria para amparar el nivel de salud que el paciente tiene derecho a gozar, aunque no se encuentre en un estado irreversible o mortal.

El razonamiento de la Corte fue plasmado de forma más precisa mediante el Auto 035 de 2009, mediante él se cual autorizó al Ministerio de Salud a aplicar la excepción de inconstitucionalidad<sup>6</sup> para otorgar medicamentos o procedimientos no consagrados en el POS, siempre que se reunieran tres aspectos:

- a. Que se constatará que la aplicación de las normas administrativas o legales amenazara o impidiera la protección de los derechos constitucionales del beneficiario.
- b. Que no existiera vía alternativa igualmente eficaz para obtener el tratamiento en el momento necesario.
- c. Que se señalara el obstáculo que impedía el acceso al medicamento o procedimiento solicitado. ([Corte Constitucional. Auto 035 de 2009](#)).

La ampliación de los supuestos para la procedencia de medicamentos o procedimientos prohibidos por el POS, tiene como objetivo preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, trascendiendo de un criterio mecanicista que solo protegía la vitalidad física, corporal o funcional, para amparar las condiciones inescindibles que le permitieran a las personas gozar de una salud plena, de tal forma que puedan desarrollarse con la mayor libertad posible.

Siguiendo esa línea, se empieza a comprender que los operadores jurídicos no pueden interpretar las normas que estructuran el sistema de salud y encuadrar los hechos, bajo un criterio de subsunción logística, pues la decisión que se sigue de aplicar de forma tan mecánica el ordenamiento jurídico puede llegar a ser absurda o fundamentalmente injusta por lo cual se hace necesario que el juez de tutela pondere las circunstancias del caso concreto para determinar si debe inaplicar la exclusión legal que prohíbe el tratamiento experimental conforme a la situación de salud del paciente.

La eventual inclusión de tratamientos experimentales no autorizados por el sistema de salud tiene como eje orientador el principio pro homine que constituye:

Un parámetro hermenéutico que informa los derechos humanos universales, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos. ([Pinto, 1997, p.163](#)).

<sup>6</sup>. La excepción de inconstitucionalidad es una figura que permite de forma oficiosa o a solicitud de parte, que cualquier autoridad administrativa o judicial declare que una disposición legal no es aplicable a un caso concreto, por ser incompatible con las normas incorporadas de forma explícita o implícita en la Constitución Política de 1991. Desde esa perspectiva, las entidades de salud se encuentran plenamente facultadas para ordenar el suministro de tratamientos experimentales, pudiendo inaplicar la norma que prohíbe su prestación, por ser contraria al derecho a la vida y a la salud que se le debe garantizar a todos los asociados dentro de un Estado Social de Derecho.

En ese sentido la interpretación de las limitaciones a los servicios de salud, debe efectuarse de modo que se restrinja lo menos posible los derechos de los pacientes, mientras las normas que faciliten la inclusión de medicamentos y procedimientos, deben examinarse de la forma más extensiva posible, de manera que se asegure el mayor ámbito de protección de los derechos de los beneficiarios del sistema. En palabras del Alto Tribunal Constitucional:

Si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona. ([Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014](#)).

Para el intérprete constitucional, esto significa que entre la posibilidad de denegar o admitir un tratamiento experimental, el juez debe preferir la visión hermenéutica que garantice un mayor margen de protección al derecho a la salud, y proceder a inaplicar la disposición o la norma, que restrinja su alcance o su eficacia en el caso concreto.

**Segunda subregla: que se determine el carácter catastrófico o terminal de la enfermedad que afecte las condiciones de vida digna del paciente y le impida desarrollarse en forma autónoma en la sociedad**

Las personas que padecen enfermedades terminales o catastróficas por su condición física y mental, se encuentran en situación de vulnerabilidad que hacen necesario un trato diferenciado y favorable por parte de las instituciones de salud con el objetivo que puedan prolongar sus expectativas vitales. ([Corte Constitucional, Sentencia T-484 de 1992](#)).

Esta categoría de enfermedades<sup>7</sup> que no solo afectan de forma sustantiva la integridad corporal de los individuos sino que alteran profundamente el estilo de vida, las proyecciones individuales, las relaciones sociales y la cotidianidad, pueden requerir tratamientos experimentales a pesar de la escasa posibilidad que el paciente pueda rehabilitarse de forma plena.

Los sujetos afectados por esta clase de patologías, tienen el derecho a exigir un tratamiento integral que les produzca alivio, les permita desarrollar su vida en mejores condiciones o les prolongue el tiempo de su existencia, surgiéndole un deber correlativo al Estado de evitar toda conducta que obstruya la posibilidad que puedan procurar su paliación<sup>8</sup> o alcanzar un margen de bienestar.

La presencia de estas enfermedades que ponen en peligro la vida del paciente, debidamente acreditadas por el concepto de un médico experto, no exoneran a las EPS de otorgar los tratamientos o los medicamentos para los afectados, pues la obligación de estos organismos es garantizar que los pacientes puedan tener una existencia en condiciones dignas, buscando que las personas a pesar de padecer enfermedades o patologías con poco margen de rehabilitación, puedan gozar lo mejor posible de sus facultades físicas y psíquicas. ([Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 1998](#)).

7. Según el artículo 2 de la ley 1733 de 2014 son enfermedades que han sido diagnosticadas en forma precisa por un médico experto, que demuestren un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sean susceptibles de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada. El artículo 1 de la Resolución 3974 de 2009 del Ministerio de Salud señala que la enfermedades catastróficas de alto costo son las siguientes: a) cáncer de cérvix b); cáncer de mama; c) cáncer de estómago; d) cáncer de colon y recto; e) cáncer de próstata; f) leucemia linfocítica aguda; g) leucemia mieloide aguda; h) linfoma hodgkin; i) linfoma no hodgkin; j) epilepsia; k) artritis reumatoidea; l) infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

8. Según el artículo 4 de la ley 1733 de 2014 los cuidados paliativos son aquellos apropiados para los pacientes con enfermedades terminales que le permiten el control del dolor, requiriendo además del apoyo médico, social y espiritual, de apoyo psicológico y familiar, durante la enfermedad y el duelo. El objetivo de los cuidados paliativos es lograr la mejor calidad de vida posible para el paciente y su familia.

Desde esa perspectiva, las entidades de salud deben garantizar el suministro de medicamentos o la realización de tratamientos experimentales para mantener la vida, la integridad personal o la existencia de la vida digna de aquellos pacientes que se encuentren en una fase irreversible o inalterable.

Frente a las enfermedades catastróficas o terminales, la Corte ha manifestado que la ausencia de un tratamiento médico por parte de las instituciones prestadoras, produce un acelerado deterioro su estado de salud, aumentando consecuentemente el deterioro de sus facultades físicas y cognitivas e incrementando su riesgo de muerte, lo cual exige un deber de especial protección por parte de las EPS para que a través de acciones afirmativas puedan brindar la atención inmediata y preferencial que los pacientes necesitan, con la finalidad que puedan sobrellevar la enfermedad en condiciones de dignidad, y no en el abandono o la exclusión, como si estuvieran condenados a tener que padecer sus dolencias, sin que el Estado intervenga para mejorar en la medida de lo posible sus condiciones de vida. ([Corte Constitucional, Sentencia T-843 del 2 de septiembre de 2004](#)).

Las personas afectadas por patologías de compleja rehabilitación, requieren que el Estado adopte una posición activa, evitando que a través de barreras administrativas, se les coloque en situación de inferioridad por razón de su enfermedad, y para ello se requiere de medidas positivas por parte de las instituciones de salud, que aunque no logren la recuperación definitiva del paciente, hagan menos gravoso los efectos de este tipo de padecimientos, para que puedan ser tratados en circunstancias de respeto por la persona humana.

La condición de vulnerabilidad de las personas que padecen enfermedades con escasa o nula expectativa de recuperación, le permite a los jueces graduar el nivel de protección con el cual merecen ser cautelados, bajo la óptica que entre mayor sea la magnitud de la patología se debe incrementar la intensidad de la medida de amparo, con el fin que las acciones adoptadas se adecuen lo mejor posible a lo que realmente requiere el paciente, conforme al escalonamiento de sus dolencias o al alcance efectivo de sus quebrantos de salud. ([Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2013](#)).

Desde esa perspectiva, debido a la complejidad y el manejo del esta categoría de patologías, las entidades prestadoras deben ordenar que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos experimentales que se requieran para el tratamiento de estos pacientes, garantizando una atención preferente y exclusiva que les brinde todos los elementos necesarios y oportunos para paliar la situación de urgencia vital en la que se encuentran, conforme a la inmediatez y la magnitud de los padecimientos que sufren.

Los individuos afectados por estas enfermedades de gran impacto en su existencia social y personal, tienen que ser especialmente protegidos por el Estado, de forma que se les asegure la integralidad de las prestaciones en salud y verificando adicionalmente que el suministro de los medicamentos se realice de forma continua, evitando que su paralización o su interrupción pueda desembocar en un desenlace fatal o en la agravación de sus dolencias. ([Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2014](#)).

Estas enfermedades exigen por una parte, un procedimiento médico de carácter constante e ininterrumpido que se encuentre conforme los requerimientos clínicos del paciente, y por otro lado, imponen un tratamiento completo que no excluya las prestaciones ordenadas por los médicos expertos. Si las entidades de salud paralizan

la atención a estas personas, obstaculizando el acceso a fármacos o medicamentos por estar por fuera de los estándares del sistema, se agrava su situación de vulnerabilidad y se aumenta el riesgo de empeorar su estado médico o incluso generar su fallecimiento.

En ese orden de ideas, la condición de un paciente afectado por una enfermedad terminal o catastrófica, obliga al sistema de salud a garantizar un tratamiento integral, oportuno, continuo e informado, compeliendo a las entidades a suministrar todos los medios posibles así sea experimentales, para paliar el padecimiento intrínseco a estas patologías, pues por su situación *vital* estos individuos no están en la misma capacidad que los demás para gestionar la protección de sus derechos, por lo que requieren de medidas especiales que se encuentren acordes a la magnitud o a la intensidad de sus dolencias.

**Tercera subregla: que se verifique el consentimiento pleno e informado del paciente sobre el procedimiento experimental que se le va a practicar y si no es posible de sus representantes legales**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el consentimiento es la aceptación expresa por parte del paciente de cada procedimiento quirúrgico, terapéutico, y de diagnóstico que se le practica y de los riesgos concretos y precisos de los que puede ser objeto cuando se somete a cualquier intervención médica. (Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994).

La tutela del consentimiento busca garantizar la autonomía personal y la autodeterminación de los pacientes para que libremente puedan escoger si deciden aceptar o rechazar un tratamiento médico, una vez que les haya sido explicadas y detalladas las fases que integran la intervención corporal o psicológica, y las consecuencias de su ejecución o abstención.

Desde esa perspectiva, es evidente que el personal médico debe por lo regular obtener la autorización del paciente para practicarle cualquier terapia o procedimiento, salvo que, excepcionalmente, se considere que no es posible la obtención de su aceptación por razones de fuerza mayor o caso fortuito<sup>9</sup>.

Si un equipo clínico pretende practicar un procedimiento *médico* sin obtener el consentimiento tiene la carga de probar convincentemente la necesidad de eludir esta obligación, pues si no lo hace, la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía se vuelve definitiva y hace imperativa la obtención del permiso por parte del paciente.

El consentimiento debe tener dos connotaciones fundamentales:

Deber ser libre: es decir que no esté inducido por circunstancias externas al tratamiento mismo que puedan provocar el error por parte del paciente

Debe ser informado: lo que significa que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas consecuencias. ([Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2001](#)).

<sup>9</sup> El caso fortuito o la fuerza mayor hacen alusión a circunstancias que impiden que el paciente puede expresar su consentimiento siempre que satisfagan dos presupuestos: a) que tengan un carácter imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia, b) que sean de índole irresistible, lo que significa que no se pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

Si el paciente no se encuentra en un estado mental idóneo para expresar su asentimiento, por padecer de una discapacidad mental o un estado de inconciencia que le impida autónomamente discernir sobre la conveniencia o la inconveniencia de la intervención médica, se puede aceptar la manifestación de un *consentimiento sustitutivo* en cabeza de las personas responsables de quien no es capaz de decidir por sí mismo:

La garantía del consentimiento informado implica la satisfacción de los siguientes aspectos:

- a. Asegurar una comunicación fluida entre el profesional de la medicina y el paciente encaminada a respetar su dignidad humana y a fortalecer su derecho a adoptar decisiones autónomas.
- b. Garantizar que en la relación médico-paciente no predomine un esquema vertical (paternalista) en donde el paciente es visto de manera pasiva – como quien debe literalmente padecer o sufrir.
- c. Velar porque la relación médico-paciente esté mediada por elementos que refuercen el derecho de los pacientes a decidir con libertad así como por el diálogo discursivo, el apoyo, la solidaridad y el interés por el contexto social, familiar y emocional de los pacientes.
- d. Reforzar la decisión autónoma de los pacientes y extremar los requisitos exigidos en aquellos casos en los que se discute la conveniencia o no de los tratamientos médicos prescritos. ([Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014](#)).

Es importante señalar que la capacidad necesaria para emitir el consentimiento depende de la naturaleza más o menos invasiva del procedimiento y los mayores o menores riesgos que se generen como consecuencia de la intervención. En este sentido, los requisitos para la obtención del consentimiento del paciente serán más severos y, por ende, se requerirá una capacidad mayor, si se trata de un procedimiento invasivo, de alto riesgo y con un bajo beneficio esperado, que si se está ante una medida sanitaria menos riesgosa e invasiva, que reporta altos y comprobados beneficios para la salud del paciente.

Por esa razón si se trata de una intervención médica de mayor compromiso con la integridad física del afectado y que genere mayor incertidumbre sobre el beneficio esperado como un procedimiento experimental, el personal de salud debe garantizar un consentimiento de carácter *calificado*, teniendo que suministrar mayor información que la otorgada para procedimientos ordinarios y asegurando que se le comunique al paciente de forma profunda e integral sobre la naturaleza del tratamientos, sus efectos, riesgos, beneficios, limitaciones y alternativas.

Si se trata de intervenciones experimentales, el alcance del consentimiento debe ser especialmente riguroso para evitar que los pacientes sean instrumentalizados mediante estas prácticas científicas y puedan prestar su anuencia sin ninguna coacción o engaño y sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los procedimientos novedosos a los que van someterse<sup>10</sup>.

10. Según el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas nadie puede ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Según la Corte Constitucional, en la aplicación de procedimientos experimentales, los profesionales de la salud deben obtener un consentimiento cualificado de los potenciales sujetos, quienes tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, porque de esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad como persona. ([Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2001](#)).

Cuando se trata de intervenciones o tratamientos de carácter invasivos, riesgosos o de incertidumbre, se debe garantizar un consentimiento del más alto nivel, en el cual la información sobre la operación o la medicación sea detallada, formalmente suministrada, sopesada y mantenida, durante cierto tiempo para mayor seguridad de los destinatarios de tales procedimientos.

La forma de garantizar que los pacientes puedan autónomamente decidir sobre la aplicación de un tratamiento experimental es asegurar que conozcan los fundamentos científicos mínimos que lo justifican como un procedimiento que aunque se encuentre en fase de investigación, tiene bases prácticas y teóricas que permiten constatar que no se trata de una intervención terapéutica improvisada o temeraria, lejana por completo a estándares éticos y profesionales que deben caracterizar a la actividad médica.

Hay que precisar que dentro de un Estado Social de Derecho, las personas no sólo pueden, sino que tienen el derecho de colocarse autorresponsablemente en situaciones que otros consideren inconvenientes o riesgosas, siempre que no comprometan los derechos de terceros. En ese sentido las valoraciones alrededor de la conveniencia del tratamiento, forman parte de la esfera de autonomía del paciente, quien tiene derecho con base en las opiniones de los expertos y en sus propias convicciones, a decidir si presta su anuencia o se abstiene de practicarse la intervención experimental. ([Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2008](#)).

La autonomía del usuario tiene un alcance tan profundo, que incluso le permite asentir la aplicación de procedimientos que no impliquen expectativas reales de mejoría, ya que el paciente habiendo sido informado de esas circunstancias puede aceptar de forma libre y consciente que se le practiquen este tipo de medicaciones o tratamientos, aunque no tengan la eficacia para obtener su rehabilitación o curar sus dolencias de forma definitiva.

Desde esa perspectiva, existe la obligación para los profesionales de la salud de brindar el “chance u oportunidad” de mejoría a sus pacientes mediante la aplicación de tratamientos experimentales, quedando en manos del usuario valorar de manera informada los aspectos positivos y negativos del procedimiento, para elegir si se somete o no a su práctica.

En ese sentido hay que hacer referencia que si niega al paciente o a sus representantes legales la posibilidad de acceder al tratamiento experimental se podría estar incurriendo en una pérdida de oportunidad en la medida que se entiende que de no haberse impedido el procedimiento médico, la víctima habría mantenido la expectativa de recuperar su salud. ([Corte Constitucional, Sentencia T-901 de 2009](#)).

**Cuarta subregla: que se constate que el tratamiento experimental fue ordenado por el médico tratante, independiente de su adscripción a la EPS del paciente o de su pertenencia a una entidad de salud en el exterior**

El médico tratante por regla general es el profesional que se encuentra vinculado laboralmente a la respectiva EPS del paciente y por lo tanto las instituciones de salud solo están obligadas a ejecutar las órdenes que les impartan los galenos que tengan una relación contractual formal con esas entidades: ([Corte Constitucional, Sentencia T-786 de 2001](#))

El concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- a) Cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica.
- b) Cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular<sup>11</sup> de la persona para autorizarlo.
- c) Cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología. ([Corte Constitucional, Sentencia T-476 de 2004](#)).

Hay que precisar que por lo regular las entidades de salud solo están obligadas a suministrar los medicamentos o procedimientos ordenados por los profesionales adscritos a su planta de empleados, pero existen situaciones en las cuales es posible que un médico no adscrito a la EPS del paciente pueda ordenar procedimientos o medicamentos experimentales y las entidades de salud tengan que garantizar el cumplimiento de esos dictámenes:

- a. La primera circunstancia es cuando la EPS asume obligaciones o prestaciones, con base en órdenes emitidas por un profesional no vinculado formalmente a su nómina, generando en los usuarios la convicción objetiva de que la institución de salud va a continuar suministrando los tratamientos indicados por el galeno ajeno a la entidad. Desde esa perspectiva, se puede validar la ruptura entre el profesional que emite la orden y la entidad prestadora encargada del suministro del fármaco o procedimiento experimental, pues se infiere que se trata de una situación propiciada voluntariamente por la entidad prestadora de salud, que genera el convencimiento objetivo de la titularidad de una prestación médica y la prolongación de su reconocimiento a favor del paciente.
- b. La segunda circunstancia hace alusión a todos aquellos eventos en los cuales la EPS conoció la opinión del médico tratante que ordenó el procedimiento experimental y no la descartó con base en información científica, bien sea porque se valoró inadecuadamente al paciente o no fue examinado de forma oportuna por los especialistas adscritos a su planta de empleados. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. ([Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008](#)).

11. Según el artículo 34 de la ley 23 de 1981 la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

La importancia del concepto del médico tratante radica en que se profiere por un profesional altamente calificado que conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud.

Es importante advertir que cuando el médico tratante ordena el suministro de un medicamento o tratamiento experimental que se encuentra excluido del sistema de salud, se hace necesario convocar a un Comité Técnico Científico que apruebe la concesión de estos elementos. La Corte ha indicado que la opinión del profesional que autorice un procedimiento por fuera de los listados oficiales prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité con fundamento en conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico, considere que no es oportuno la concesión del procedimiento excluido del sistema. ([Corte Constitucional, Sentencia T-344 de 2002](#)).

Si el concepto del Comité es vago e impreciso o no desvirtúa de forma rigurosa las conclusiones contenidas en la orden impartida por el médico tratante, así haya solicitado la aplicación de un tratamiento experimental, se debe hacer prevalecer la postura del galeno, pues los pacientes no están obligados a ser privados de los procedimientos que les han sido autorizados, sin una justificación adecuada y razonable. ([Corte Constitucional, Sentencia T-057 de 2015](#)).

Por último es importante hacer alusión a la posibilidad de que el médico tratante del paciente se encuentre en el exterior y ordene el tratamiento o medicamento experimental, situación frente a la cual la Corte Constitucional ha indicado que es posible aceptar el concepto del médico del extranjero, siempre que no existan los recursos técnicos y económicos en Colombia para la práctica del procedimiento y que la realización de estos tratamientos sea indispensable por el estado de salud del paciente. ([Corte Constitucional, Sentencia T-279 de 2017](#)).

De esa forma cuando los profesionales de la salud ordenan un medicamento o procedimiento experimental, independiente que estos galenos pertenezcan a la EPS del paciente o que se encuentren adscritos a una entidad del exterior, su dictamen tiene plena fuerza vinculante, siempre y cuando las entidades prestadoras no lo desvirtúen mediante parámetros científicos precisos que demuestren su inconveniencia para aliviar o paliar las dolencias de las personas.

**Quinta subregla: que exista un fundamento científico mínimo que demuestre que se trata de un procedimiento que aunque no haya sido aprobado por el sistema de salud, cuenta con un grado mínimo de certidumbre sobre sus efectos.**

Los procedimientos médicos necesitan un grado de eficacia científica para que el sistema de salud los cubra, pues de esa forma se puede acreditar que su aplicación puede tener determinadas y razonables probabilidades de éxito sobre la integridad física y psíquica de los pacientes. ([Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 2013](#)).

En términos generales la eficacia de cualquier procedimiento médico admite porcentajes o posibilidades estadísticas, pero no puede verificarse de forma plena y absoluta, pues la valoración de los procedimientos de salud no es asimilable a una operación aritmética que permite determinar siempre con exactitud los efectos de determinadas intervenciones sobre los pacientes, pues es evidente que dentro de la comunidad científica existen procedimientos sobre los cuales no se ha alcanzado un consenso científico, lo que significa que su porcentaje de certeza se encuentran en una fase de deliberación académica dentro de la Medicina.

En ese sentido es perfectamente viable que sobre un procedimiento médico existan dudas razonables acerca de su validez terapéutica o de su indicación a la situación corporal o mental que atraviesa el paciente. Hay que hacer la acotación que los servicios o las prestaciones suministradas por el sistema de salud aunque su grado de éxito no pueda ser corroborado al 100%, si es necesario que se acredite un nivel adecuado de certeza respecto de sus alcances reales de forma que se asegure que los pacientes puedan recuperar su salud a través de metodologías que tengan un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente.

Los procedimientos médicos deben efectuarse a partir de un criterio científico especializado en acreditación que los respalde, lo que significa que frente a tratamientos o medicamentos en los cuales no haya consenso sobre su utilidad o sus riesgos, solo los expertos están en capacidad de evaluar si determinada intervención u operación *clínica tiene un fundamento suficiente como* para ser aplicable en la vida práctica.

En este interregno es claro que los jueces constitucionales no pueden abrogarse la capacidad de determinar si un procedimiento médico tiene o no un fundamento científico para su aplicación, pues es evidente que esa función le corresponde únicamente a los expertos especialistas que deben valorar las posibles consecuencias sobre la salud del paciente.

El operador judicial frente a estas situaciones de incertidumbre no le es dable conceptuar sobre la validez o la inconveniencia del procedimiento médico, pues su función esencial es verificar que las entidades de previsión social cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas tengan conocimiento suficiente sobre los márgenes de eficacia que el tratamiento o medicamento presenta para conjurar su enfermedad.

En la apreciación que los jueces constitucionales realizan sobre la eficacia y el margen de certeza del procedimiento *médico* pueden adoptar dos posturas:

- La primera rechazar el tratamiento por considerar bajo un criterio cautelar que existe duda razonable sobre su fundamento científico y proceder a denegar su suministro por representar más riesgos que beneficios para el paciente.
- La segunda aceptar el procedimiento por considerar que tiene un fundamento científico *mínimo* que lo excluye de ser una intervención quirúrgica o terapéutica totalmente novedosa o desconocida.

La primera posición tiene como fundamento el hecho que el sistema de salud no puede aceptar procedimientos que no tengan un grado de certeza científica para los pacientes, pues no se encuentran acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. Esta postura está encaminada a asegurar que los servicios les permitan a los pacientes acceder a unas prestaciones con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente, de lo cual se deriva una prohibición categórica para que el sistema de salud subvencione procedimientos que no se encuentren avalados por las autoridades sanitarias del país.. En ese orden de ideas "un tratamiento 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". ([Corte Constitucional, Sentencia T-1330 de 2005](#)).

La segunda posición se sustenta en el hecho que frente a situaciones de incertidumbre sobre los efectos o riesgos de un procedimiento médico, *no es posible aceptar* una prohibición a priori del financiamiento de esas intervenciones u operaciones con cargo a recursos del sistema, pues el juez de tutela debe valorar “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 el acceso de la población a los beneficios de la ciencia”. ([Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2001](#)).

En ese orden de ideas, la decisión de si una persona requiere o no un medicamento o un tratamiento, no puede fundarse simplemente en los criterios mecanicistas que establece el sistema de salud, sino en las consideraciones de los expertos especializados y con base en la mejor evidencia científica posible.

Esta última postura es la que abre el espectro jurídico para que dentro del sistema de salud se comiencen a incorporar procedimientos completamente experimentales, siempre que haya una acreditación suficiente que permita garantizar que su implementación no es temeraria o imprevista.

Al tratarse de procedimientos en los que existe una controversia científica sobre su funcionabilidad o utilidad, los jueces no pueden actuar bajo la rigurosidad de la subsunción silogística y denegar de forma automática e inmediata la autorización del tratamiento experimental, sino que deben ponderar los conceptos médicos que aportan al proceso, compararlos, contrastarlos y examinar si el procedimiento cuenta con un respaldo científico y técnico relevante que aconseje su aplicación en el caso concreto. De esa forma, se abandona el criterio que prohíbe a priori la concesión de tratamientos médicos, flexibilizándose las exigencias para el otorgamiento de estas prestaciones extraordinarias, supeditando su autorización a que exista un fundamento técnico y académico que garantice un margen de certidumbre mínimo sobre sus efectos favorables o desfavorables en la vida e integridad de los pacientes.

## Conclusiones

1. La incorporación del “right to try” dentro del ordenamiento colombiano ha sido el resultado de considerar que para el acceso a derechos fundamentales como la salud y la vida, se hacía imperativo el reconocimiento de un nuevo derecho no enumerado, bajo el argumento que por conexidad, si no se garantizaba el acceso a estos tratamientos experimentales no era posible disfrutar o se obstaculizaba el goce de estas prerrogativas iusfundamentales.

2. Dentro del ámbito del derecho fundamental a la salud, la incorporación del “right to try” busca asegurar que al paciente se le garantice la continuidad del servicio médico, evitando que se le interrumpa la atención prestada por parte de las entidades de salud, y que adicionalmente se le suministren la totalidad de las medicinas y los procedimientos terapéuticos o quirúrgicos que los galenos le hayan indicado, de modo que no haya una fragmentación o una ruptura de los tratamientos que le fueron ordenados

3. La posibilidad para que las personas en estado de salud terminal puedan acceder a tratamientos experimentales solo fue reconocida hasta la sentencia T-057 de 2015, pues existía una línea jurisprudencial desde la sentencia SU-819 de 1999 en la que se señalaba que las EPS solo podían autorizar procedimientos médicos científicamente acreditados, con una eficacia estadísticamente verificable, pues no era posible

destinar recursos del sistema a medicamentos o intervenciones no aceptados por la ciencia médica, con un alto grado de incertidumbre sobre los efectos o consecuencias sobre la salud de los pacientes.

4. Después de revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional se pudieron identificar como subreglas jurídicas para que las instituciones de salud, públicas o privadas, puedan autorizar el “right to try” o “derecho a ser intentado”, los siguientes requerimientos:

a. Que sea posible inaplicar las exclusiones legales o reglamentarias que impiden autorizar el tratamiento o medicamento experimental.

b. Que se acredite la existencia de una enfermedad terminal o catastrófica que afecte las condiciones de vida digna del paciente y le impida desarrollarse en forma autónoma en la sociedad.

c. Que se verifique el consentimiento informado por parte del paciente para autorizar el tratamiento experimental, salvo que carezca de la capacidad mental para manifestarlo, caso en el cual los representantes legales del destinatario deben aprobarlo.

d. Que se constatare que el tratamiento o medicamento experimental fue ordenado por el médico tratante, independiente de su adscripción a la EPS del paciente o de su pertenencia a una entidad de salud en el exterior.

e. Que se demuestre la existencia de un fundamento científico mínimo que permita corroborar que se trata de un procedimiento que aunque no haya sido aprobado por el sistema de salud, cuenta con un grado mínimo de certidumbre sobre sus efectos.

5. Como fórmula novedosa, se propone que las entidades prestadoras adopten dentro de sus planes adicionales de salud, la cobertura de tratamientos experimentales para todos los usuarios del sistema, de forma que se incremente la oferta de servicios de salud conforme a los avances científicos y tecnológicos a nivel nacional y global, se impulse la colaboración estratégica entre las entidades de salud a nivel interno y externo para fortalecer la investigación en seres humanos, se amplíe la autonomía de los pacientes para seleccionar de forma anticipada y libre el tipo de terapia que quieren recibir en un futuro y se remuevan los obstáculos burocráticos que impiden que la prestación de estos procedimientos sea efectiva e inmediata.

6. Se hace imperativo la creación legal de un órgano imparcial y neutral que sea ajeno a los intereses del Gobierno, las EPS y los usuarios, que tenga como función esencial dirimir las controversias científicas que se presenten en los procedimientos experimentales a través de conceptos no vinculantes que reduzcan el margen de duda de los pacientes sobre las consecuencias que puede aparejar este tipo de procedimientos. Este órgano debe garantizar el respeto irrestricto por la autonomía de los usuarios y en su composición debe incluirse epidemiólogos de alta profesionalidad, que hayan sido seleccionados por sus méritos, su trayectoria académica y su experiencia, bajo el respaldo de las facultades de Medicina de las diferentes universidades del país.

## Referencias

Briggs, H. (2011). ¿What is a Minimally Conscious State? *BBC News*, Section Health, London. From <http://www.bbc.com/news/health-14992607>

Caicedo Sánchez, N.A. (2014). *Del derecho fundamental innominado a ser intentado en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Artículo para optar al título de abogada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-484 de 1992. (M.P: Fabio Morón Díaz, 11 de agosto de 1992). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-484-92.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-112 de 1998. (M.P: Carlos Gaviria Díaz, 25 de marzo de 1998). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-112-98.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999. (M.P: Álvaro Tafur Galvis, 20 de octubre de 1999). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU819-99.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1204 del 2000. (M.P: Alejandro Martínez Caballero, 14 de septiembre de 2000). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1204-00.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 2001. (M.P: Rodrigo Escobar Gil, 7 junio de 2001). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-597-01.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-786 de 2001. (MP: Alfredo Beltrán Sierra, 26 de julio de 2001). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-786-01.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 2002. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, 9 de mayo de 2002). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-344-02.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 2004. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, 19 de mayo de 2004). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-476-04.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-843 de 2004. (M.P: Jaime Córdoba Triviño, 2 de septiembre de 2004). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-843-04.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1330 de 2005. (M.P: Humberto Antonio Sierra Oporto, 15 de diciembre de 2005). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1330-05.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007. (M.P: Humberto Antonio Sierra Oporto, 22 de enero de 2007). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2008. (M.P: Humberto Antonio Sierra Oporto, 5 de junio de 2008). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-576-08.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2008. (M.P: Humberto Antonio Sierra Oporto, 1 de julio de 2008). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-653-08.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, 31 de julio de 2008). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Auto 035 de 2009. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, 30 de enero de 2009). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A035-09.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-901 de 2009. (M.P: Humberto Antonio Sierra Oporto, 3 de diciembre de 2009). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-901-09.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2011. (M.P: María Victoria Calle Correa, 17 de mayo de 2011). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-418-11.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 2013. (M.P: M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2 de abril de 2013). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-180-13.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2013. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 4 de diciembre de 2013). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-920-13.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-233 de 2014. (M.P: Alberto Rojas Ríos, 9 de abril de 2014). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-233-14.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29 de mayo de 2014). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2015. (M.P: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, 12 de febrero de 2015). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-057-15.htm>. (junio de 2018)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-279 de 2017. (M.P: Aquiles Arrieta Gómez, 28 de abril de 2017). Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-279-17.htm>. (junio de 2018)

Grille, P. (2013). Alteraciones del estado de conciencia en la sala de emergencia. *Revista Archivos de Medicina Interna*, Vol 35(3), 85-92.

Hodelín, R. (2013). Aspectos puntuales del estado vegetativo persistente. *Revista MEDISAN*, Vol 17(8). Versión digital disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1029-30192013000800013](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192013000800013)

Jennett, B y Plum, F. (1972). Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name. *Review The Lancet*, Vol 299 (7753), 734-737.

Leon Carrión, J, Roldan, J. M y Morales, M.R. (2001). Coma y estado vegetativo: aspectos médico-legales. *Revista española de Neuropsicología*, Vol 3 (2), 63-76.

Pinto, M. (1997). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En: Abregú, M y Courtis, C. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Centro de Estudios Legales y Sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto.