

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO  
DE BOGOTÁ LEY 600/2000**

**Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5, Bloque E.**

**Complejo Judicial de Paloquemao**

**Telefax 3753827**

Correo institucional: [pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:**

Resolver la impugnación interpuesta por la señora **MARIA CLAUDIA RIVERA CARDONA**, contra el fallo de tutela, proferido el 18 de enero de 2021, por el Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad.

**SITUACIÓN FÁCTICA:**

Da cuenta la señora MARIA CLAUDIA RIVERA CARDONA, que es pensionada de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, afiliada al sistema de seguridad en salud con COMPENSAR EPS, entidad que atendiendo contrato de plan adicional en salud suscrito con la EAAB, también le presta servicios de Plan Complementario. Ante el diagnóstico de cáncer de timo, inició tratamiento con quimioterapia el 25 de febrero de 2020, pero ante progresión de enfermedad y compromiso ganglionar metastásico en diafragma el médico tratante DR. CARLOS ALBERTO ORTIZ, dispone iniciar radioterapia y la remite al DR. ANDRES CARDONA-especialista en oncología torácica), galeno que propuso: “realizar transición a SUNITINIB 25 a 37.5 mg VO c/día dosis continua siguiendo los hallazgos de la RYTHMIC y revalorando respuesta en 8 a 10 semanas. Como alternativa se podría reservar el uso de LENVATINIB (ESTADIO REMORA) la combinación de EVEROLIMUS/OCTEO TRIDE, el PEMBROLIZUMAB y la CAPECITABINA (homologo al uso de S1 siguiendo los resultados del WJOG) En adición: sugiere DENOSUMAB y realizar evolución poligénica para alteraciones somáticas y germinales; tratamiento que le fue negado por COMPENSAR EPS por falta de registro INVIMA, asunto que reitero en diversos derechos de petición con soportes de estudios científicos los cuales no tuvieron eco en la entidad, accediendo a solicitud de las directivas del EAAB de efectuar una nueva junta médica en el INC. En control del 17 de diciembre de 2020, el médico tratante pone de manifiesto que el tratamiento recomendado es de urgencia vital, por el estadio de la enfermedad, resaltando que no hay más opción terapéutica en el país, pero la EPS, continua en su negativa, poniendo en alto riesgo su vida.

El juzgado de instancia al momento de avocar el conocimiento de la actuación dispuso la vinculación del INVIMA, CLINICA COUNTRY y al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA y negó la medida provisional invocada por la actora.

2º La presente actuación fue asignada por el aplicativo web, el pasado 3 de febrero de 2021.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA:**

Mediante fallo del 18 de enero de 2021, el Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Conocimiento amparó los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora MARIA CLAUDIA RIVERA CARDONA, ordenando a COMPENSAR EPS realice las gestiones para convocar una nueva junta médica con el comité científico o el ente encargado y los médicos especializados, con la presencia de los galenos tratantes de la actora (DR. CARLOS RTIZ y ANDRES CARDONA) para debatir los argumentos requeridos por la jurisprudencia frente al suministro de los medicamentos ordenados. Una vez efectuada la reunión se solicita enviar copia del acta suscrita por los galenos para determinar las conclusiones de la misma.

Precisó el a quo que observado el acervo probatorio se encuentran los motivos por los cuales COMPENSAR EPS, se ha negado al suministro de los medicamentos ordenados por los galenos de la clínica country a donde fue remitida la accionante con ocasión de la evolución de su enfermedad. Ante el disenso de conceptos frente al tema de la necesidad del medicamento, entre los médicos tratantes y los oncólogos de la junta efectuada por compensar el 2 de diciembre de 2020, se hace necesario e indispensable hacer una nueva junta con la participación de los galenos tratantes de la actora para debatir sus fundamentos y determinar el criterio científico, si se demuestra otra alternativa médica o que la prescrita no ofrece seguridad ni es eficiente para el tratamiento, en atención a que la medicina en etapa experimental no puede ser ordenada pues se debe evitar el riesgo y en esa medida se hace necesario evaluar la prescripción del medicamento.

Dadas las características reales en que se encuentra la accionante, donde se vislumbra la necesidad y la urgencia de la prestación efectiva del servicio de salud, se protegerá el derecho reclamado.

Se hace necesario resaltar que COMPENSAR EPS, en cumplimiento del fallo, allegó copia de la junta médica llevada a cabo el 25 de enero de 2021, en la clínica Country, en la que se observa que el DR. CARDONA, sostiene que el tratamiento dispuesto a la paciente es la mejor opción terapéutica porque su respuesta es mayor al 30% con sobrevida superior a 7 meses y tasa de control de enfermedad a los 6 meses mayor al 50% y el beneficio clínico es del 60% (estabilidad de la enfermedad); la paciente si se beneficiaría con el tratamiento, dejando claro que el mismo es para retardar la progresión de la enfermedad, es decir que es con fines paliativos para que su calidad de vida sea mejor, asunto que se le ha explicado a la usuaria quien se encuentra en estadio IV. El equipo médico de COBOS precisó que la tasa de respuesta a quimioterapia autorizada en el país es del 22%, es decir, que la propuesta no es muy superior y si aumenta el perfil de toxicidad.

### **DE LA IMPUGNACIÓN**

La actora, impugnó la tutela cuestionando la orden dada por el a quo, que en su criterio establece más trabas administrativas y demoras para la autorización y suministro del medicamento, el cual es fundamental para salvaguardar su vida. La orden no materializa ni protege los derechos amparados los cuales vienen siendo vulnerados por la EPS ni concuerda con lo pretendido en la demanda ni garantiza el pleno goce del derecho a la salud como lo dispone la ley.

Al existir soportes de literatura médica y estudios científicos, que sustentan el tratamiento indicado por los médicos tratantes debió procederse a ordenar el suministro de los medicamentos para iniciar el tratamiento y no dilatar la protección de sus derechos.

Para su caso se cumplen los requisitos de la jurisprudencia para los medicamentos NO POS o NO PBS como quiera su médico tratante lo dispuso como una urgencia vital, no existe otro medicamento que tenga el principio activo del SUNITINIB y no puede ser cubierto por ella, por ser muy costoso y su condición de pensionada no permite tal capacidad; también se cumplen los requisitos para ordenar el suministro del medicamento sin registro INVIMA pues la falta del tratamiento le ha derivado un deterioro rápido y progresivo motivo que dio lugar a que se ordenara como urgencia vital para obtener probabilidad de salvaguardar su salud, aunado a que asume cualquier riesgo derivado del principio de intentarlo todo para contrarrestar la enfermedad, máxime cuando su médico expuso en la historia clínica que no hay más opciones terapéuticas disponibles en el país por ello no podría el tratamiento denominarse experimental sino útil para evitar progresión de la enfermedad que la aqueja y se allegaron los soportes científicos internacionales sobre estudios realizados al medicamento. Por lo que solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se ordene a COMPENSAR EPS autorice y proporcione el tratamiento prescrito.

En alcance de petición, reitera sus argumentos de ineficacia de la orden dada en el fallo de instancia, por su falta de claridad, requiriendo la orden de autorizar el medicamento prescrito porque el mismo retrasa la progresión de la enfermedad y sintomatología; poniendo de presente que el 25 de enero de 2020 se celebró la junta médica ordenada, la que según su criterio, no cumple con lo dispuesto.

### CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos por tratar en esta providencia son los siguientes: (i) autorización de un medicamento que no tiene registro del INVIMA para el cáncer sino para otra patología diferente (ii) autorización de un medicamento considerado experimental para el tratamiento del cáncer (iii) autorización de unos medicamentos ordenados por un médico particular no adscrito a la EPS COMPENSAR.

Previo a tratar los tres problemas jurídicos revisaremos la normatividad y la jurisprudencia en relación con el tratamiento contra el cáncer.

#### ➤ **DE LA NECESIDAD DEL TRATAMIENTO INTEGRAL PARA TRATAR EL CÁNCER:**

En el caso concreto, a la señora RIVERA, se le diagnosticó **cáncer de timo** con metástasis a nivel pulmonar, óseo, ganglionar, entre otros, por lo que su médico tratante ordenó la práctica de tratamiento farmacológico con SUNITINIB 37.5 MG VO C/ DIA POR 30 DIAS Y DENOSUMAB 120 MG SC1 C/28 DÍAS por la progresión vertiginosa de la enfermedad y de igual manera, EVALUACION POLIGENICA PARA ALTERACIONES SOMATICAS EN TEJIDO TUMORAL Y ALTERACIONES GERMINALES, empero, al solicitar dichos servicios a la EPS COMPENSAR, anteponen trámites administrativos como la falta de registro INVIMA para el SUNITINIB, asunto que pone en riesgo la salud de la paciente quien requiere de un tratamiento continuo, precisamente por la gravedad del diagnóstico.

De conformidad con el Acuerdo 08 del 2009 de la CRES, por el cual se aclaran y se actualizan

integralmente los Planes Obligatorios de salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se indica la cobertura de servicios y dice que el POS incluye la atención de alto costo, entre otros los casos de paciente con cáncer, **comprendiendo la atención integral ambulatoria y hospitalaria necesaria en cualquier complejidad del paciente**, al igual que los estudios necesarios para el tratamiento quirúrgico, la quimioterapia, la radioterapia, manejo del dolor, de manera que como en este caso, se tiene que la señora MARIA CLAUDIA es una paciente con diagnóstico de cáncer de timo con metástasis en diferentes áreas siendo evidente de acuerdo con la normatividad vigente que le corresponde a la EPS efectivizar el tratamiento integral.

La LEY ESTATUTARIA EN SALUD - Ley 1751 del 16 de febrero del 2015 –determina como principios del derecho a la salud en el artículo 6º, entre otros, el pro homine, que significa que en la interpretación de las normas se debe hacer de tal manera que se proteja el derecho a la salud de las personas; el principio de continuidad, el cual establece que la prestación del servicio no puede ser interrumpida y el de oportunidad, el cual establece que los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones:

*“Artículo 6º. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:*

*“b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;*

*“d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido inidada -sic- este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;*

*“e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones*

Dicha Ley, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de *integralidad*, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio<sup>1</sup> e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones<sup>2</sup>. Sobre este principio la jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

*“Se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte (...) ha desarrollado (...) la garantía*

---

<sup>1</sup> El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece lo siguiente: *“La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.*

<sup>2</sup> Sentencia T-121 de 2015, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

del derecho a la salud. Una, relativa a la **integralidad** del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en dicha materia (...), valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional y social, para nombrar sólo algunos aspectos. La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la **protección sea integral** en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un paciente<sup>3</sup>. (Énfasis por fuera del texto original).

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad “no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”<sup>4</sup>.

En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte Constitucional señaló en la **Sentencia T-066 de 2012**, lo siguiente:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original)<sup>5</sup>.

Como se observa, una de las reglas decantadas respecto de las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una *atención integral en salud* que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no<sup>6</sup>. En suma, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener:

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>7</sup>.

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física,

<sup>3</sup> Sentencia T-576 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>4</sup> Sentencia T-036 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>5</sup> Sentencia T-066 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>6</sup> Sentencia T-607 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>7</sup> Sentencia T-1059 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, reiterada por las Sentencias T-062 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-730 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-536 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-421 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

conforme lo prescriba su médico tratante, sino también la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental<sup>8</sup>.

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también:

*“...a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal ... a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno”<sup>9</sup>.*

Se ha precisado también que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, cuando se reconoce y ordena que se brinde atención integral en salud a un paciente *“se encuentran sujetos a los conceptos que emita el personal médico”<sup>10</sup>*. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas. Así lo dispuso la **Sentencia T-607 de 2016**, respecto de las personas que padecen cáncer:

*“... a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.*

Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios: *“que el médico tratante valore como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente”<sup>11</sup>*. Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado *“de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”*.

En este sentido, la **Sentencia T-760 de 2008** dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el médico tratante determina que el paciente requiere: *“sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”<sup>12</sup>*.

Por ello, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad ya que mucha de las veces es mortal, requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la jurisprudencia ha sido clara en afirmar que **la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada**. Y en este sentido, ha sostenido en

<sup>8</sup> Defensoría del Pueblo, *“Derechos en salud de los pacientes con cáncer”*, Recuperado de: [http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla\\_pacientes\\_Cancer.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla_pacientes_Cancer.pdf)

<sup>9</sup> Sentencia T-062 de 2017.

<sup>10</sup> Sentencia T-057 de 2009.

<sup>11</sup> Defensoría del Pueblo, *“Derechos en salud de los pacientes con cáncer”*, Recuperado de: [http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla\\_pacientes\\_Cancer.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla_pacientes_Cancer.pdf)

<sup>12</sup> Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada por la Sentencia T-246 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

varias oportunidades<sup>13</sup> que la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación: *“puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”*<sup>14</sup>. Es decir, la alta Corporación ha dejado claro que de la oportuna prestación del servicio depende la calidad de vida de los pacientes y que, por esta razón, cuando la prestación del servicio de salud no es eficaz, ágil y oportuna, se afectan sus derechos fundamentales, situación que empeora cuando se trata de personas con enfermedades ruinosas<sup>15</sup>.

De la misma forma en que lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, la normativa en materia de salud ha regulado la atención integral oportuna de los pacientes con cáncer en Colombia, por medio de la **Ley 1384 de 2010**<sup>16</sup>, la cual reconoció al cáncer como una enfermedad de interés en salud pública y prioridad nacional<sup>17</sup> que debe ser incluida por los entes territoriales en sus planes de desarrollo<sup>18</sup>, el Legislador estableció acciones para el manejo integral del cáncer con el fin de que el Estado y los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS – garantizaran a estos pacientes la prestación efectiva de *“todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo”*<sup>19</sup>. También señaló que el incumplimiento de lo estipulado en la ley por parte de las entidades vigiladas acarrearía sanciones desde multas hasta la cancelación de licencias de funcionamiento de las empresas vigiladas, sin perjuicio de las correspondientes acciones civiles y penales a que hubiere lugar por su incumplimiento, las cuales estarían a cargo de la Superintendencia de Salud, o de las Secretarías Departamentales y Distritales de Salud por delegación que hiciera la superintendencia, entre otras autoridades. A partir de esta norma, y con el objetivo de vigilar que la prestación de los servicios de salud se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, la Superintendencia Nacional de Salud emitió la **Circular 04 de 2014**, en la que estableció que debe ofrecerse atención integral y continuidad en el tratamiento y particularmente, dispuso que las EPS, entre otras entidades, tienen la obligación de proporcionarles a las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer la atención oportuna sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud y que *“no se puede negar o dilatar la atención o asistencia médica requerida, y el registro de citas de consulta médica especializada debe ser gestionado y optimizado por las entidades competentes”*, además, se aclaró que *“las entidades vigiladas deben saber que éstas en ningún momento pueden desconocer alguna otra orden, recomendación o parámetro, que realizare cualquiera otra autoridad o juez de la República”*.

#### ➤ **AUTORIZACION DE MEDICAMENTOS QUE NO CUENTAN CON EL REGISTRO SANITARIO DEL INVIMA:**

Ahora bien, jurisprudencialmente se señala la existencia de dos vías para acceder a un medicamento que no tiene el registro INVIMA para determinada patología<sup>20</sup>. Una primera, la

<sup>13</sup> Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998 y T-428 de 1998.

<sup>14</sup> Sentencia T-057 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>15</sup> Sentencia T-096 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>16</sup> “Por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia”

<sup>17</sup> Artículo 5.

<sup>18</sup> Ibídem.

<sup>19</sup> Artículo 1.

<sup>20</sup> Entre las sentencias que cabe destacar sobre la materia, se encuentran: sentencia -513 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sentencia T-027 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia 243 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-313 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

mencionada en el artículo 128 de la Resolución 5269 de 2017, y otra que es el consenso que exista en la comunidad científica sobre el particular.

De esta manera, en sentencia T-027 de 2015<sup>21</sup> se mencionó:

*“De ese modo, la expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología en particular. En ausencia de dicha acreditación, se estará entonces en presencia de un medicamento de los denominados no comprobados o en fase experimental, que 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”.*

*A partir de esta distinción, la Corte Constitucional ha sentado una regla jurisprudencial en relación con la posibilidad de que, por la vía de la acción de tutela, sea exigible la entrega de medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA, de acuerdo con la cual, será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología y siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad”.*

En este orden de ideas, la decisión adoptada por COMPENSAR EPS para negar el medicamento SUNITINIB obedeció a una cuestión jurídica derivada del no cumplimiento de los criterios establecidos por el INVIMA, pero debe resaltarse que no se tuvieron en cuenta las consideraciones científicas del médico tratante y mucho menos fue debatido el tema de una alternativa de tratamiento, por lo que se puede predicar que se ignoraron también los principios *pro homine* y de equidad enunciados en el artículo 6º de la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015, en la medida que la accionada no interpretó la normatividad más favorable en defensa del derecho fundamental a la salud de su usuario. Se advierte entonces que el médico tratante, en la junta medica efectuada el pasado 25 de enero de 2021, reiteró su exposición no solo frente a los argumentos sino los soportes científicos en que se ha basado el tratamiento para frenar la enfermedad que afronta la actora y la paciente es consciente de la finalidad de tratamiento con fines meramente paliativos y en sus intervenciones asume la responsabilidad frente al riesgo que pueda traer, por el nivel de toxicidad que pueda generar, aspecto que también fue objeto de debate en las juntas medicas llevadas a cabo para descartar pros y contras del medicamento, no queda camino distinto que hacer prevalecer el criterio del médico tratante, que por sus estudios, su especialización es quien sabe de manera científica cuál es el tratamiento que se le debe realizar al paciente, sin que pueda el criterio administrativo de una EPS anular lo ordenado por el médico tratante, aduciendo que el medicamento no tiene registro INVIMA para el tratamiento del cáncer que padece la accionante sino para otra patología diferente, eso no es óbice para autoriza el suministro de medicamento, en la medida en que si el médico lo ordenó es porque DE ACUERDO CON SU CONOCIMIENTO CIENTIFICO, considera que también es adecuado para la patología que padece la paciente, ya que la experiencia y la ciencia muestra que muchas veces un medicamento que fue creado para una determinada patología puede ayudar al tratamiento de otra.

---

<sup>21</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

➤ **DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO PESE A QUE LOS MEDICAMENTOS FUERON ORDENADOS POR UN MEDICO PARTICULAR QUE NO ESTÁ ADSCRITO A LA RED DE SALUD DE LA EPS COMPENSAR:**

De otra parte, el hecho que el médico que ordenó la medicación (Doctor ANDRES FELIPE CARDONA ZORRILLA, quien está especializado en oncología torácica) que requiere la accionante, no está adscrito a la red de salud de COMPENSAR EPS, no impide al juez de tutela ordenar que se cumpla con lo por ello dispuesto, pues ese hecho no le quita su idoneidad que tienen, máxime que dicho experto concluye que “NO HAY MAS OPCIONES TERAPEUTICAS DISPONIBLES EN EL PAIS” para la patología que padece la paciente; y que ya ha agotado en la paciente todas las opciones establecidas en el Plan de Beneficios de Salud; y en cambio lo que le ofrecen los médicos adscritos a la EPS son solo tratamientos paliativos, pero no para salvarle la vida a la paciente.

Al respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia T 100 del 01 de marzo de 2016, Magistrada Ponente: MARIA VICTORIA CALLE CORREA, dijo lo siguiente:

*“... En principio, la competencia para emitir un diagnóstico está en cabeza del médico tratante adscrito a la red prestacional de la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentra afiliado el usuario, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente<sup>22</sup>. De ahí que, su concepto sea el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el hecho de que tal concepto médico sea un criterio principal, no significa que sea exclusivo; toda vez que el diagnóstico de un médico externo tiene carácter vinculante cuando se cumplen ciertos supuestos.”*

*“Al respecto, la sentencia T-760 de 2008<sup>23</sup> indicó que un concepto médico externo vincula a una EPS cuando éstas no confirman, modifican o descartan su contenido con fundamento en criterios científicos obtenidos de la valoración de un especialista adscrito a la red prestacional de la entidad o de la evaluación que haga el Comité Técnico Científico.<sup>24</sup> De este modo, una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de un ciudadano cuando conoce un concepto médico particular, no lo confirma, modifica o descarta con base en criterios técnico-científicos y, además, niega las*

<sup>22</sup> La sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), en su apartado 4.4.2., precisó que “la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud, es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio médico relevante es el que de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.” En el pie de página 167 de la referida sentencia, se establece que este criterio de competencia ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia constitucional. Sugiere para su consulta las sentencias T-271 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y SU-819 de 1999 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-414 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-786 de 2001 (MP. Alfredo Beltrán Sierra) y T-344 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

<sup>23</sup> MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>24</sup> *Ibíd.* En relación con la posibilidad de que un concepto médico externo vinculara a una EPS, en la sentencia T-760 de 2008 se precisó textualmente lo siguiente: “[un concepto médico externo] puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. 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.”

*prestaciones contenidas en él, por el hecho de que lo ordenó un especialista no adscrito a su red prestacional.*

*“4.5. En este tipo de eventos y dependiendo de las condiciones de especial protección constitucional del ciudadano, el juez de tutela puede ordenar (i) la entrega o práctica, según corresponda, del servicio médico recomendado por el médico externo o (ii) una valoración por parte del personal médico especializado adscrito a la EPS en la que se determine la pertinencia de lo recomendado externamente y el tratamiento que requiere el paciente en atención a sus patologías, cuando no haya unificación de criterios en relación con los servicios que aquél requiere<sup>25</sup>.*

*“4.6. Con fundamento en esta regla jurisprudencial, esta Corporación ha concedido la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna en aquellos casos en los que las entidades encargadas de prestar los servicios de salud negaron determinados procedimientos médicos argumentando simplemente que no habían sido ordenados por un especialista adscrito a la red prestacional de la entidad, sin antes desvirtuar o modificar la recomendación externa.<sup>26</sup>*

*“4.7. A propósito, en la sentencia T-373 de 2012<sup>27</sup>, la Sala Sexta de Revisión analizó el caso de una ciudadana a la que Cafesalud E.P.S. le negó la extracción de un tumor en su ovario izquierdo, diagnosticado por un médico no adscrito a la red prestacional de la entidad. Este tribunal consideró que “no tener el diagnóstico o no aceptar el criterio de un médico externo, puede convertirse en un ilegítimo obstáculo contra el acceso al derecho constitucional a la salud”. En consecuencia, ordenó a la EPS que dispusiera de un médico especialista adscrito a su red prestacional para que, por medio de un diagnóstico, definiera los procedimientos quirúrgicos pretendidos y su necesidad de práctica.*

*“4.8. De modo similar, en la sentencia T-025 de 2013, ésta Sala de Revisión estudió el caso de una menor de edad a la que un neuropediatra particular le ordenó un encefalograma a fin de establecer si el parpadeo que presentaba era un agravante de la epilepsia focal que padecía. En esa oportunidad, esta Sala de Revisión concluyó que el derecho a la salud, en su faceta de diagnóstico, había sido vulnerado comoquiera que la simple negativa de la entidad promotora de salud impidió que se estudiara el concepto médico externo y, en consecuencia, que se afrontara la patología “con una valoración adecuada que le permitiera [a la menor] recibir la prescripción de los tratamientos [requeridos]”. En efecto, este Tribunal ordenó que se practicara una valoración médica a la menor a cargo de dos especialistas adscritos a su red prestacional. Si en esta valoración se determinaba la pertinencia del examen ordenado por el médico externo, la entidad accionada debía practicarlo sin exigirle a la menor o su representante el*

---

<sup>25</sup> *Ibíd.* En la sentencia T-760 de 2008 se dijo expresamente que frente a casos en los cuales el incumplimiento de la EPS fuera claro y se necesitara urgentemente el servicio solicitado, podía el juez de tutela ordenar directamente el procedimiento médico sugerido por un profesional externo. En palabras de la Corte: “[cuando se presenta la orden de un médico externo] *corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda. No obstante, ante un claro incumplimiento, y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva*”.

<sup>26</sup> Ver las sentencias T-435 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-178 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-872 de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo), T-927 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-025 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa), entre otras.

<sup>27</sup> MP. Nilson Elías Pinilla Pinilla.

*cumplimiento de trámites administrativos innecesarios que obstaculizaran el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud.*

*“4.9. Para resumir, el diagnóstico médico se constituye en el punto de partida para garantizar el acceso a los servicios de salud; toda vez que a partir de una delimitación concreta de los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos requeridos, se pueden desplegar las actuaciones médicas tendientes a restablecer la salud del paciente.*

➤ **DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO PARA ORDENAR UN MEDICAMENTO QUE PUEDE CONSIDERARSE COMO EXPERIMENTAL:**

De otra parte, el hecho de que el medicamento SUNITINIB esté considerado como experimental para el cáncer que padece la accionante, ello tampoco es motivo para que el Juez de tutela no lo ordene, ya que respecto de los tratamientos o medicamentos de carácter experimental, la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia que atinadamente puso de presente la accionante en el recurso interpuesto los ha autorizado (sentencia T 057 de 2015) **en casos de urgencia vital**, como sucede en este caso, cuando la vida del paciente está en un grave peligro porque los medicamentos y procedimientos que existen no le ofrecen una expectativa de vida, una recuperación, una mejoría, una mejor calidad de vida, se debe agotar científicamente todas las posibilidades de la ciencia conocida hasta este momento para salvar la vida de un paciente, o simplemente para darle una vida digna, y para ello es posible aplicar lo que la Corte Constitucional llama “*el derecho a que sea intentado*”, derecho que sin temores debe acoger el Juez cuando ese medicamento experimental está recetado por un médico especializado en el tema, como sucede en este caso concreto, para salvarle la vida a la paciente y no como un paliativo para su enfermedad.

Un ejemplo de lo anterior, se puede ver con las vacunas que de manera veloz se están produciendo para protegernos del **virus SARS-CoV-2**, causante del **Covid-19** que ha matado a millones de personas convirtiéndose en una pandemia mundial, ya que para producir una vacuna segura se necesitan estudios, pruebas y análisis hasta de hasta cuatro años y en este caso sin la debida experimentación de los efectos secundarios en los humanos se autorizó de emergencia la llegada a Colombia de vacunas producidas en menos de un año por varios laboratorios, las cuales pueden tenerse como experimentales, porque su efectividad no está debidamente comprobada, o por lo menos los efectos secundarios que pueden producir en las personas.

En consecuencia, como atinadamente lo indicó la accionante en la impugnación, ante la urgencia vital que presenta la demandante, la decisión de la primera instancia no satisface las pretensiones de la demanda, no da una solución acorde con el precedente jurisprudencial y normatividad citada que garantiza una expectativa de vida de la paciente, no tiene en cuenta que está de por medio la vida de la accionante si no se accede a lo ordenado por el médico especialista, no obstante tratarse de un médico particular no adscrito a la EPS, motivo por el cual se modificará la decisión objeto de impugnación, en el sentido de revocar el numeral segundo del fallo adiado 18 de enero de 2021, para en su lugar, **ordenar a COMPENSAR EPS**, que en el término máximo de dos (02) días hábiles, proceda a autorizar, asumir el cargo económico y hacer efectiva la entrega de los medicamentos **SUNITINIB 37.5 MG Y DENOSUMAB 120 MG Y LOPERAMIDA 2 mg**, en la cantidad, periodicidad y condiciones dispuestas por el médico tratante, **ÓNCOLOGO**, doctor **ANDRES FELIPE CARDONA ZORRILLA** como urgencia vital, en la consulta de control del 17 de diciembre del 2020 a la paciente.

Como el medicamento SUNITINIB no está previsto en el PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD (PBS) no se ordenará el reembolso al ADRES en favor de la EPS, en aplicación de la sentencia T 760 del 2008, Mg. Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, la cual señaló que:

*“...Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela, por iniciativa del CTC correspondiente: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o el recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el FOSYGA, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa “ Principio activo en POS” cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en esta providencia..” – subrayado fuera de texto-.*

De manera que será la EPS COMPENSAR la que debe hacer directamente los trámites ante el ADRES para solicitar dicho reembolso.

No se ordenará el tratamiento integral para el tratamiento del cáncer porque la ley ya lo tiene establecido; máxime que la EPS COMPENSAR lo que se está negando es a suministrar unos medicamentos que no tienen registro INVIMA, que considera experimentales y que no fueron ordenados por los médicos adscritos a dicha EPS sino por un médico particular, el cual de conformidad con las pruebas ordenadas no ha dispuesto ningún otro medicamento ni tratamiento adicional no previsto en el PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD (PBS), por ende, no se puede dar una orden de tratamiento integral sobre medicamentos o procedimientos que no están en el PBS de manera abstracta.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito Ley 600 de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República,

**RESUELVE :**

**PRIMERO.- REVOCAR** el numeral segundo de la parte resolutive del fallo recurrido, proferido el 18 de enero de 2021, por el Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad.

**SEGUNDO.- ORDENAR** en consecuencia, al representante legal de **COMPENSAR EPS** o quien estatutariamente haga sus veces, so pena de la sanción de arresto y multa por desacato y de la respectiva investigación penal por el delito de fraude a resolución judicial, que en el término máximo de dos (02) días hábiles, autorice, asuma el cargo económico y haga efectiva la entrega a través de la respectiva IPS, de los medicamentos los medicamentos **SUNITINIB 37.5 MG, DENOSUMAB 120 MG y LOPERAMIDA 2 mg**, en favor de la accionante, señora **MARIA CLAUDIA RIVERA CARDONA**, en la cantidad, periodicidad y condiciones dispuestas por el médico particular tratante, oncólogo Dr. **ANDRES FELIPE CARDONA ZORRILLA**, como urgencia vital, en la consulta de control del 17 de diciembre del 2020.

**TERCERO.- ORDENAR remitir** al juzgado de primera instancia una de este fallo, al email: [j25pmcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j25pmcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co), para su conocimiento y para que lo haga cumplir sin demoras.

**CUARTO.- ORDENAR NOTIFICAR** esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla por correo electrónico a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Para notificar las partes se hará a los siguientes emails:

**COMPENSAR EPS:** [compensarjuridica@compensarsalud.com](mailto:compensarjuridica@compensarsalud.com)

**EAAB- ESP-:** [notificaciones.electronicas@acueducto.com.co](mailto:notificaciones.electronicas@acueducto.com.co)

**INVIMA:** [njudiciales@invima.gov.co](mailto:njudiciales@invima.gov.co)

**CLINICA COUNTRY:** [notificacionescds@clinicadelcountry.com](mailto:notificacionescds@clinicadelcountry.com)

**INSTITUTO NACIONAL CANCEROLOGIA:** [notificacionesjudiciales@cancer.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cancer.gov.co)

**ACCIONANTE:** [poli.vejarano@gmail.com](mailto:poli.vejarano@gmail.com)

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**JUAN PABLO LOZANO ROJAS**

**Juez**