



DERECHO INNOMINADO A SER INTENTADO: EXCLUSIONES
RESPECTO A LA LEY 1751 DE 2015, IMPACTOS Y RETOS FRENTE A LA
GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD
EN COLOMBIA.

KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTA D.C

2022



DERECHO INNOMINADO A SER INTENTADO: EXCLUSIONES
RESPECTO A LA LEY 1751 DE 2015, IMPACTOS Y RETOS FRENTE A LA
GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD
EN COLOMBIA.

KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO

DIRIGIDO POR: DR. LUIS ENRIQUE LOPEZ CARRIZOSA

ABOGADO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTA D.C

2022

NOTA DE ACEPTACIÓN

Director:

Jurado 1

Jurado 2

Agradecimientos

Agradezco principalmente a Dios quien me dio la oportunidad de estudiar esta carrera y poder acceder a esta Universidad, convirtiéndose en una de las mejores oportunidades y experiencias de mi vida, haciéndome sentir afortunada por poder hacer mi sueño realidad.

Agradezco a mi familia y en especial a mi abuela María Barbara Guacaneme Q.E.D, quien me brindo su apoyo incondicional durante el desarrollo de mi carrera y quien estuvo presente en cada uno de los momentos más importantes de mi vida, brindándome su soporte en las situaciones más difíciles.

Agradezco a mi alma Mater la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, por darme la oportunidad de estudiar la Carrera de Derecho y por permitirme entender que la educación debe ser un derecho y no un privilegio de pocos, por formarme no solamente a nivel profesional sino también personal.

Agradezco a los docentes Luis Enrique López Carrizosa e Iván Daniel Valenzuela Macareño quienes me brindaron su guía y me brindaron su colaboración respecto a la evolución de mi proyecto tanto a nivel temático como también metodológico.

Y por último agradezco al lector de la presente monografía por permitirme a través de este escrito mostrar aspectos relevantes para la evolución del derecho y a su vez alimentar ese pensamiento crítico que no solo forma, sino que nos hace cada vez más humanos y nos hace aportar a la sociedad.

Las opiniones expresadas en el presente documento son de responsabilidad exclusiva del o los autores y no comprometen de ninguna forma a la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y/o a su Facultad de Derecho.

“El hombre no es una cosa y por tanto no es algo que pueda ser usado meramente como medio, sino que tiene que ser considerado siempre en todas nuestras acciones como fin en sí mismo (...) no puedo disponer del hombre en mi persona para mutilarlo, corromperlo o matarlo”(Immanuel Kant).

RESUMEN

La presente Investigación pretende hacer un análisis del Derecho a Ser Intentado frente a la problemática entre lo expresado por el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y su reconocimiento en la Sentencia 057 de 2015, abordando así una problemática existente entre la Ley y los pronunciamientos de la Corte constitucional como vinculantes.

Por otro lado, se expone en el presente escrito, el reconocimiento de los Derechos fundamentales y su evolución respecto a los Derechos innominados, evidenciando un fenómeno social, el frecuente cambio del derecho y la necesidad de responder a diferentes cambios sociales, como los cambios culturales, la implementación de nuevas tecnologías y las diferentes situaciones que justifican su evolución.

Conforme a lo expresado, se pone en manifiesto los impactos y retos que tiene el reconocimiento del Derecho a Ser intentado, respecto a la Garantía del Derecho a la Salud y la Seguridad Social en Colombia, su desconocimiento por parte de las instituciones y la necesidad de ser estudiado por la academia.

Por lo anterior, se pretende proponer una alternativa de solución que ponga en conocimiento a dichas instituciones y a quienes hacen parte de la Academia los impactos y retos que tiene el reconocimiento del Derecho a Ser intentado en el ámbito colombiano y poner en evidencia la necesidad de ser regulado respecto haciendo un ejercicio de derecho comparado entre la normatividad Colombia y Norteamérica respecto al concepto “right to try”.

PALABRAS CLAVE

Derecho a Ser Intentado, Derechos innominados, Derechos fundamentales, pronunciamientos de la Corte constitucional como vinculantes, Derecho a la Salud, Derecho a la Seguridad Social, Normatividad Norteamericana respecto

al concepto “right to try”, artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y la Sentencia 057 de 2015.

ABSTRACT

The present investigation intends to make an analysis of the Right to be Tried against the problem between what is expressed by article 15 of Law 1751 of 2015 and its recognition in Judgment 057 of 2015, thus addressing an existing problem between the Law and the pronouncements of the Constitutional Court as binding.

On the other hand, the recognition of fundamental rights and their evolution with respect to unnamed rights is exposed in this writing, evidencing a social phenomenon, the frequent change of law and the need to respond to different social changes, such as cultural changes. , the implementation of new technologies and the different situations that justify their evolution.

In accordance with what has been expressed, the impacts and challenges of the recognition of the Right to Be Tried are made clear, with respect to the Guarantee of the Right to Health and Social Security in Colombia, its ignorance by the institutions and the need to be studied in academia.

Due to the foregoing, it is intended to propose an alternative solution that informs said institutions and those who are part of the Academy of the impacts and challenges that the recognition of the Right to Be attempted in the Colombian sphere and highlight the need to be regulated with respect to doing an exercise of comparative law between the regulations of Colombia and North America regarding the concept "right to try".

KEY WORDS

Right to be tried, unnamed rights, fundamental rights pronouncements of the Constitutional Court as binding, Right to Health, Right to Social Security, North American regulations regarding the concept "right to try", article 15 of Law 1751 of 2015 and the Judgment 057 of 2015.

TABLA DE CONTENIDO

<u>1. INTRODUCCIÓN</u>	<u>12</u>
1.1. PREGUNTA DEL PROBLEMA.	14
1.1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.	14
1.1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	15
1.2 JUSTIFICACIÓN.	15
1.3 OBJETIVOS.	16
1.3.1 GENERAL.	16
1.3.2 ESPECÍFICOS	17
<u>2. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.</u>	<u>17</u>
<u>3. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.</u>	<u>20</u>
<u>4. MARCO METODOLÓGICO.</u>	<u>20</u>
<u>5. DESCRIPCIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN.</u>	<u>24</u>
5.1 CAPÍTULO I: PERCEPCIÓN HISTÓRICA E INFLUENCIA DE LOS TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES EN EL MUNDO Y EN COLOMBIA	24
5.1.1 ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA SALUD?	24
5.1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD EN EL MUNDO	26
5.1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.	36
5.1.4 EVOLUCIÓN DE LOS TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES CON SERES HUMANOS EN EL MUNDO.	39
5.1.5 EVOLUCIÓN Y APORTES DE LA BIOÉTICA.	44
5.1.6 ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES.	47
5.2 CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.	48
5.2.1 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T 760 DE 2008 PARA DECLARAR EL DERECHO A LA SALUD COMO FUNDAMENTAL.	48
5.2.2 DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO A LA SALUD	50
5.2.3 ANÁLISIS DE LA LEY 100 DE 1993 COMO FACTOR FUNDAMENTAL.	51

5.2.4 ANÁLISIS DE LA COBERTURA DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO O POR CAPITACIÓN (PBSUPC), EN LA LEY 1751 DEL 2015 COMO DESARROLLO Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.	58
5.2.5 INCIDENCIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE EL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO A LA SALUD.	64
5.2.6 APORTES DEL CONVENIO SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL No. 102 DEL 1952.	66
5.3 CAPÍTULO III: EVOLUCIÓN DEL DERECHO A SER INTENTADO EN COLOMBIA Y SU DESARROLLO A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD NORTEAMERICANA.	69
5.3.1 ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 1751 DE 2015.	69
5.3.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ACCESO A TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES EN COLOMBIA.	78
5.3.3 ANÁLISIS DEL CONCEPTO DEL DERECHO INNOMINADO Y SU IMPORTANCIA FRENTE A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA.	85
5.3.4 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 057 DE 2015.	87
5.3.5 ALCANCE DEL CONCEPTO DE DEL DERECHO INNOMINADO A “QUE SEA INTENTADO”.	91
5.3.6 ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS LEGISLATIVOS DICTADOS POR ESTADOS UNIDOS RESPECTO AL DERECHO “RIGHT TO TRY”.	93
<u>6. CONCLUSIONES O CONSIDERACIONES FINALES.</u>	<u>97</u>
<u>7. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN SOCIO – JURÍDICAS.</u>	<u>105</u>
A. ANEXOS: DERECHO DE PETICIÓN FORMULADO POR LA AUTORA DE LA PRESENTE MONOGRAFÍA Y ALGUNAS RESPUESTAS RELEVANTES EMITIDAS POR LAS EPS.	110
<u>8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.</u>	<u>131</u>
8.1 REFERENCIAS.	131
8.2 REFERENCIAS LEGALES.	134
8.3 REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.	135

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene el objeto principal de conocer y analizar los elementos que afectan o amenazan el ejercicio del Derecho innominado a Ser Intentado respecto a las exclusiones planteadas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y sus incidencias frente al Derecho Fundamental a la Salud en Colombia; el cual se ha visto amenazado por los diferentes factores sociales y económicos, y la carencia de estructuras normativas efectivas, así como también la falta de control de Políticas Públicas que garanticen el ejercicio de dichos Derechos.

Para lo anterior, se analizará la evolución del Derecho a la Salud y el Derecho a la Seguridad Social en el mundo y en Colombia, así mismo, se realizará un análisis normativo y jurisprudencial sobre la evolución de los mismos en Colombia, partiendo desde su reconocimiento en los diferentes normas internacionales contenidas en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, así como también un análisis de los alcances de la Ley 100 de 1993 y la ley 1751 de 2015 y sus impactos frente al ejercicio efectivo del Derecho a la Salud y el Derecho a la Seguridad Social.

Por otro lado, se hará referencia acerca de los tratamientos experimentales, su evolución en el mundo y su importancia frente a los Derechos Humanos y como estos requieren un fortalecimiento en la investigación científica y su gran importancia frente a los avances científicos necesarios para el acceso al Derecho a la Salud.

Conforme a lo mencionado anteriormente, se analizará los efectos de la Sentencia 057 de 2015, en donde se reconoce el Derecho innominado a ser Intentado sus alcances y los retos que ello implica, tanto normativamente, socialmente y económicamente, así mismo, se realizará una breve descripción

de su reconocimiento en Estados Unidos “right to try” , las diferencias y los posibles riesgos que tiene su reconocimiento.

Este trabajo, no solo pretende realizar una descripción de la incidencia del Derecho innominado a ser intentado, sino también revisar las problemáticas en el acceso al Derecho a la Salud y el Derecho a la Seguridad Social en Colombia como los factores pilares para el adecuado ejercicio del mismo; adicionalmente, con el presente escrito a su vez se pretende llamar la atención sobre el desconocimiento de dicho Derecho por parte de las Instituciones Administrativas, la falta de regulación por parte del estado y la necesidad de fortalecer la investigación científica en Colombia.

Ahora bien, respecto a los derechos de petición radicados ante 27 EPS se pudo evidenciar que se desconocen los alcances de la Sentencia T 057 de 2015, así mismo, se observa su desconocimiento por parte de la academia razón por la cual se considera pertinente realizar una cátedra dirigida a los miembros de la EPS y distintos estudiantes de Derecho, a fin de ampliar los impactos de la declaración del Derecho innominado a Ser Intentado en Colombia.

Por último, es importante destacar que el estudio de este derecho no termina con este trabajo de investigación, sino por lo contrario se busca un análisis a fondo del tema a través de futuros trabajos académicos que puedan servir como tesis o inclusive futuros proyectos de ley, que puedan llegar a regular el Derecho a Ser Intentado, siendo este trabajo de grado un concepto inicial el cual se espera que la academia tome en cuenta para poner en evidencia el papel del Derecho conforme a la evolución social, cultural y tecnológico.

1.1. PREGUNTA DEL PROBLEMA.

1.1.1 Descripción del problema.

Esta investigación tiene como propósito hacer un análisis frente a las consecuencias que genera el reconocimiento de Derecho Innominado a ser intentado los posibles obstáculos que pudiesen afectar su ejercicio efectivo, conforme a los parámetros establecidos por la OMS y Asociación Médica Mundial en desarrollo la normatividad planteada por el Estado Colombiano.

De conformidad a lo anterior y de acuerdo a la exclusiones del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 en Colombia se evidencia que no hay una cobertura, sistema o política adecuada que permita el acceso a dichos tratamientos haciendo que en ocasiones sea necesario acudir a la intermediación de otro país , el uso de la acción de tutela como único mecanismo idóneo para obtener el amparo del derecho a la salud o simplemente hacer uso de los tratamientos y medicamentos permitidos aun si se ha comprobado que no tienen ninguna incidencia en la patología.

Es importante mencionar, que de acuerdo con el reconocimiento del Derecho innominado a ser intentado el cual fue reconocido a través de la Sentencia T-057 de 2015, tiene una gran incidencia frente al fortalecimiento al Derecho a la Salud y Seguridad Social en Colombia y prestación de un servicio digno, ya que se deben realizar conforme a los parámetros establecidos por la bioética y el desarrollo del país en políticas públicas e inversión en la investigación en Colombia; sin embargo se observa que la Corte no analizo la forma como este debe ampararse, las implicaciones que este tiene y cuál es la responsabilidad del estado respecto a la realización de un tratamiento experimental en otros países.

Así las cosas, se puede evidenciar que hay diferentes factores que afectan la aplicación de tratamientos médicos experimentales en Colombia , como lo es

la necesidad de regular el acceso a dicho Derecho, la implementación de mecanismos efectivos que garanticen el ejercicio efectivo del Derecho innominado a ser intentado, la necesidad de establecer mecanismos de protección de los recursos destinados al Sistema de seguridad Social en Salud y la necesidad de invertir en la investigación científica.

Por otro lado, se evidencia que en la actualidad que no se han tomado medidas adecuadas frente a la recuperación de recursos, que fueron afectados por el uso inadecuado de los mismos por parte de las EPS, lo cual afecta directamente a los afiliados al Sistema de Salud y por ende el ejercicio del Derecho innominado a ser intentado, por lo tanto, partiendo de lo anterior la presente investigación se centrará en la siguiente pregunta:

1.1.2 Formulación del problema.

¿Cómo garantizar el acceso al Derecho Innominado a Ser Intentado cuando este se encuentra excluido de la Ley 1751 de 2015 y cuáles son los impactos que tiene el reconocimiento del mismo frente a la garantía y protección del Derecho fundamental a la Salud en Colombia?

1.2 Justificación.

Partiendo desde el ejercicio de la carrera de Derecho y la formación que ello conlleva se hace necesario evaluar las problemáticas que amenazan con el ejercicio efectivo de nuestros derechos fundamentales en Colombia y la forma como las normas e instituciones impactan sobre los mismos. Así las cosas, para la investigación en concreto se hace un análisis del Derecho Innominado a Ser Intentado y sus impactos frente al Derecho a la Salud y el fortalecimiento del Sistema de Seguridad Social en Colombia.

Por otro lado, es válido preguntar ¿cuál es la pertinencia de la presente investigación para el estudio del Derecho?, su pertinencia radica en las

incidencias que este tiene con respecto al sistema jurídico colombiano, es decir el Sistema de derecho Civil y en contrapeso frente a su origen respecto al concepto “right to try” el cual nace en Estados Unidos partiendo del Sistema Anglosajón o Common Law.

Es necesario hacer énfasis que en la presente investigación se hace un análisis frente a dos instituciones la Ley la cual es de corriente luspositivista y la Corte Constitucional la cual tiene una naturaleza lusNaturalista, lo que lleva a plantear las siguientes preguntas: ¿Qué pasa cuando estas dos instituciones se contradicen respecto a un Derecho en concreto? y ¿Cuál es el papel que las decisiones de la Corte Constitucional tiene sobre el ordenamiento jurídico en Colombia?, frente a la investigación en concreto se observan estas dos posturas y se dará respuesta a las incógnitas planteadas y su incidencia frente al reconocimiento del Derecho a Ser Intentado.

Es importante mencionar que la importancia de esta investigación no solo radica en el análisis del reconocimiento del reconocimiento del Derecho a Ser Intentado, sino que también se pretende hacer un estudio detallado de aquellos aspectos que impactan en su ejercicio, tales como, la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud, la responsabilidad del Estado frente a terceros, la Falta de Profesionales de la Salud y adecuada regulación frente al ejercicio del mismo.

1.3 Objetivos.

1.3.1 General.

Identificar las exclusiones que plantea la Ley 1751 de 2015, impactos y retos que tiene el reconocimiento del Derecho Innominado a Ser Intentado frente a la garantía y protección del Derecho Fundamental a la Salud en Colombia.

1.3.2 Específicos

1. Analizar la evolución e influencia de los tratamientos experimentales en el mundo y en Colombia.
2. Evaluar los alcances de la evolución del Derecho a la Salud y seguridad Social en Colombia.
3. Determinar las incidencias del reconocimiento del Derecho Innominado a Ser Intentado en Estados Unidos y en Colombia.

2. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.

En desarrollo de los Conceptos de la Investigación y de acuerdo a los objetivos anteriormente planteados se realizará abordando las siguientes categorías conceptuales: Derecho Innominado a Ser Intentado, Derecho Fundamental a la Salud, Derecho a la seguridad Social y Tratamientos Experimentales, los cuales se desarrollarán a través de los siguientes textos, normas y autores:

- a. Derecho Innominado a Ser Intentado: Se partirá desde estudio realizado por los pronunciamientos realizados por el Gobernador del Colorado el 17 de mayo de 2014 “Sobre la autorización para que los enfermos terminales tengan acceso a los productos de investigación que no han sido aprobados por la Administración de Alimentos y Medicamentos Federal y para que los pacientes puedan participar en ensayos clínicos” y la Sentencia 057 de 2015 de la Corte Constitucional, Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez, en los pronunciamientos mencionados se hace referencia al concepto del Derecho Innominado a Ser Intentado es aquel que permite que las personas puedan acceder a tratamientos o medicamentos experimentales a nivel nacional y en el extranjero independientemente de las excepciones planteadas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Dentro del concepto mencionado es válido aclarar que un Derecho innominado es aquel que no está positivizado, es decir no se encuentra en la Ley, pero que son reconocidos por las jurisdicciones Constitucionales o son convencionales reconocidos a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución.

- b. Derecho Fundamental a la Salud: es importante mencionar que el Derecho Fundamental es aquel que es reconocido mediante los tratados, convenios y las organizaciones internacionales; partiendo de dicho concepto este se desarrollara a partir de los autores Álvaro Echeverri Uruburu, Marcos Cueto, Octavio Gómez Dantez , Ángel Enrique Encinales Vanegas, Wilson Giovanni Jiménez Barbosa, José Oscar Dueñas Ruiz, Abraham Cabrera Aparicio, Gustavo Alcántara Moreno y Diomedes Tabima García; así mismo, se desarrollará a través de las siguientes instituciones, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud (OMS), pronunciamientos de la Corte Constitucional y el desarrollo de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1755 de 2015.

Este concepto hace referencia a la evolución del ser humano a ese estado de bienestar necesario para la garantizar la vida y la dignidad, el cual pasa de ser un estado físico a ser la integridad del ser humano, donde dicho elemento es esencial para la sociedad y su desarrollo, el cual incide no solo a nivel jurídico sino que impacta en otras instituciones, tales como, las EPS, las IPS, el personal médico , los pacientes, entre otras instituciones que velan por el adecuada prestación de los servicios médicos.

- c. Derecho a la seguridad Social: Es indudable que para hablar del Derecho a la Salud no se puede ignorar el Derecho a la Seguridad, toda

vez que, sin el desarrollo de este último no podría garantizarse el Derecho a la Salud, así las cosas se hace un estudio histórico partiendo desde el concepto de los siguientes autores: Iliana Marcela Fortich Lozano, Oscar Fernando Mejía Moreno, Yesenia Grajales Ortiz, Valeria Gaviria Vásquez ; así mismo, se desarrollará a través de las siguientes instituciones, Ministerio de Salud, Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a su vez desarrollado a través de la Ley 100 de 1993.

Partiendo del Derecho a la Seguridad Social, este es entendido como el desarrollo del estado de bienestar y la evolución del Estado Social de Derecho, así las cosas, de acuerdo a la Ley 100 de 1993 se crean tres sistemas que constituyen dicho derecho los cuales son “el Sistema de Pensiones, el Sistema de Salud y el Sistema de Riesgos Laborales”, de acuerdo a lo expresado dicho sistema garantiza no solo prestaciones económicas sino protege a los ciudadanos frente a posibles riesgos futuros.

- d. **Tratamientos Experimentales:** Los tratamientos experimentales son entendidos como aquellos procedimientos que se realizan con un fin científico, para la presente investigación se analizaron aquellos que se ejecutan sobre los seres humanos con fines médicos, es importante mencionar a su vez, que dicho concepto desarrolla varios conceptos como los son, la bioética, el consentimiento informado y la responsabilidad médica.

Partiendo de lo anterior, se analizaron los siguientes autores: Calva Juan José Mercado, Paula Prieto, M. Ferrer Colomer y L. M. Pastor García, Vega Javier Gutiérrez, Juan Manuel Junceda, Xanvier Thevenot, James F Drane, Carlos Albornoz López del Castillo, Alejandro Agüero Díaz, Yanelys Cabrera Villalobos y Carmen Alonso Montes de Oca y Eduardo Franco.

3. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.

Existe una discrepancia entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al Derecho Innominado a Ser Intentado, reconocido a través de la Sentencia 057 de 2015 y la exclusiones a tratamientos experimentales expuestos en la el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, lo cual genera unos impactos sobre la garantía y protección Derecho Innominado a Ser Intentado respecto al Derecho fundamental a la Salud en Colombia, así mismo, su reconocimiento genera un impacto frente a los aspectos que afectan su ejercicio, tales como, la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud, la responsabilidad del Estado frente a terceros y adecuada regulación frente al ejercicio del mismo.

4. MARCO METODOLÓGICO.

Para poder abarcar este acápite se hace necesario hacer referencia del autor del cual se desprende el análisis de este punto, para el caso en concreto la metodología analizada se toma como referencia el texto titulado “Método, Metodología Y Técnicas De La Investigación Aplicada Al Derecho” de los autores Darwin Clavijo Cáceres, Débora Guerra Moreno y Diego Yáñez Meza.

De acuerdo a lo expuesto en el texto la metodología utilizada para el desarrollo de la presente investigación es la Metodología de Investigación Jurídica partiendo desde el estudio y aplicación de los fenómenos jurídicos, haciendo un análisis del material de derecho, a través, de análisis de fuente formales como lo son las normas, pronunciamientos jurisprudenciales entre otros. En donde:

“el investigador debe ser flexible y creativo en la utilización de la diversidad de métodos: analítico, sintético, deductivo, inductivo, comparativo, dialéctico, histórico, sistemático, exegético, de observación, estadístico, intuitivo y otros. También se deben utilizar técnicas e instrumentos que estarán vinculados a si la investigación, según el

diseño, es documental, empírica o mixta” (Clavijo, Guerra & Yáñez, 2014, p 26)

En donde la investigación jurídica es un estudio reflexivo, sistemático, controlado y crítico del Derecho para encontrar o dar solución a problemas teóricos, interdisciplinarios o profesionales derivados de la relación entre el hombre y la sociedad respecto a la concepción entre el Ius Naturalismo y el Ius Positivismo, el cual se desarrolla en los siguientes factores: (a) la normatividad: como el texto jurídico que responde a regular un hecho jurídico, (b) la factibilidad: Concebidos como los hechos que dan origen a la creación de normas y (c) la axiología: entendido como la perspectiva que se tiene frente a la aplicación de la norma , respecto a la moral y la sociedad, (d) ámbito espacial: entendido como aquel ordenamiento aplicado a un territorio determinado, y (e) temporalidad de la norma: hace referencia a la aplicación de la norma en el tiempo(2014, p. 43).

De acuerdo a lo anterior, se analiza por medio de las distintas normas no solamente sus alcances sino cada uno de los elementos antes planteados, con el fin de poder dar una respuesta al fenómeno jurídico planteado en la presente investigación.

Ahora bien, partiendo desde la estrategia metodológica de investigación como la definición del modelo o principio teórico que sirve de para el estudio del problema de investigación, para el presente escrito se abarca la estrategia de metodología cualitativa, por medio de la indagación de una problemática, para el caso en específico el análisis del Derecho Innominado a Ser Intentado, a fin de llegar a la comprensión de dicho concepto. Esta estrategia es frecuentemente utilizada en las ciencias sociales, la cual es de carácter inductivo ya que parte del estudio del concepto del Derecho Innominado a Ser Intentado frente a variables como el Derecho a la Salud, el derecho a la Seguridad Social, entre otras (2014, p. 30).

Por otro lado, la técnica de investigación utilizada como procedimiento de actuación asociado al método científico aplicado, se destacan dos grupos, los cuales corresponden a las técnicas cuantitativas para la recopilación de la información y técnicas cualitativas de recopilación de información, así mismo, existen dos formas de análisis de la información a través de las Técnicas cuantitativas de análisis y Técnicas cualitativas de análisis (2014, p. 37).

Para la investigación en concreto se aplicaron las técnicas cualitativas de recopilación de información, a través de la recolección documental por medios de la búsqueda de revistas, libros, artículos científicos, interpretación de normas y jurisprudencia , así mismo, mediante la búsqueda de grupos focales que para el caso en concreto son la Entidades Prestadoras de Servicios de Salud (EPS) (2014, p. 39) a través de la indagación por medio de la resolución de preguntas formuladas en Derechos de Petición dirigidos a 27 EPS, con el fin de saber si dichas entidades daban cobertura a tratamientos experimentales, si habían hecho solicitudes de tratamientos a dichas entidades y en que condiciones fueron concedidos dichos tratamientos.

Ahora bien, partiendo desde la Técnicas cualitativas de análisis, a través de la lectura de la información se parte de la verificación de la información través de una comprensión de las fuentes, el análisis documental conforme a la recopilación de información y la interpretación de la información, la Historiografía por medio de la interpretación histórica de los conceptos y su evolución y la hermenéutica, en el entendido que se “busca comprender e interpretar un fenómeno o una realidad en un contexto concreto (...) Siempre se interpreta una realidad dentro de su contexto histórico y social mediante la actividad deductiva e inductiva” (2014, p. 40).

Los autores también hacen referencia a los diferentes tipos de investigación y niveles de investigación jurídica, factor concebido como la forma de asumir los

diferentes enfoques de interés, en donde se clasifican: la investigación jurídica-dogmática y la investigación Socio-jurídica (2014, p. 48).

De acuerdo a lo mencionado en el texto, esta investigación es de carácter Socio-jurídica, toda vez que se analizan las normas aplicadas frente la concepción del Derecho Innominado a Ser Tratado y su efectividad frente al mismo, e inclusive analizando su posición respecto a la Ley 1751 de 2015, en aplicación a dicho fenómeno, abordando lo Jurídico-comparativo, Jurídico-descriptivo, Jurídico-exploratorio y Jurídico-propositivo (2014, p. 50).

Por último, haciendo énfasis en la técnica de investigación documental se realizó mediante al análisis de fuentes bibliográficas y legislativas permitiendo así un conocimiento de los conceptos principales de la investigación (2014, p. 52).

Es importante, destacar que al ser una investigación de carácter cualitativo no tiene un carácter experimental, toda vez que, esta se basa en la interpretación de fuentes y no de un proceso que lleve al seguimiento de procedimientos científicos o un frecuente seguimiento y evaluación de un comportamiento social frente a un fenómeno en concreto.

5. DESCRIPCIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN.

5.1 CAPÍTULO I: PERCEPCIÓN HISTÓRICA E INFLUENCIA DE LOS TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES EN EL MUNDO Y EN COLOMBIA

5.1.1 ¿Qué es el derecho a la salud?

Para poder definir el derecho a la salud se hace necesario hacer un análisis del concepto de “salud” el cual ha tenido distintas transformaciones durante la historia, y con el tiempo ha tenido mayor relevancia respecto a diferentes aspectos, tales como, el estado físico, anímico y mental del ser humano, sin embargo, su mayor importancia recae propiamente en la existencia del ser humano, en su carácter vinculante respecto a la vida y la dignidad del ser humano.

Ahora bien, según la definición de Durkheim este se compone de las “normas y valores culturales que no necesariamente se exteriorizan y materializan”, es decir que, no es un simple fenómeno o hecho social, toda vez que, como uno inmaterial, ya que en muchos casos se hacía alusión al status social y prestigio de los médicos en las sociedades orientales del siglo XX, puesto que estos tenían crédito gracias a los primeros vestigios de la investigación de la salud hacia la utilización de las diversas ciencias en los siglos XVII y XVIII, y que pese a dichos avances el estar enfermo o sano era atribuido a la noción religiosa o mágica (Alcántara, 2008, p. 95)

Por otro lado, está la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1948) hace referencia que la salud es un estado de bienestar completo, esto es a nivel mental, físico y social, siendo entonces no solamente la definición de un estado material atribuido a la ausencia de afecciones físicas, sino a un estado de bienestar completo (Alcántara, 2008, p. 95), en consecuencia, viene la responsabilidad que el estado tiene en la protección de dicho derecho, así como también ese deber de brindar las herramientas propias de protección a

este siendo el “bienestar completo” un elemento intrínseco al ser humano e inherente a su existencia.

Es importante resaltar que uno de los primeros hechos que marcaron la historia en el reconocimiento de la salud como Derecho fundamental es “*la Constitución de la Organización Mundial de la Salud OMS, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional (Nueva York, junio de 1946), firmada el 22 de julio de 1946*”, la cual entró en vigor desde 1948, y establece el derecho a la salud como fundamental y que por lo tanto este debe tener una especial protección, sin distinción alguna de raza, religión o ideología política (Tabima, 2012, p. 110), este no solo es el primer concepto sobre el derecho a la salud como fundamental, sino que lo eleva a un rango mayor de protección y compromiso entre estados,

Lo anterior, ocasionaría que en virtud de la aplicación del bloque constitucional incidencias en el marco normativo de cada estado parte, toda vez que, al reconocer el Derecho a la Salud se hace necesario crear una estructura institucional que los ampare y la normatividad que lo garantice, de ahí la importancia de este pronunciamiento, no solo por tener un carácter vinculante sino por las incidencias futuras que este pronunciamiento tendría hasta nuestros días.

Pese a que la salud tiene una categoría de instrumento público a partir del concepto dado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), se eleva a rango de derecho fundamental siendo un reto para los estados parte, puesto que, al ratificar dicho acuerdo en mención, no sólo da lugar a las obligaciones mencionadas anteriormente, sino también da origen a la obligación de crear un sistema que pueda dar protección a dicho derecho.

Ahora bien, es importante mencionar, que la Organización Mundial de la Salud hace referencia que este derecho debe tener un “acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente”

(<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>, recuperado el 11 de septiembre de 2019) lo que nos lleva a un nuevo concepto correspondiente al de la interacción y ambivalencia que debe tener la prestación de “forma digna”, siendo esta concepción no solo de carácter constitucional ya mencionada, sino que esta debe proteger la dignidad del ser humano.

El derecho a la salud abarca dos conceptos (libertades y derechos), siendo la libertad el derecho de controlar el mismo esto es por ejemplo los derechos sexuales y reproductivos, y en cuanto los derechos es el acceso a un sistema de salud que ofrezca un disfrute máximo (<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>, recuperado el 11 de septiembre de 2019), estos se ven afectados en la actualidad por las condiciones sanitarias en las cuales se brinda, los recursos que los países invierten en su protección y la distribución equitativo de los mismos.

Para poder entender la magnitud y evolución del derecho de la salud se hace necesario hacer una breve descripción histórica sobre la evolución de este, como se ve reflejado en otras concepciones y la necesidad de protección propias del derecho a la salud, el papel del Derecho a la Seguridad en su desarrollo, la implementación de la experimentación con seres humanos, entre otros aspectos que ocasionaron su desarrollo hasta nuestros días.

5.1.2 Antecedentes Históricos del reconocimiento del Derecho a la Salud en el mundo

Con el reconocimiento de los derechos humanos a partir de la declaratoria del 10 de diciembre de 1948, a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas se adoptó esta declaración Universal de derechos humanos con base a la ilustración del Contrato Social Rousseau que buscaba *“una forma de asociación (...) en la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”* y que a pesar de la existencia de la de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no se contemplaban los derechos Sociales que hasta entonces sólo serían reconocidos después de la Segunda Guerra Mundial (Echeverry, 1986, p. 71).

La Segunda Guerra Mundial no solo es uno de los acontecimientos más importantes de la historia, sino que muestra las distintas problemáticas y falencias a nivel de reconocimiento de derechos humanos, es importante hacer énfasis en que la categoría de los derechos sociales nacen a partir de este evento histórico, por lo tanto no solo es importante reconocer este acontecimiento ya que el mismo es el nacimiento de diversas instituciones y mecanismos de protección a los derechos humanos.

Cabe resaltar que, hay otros precedentes como lo es, la revolución industrial de 1914, época que en la cual el aumento del capital se concentraba en las clases preponderantes y los obreros veían sus derechos vulnerados, lo que llevó a que surgieran diferentes, revoluciones proletarias que darían lugar al primer Estado obrero en la historia. (Echeverry, 1986, p. 77)

Tan solo a partir de este hecho histórico “la Segunda Guerra Mundial” se crean otros organismos tales como la OMS Organización Mundial de la salud Organización Mundial de la Salud OMS, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional (Nueva York, junio de 1946), firmada el 22 de julio de 1946, con entrada en vigencia en abril de 1948 con 61 estados miembro (Alcántara, 2008, p. 95), lo que marcó no solo la historia como uno de los momentos más importantes para la humanidad, puesto que esta institución haría énfasis en la

concepción del derecho a la salud como “fundamental”, creando la necesidad de una protección inmediata.

¿Por qué se creó la Organización Mundial de la Salud? , su principal fin era la el socorrer por parte de los estados aliados *“las poblaciones civiles que iban encontrando después de conquistar los territorios europeos tomados por las potencias del Eje, a través de la United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA), creada en 1943”* con la derrota de los nazis hubo un aumento desmesurado de los europeos quienes recurrieron a la (UNRRA) para que esta les prestara su ayuda incluyendo los servicios médicos (Cueto, Brown & Fee, 2011, p.132).

Por lo anterior, se realizará una breve descripción de los hechos históricos que también tuvieron incidencia en la evolución del Derecho a la Salud, los cuales son:

- **Orígenes de la Salud Internacional (1500 a 1800).**

Dentro del concepto del derecho a la salud, se incluye toda actividad relacionada a la prestación de servicios médicos prestada por instituciones y profesionales de dicho sector de los países privilegiados en países pobres de África, Asia y América Latina, este tipo de actividades tuvieron su origen en los siglos XVI y XVII, cuando las potencias coloniales establecieron las primeras clínicas en donde se prestaban servicios a quienes ostentaban su calidad de colonizadores y miembros de tripulaciones en los barcos, así mismo, el Servicio Médico Indú se considera como el primer organismo de salud internacional el cual fue creado inicialmente como un servicio médico militar (<https://saludpublica.mx/index.php/spm/article/view/5409/5683>, recuperado el 14 de marzo de 2022)

Por otro lado, si se tiene en cuenta su desarrollo dentro de los países asiáticos la evolución documentada acerca de la Salud se remonta a China, Japón y

Corea en el Siglo II a.c y el uso de la medicina musulmana en Europa durante la Edad Media y el Renacimiento. Por otro lado, se tiene como las primeras instituciones de salud en el siglo XIV , cuando los estados - ciudades del norte de Italia, establecieron Consejos de Salud Pública entre (1347-1351) para combatir la peste negra (<https://saludpublica.mx/index.php/spm/article/view/5409/5683>, recuperado el 14 de marzo de 2020).

- **Orígenes de las Organizaciones Internacionales de Salud.**

En este punto es importante resaltar que las instituciones de salud tienen su origen en la necesidad de crear un organismo para controlar las enfermedades y pandemias que tuvieron efectos adversos sobre la población y sobre el comercio, para ello se resaltan algunos eventos mencionados por el autor Octavio Gomez Dantes en su artículo La Evolución Internacional en el Siglo XX, los cuales se hará referencia a continuación:

- En 1851 se convocó la primera Conferencia Sanitaria Internacional, en la cual acudieron 12 países europeos principalmente para tratar temas relacionados con las endemias que para esa época estaban afectando la población europea como lo es el cólera entre otras enfermedades infecciosas, de acuerdo a lo mencionado durante 1851 - 1907 se convocaron otras conferencias internacionales.
- En 1907 las naciones participantes a dicha conferencia crearon La Oficina Internacional de Higiene Pública (OIHP), la cual tuvo sede en París poniendo a cargo de dicha institución el estudio de enfermedades endémicas, información e intercambio de información epidemiológica.
- Con posterioridad en 1902 se convocó a 11 países del Continente Americano a una Conferencia Internacional de Estados Americanos celebrada en Washington en donde se crearía La Organización Panamericana (OPS), la cual durante el siglo XIX impondría medidas

similares a las tomadas en Europa para combatir los efectos de las enfermedades infecciosas sobre el comercio.

Es importante mencionar que durante la época que antecede el siglo XX las instituciones tenían como fin solventar los efectos que las enfermedades tenían sobre el comercio y sobre el personal utilizado en las distintas guerras que se tuvieron lugar durante dicha época, por lo tanto, el concepto de salud estaba más enfocado a la protección de la economía y la estabilidad militar.

- **La Industrialización.**

Este evento tuvo lugar en el siglo XX en el cual hubo un cambio significativo del concepto de los medios de producción, teniendo en cuenta el aumento de los mismos, los cuales se duplicaron, y que por consecuencia generaron un fenómeno de desarrollo acelerado, lo cual hizo crecer a muchas economías emergentes. Sin embargo a causa de la manifestación de un capitalismo desmedido y gracias a la ausencia de regulación e implementación de normativas, se desconocían los derechos humanos y en consecuencia las personas perdían su valor, siendo considerados máquina más, no existía la seguridad social se trabaja hasta más de 16 horas al día, no se remuneran horas extra; no hay un organismo o sistema institucional que proteja a los más vulnerables, lo que por su puesto generó una problemática social y generaría la creación de diferentes movimientos obreros (Cabrera, 2013, p. 62).

Es importante, destacar que los índices de calidad de vida fueron afectados por dicho proceso y los trabajadores, incluyendo menores de edad se vieron afectados en su estado de salud, muchos fallecían a una edad temprana, otros a raíz de dicho proceso se encontraron en una situación de desprotección ya que estuvieron expuestos a riesgos laborales que les causaron grandes pérdidas funcionales y anatómicas.

Cabe resaltar, que el proceso de industrialización tuvo sus inicios a partir de 1780 la revolución industrial en Inglaterra, lo que generó una expansión acelerada de este proceso que se vería reflejado hacia la mitad del siglo XIX extendiéndose a países como Estados Unidos, Alemania y Japón consolidándolos como potencias. Así mismo, en consecuencia, al crecimiento económico para 1834 se crearía la *vigor Zollverein* (unión aduanera) lo que convirtió a Alemania en una zona libre de comercio con el fin de impulsar el nacionalismo y los crecientes grupos comerciales a través de la libre circulación de mercancías (Cabrera, 2013, p.62).

A pesar de los precedentes Alemania sería la pionera en la estructuración de la seguridad social y reconocimiento de derechos sociales, a través de la existencia del seguro de vejez y enfermedad en el año 1883, de esta manera nacen los primeros seguros sociales que luego serían retomados en la Constitución de Weimar y tendrían una mayor relevancia frente al desarrollo de Derecho a la Seguridad Social.

- **Aportes de Otto von Bismarck a la seguridad social.**

De acuerdo con el éxito de la izquierda y las ideas socialdemócratas implementadas por Alemania, el canciller Otto von Bismarck implementó en 1883 un Sistema de Seguros Sociales, el canciller afirmó que *“el Estado debe reconocer su misión de promover positivamente en el bienestar de todos los miembros de la sociedad, particularmente los más débiles y necesitados, utilizando los medios con los que dispone la colectividad”* (Encinales, 2018, p. 19)

En su obra Ángel Enrique Encinales Vanegas hace referencia a partir del discurso en Reichstag realizado por el canciller Bismarck, el 13 de noviembre de 1881, el parlamento alemán aprobó entre 1883 y 1889 la adopción de distintos seguros contra enfermedades, accidentes de trabajo, invalidez y vejez, entre los cuales están:

- La Ley de Seguro de Enfermedad sancionada el 15 de junio de 1883 siendo uno de las bases de seguros de enfermedades implementadas por la legislación alemana actualmente, el cual habla por primera vez de los aportes por parte del empleador y de los trabajadores al sistema de seguros.
- La Ley sobre Accidentes de Trabajo expedida en 1884, estableció que los empleadores debían cotizar obligatoriamente a las cajas para cubrir con la invalidez del trabajador afectado, así mismo, se establecieron unos porcentajes de renta, para el caso del trabajador el 66% de su salario, en caso de fallecimiento, la viuda tendría una renta sobre el 20% y respecto a sus hijos menores un 15% por cada uno. Conforme a la propuesta de Bismarck, estos serían unos aportes por capitalización a cargo únicamente del empleador, así mismo, conforme a la prevención dicha ley imponía unas inspecciones a las fábricas a fin de prevenir futuros accidentes.
- En 1889 se instituyó el primer sistema obligatorio de jubilación el cual solo cobijaba a los obreros que su salario no superará los 2000 marcos anuales, la cual se podía reclamar a los 70 años y su cuantía era proporcional al número de cotizaciones del asegurado; para 1899 este seguro se extendió para los trabajadores independientes.

Como se puede observar Bismarck es uno de los principales representantes de la institución de los sistemas de seguros sino también en el concepto del “estado de Bienestar”, así mismo, reconoce el papel en conjunto que tienen tanto los empleadores como los trabajadores en los distintos seguros haciéndolos solidariamente responsables por el financiamiento de la seguridad social, a su vez, hace responsable al Estado sobre la administración de dichos seguros obligándolo a crear una organización pública responsable de su funcionamiento.

Por otro lado, el canciller Bismarck hizo también hincapié en un concepto que con posterioridad tendrá un mayor desarrollo “mínimo vital” al otorgar una renta básica al momento de cumplir la edad para acceder al seguro de vejez, podría decirse que el sistema que Bismarck, es un modelo que con posterioridad tendría mayor cobertura pero que a la fecha conserva sus principios básicos.

- **La Constitución de Weimar**

Para el año de 1891 el papa León XIII, mediante su encíclica Rerum Novarum promueve la organización de los seguros sociales aplicados en Alemania lo cual es favorable para dicho país, toda vez que, el Estado comenzó a asumir responsabilidades públicas, con ello el estado tomó la responsabilidad de dicho modelo el cual se basaba en un sistema de seguros.

Para 1881 en Alemania se amplía el concepto de responsabilidad del estado en busca el bienestar colectivo denominado “bienestar social “ya que no solo el bienestar es de manera individual sino también de manera colectiva creando así un sistema de seguros sociales obligatorios, los cuales serían uno de los mecanismos de protección implementados por Colombia con posterioridad (López, 2010, p. 237).

Con posterioridad se expedirá la Constitución de Weimar la cual tuvo mayor protagonismo a raíz de la caída de la monarquía en noviembre de 1918 y las elecciones de la asamblea nacional en enero de 1919; dicha Carta Política se sanciona en el año 1919 siendo una de las pocas constituciones dirigida a los derechos sociales , impulsada por la socialdemocracia Alemana.(López, 2010, p. 230)

La Constitución de Weimar es uno de los ejemplares del constitucionalismo actual consagrando las disposiciones del derecho social asistencial cuyo objetivo es la protección de los derechos sociales en general, priorizando a los más desprotegidos garantizando su ejercicio y acceso (López, 2010, p. 233).

En conclusión, la Constitución de Weimar hace parte del desarrollo de la industrialización y todas las consecuencias que este trae para quienes hacían parte del sistema laboral, la república de Weimar nace en una época de posconflicto, haciéndose cargo de los despojos de la primera guerra mundial. Después, sería derrocada por el nazismo detonante de la segunda guerra mundial. La Constitución de Weimar es principio del constitucionalismo social es el nacimiento una república democrática como el primer Estado de trabajadores y campesinos.

Como se puede observar, si bien es cierto el Derecho a la Salud no estaba propiamente reconocido este se veía afectada a causa del desarrollo de la industrialización y todas aquellas consecuencias que de él se desprendían, entre las cuales estaba la violación de los Derechos laborales de los obreros y su bajas condiciones de vida digna las cuales se veían afectadas directamente por la desprotección del Derecho a la Salud, el cual se ve desarrollado a partir de la creación de un sistema de seguros sociales , siendo estos los primeros pronunciamientos y reconocimientos sobre la necesidad de implementar y reconocer el Derecho a la Seguridad Social, que como se había mencionado al principio de este capítulo tiene un vínculo estrecho con el Derecho a la Salud.

- **Aportes del sistema Inglés propuesto por William Beveridge al Sistema de Salud.**

A finales del siglo XIX en Inglaterra se empezó a legislar en materia de seguridad social , a través de la Ley de Indemnización de Trabajadores la cual se sancionó en 1897 con posterioridad tuvo una ampliación en cuanto su cobertura, luego se comenzaría a regir en 1912 el seguro sanitario obligatorio y en 1920 se reglamentaría el seguro de desocupación para algunas industrias, en 1925 nace la Ley que inició las pensiones contribuyentes para ancianos, viudas y huérfanos (Encinales, 2018, p. 21).

El 10 de junio de 1941 el sir William Beveridge creó una Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios afines, a fin de realizar un estudio de todos los aspectos relacionados con el Seguro Social, incluyendo las indemnizaciones de los trabajadores y proponer soluciones respecto a dichos aspectos. Entre las soluciones propuestas se puso a consideración que los trabajadores se hicieran cargo del seguro obligatorio a través de unas contribuciones por concepto de enfermedad, paro o jubilación; dentro del modelo de financiación propuesto se tenía como objeto que sus efectos fueran universales, los cuales no solo benefician a los contribuyentes sino a la comunidad en general, a fin de que el Estado dejara de su idea paternalista y pasará a ser un estado con responsabilidad social (Encinales, 2018, p. 21).

Para el desarrollo del sistema para la Seguridad Social en la Comisión mencionada se plantearon 3 principios fundamentales: El primero planteaba que cualquier plan propuesto en Gran Bretaña estuviera desligado de los intereses particulares que pudiesen surgir durante la implementación, el segundo principio tenía como fin presionar sobre el desarrollo de Gran Bretaña cuyo objeto era crear planes de desarrollo para la reconstrucción del Estado Postguerra, en donde la implementación de la seguridad social tendría un papel importante en desarrollo de un Estado Social, por último, está el tercer principio en cual hacía referencia al trabajo en conjunto entre el Estado y el Individuo respecto a la implementación del Sistema de Seguridad Social (Encinales, 2018, p. 21).

De acuerdo al modelo propuesto por Beveridge pone como pilar esa solidaridad de los aportes pasándolo de un sistema individual a uno colectivo, podría apreciarse que ese es el mayor aporte respecto al desarrollo de los sistemas de seguridad social y su desarrollo.

5.1.3 Evolución histórica del Derecho a la Seguridad Social en Colombia.

Los primeros pronunciamientos sobre la Seguridad Social en Colombia se reflejaron en el discurso Angostura en febrero de 1819 hecho por Simón Bolívar en el cual anunciaba los primeros temas sobre Seguridad Social al decir: “el sistema de gobierno más perfecto es el que comparta mayor cantidad de bienestar, de seguridad social y de estabilidad política”, refiriéndose así a la seguridad de los militares, es así como a partir del año 1927, con posterioridad, a para el año de 1843 se estableció a través de la Ley 9 de 1843 un fondo por solicitud de los militares , toda vez que, muchas familias quedaron desamparadas a raíz de los fallecimientos causados por los combates surtidos en la guerra de la independencia y posteriormente en las campañas del Libertador (Fortich , 2012, p.15 y 16)

Conforme a lo mencionado anteriormente, haciendo una breve descripción normativa se sancionaron distintos ordenamientos normativos, respecto al Sistema de Seguridad Social los cuales se desarrollaron entre 1905 al 1936 en cuyo ordenamiento se propone la protección de diferentes factores, tales como, la creación de diferentes sistemas de protección a la invalidez y la vejez (Fortich , 2012, p.17)

Frente a los efectos de la Segunda Guerra Mundial respecto a Colombia se instauran las mismas medidas alemanas mediante instituciones establecidas como organización social asistencial en Alemania respecto al fortalecimiento de los seguros de enfermedad, accidentes de trabajo e invalidez los cuales son obligatorios en Colombia, tanto los empleadores y el Estado deben hacer los aportes o las cuotas para pertenecer a este sistema. (López, 2010, p. 242)

Ahora bien, respecto a los sistemas de salud empezó a desarrollarse a partir de la necesidad de protección de la actividad industrial y profesional,

desarrollando así dentro del contexto de la “salubridad pública” y la “asistencia pública”, de esta forma hasta 1945 se crearía la Caja Nacional de Previsión del Sistema de Seguridad Social en Colombia, entre otras instituciones, entre las cuales se resalta Instituto Colombiano de Seguros Sociales - ICSS, creado en 1946 cuya entidad se encargaba de cubrir la seguridad social de los trabajadores del sector privado, en 1950 se sumaron a las instituciones de seguridad y previsión social las Cajas de Compensación familiar . Con el declive del Sistema Nacional de Salud entre finales de los años 60 y finales de los 80, el estado tuvo que tomar distintas medidas como lo es el desarrollo del Plan Nacional Hospitalario en 1969 y la organización formal del Sistema Nacional de Salud en 1975 (Fortich , 2012, p.18).

Sin embargo, solo se plantearía la necesidad de crear un sistema de salud con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales - ICSS en 1946 o también conocido como el Instituto del Seguro Social –ISS, con el fin de que la seguridad social tuviese un organismo de control y administración de los recursos a través de aportes. No obstante, con la constituyente de 1991 “se pasaría a ser un estado Social de Derecho”, lo que llevaría a elevar los Derechos Sociales, generando así un compromiso para el estado en la configuración normativa e institucional (Jimenez,2009, p.110).

Es importante mencionar que, de acuerdo con la Constitución de 1886, no había una norma encaminada a garantizar la Seguridad Social, tan solo en el artículo 19 de la mencionada Carta Política se hacía alusión hacia la protección de las personas incapacitadas para trabajar garantizando una asistencia pública, así las cosas, hasta ese entonces Colombia era un Estado de Derecho; de esta forma tan solo con la expedición de la Constitución de 1991, se desarrollaría el Estado Social del Derecho, lo que evidencia con la necesidad de regular y reconocer los Derechos Sociales.

Por otro lado, cabe resaltar que de conformidad con el artículo 93 de la Constitución política de 1991 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (Dueñas,2012,p.11) es decir eleva a los tratados internacionales al Bloque de Constitucionalidad. Por lo tanto, dicha disposición hace que haya una prevalencia en acatar los principios del Derecho Internacional Humanitario consagrados en los convenios de Ginebra y en sus Protocolos, teniendo fuerza vinculante.

Así mismo, la carta política también eleva a rango constitucional el derecho a la seguridad social en su artículo 48, en donde se entiende que este es un servicio público, bajo la dirección y control del estado, reconociendo el derecho a la salud dentro del conjunto que contempla la seguridad social (Dueñas,2012,p.11).

Esto lleva a plantear la siguiente pregunta ¿Cuál es la importancia de la Constitución de 1991, respecto al desarrollo de la Seguridad Social en Colombia?, como se había mencionado anteriormente, con esta constitución se establece en Colombia el Estado Social de Derecho, su importancia radica en que se establece la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable y universal (Mejia, Grajales y Gaviria, 2011. p 41).

Asimismo, dicho ordenamiento permitió un desarrollo jurisprudencial que empezó a evidenciar la necesidad de extender el Derecho a la Seguridad Social el cual tiene una relación directa con el desarrollo del derecho a la salud, al mínimo vital y el amparo del derecho a la vida, así como también, conceder mesadas pensionales y el desarrollo de los riesgos laborales (Mejia, Grajales y Gaviria, 2011. p. 42).

5.1.4 Evolución de los tratamientos experimentales con seres humanos en el mundo.

Los tratamientos experimentales con seres humanos son una de las muestras de la violación a los derechos humanos en el mundo, pero indudablemente son también considerados como uno de los mecanismos por los cuales se obtienen los más importantes avances científicos que proporcionaron a la humanidad la posibilidad de tratar diversas enfermedades y en consecuencia amparar el Derecho a la Salud.

Para poder determinar los orígenes de los tratamientos médicos experimentales es necesario abarcar ciertos conceptos, inicialmente dar respuesta a ¿qué es un tratamiento médico experimental?, en primer lugar partiendo de la definición de la palabra Tratamiento, este *“se refiere no sólo a un medicamento sino que también incluye otro tipo de intervenciones (o maniobras) tales como un procedimiento quirúrgico, una medida preventiva (o profiláctica), un programa educativo, un régimen dietético, etcétera”*(Calva,2000, p.349), así mismo, de acuerdo con la definición de la Academia Real Española RAE define que este concepto hace referencia a *“Método científico de investigación, basado en la provocación y estudio de los fenómenos”* (<https://dle.rae.es/experimentaci%C3%B3n>, recuperado el 15 de diciembre de 2021), así las cosas, de acuerdo a los conceptos citados podríamos definir que los tratamientos médicos experimentales, son aquellos procedimientos con fines médicos que se desarrollan mediante un proceso de investigación, lo cual requiere un control y un seguimiento propio de la investigación bajo un estudio clínico experimental.

Ahora bien, teniendo claro los conceptos es importante mencionar la experimentación con seres humanos ha tenido gran incidencia en la historia siendo protagonista de diferentes polémicas frente al manejo de la

investigación y la forma como esta se realiza; por lo tanto se hace necesario tener un control, el cual surge a finales del siglo XIX y los inicios del siglo XX con los efectos que traería la II Guerra Mundial con respecto a los experimentos realizados con judíos, prisioneros de guerra y militares que aunque en algunos casos eran con consentimiento no tuvieron manejos apropiados en el transcurso de los estudios científicos (Prieto,2011,p.100).

Sin embargo, con anterioridad a dicho hecho histórico, estos eran desarrollados a través de un método experimental en Biología se inician en las escuelas de Alejandría y de Atenas en los siglos III y IV a. C , con posterioridad François Magendie quien fundó en 1830 el primer laboratorio de fisiología de Francia, así como también sus aportes a la farmacología a través del reduccionismo metodológico y Claude Bernard quien se destaca como el fundador de la medicina experimental y quien fundó la fisiología contemporánea (Vega,2004,p..03).

Adicionalmente se resalta otros eventos que fueron importantes para la el método de experimental en el siglo XX con seres humanos, tales como, la introducción del término “ensayo clínico” en 1931, el término “placebo” en 1938 y el primer ensayo clínico “controlado y aleatorizado” ejecutado el 1946 (Vega,2004,p..03), estos términos son el desarrollo de la experimentación con seres humanos, partiendo desde la ejecución de los ensayos clínicos y su respectivo seguimiento a través de registros, requiriendo así de un adecuado control.

Es importante resaltar que la Experimentación con seres humanos, tiene una mayor relevancia en el siglo XX, en donde se evidencio que en la práctica de dichos procedimientos se vulneraron diversos derechos, tales como, la vida, la dignidad y la salud en nombre de la ciencia. A manera de ejemplo está:

“la Alemania del Tercer Reich, donde se realizaron numerosas experiencias pseudo médicas: ablación de músculos, castración y esterilización, inoculación de enfermedades, formación de llagas infectadas, quemaduras por aplicación de fósforo, observación directa de la muerte del corazón, introducción de las personas en una bañera llena de hielo para controlar los efectos fisiológicos del frío, o en una cámara de baja presión, para determinar los límites de la resistencia humana en alturas extremas. Estos «experimentos» impulsaron la redacción de una serie de códigos internacionales que regulan este campo de la investigación” (Vega,2004,p.03)

Teniendo en cuenta lo citado, estos eventos serían el objeto por el cual se regulará el ejercicio de los procedimientos experimentales con seres humanos a través de la Bioética.

De esta manera acudiendo a un recuento histórico en la legislación Alemana se tenía contemplado el consentimiento informado desde 1931 y en Estados Unidos desde 1935 , adicionalmente se han venido realizando la experimentación formal con seres humanos reflejando notoriamente diferentes abusos sobre todo con la población más desprotegida y dando una cabida en el conflicto generado tras La Segunda Guerra mundial , lo que dio lugar a la necesidad de crear el Código de Núremberg en 1947 que sería el primer documento que contemplaría la protección de la integridad de quienes participaban en los experimentos (Prieto,2011,p.103).

Es importante resaltar, que el Código de Núremberg, reconoce la existencia de los crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, introduce el concepto del consentimiento frente a la práctica y participación de tratamientos experimentales. También se resalta la introducción de concepto "*primum non nocere*", lo que traduce "lo primero es no hacer daño", de esta manera se reconoce la protección del individuo independientemente de los efectos que estos tengan respecto a los fines generales de la ciencia y de sociedad, de esta forma se introducen 10 principios, entre los cuales se resaltan los siguientes:

1. La necesidad absoluta del consentimiento informado y el derecho del sujeto a retirarse de la participación en la experimentación.
2. La relación médico-paciente siempre ha estado basada en la confianza.
3. Los sujetos tienen derecho a protegerse ellos mismos del mejor modo posible.
4. El deber del médico de informar al sujeto de experimentación acerca de los efectos, incidencias y posibles causas del tratamiento experimental.

Este código tiene una relación directa respecto al juramento hipocrático del médico y el ejercicio ético de la profesión, así mismo, este documento es la causa de otros pronunciamientos sobre la bioética como lo son:

“ la primera Declaración de Helsinki de 1964 (revisada en Tokio,1975; Venecia, 1983 y Hong Kong,1989), el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1976, el Informe Belmont de 1978, las Recomendaciones internacionales propuestas para la experimentación biomédica en seres humanos de 1982.El Código es la base del International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, que es la más reciente guía promulgada por la O. M. S. y el Council for International Organizations of Medical Sciences (1993)”(Ferrer y Pastor,1999,p.106).

Teniendo en cuenta, que 1964 la Asociación Médica Mundial, en Helsinki promulgó la Declaración de Helsinki se puede observar que en dicha declaración se ven reflejados 3 concepciones la investigación médica, la asistencia profesional, la exploración biomédica no terapéutica (cuya finalidad es establecer pautas de la profesión ética de los médicos) y la revisión de protocolos por parte de un comité independiente de los investigadores (Prieto,2011,p..111).

Así mismo, se hace necesario resaltar que el Informe Belmont de 1978 elaborada por una comisión nombrada por el Congreso Norteamericano, se definen otros principios respecto a la investigación con seres humanos, tales como, el respeto por las personas, la beneficencia y justicia, e introduciendo

el respeto por la autonomía, en donde se hace referencia a la capacidad de decidir sobre la participación en el procedimiento (Vega,2004,p..03).

No obstante, a lo anterior a partir de 1966 se anunciaron otras arbitrariedades cometidas como, por ejemplo el caso del Hospital Judío de Enfermedades crónicas en Brooklyn, al inyectar a 22 ancianos una cantidad de células cancerosas sin su consentimiento y otros estudios realizados con niños en 1956 en donde se reflejaba la necesidad del control frente los protocolos establecidos. (Prieto,2011,p..111)

conforme a lo citado anteriormente , se tuvo que incorporar otros pronunciamientos como lo es la Promulgación de la Buena Práctica Clínica del ICH de 1996 promovido por el Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas CIOMS, este documento tiene gran relevancia para la bioética, toda vez que, este tiene como fin de establecer un reglamento ,en donde se evalúe los alcances de estos estudios y sus incidencias al calificar la proporción del riesgo favorable con respecto al beneficio y a su vez un análisis de la incidencia del consentimiento informado, siendo este una declaración de la voluntad de quien manifiesta ser objeto de estudio el cual no debe estar viciado por la coerción. (Prieto,2011,p.101).

Entre los países que incorporaron a sus legislación el control, frente a la emisión de medicamentos en el proceso de investigación y producción de fármacos, está EE.UU quien en 1938 incorporó en su legislación los primeros controles a la fabricación de medicamentos a través de un control realizado por la FDA “Food and Drug Administration”, entidad encargada de la supervisión, avalar la seguridad y eficacia de los mismos, así mismo se encarga de ordenar la realización del consentimiento informado. Por su parte Europa ha desarrollado legislaciones relacionadas con la bioética desde 1965 con el fin de armonizar el derecho respecto a la implementación de directivas y recomendaciones referentes a medicamentos, en donde hasta los años 60

exige la seguridad del fármaco, pero no se reclamaba su eficacia; tan sólo a partir del caso de la talidomida va a dar lugar muy importante a la exigencia de la seguridad y eficacia demostrada con los ensayos clínicos demostrados (Vega,2004,p..05).

Para el caso de Colombia se han hecho diferentes gestiones para que el control frente a los estudios realizados con seres humanos estén acuerdo con los principios bioéticos por medio de la resolución 008430 de 1993 expedida por el ministerio de salud estableciendo parámetros normativos con respecto a las técnicas y administración en la investigación en la salud entre los comités y los comportamientos de los investigadores.

Existen instituciones que hacen este proceso de control como por ejemplo La Fundación Santa Fe de Bogotá desde 1972, partiendo desde la creación de un Comité de Credenciales, Ética Médica y conducta profesional el CEI con SH, luego se crearía el centro de Humanismo y Bioética para el 2009, y en el 2010 se firma un compromiso de cooperación con la Organización Panamericana de la Salud (OPS). (Prieto,20,p.103).

Con referencia a este control, se ha hecho énfasis en la revisión del consentimiento informado desde el 1994 por medio de la revisión de la autonomía del sujeto en quien se realizan estos estudios , lo que a su vez daría origen a la Resolución 3823 de 1997 creando la Comisión Asesora de Ciencia y Tecnología del ministerio de Salud que facultaba por el INVIMA , posteriormente se adoptarán políticas de control por medio de las Guías de Buenas Prácticas Clínicas para el 2002 y se iniciaría el proceso de independización desde el 2007 (Prieto,20,p. 103).

5.1.5 Evolución y aportes de la Bioética.

Las primeras éticas naturalistas aparecen referenciadas en el código de Hammurabi en (1948 AC), hay otros libros sagrados que hacen mención al

concepto de la bioética , tales como, las leyes médicas de Babilonia, China e India y el juramento Hipocrático (siglo 5 AC) , en los Diálogos de Platón y en la Oración de Maimonides, no obstante , el libro que trata este tema en concreto de ética médica aparece tan solo en 1803, escrito por Thomas Percival quien escribe el texto denominado Medical Ethics el cual enuncia la objetividad moral de la conciencia del médico, con posterioridad se multiplicaron las investigaciones y congresos relativos a la actividad médica y las normas éticas sobre su ejercicio con preferencia en países como EE.UU, Inglaterra y Bélgica(Junceda,1994,p. 117).

Según la estructura etimológica se deriva de la palabra Bioética desde Grecia en donde bio (vida) y Ethos (moral) así las cosas la bioética es la moral de la vida (Thevenot, 1990) Para Drame es un estudio sistemático de la conducta moral respecto a cuestiones éticas generalizadas, en donde inicialmente se hacía alusión a la relación directa entre la ética de la investigación y la ética clínica , con posterioridad este concepto se amplió incluyendo otros conceptos como la biociencia, bienestar de los animales y conservación del medio ambiente” (1998, p. 304), dicho concepto ha tenido distintos cambios respecto a los avances tecnológicos y la inclusión de nuevos procedimientos médicos, entre los cuales esta los trasplantes de órganos e intervenciones quirúrgicas y en consecuencia la investigación con seres humanos.

La bioética ha tenido un desarrollo en tres fases “la ética de la investigación, ética clínica , bienestar de los animales y conservación del medio ambiente” cada una de estas se enfatiza en la protección de los derechos fundamentales, de quien cumple o desarrolla el papel de sujeto de experimentación , atado a los diferentes tipos de exploración, teniendo en cuenta que cada individuo es una unidad distinta y al realizar un tratamiento terapéutico necesariamente va ser objeto de experimentación ,dado que en cada persona una tratamiento tiene una aplicación diferente dependiendo si es terapéutica y la no terapéutica (Castillo,Aguero,Cabrera & Alonso,2003,p.2).

De esta forma, la experimentación con nuevos medicamentos busca que se prive de un medicamento o se aplique, ejemplo de los nuevos experimentos es el uso de placebos en donde al aplicarse como reemplazo del tratamiento siendo una forma de verificar la existencia de un engaño, de lo contrario se trata de una investigación no terapéutica, la cual sólo podrá realizarse bajo las siguientes condiciones: “*Consentimiento libre por el sujeto, no exposición del valor de la vida, proporción entre el posible daño y el bien que se pretende y la posibilidad de interrumpir el experimento cuando se solicite*” (Castillo,Aguero,Cabrera & Alonso,2003,p..2)

Por otro lado, la bioética ha tenido un desarrollo en tres fases “*la ética de la investigación, ética clínica , bienestar de los animales y conservación del medio ambiente*” cada una de estas se enfatiza en la protección de los derechos fundamentales de quien cumple o desarrolla el papel de sujeto de experimentación , el cual está atado a los diferentes tipos de exploración teniendo en cuenta que cada individuo es una unidad distinta y al realizar un tratamiento terapéutico necesariamente va ser objeto de experimentación, dado que en cada persona una tratamiento tiene una aplicación diferente dependiendo si es terapéutica y la no terapéutica (Castillo,Aguero,Cabrera Villalobos & Montes,2003,p..4).

Estos procedimientos están vinculados directamente a los sistemas de procesos biológicos, psíquicos y todas aquellas relaciones que forman parte de la actividad humana. Por otro lado, el acceso a tecnologías no solo fomenta el avance de ciencias aplicadas, también causa un uso adecuado para el manejo de estas enfermedades, siendo herramientas fundamentales para el desarrollo de servicios de prestación en salud, actualmente los países que cuentan con estos recursos son Estados Unidos, Japón y Europa. (Castillo,Aguero,Cabrera & Alonso,2003,p..7)

Lo anterior, evidencia que al privar el acceso a tecnologías y nuevos avances médicos da como resultado la vulneración del derecho fundamental de la salud frente a estímulos industria Biológica médico-farmacéutica, las repercusiones éticas del programa del genoma humano y la obtención de patentes con modificaciones pequeñas en la composición de los medicamentos. De esta forma, se encuentra un conflicto en la aplicación de medidas como el consentimiento informado, la confidencialidad y la identificación de consecuencias genéticas en enfermedades incurables. (Castillo, Agüero, Cabrera & Alonso,2003, p.5)

5.1.6 Elementos de responsabilidad médica sobre la administración de tratamientos experimentales.

Para llegar a una comprensión de la responsabilidad médica se hace necesario reconocer los elementos de responsabilidad penal, en donde elementos como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, el hecho de que ningún elemento de estos se encuentre presente no podrá reconocerse la responsabilidad penal como tal. Por tanto, hace necesario recurrir a analizar cada uno de estos conceptos que nos llevan a reconocer la conducta:

La tipicidad, tiene que ver con una concordancia entre la conducta descrita y la norma vigente, es importante tener en cuenta que en el caso de la medicina hay dos tipos de responsabilidades la de resultado y la que no lo es, la de resultado tiene que ver con la los cirujanos plásticos los cuales se miden por sus resultados frente al paciente. Por otro lado, está la de riesgo en donde el médico debe velar por la integridad del paciente, esta tipicidad debe darse en torno a estos dos factores, los cuales deben identificarse y apartar de la especialidad del paciente. (Franco,1998,p.2)

La antijurídica, tiene que ver con la conducta que lleva al paciente a correr un peligro o generarle necesariamente lesiones y la culpabilidad sujeta a la responsabilidad objetiva. Al existir una culpabilidad hay una representación

mental del hecho, lo que se reconoce como elemento subjetivo. Uno de los elementos más importantes es el consentimiento lo que implica, entrar a una responsabilidad penal es el consentimiento, en donde la sanción se ve enfrentada a dos eventos: (1) Si el médico actúa en contra de la voluntad del paciente o de las personas encargadas en tomar decisiones por él, (2) En caso de haber un daño en el paciente sobreviviente o fallecimiento por falta de previsión. (Franco, 1998, p.3)

Así mismo, se hace necesario aclarar que este consentimiento puede acabar cuando el paciente lo requiera, lo que resultaría ser un acuerdo de voluntades. “Por el aspecto negativo, la falta de consentimiento o la manifestación expresa del enfermo en el sentido de no otorgarlo, genera el límite hasta dónde puede llegar la decisión médica. Transgredir ese límite coloca al profesional de la salud en terreno movedizo porque nadie puede actuar en contra de la voluntad de la otra persona, cuando se trata de sus intereses.” (Franco, 1998, p.3).

¿Pero cómo exigirle a un sistema, que se encuentra en decadencia y que adicionalmente, se encuentra en crisis, principalmente a falta de médicos especialistas?, cabe aclarar que el sistema de salud no solo está afectado a falta de un sistema fortalecido no solo en planta física, sino lo más importante en el personal adecuado. Lastimosamente, se ha observado que han aumentado estas cifras, sino que es un tema que quedó en el olvido, ya que de cierta manera tiene efectos Erga Omnes y afecta a toda la población en sí.

5.2 CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

5.2.1 Análisis de la Sentencia T 760 DE 2008 para declarar el derecho a la salud como fundamental.

Es importante mencionar como precedente jurisprudencial y como uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional más influyentes respecto al

concepto del Derecho a la Salud la Sentencia T-760 de 2008 considerada como fundamental o hito se reconocería el derecho a la salud como fundamental, en esta se reúne un promedio de 22 tutelas en donde el tribunal se pronuncia ante los desmesurados costos generados por la adjudicación del derecho a la salud. Por ende la corte reconoció que los jueces y los tribunales no son el medio idóneo para resolver conflictos surgidos por faltas institucionales al interior del sistema de salud (SentT-760 de 2008,Mp.: Manuel José Cepeda Espinosa).

Es importante mencionar que en la sentencia hito se estima por primera vez el concepto del Derecho a la Salud como fundamental, ya que se observa que de conformidad con los índices estadísticos un aumento desmesurado en la solicitud de amparo del Derecho a la salud, en donde se observa que en el 2008 se fallaron 142,957 tutelas en Colombia, para el periodo comprendido entre el 2007 - 2008 el crecimiento de las acciones fue de 48,56%, en el periodo 2008-2009 cayó a -6,29%. Y tan solo en el 2008 la tutela frente al derecho de la salud, tuvo una participación del 41,50% del total de tutelas falladas en Colombia en 2009 fue solo del 27,1%. (SentT-760 de 2008,Mp.: Manuel José Cepeda Espinosa).

En la sentencia T-760 de 2008 no solo se observa el aumento desmesurado de acciones de tutela reclamando el amparo al Derecho a la Salud, sino que es una puesta en escena de la situación precaria de control frente a los mecanismos de protección y administración del sistema. En el pronunciamiento de la corte mencionado, no solo se limitó a un estudio particular de cada caso sino que se evidencio la falta de regulación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) , las cuales omitieron sus deberes constitucionales y a su vez se evidencio que el Derecho a la Salud, no solo constituye un elemento intrínseco a la vida, ya que por lo contrario el Derecho a la Salud tenía todas las características fundamentales para considerar que

este es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo, además la corte hace referencia a los deberes legales del estado referente a los ciudadanos y hace una observación general del Comité de Derechos Económicos y Culturales No. 14 de la ONU.

En consecuencia, la Corte impartió órdenes relacionadas a las 22 acciones de tutela estudiadas en donde no solo atribuyó la responsabilidad a las EPS, sino que también al Ministerio de Protección Social y los organismos de supervisión y regulación de la salud, lo cual generaría no solo unos pronunciamientos legislativos para una ampliación de un Plan de Beneficio (POS) siendo este uno de los precedentes más importantes en materia de Salud en Colombia.

5.2.2 Desarrollo normativo del Derecho a la Salud

De conformidad con lo expuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991 es importante mencionar que el Derecho a la Salud no hubiese tenido una evolución social sin el reconocimiento del Derecho Fundamental a la Seguridad Social, toda vez que, para su desarrollo y aplicación efectiva este permite una implementación de políticas encaminadas a la obtención de recursos por parte del Estado para su materialización, razón por la cual se creó la Ley 100 de 1993 “ *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, la cual tiene por objeto regular la seguridad social a través de la creación de tres sistemas (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales).

No obstante, a lo mencionado dicha norma tendría algunos retos frente a la efectividad del acceso a los servicios de salud, toda vez que, esta no emplearía

en su totalidad todos mecanismos necesarios para garantizar el Derecho a la Salud de los pacientes, ya que de conformidad artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y de acuerdo al desarrollo del Plan Obligatorio de Salud (POS) tanto en el régimen contributivo como el subsidiado, se generaría la restricción de algunos medicamentos y de todos aquellos tratamientos médicos experimentales.

De acuerdo a dichas restricción y a fin de garantizar el Derecho a la Salud , se creó la Ley 1751 de 2015 “ *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”, a través de la cual se hace una reforma frente al acceso de medicamentos y tratamientos que estaban determinados por el POS , pero que excluye en su artículo 15 la destinación de recursos públicos a aquellos servicios y tecnologías que estén en fase de experimentación es decir que no contarán con ninguna cobertura que cubre o mitigue los gastos que estos tratamientos generan; lo cual refleja no solo que por parte del estado no se ha hecho una buena implementación de políticas públicas con relación a la Salud, sino que al no otorgar un financiamiento a quienes requieren de un Tratamiento Experimental para tratar sus patologías se estarían vulnerando el derecho a la salud de quienes requieren de estos tratamientos experimentales.

5.2.3 Análisis de la Ley 100 de 1993 como factor fundamental.

En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991 se organizó el Sistema de Salud Social Integral SSSI se creó la Ley 100 de 1993, tiene como objetivo primordial dar a los individuos y a las familias cierto grado de seguridad respecto a la existencia de un menoscabo significativo a raíz de una contingencia social o económica garantizando; así mismo pretende ser un mecanismo que humaniza las relaciones entre los

individuos garantizando la estabilidad social y política, creando así los tres sistemas que componen la Seguridad Social en Colombia “pensión, salud y riesgos laborales”, así las cosas frente a la mencionada norma se resaltan los siguientes aspectos más relevantes:

- A. Otorga la Dirección, coordinación y control del Sistema de Salud al Estado tal y como lo estipula el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Frente al presente aspecto, *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”* (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 49), con relación a la cita mencionada la Ley 100 de 1993 crea distintas Instituciones y organismos de control, tales como, las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios en Salud (IPS).

En este sentido, las Empresas Promotoras de Salud (EPS), son aquellas entidades responsables de la afiliación, registro de los afiliados y la realización de los recaudos de sus cotizaciones, ¿cuáles son las funciones principales de las (EPS)? Estas tienen como fin garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS a todos los grupos de población tanto los pertenecientes al régimen contributivo como al subsidiado en todo el territorio nacional, de tal manera que éstos garanticen a su vez el acceso a Instituciones Prestadoras de Salud con los cuales exista una relación contractual, a través de contratos o convenios para la prestación del servicio en determinados territorios del país. Así mismo, dichos entes deben girar aquellos valores correspondientes a las cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de por capitalización (UPC) al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Las (UPC) mencionadas en el párrafo anterior corresponden a una la siguiente definición:

“ valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado. La UPC-Subsidiada, UPC-S, es el valor reconocido para cubrir el POS subsidiado y también es referida como UPC plena o subsidio pleno. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES y hoy en día, el Acuerdo N° 19 de 2010 .” (https://www.minsalud.gov.co/salud/P.inas/UPC_S.aspx recuperada el 24 de noviembre de 2021).

Otro de los aspectos más relevantes es la creación de dos tipos de afiliación al sistema general de seguridad social en salud, tales como, la afiliación al régimen contributivo y afiliación al régimen subsidiado, en donde dentro del sistema coexisten dos sistemas para su financiamiento y administración, a través del régimen contributivo y subsidiado los cuales están vinculados mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías, toda vez que en dicho fondo se encuentran los recursos destinados para la administración del sistema de salud en cabeza del Ministerio de Protección Social, así las cosas, se hace necesario definir el papel de cada uno de estos sistemas y como la Ley 100 de 1993 los regula, los cuales se describen a continuación:

- Régimen contributivo.

De acuerdo al concepto del Ministerio de Salud define que el Régimen contributivo, es aquel sistema que rige la vinculación de los ciudadanos y sus familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la obligación de realizar un aporte a través de una cotización, el cual se considera como un aporte económico aportado tanto por el trabajador como el empleador, dicho régimen abarca obligatoriamente a las personas vinculadas

a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, los jubilados y los trabajadores independientes.

Cabe aclarar que, la base de cotización para servidores públicos es distinta , así lo estipula el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 "Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones" el cual indica que la base de cotización estará constituido por los siguientes factores *“(a) La asignación básica mensual;(b) Los gastos de representación; (C) La prima técnica, cuando ésta sea factor de salario; (d) La remuneración por trabajo dominical o festivo; (e) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y (f)La bonificación por servicios.”*

Los recursos económicos recaudados a través de las cotizaciones mencionadas anteriormente son recaudadas a través de la EPS por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantías, descontando las unidades por capitalización UPC , valores fijados para el plan de salud obligatorio, la diferencia obtenida se trasladará al Fondo de Solidaridad y Garantías , en caso de que los valores UPC sean mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantías cancelara la diferencia obtenida a la entidad promotora de salud.

- Régimen Subsidiado

De acuerdo al concepto del Ministerio de Salud, el régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social , a través de un aporte de cotización subsidiada total o parcialmente a través de los recursos fiscales o de solidaridad, su objetivo es financiar o amparar a aquellos grupos poblacionales que sean

vulnerables, se encuentren de la población con índices de pobreza o aquellos que no tengan la capacidad de aportar una cotización.

En virtud del factor de competencia este régimen se aplicara de forma descentralizada, es decir que los entes territoriales a nivel municipal, distrital y departamental deberán ser los encargados del proceso de identificación y afiliación de la población que cumple con los requisitos para acceder al Régimen Subsidiado, así mismo, serán los encargados de la inversión, contratación y seguimiento de la debida administración de los recursos destinados a financiar dicho régimen.

¿Cuáles son los factores que determinan el amparo al Régimen subsidiado en Salud? los factores a tener en cuenta son los siguientes:

- La clasificación de la población que se encuentra dentro de los índices de condiciones de pobreza.
- No tener la capacidad para realizar los aportes al Sistema de Salud.

Lo anterior, tiene como fin dar cumplimiento a ese principio de la seguridad social de Universalidad, es decir que todos los ciudadanos deben estar dentro del Sistema de Salud, en cualquiera de los regímenes mencionados, al igual que el Régimen Contributivo el usuario se le asignará una EPS determinada para la prestación de servicios de salud.

B. Plan de Beneficios POS (procedimientos, medicamentos e insumos y dispositivos).

De acuerdo a la definición realizada por el Ministerio de Salud, es un paquete de servicios médicos correspondientes a procedimientos, medicamentos e

insumos y dispositivos, cuya disponibilidad depende del régimen al cual el afiliado pertenezca, es decir que existe un listado de servicios distinto para el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, así mismo, de acuerdo con el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, el cual estipula que “ *Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan*”.

En el mencionado artículo, se indica que para aquellas personas afiliadas a través del Régimen Contributivo el POS será el contemplado por el Decreto-Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, así mismo, el usuario deberá realizar el pago de las cuotas moderadoras. A su vez el artículo mencionado hace referencia que para aquellas personas pertenecientes al Régimen Subsidiado, su plan contempla los servicios de primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad por capitalización del sistema contributivo, los servicios de segundo y tercer nivel se implementarán progresivamente conforme a los aportes realizados con anterioridad.

Ahora bien, la evolución del Plan obligatorio de Salud (POS), ha venido teniendo , cambios drásticos en su aplicación desde la sanción de la Ley 100 de 1993 hasta la Ley 1751 de 2015, en donde se ha buscado no solamente ampliar su cobertura, sino que con el fin de dar cumplimiento a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia 760 de 2008, en atención del principio de equidad, se ha buscado la Unificación del Plan Obligatorio de Salud, para ello se han expedido distintas reglamentaciones , tales como:

1. El Acuerdo 04 de 2009: El cual unifica el POS para los niños de 0 a 12 años.

2. Acuerdo 011 de 2010: El cual unifica el POS para los niños y adolescentes menores de 18 años.
3. Acuerdo 027 de 2011: El cual unifica el POS para los adultos de 60 y más años.
4. Acuerdo 032 de 2012: El cual unifica el POS para los adultos entre 18 y 59 años.

Sin embargo, es importante mencionar que una de las barreras que el POS tenía frente al goce efectivo al Derecho Fundamental a la Salud era la limitación de algunos medicamentos, tecnologías e implementos y tratamientos considerados como experimentales , lo cual no solo generaba, que no se pudiese acceder a dichos servicios sino la frecuente intervención de los jueces a través de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, en donde se podía evidenciar la inequidad en el acceso a medicamentos y tratamientos esenciales para garantizar dicho derecho.

- Administración de los recursos económicos destinados para la financiación del Sistema de Salud a través de la ADRES - Administradora de los Recursos del SGSS y el Fondo de Salvamento y Garantías para el sector de salud Fonsaet.

La Administración de los recursos económicos destinados para la financiación del Sistema de Salud a través de la ADRES es un organismo cuyo objeto tiene administrar todos aquellos recursos enunciados dentro del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, el cual estipula a grandes rasgos que

“ se le encarga de la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud del componente de subsidios a la demanda de propiedad de las entidades territoriales, Las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), Los recursos correspondientes al monto de las Cajas de Compensación Familiar, Los recursos del Presupuesto General de la Nación asignados para garantizar la universalización de la cobertura y la unificación de los

planes de beneficios, Los recursos correspondientes a la contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), Aportes adicionales realizados por los afiliados , cotizaciones de los afiliados a los regímenes especiales , intereses de mora por extemporáneo en las cotizaciones, entre otros recursos que hacen parte de unidad de caja en el fondo ”.

Así mismo, dicha entidad tendrá a su cargo la administración de los recursos los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), dándole autonomía para efectuar el reconocimiento y por capitalización necesarios para el aseguramiento de los recursos destinados para la administración del Sistema de Salud; de esta forma, el ADRES deberá ser la entidad encargada de realizar los giros directos de los recursos a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías de la salud.

5.2.4 Análisis de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago o por Capitalización (PBSUPC), en la Ley 1751 del 2015 como desarrollo y reconocimiento del Derecho Fundamental a la Salud.

Como ya se había mencionado a lo largo del presente capítulo la Sentencia 760 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa , uno de los aspectos más importantes planteado en dicha sentencia es la necesidad de Reconocimiento del Derecho Fundamental a la Salud , así como también la necesidad de regular en condiciones de equidad superando así las barreras iniciales del sistema, como lo es el acceso a tratamientos médicos y medicamentos, es así como tan solo con la sanción de la Ley 1751 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones “de naturaleza Estatutaria se pretende regular el Derecho Fundamental a la Salud la cual pretende regular el acceso al Derecho a la Salud.

Ahora bien, conforme a la Ley mencionada se plantea en su artículo 2 que para su implementación deberán adoptar políticas para “asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas”, así las cosas, se puede observar que lo que se busca es ampliar el Derecho a la Salud a fin de garantizar su ejercicio.

De acuerdo con su artículo 3 es uno de los más importantes de la presente ley, toda vez que, se pretende vincular a “todos los agentes”, es decir que aquí se pretende que terceros como instituciones prestadoras de salud y personal médico deban dar cumplimiento a la presente Ley.

Frente a los deberes del estado también se amplía su responsabilidad para respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, entre los cuales se resaltan los siguientes:

1. Artículo 5 literal A *“Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud”*.

Como se puede observar ese deber plantea ese deber proteccionista que tiene el estado respecto al amparo de garantías constitucionales, pero a su vez se ve reflejado ese principio planteado en la Ley 100 de 1993 “la progresividad y no regresividad”, prohibiendo implementar leyes que conlleven al deterioro del mismo.

2. Artículo 5 literal B *“Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población”*.

Con respecto al artículo mencionado se resalta la siguiente expresión “*derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población*”, aquí se puede observar que se pretende equiparar el acceso a los servicios médicos entre quienes se encuentran vinculados al régimen contributivo o subsidiado, amparando su acceso en términos de igualdad.

3. Artículo 5 literal D “*Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio*”.

En dicho artículo se pretende establecer otros mecanismos que permitan el acceso y amparo del Derecho a la Salud, no obstante, no quiere decir que este afecte directamente a la Acción de Tutela, sino por lo contrario se pretende que se implementen otros mecanismos para poder acceder a la prestación de los servicios, siendo este artículo una posible necesidad de regularse y ampliarse a través de otros ordenamientos jurídicos.

4. Artículo 5 literal H “*Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud*”.

Este literal es importante, toda vez que, impone al estado el deber de una evaluación continua, garantizando así que dicho derecho se esté restando de manera efectiva, y un seguimiento continuo de las políticas implementadas para su cumplimiento.

5. Artículo 5 literal J “*Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población*”.

El literal mencionado hace énfasis en ese deber de mantener la sostenibilidad financiera, la cual únicamente debe estar a cargo del Estado respecto al flujo de recursos y su disponibilidad, para ello el estado es el encargado de regular el presupuesto destinado a la financiación del Sistema de Salud, a través de POT y la imposición de contribuciones como por ejemplo el impuesto al tabaco, entre otros.

Dicho seguimiento está a cargo del Sistema de Seguimiento y Evaluación (SSE)(<https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/RCuentas/P.inas/Seguimiento-al-presupuesto-sector-salud.aspx>, recuperado el 20 de marzo de 2022), en cuyo sistema se presenta un seguimiento del presupuesto mensual a fin de garantizar una evaluación continua de los recursos el cual tiene los siguientes compuestos:

- Componente de Seguimiento y Monitoreo de las Políticas y Programas.
- Componente de Evaluación
- Componente de Rendición de Cuentas

De acuerdo a los principios planteados por la Ley 1751 de 2015, los cuales corresponden a los principios de “Universalidad, Pro homine, Equidad, Continuidad, Oportunidad, Prevalencia de derechos, Progresividad del derecho, Libre elección, Sostenibilidad, Eficiencia, Interculturalidad, Protección a los pueblos indígenas y Protección pueblos y comunidades indígenas y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras” entre los cuales se relatan los siguientes:

1. El literal b del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 “*Principio Pro homine*” , el cual estipula que:

Dicho literal plantea como principio *“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”* lo que lleva a plantear *¿cuál es la importancia del principio Pro homine frente al desarrollo del Derecho Fundamental a la Salud?*, principalmente en cuanto su alcance, toda vez que, las instituciones no pueden ignorar todas aquellas normas que regulan el Derecho Fundamental a la Salud, no obstante, dicho principio carece de elementos de protección, toda vez que, no se nombra la obligatoriedad en cuanto pronunciamientos jurisprudenciales, que si bien es cierto, estos pronunciamientos son en casos particulares o específicos, tienen una gran incidencia frente a la prestación de los servicios.

2. El literal d del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 “Principio de Continuidad” el cual estipula que:

“Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”.

De acuerdo a lo mencionado, este literal hace referencia a una de las garantías más importantes para el Derecho a la Salud “la continuidad del servicio”, siendo uno de los elementos más importantes, toda vez que, protege directamente a aquellas personas que se ven afectadas por la Liquidación de las EPS, asignándole al estado esa responsabilidad de designar otra EPS para dar la continuidad del servicio.

3. El literal g del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 “el Principio de Progresividad del derecho”, el cual estipula que:

“El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”

En el mencionado principio no sólo se plantea la obligación del Estado de garantizar la ampliación de tecnologías entre otros elementos necesarios para el ejercicio del Derecho Fundamental a la Salud, ese deber de mejora continua.

No obstante, a lo anterior no se observa ese elemento fundamental de no regresividad, es decir la desmejora del Derecho como garantía fundamental de mejora continua y la protección frente a barreras económicas y políticas que en un futuro pudiesen afectar su finalidad y alcance.

4. El literal i del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 “el Principio Sostenibilidad” el cual estipula que:

“El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal”.

Conforme a lo mencionado en el literal anterior, este confiere al estado a implementar políticas que garanticen la sostenibilidad financiera del sistema, a través de las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento al precepto mencionado.

Por otro lado, es importante mencionar que la Ley 1751 de 2015 busca poder solucionar los problemas de atención relacionados con la calidad, oportunidad y el servicio a los servicios de salud, así como también, busca tener un mayor alcance al regular temas como la práctica profesional en relación con la autonomía médica y la relación con sus pacientes (Calderón, 2015, p. 40).

Si bien es cierto, la Ley 1751 de 2015 hace un mayor énfasis frente al acceso a tecnologías y medicamentos, la relación de autonomía médica respecto a sus pacientes, se queda corta frente al acceso en su totalidad, toda vez que, se excluyen los llamados “Tratamientos Experimentales”, así mismo, no se propende por la destinación de recursos para la investigación médica, tampoco se define la destinación de los recursos para la evaluación de los servicios médicos, se deja a un lado el papel de la EPS frente a la prestación de servicios y las limitaciones de los recursos por reasignación de EPS en razón a la liquidación forzosa.

Las exclusiones mencionadas serán ampliadas en el tercer capítulo de la presente investigación, toda vez que, estas están relacionadas directamente con el desarrollo del Derecho Innominado a Ser Intentado, frente a sus impedimentos para su efectivo ejercicio, por tal razón, requieren una aplicación y análisis específico.

5.2.5 Incidencia del Derecho a la seguridad social sobre el ejercicio efectivo del derecho a la Salud.

Como se había mencionado en el Primer Capítulo, el Derecho a la Seguridad Social tiene origen desde la industrialización de 1790 y tuvo un desarrollo desde el constitucionalismo desde la Constitución de Weimar de 1919, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, con ello nacerían otras instituciones jurídicas, tales como, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) creada en 1919 como uno de los acuerdos hechos en el Tratado de Versalles el cual se concluyó con la Primera Guerra Mundial, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) la cual tuvo origen en el II Congreso Iberoamericano de Seguridad Social en Lima Perú en 1954, la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS) Fundada en Bruselas en 1927 y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) creada en 1942, así como también, la influencia de los organismos económicos internacionales, dentro de los que destacan el Fondo Monetario Internacional (FMI) creado en 1944, el Banco Mundial (BM) fundado en 1944 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) creada en 1960.

Cabe mencionar que el Derecho a la Seguridad Social, no solo abarca factores sociales, tales como, la industrialización, la globalización y el fenómeno de la migración sino también, está atado a la capacidad económica de un país, toda vez que, no es un derecho individual sino colectivo y requiere no solamente de un esfuerzo por parte del estado sino de la capacidad de sus aportes al sistema por parte de los empleadores y los trabajadores, así mismo, está atado a las recomendaciones económicas de otras instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Ahora bien de acuerdo a lo descrito en el presente capítulo la Ley 100 de 1993, entraría a regir los diferentes sistemas de protección social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, claro está dicho derecho fue desarrollado con anterioridad pero dentro de esta norma se desarrolla de manera completa el

Derecho a la Seguridad Social como fundamental e irrenunciable para todos los ciudadanos Colombianos , así las cosas, dicho desarrollo tiene una directa incidencia frente al ejercicio del Derecho a la Salud.

La norma mencionada es el desarrollo de los distintos pronunciamientos de la OIT, y la implementación de las recomendaciones hechas por los organismos internacionales a través de los distintos tratados y convenios internacionales, por lo anterior, se hace necesario resaltar las más importantes y los efectos que genera su ratificación.

5.2.6 Aportes del Convenio sobre la seguridad social No. 102 del 1952.

Este convenio es considerado como el único instrumento internacional que hace referencia los principios fundamentales de la seguridad social y con él con el propósito de dar aplicación al artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual estipula que *“Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden. Derecho de asociación”*(OEA.1948), en cumplimiento de lo anterior se expidió el Convenio sobre la Seguridad Social No. 102 del 1952, en dicho acuerdo se resaltan las siguientes ramas: *asistencia médica, prestaciones monetarias* de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad y prestaciones de sobrevivientes, así mismo, dentro de dicho convenio se hace a su vez referencia a una responsabilidad tripartita para el cumplimiento de dichos derechos prestacionales, los cuales están a cargo al estado, el empleador y el trabajador(https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm#:~:text=empleadores%20y%20trabajadores.-

El%20Convenio%20n%C3%BAm.,funci%C3%B3n%20de%20sus%20niveles%20socioecon%C3%B3micos, recuperado el 20 de enero de 2022).

No obstante, con el objeto de alcanzar los objetivos del convenio, para los estados miembro no necesariamente tienen que abarcar las 9 ramas, solo necesitan ratificar 3 ramas, lo anterior en cumplimiento con la progresividad de la Seguridad Social como tarea de los países que ratifican dicho convenio, a su vez, el convenio permite la flexibilidad de su implementación a través de la reglamentación de regímenes universales, regímenes de seguridad social con componentes relacionados con los ingresos o de tasa fija o ambos y Regímenes de asistencia social (https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm#:~:text=empleadores%20y%20trabajadores.-

El%20Convenio%20n%C3%BAm.,funci%C3%B3n%20de%20sus%20niveles%20socioecon%C3%B3micos, recuperado el 20 de enero de 2022), lo que permite su implementación abierta y de libre disposición para el estado que lo haya ratificado, así mismo da lugar al desarrollo del principio de progresividad de la Seguridad Social, permitiéndoles así a los estados miembro y quienes hayan radicado dicho convenio para implementar las recomendaciones de dicho organismo.

La importancia del Convenio No. 102 sobre la Seguridad Social de 1952 establece ciertas recomendaciones como lo es alcanzar el 40 % del salario de referencia los cuales deben ser revisados periódicamente, y establecer una edad para jubilarse hasta una edad máxima de 65 años. (Mejia, Grajales y Gaviria, 2011. p. 43). Los principios establecidos por el convenio mencionado son la garantía de prestaciones definidas, la participación de los empleadores y de los trabajadores en la administración de los regímenes, la responsabilidad general del Estado en lo que se refiere a las prestaciones concedidas y a la

buena administración de las instituciones y el financiamiento colectivo de las prestaciones por medio de cotizaciones o de impuestos.

Dicho convenio fue ampliado mediante posteriores pronunciamientos como los son: El Convenio No. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad de 1969, Recomendación No. 134 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad de 1969, El Convenio No. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo de 1988, la Recomendación No. 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo de 1988, Convenio No. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967, El Convenio No. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de 1964, la Recomendación No. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de 1964, El Convenio No.183 sobre la protección de la maternidad del 2000, a Recomendación No. 191 sobre la protección de la maternidad de 2000, El Convenio No. 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962, Convenio No. 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1982, la Recomendación No.167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1983 y La Recomendación No. 202 sobre los pisos de protección social de 2012.

Ahora bien, conforme a lo mencionado en el historial de convenios de la OIT relacionados con el desarrollo de la Seguridad Social, a la fecha Colombia ha ratificado los siguientes convenios: Convenio 161 sobre los servicios de salud en el trabajo de 1985, Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción de 1988, Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, Convenio 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores de 1993. Sin embargo, se observa que el Convenio No. 102 sobre la Seguridad

Social de 1952 no ha sido ratificado a la fecha por Colombia, a pesar de ser un estado miembro de la OIT.

5.3 CAPÍTULO III: EVOLUCIÓN DEL DERECHO A SER INTENTADO EN COLOMBIA Y SU DESARROLLO A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD NORTEAMERICANA.

5.3.1 Análisis de las excepciones contempladas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Para poder hacer un análisis del desarrollo del artículo 15 de la Ley 1751 del 2015, se hace necesario realizar un estudio desde el proyecto de ley por medio del cual fue presentada la propuesta normativa conforme a la Sentencia C 313 de 2014 , Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se analizan los siguientes aspectos: (1) el Derecho a la Salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo, (2) El Derecho a la Salud comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud y (3) La administración de la salud debe estar en cabeza del Estado y es deber de éste adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas (C-313 de 2014,Mp.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Conforme a la sentencia mencionada se parte desde el desarrollo del artículo 48 de la Constitución en donde se reconoce que dicho derecho tiene una:

“doble connotación, por un lado, es un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Y por el otro, es un

derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional” (C-313 de 2014, Mp.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Ahora bien , respecto al desarrollo de la sentencia la Corte hace un estudio de constitucionalidad, respecto al “proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara “ por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones”, teniendo en cuenta los reparos presentados por Luis Carlos Avellaneda, argumenta que hubo irregularidades frente a los debates en comisión primera y segunda , toda vez que, en el debate del proyecto se ignoró el informe de la ponencia debidamente publicado y no una proposición que no cuenta con el requisito de publicidad; a su vez, manifiesta que no se discutieron , ni se votaron la totalidad de proposiciones formuladas en plenaria del Senado, esta última observación también fue manifestada en la intervención de la comisión de seguimiento de la Sentencia T 760 de 2008.

Respecto a la verificación y control de constitucionalidad del proyecto mencionado se hace un análisis de dicho proyecto respecto a los requisitos expuestos en la Ley 5 de 1992 y de acuerdo a los parámetros contemplados en la Sentencia T 760 de 2008, y de acuerdo con la temática tratada se resalta la decisión relacionada con el análisis del artículo 15 de la ley mencionada:

En dicho análisis se determina que, en primer lugar, el artículo 15 y el párrafo del mismo artículo se declaran exequible, salvo las expresiones “para definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema”, sobre el artículo mencionado la Corte analiza las restricciones que este plantea, toda vez que trae a colación una limitación de los recursos destinados a financiar el Sistema de Salud y cuya limitación podría repercutir en la inaccesibilidad a tratamientos experimentales.

A su vez, es importante mencionar que de acuerdo a lo mencionado en el inciso 2 del mismo artículo, se excluye la posibilidad de financiar con los recursos destinados a la salud, los servicios y tecnologías bajo la óptica de criterios enlistados en el artículo 15 que son una limitación en el acceso a los servicios considerados en proceso de aprobación o no tienen un sustento científico.

Frente a lo expresado que si bien es cierto, el Derecho a la Salud debe garantizar ser extensivo, también el alto Tribunal en otros pronunciamientos ha hecho énfasis en la sostenibilidad financiera , so pena de que dicho criterio sea sustentado por el médico tratante y no ser contrario a la dignidad humana, siendo cada caso objeto de estudio particular; el alto tribunal hace hincapié en indicar que al estipular una exclusión en una norma que regula un Derecho Fundamental deben ser claras y taxativas dentro de la normatividad para que estas no den lugar a distintas interpretaciones que puedan afectar significativamente los Derechos Fundamentales de los pacientes, razón por la cual se declara exequible.

Aunado a los anterior, el Alto Tribunal también hace claridad frente a los criterios de exclusión los cuales no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio previamente cubierto, tampoco deben ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Por otro lado, conforme a lo sustentado por la Corte se ordena excluir del presente ordenamiento jurídico la expresión “*para definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema*”, en aras de que aquellos procedimientos que no están contemplados dentro de las exclusiones del artículo 15, sean cubiertos de manera efectiva.

Ahora bien, con posterioridad al estudio de constitucionalidad analizado previamente, se realizará una descripción de cada una de las exclusiones expuestas conforme a los criterios mencionados por el Ministerio de Salud en el documento denominado Observaciones A La Primera Propuesta De Medición De Criterios De Exclusión De Prestaciones En Salud Ley 1751 de 2015, los cuales corresponden a los siguientes:

1. Propósito cosmético o suntuario.

Al respecto el Ministerio de Salud hace las siguientes precisiones:

- Propósito cosmético: Es aquel que cuya finalidad tiene de embellecer, aumentar la atracción o pretende alcanzar un fin innecesario o que no sea relevante en el ámbito de salud, el cual no contribuya a la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de las enfermedades, y no está relacionado con la vitalidad recuperación o mantenimiento de las facultades de una persona para realizar las actividades de la vida diaria sin supervisión (2016,p. 12).
- Propósito suntuario: Este concepto hace referencia a que el servicio o tratamiento no tenga como fin el mejoramiento del estado de salud del paciente y corresponda a razones externas no relacionadas al estado de salud del paciente (2016,p. 12)
- Dentro de los criterios de exclusión se deberá determinar (1) si alcanzar un fin innecesario o prescindible en el ámbito de la salud, (2) .El médico tratante y el grupo de profesionales técnicos “Junta medica” deberán determinar si el servicio o procedimiento cumple con las características de este criterio de exclusión y (3) El INVIMA será la autoridad

competente para determinar su clasificación y por ende los criterios de exclusión (2016,pp. 13 -14).

2. Sin evidencia científica sobre seguridad, eficacia y Sin evidencia científica sobre efectividad clínica.

Conforme al documento analizado se hace precisión sobre los siguientes puntos:

- Seguridad: concebida como aquella medida que tenga un nivel de rango probable con probabilidad de un resultado adverso o grave asociado al uso de servicio o tecnología en una situación o termino específico (2016,p.16).
- Eficacia Clínica: Hace referencia a los resultados previstos dentro de un uso de una tecnología, programa o intervención para evaluar un problema específico bajo condiciones ideales y controladas en un contexto de investigación realizada en laboratorio o protocolo de investigación (2016, p.16).

De acuerdo a lo expuesto será contempla que “un servicio o tecnología en salud carece de evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica cuando no presenta información generada de estudios de investigación en salud basados en un método objetivo, explícito y reproducible” (2016, p.16). como consecuencia de lo mencionado este no cuenta con aceptabilidad científica.

Para aquellos medicamentos y dispositivos nuevos o que no se encuentran en Colombia, estos deberán contar con aprobación del INVIMA como autoridad competente para definir dichos criterios

basándose en los criterios de eficacia y seguridad, estos dos últimos elementos podrán ser validados conforme a parámetros establecidos en otros países, en todo caso prevalecerá los criterios de la Ley Colombiana (2016, p.16).

De esta forma se tendrán como elementos a considerar los siguientes controles de clasificación: Eficacia, Eventos Adversos, Gravedad de la enfermedad, Etapas de la enfermedad (preventivo, curativo, paliación), Lugar estrategia terapéutica (Línea clínico') y el Interés salud pública o sanitaria (2016, p.18).

Así mismo, la evidencia científica de eficacia se podrá tener siempre y cuando se cuente con el registro del proyecto en una red pública o privada de ensayos clínicos (Resolución 2378 de 2008 y Resolución 8430 de 1993).

- Efectividad clínica: Es aquel efecto de la práctica clínica en comparación en condiciones controladas que permitan establecer su eficacia o permitan hacer un estudio de comparación con otro servicio o tecnología evidenciando tener mejores resultados , en donde se permita evaluar : la duración de un episodio mórbido, en la recurrencia de la patología o condición clínica, en la mortalidad, en la prolongación de la vida; en el caso de las pruebas diagnósticas corresponde a las variaciones en sensibilidad aplicada a pruebas mencionadas (2016, p.23).

Para el caso de las tecnologías se tendrá en cuenta los siguientes: (a) su relación riesgo-beneficio es desfavorable o la información es insuficiente, (b) no supone valor terapéutico agregado, (c) aporta valor terapéutico en situaciones concretas, (d) aporta un modesto valor

terapéutico y (e) representa un valor terapéutico agregado importante (2016, p.24)..

3. Uso no autorizado por autoridad competente.

Con respecto a este criterio será la autoridad competente para autorizar el uso y comercialización de un medicamento, servicio o tecnología el INVIMA, a su vez, teniendo en cuenta la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y de conformidad con los servicios autorizados por la normatividad (2016, p.30).

4. Fase de experimentación

No es un criterio específico, pero corresponde a la falta de evidencia científica o a pocos estudios que sustenten su efectividad, lo cual permita determinar, información insuficiente, un grado de duda que permita inferir su ineffectividad frente a una investigación adicional, y Mayor investigación tienen un buen valor frente a los costos anticipados (2016, p.32).

Para el INVIMA conforme a las investigaciones llevadas a cabo en el país, deberá vigilar el cumplimiento de las siguientes normativas:

- Resolución 8430 de 1993 “Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud”.
- Resolución 3823 de 1997, “Por la cual se crea La Comisión Asesora de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Salud y se dictan normas para regular las actividades de desarrollo científico en el sector salud”.

- Resolución 2378 del 2008, "Por la cual se adoptan las Buenas Prácticas Clínicas para las instituciones que conducen investigación con medicamentos en seres humanos.

Las cuales permiten vigilar a las entidades que llevan a cabo ensayos o investigaciones clínicas en el país y requieran de la utilización de seres humanos para probar su eficacia y efectividad.

Conforme a lo expuesto por el INVIMA en la Guía Comité de Ética en Investigación como autoridad encargada de poner a disposición de aprobación de medicamentos y tecnologías al comité de Ética en Investigación, el cual está conformado por mínimo 5 miembros, este debe ser impar, todos los miembros deben estar entrenados y certificados en las Buenas Prácticas Clínicas, certificación que tiene vigencia de un año, cada uno de los miembros deberán tener por lo menos conocimiento de uno de los siguientes puntos:

- Conocimiento en Bioética.
- Entrenamiento en metodología de la investigación,
- Entrenamiento en epidemiología o alguna otra especialidad enfocada en la investigación, con experiencia en Investigación clínica.
- Conocimiento en la rama de derecho.
- Conocimiento en química farmacéutica.
- Representantes de la comunidad que posea un criterio analítico enfocado al punto de vista del sujeto de investigación y al proyecto de investigación.

Dicho comité debe garantizar todas las competencias mínimas necesarias para valorar un proyecto de investigación, debe estar de acuerdo al número de estudios que el Comité tenga en seguimiento, siempre garantizando que no exista alteración de su análisis por sobrecarga laboral, también podrán, existir subcomités evaluadores que asumen algunos roles en la evaluación de los proyectos de investigación sin poder de decisión y los miembros del Comité deben disponer de un tiempo adecuado y suficiente para el análisis y la evaluación de las tareas establecidas (2012, pp. 10-14).

Con respecto a la Resolución 8430 de 1993 “Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud”: artículo 13: es responsabilidad de la institución investigadora o patrocinadora, proporcionar atención médica al sujeto que sufra algún daño, si estuviere relacionado directamente con la investigación, sin perjuicio de la indemnización que legalmente le corresponda.

De acuerdo a lo anterior, las instituciones investigadoras deben hacerse cargo de los posibles daños que pudiesen ocasionar a quienes participan dentro de los ensayos e investigaciones científicas, a fin de proteger la integridad y vida de estos.

5. Prestados en el exterior

Se excluirán los servicios y tratamientos que se preste fuera del país salvo en caso de requerirse un servicio de los laboratorios que no son ofertados en Colombia o que sus costos en el país sean más costosos que realizarlos en otro país, en el caso de que se encuentre el medicamento en proceso de importación conforme a lo descrito en el artículo 8 del Decreto 481 de 2004 se permitirá la importación para

un paciente en específico (2016, pp. 35-36).

De acuerdo con lo estudiado, los servicios o tecnologías que cumplan con los criterios de exclusión anteriormente mencionados serán excluidos de su financiación, previo procedimiento de técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente los cuales deberán ser definidos por las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión.

De acuerdo a lo analizado, podría deducirse que se consideran como tratamientos experimentales en Colombia aquellos servicios y tecnologías que: sean prestados en el exterior, se encuentren en fase de experimentación, no estén autorizados por una autoridad competente, no cuenten con evidencia científica sobre su eficacia y efectividad clínica.

Como se puede observar, hay una prohibición frente al acceso a tratamientos experimentales y aquellos sobre los cuales no pese una evidencia científica, dejando a un lado la integralidad de los servicios y sin lugar a duda no se propende por la progresividad del derecho, dejando desprotegidos a aquellos ciudadanos que optan por tratamientos fuera del país, que no solamente son costosos sino que conllevan a un riesgo, así mismo, se desconoce el ejercicio de la investigación y la frecuente búsqueda hacia los avances científicos que se llevan en curso.

5.3.2 Análisis jurisprudencial sobre el acceso a tratamientos experimentales en Colombia.

Como se había mencionado anteriormente los pronunciamientos de las altas Cortes tienen incidencia directa frente a la garantía de un Derecho Fundamental, al respecto se va a presentar un análisis jurisprudencial sobre

al amparo del Derecho a la Salud respecto al acceso a tratamientos experimentales y los diferentes elementos que de este se desprende.

Para iniciar, el análisis jurisprudencial se resalta uno de los primeros pronunciamientos se hace alusión en la Sentencia T-597 de 2001, la Corte precisó algunas observaciones sobre lo que se considera como tratamiento experimental, en donde se debe definir lo siguiente:

1. La alternativa terapéutica debe ser sometida a un proceso de acreditación, en donde debe existir una validación informal por parte de la comunidad científica y otra formal por parte las entidades especializadas en acreditación.
2. Un tratamiento experimental es aquel que no cuenta con una aceptación de una comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos.

Para el caso en concreto el problema jurídico de la sentencia mencionada gira en torno a determinar:

“si un menor tiene derecho a reclamar por vía de tutela el trasplante de médula mieloablativo con donante no relacionado en el exterior, a pesar de que el mismo se encuentre excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS). En caso afirmativo, debe establecer si, en el presente caso, la existencia de un tratamiento incluido dentro del POS, pero considerado como experimental por diversos conceptos médicos, conduce a que no sea exigible el trasplante mieloablativo en el exterior. Finalmente, si se determina que sí resulta exigible la prestación de dicho servicio, corresponde establecer quiénes están obligados a sufragar los gastos y cómo se distribuyen las correspondientes cargas económicas entre los diversos obligados (T-597 de 2001, Mp.:Rodrigo Escobar Gil)”.

Al respecto, pese a que el trasplante solicitado es considerado como experimental la Corte revocó la decisión inicial tomada por la Sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 6

de febrero de 2001 concediendo la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de los niños, ordenándole a Cafesalud E.P.S. iniciar los trámites necesarios para llevar a cabo la búsqueda de un donante de médula (T-597 de 2001, Mp.:Rodrigo Escobar Gil).

La Corte Constitucional en la sentencia T-418 de 2011 interpuesta por la señora Ángela Sánchez Saldarriaga de 76 años de edad afiliada al régimen contributivo de salud, la cual padece de una enfermedad Neumológica que le producía movimientos involuntarios su Patología había producido varios cambios que le producían movimientos involuntarios en el rostro, tensión de los músculos faciales, imposibilidad de ingerir alimentos, tomar líquidos, ulceraciones en la lengua, como consecuencia de morderla constantemente siendo una enfermedad permanente (T-418 de 2011, Mp.: María Victoria Calle Correa).

El problema gira en torno a la posibilidad de aprobar medicamentos que se encuentren en proceso de aprobación por el INVIMA y que de conformidad con la Ley 100 de 1993 este se considera experimental.

Debido a su patología los médicos tratantes le formularon Toxina Botulínica cada tres meses a partir del 30 de octubre de 2009 y debido a la complejidad en la aplicación del medicamento solo debía ser aplicado por un especialista, pero para el 2011 no le posible seguir con dicho tratamiento y le había sido suspendido pese a la prescripción que recaía sobre el mismo no le fue otorgado el tratamiento.

Al ser considerado el medicamento como novedoso el INVIMA no había aprobado su comercialización nacionalmente, sin embargo, esto no implica que tenga un carácter experimental, no obstante, el medicamento no depende de los procedimientos administrativos que se estén adelantando al respecto

sino por el contrario este acreditado por una comunidad médica y científica que respalde ese Tratamiento o medicamento.

Por ende, la Corte considera que no se puede considerar un medicamento como experimental por ser novedoso puesto que debe ser implementado frecuentemente por los médicos y a su vez tener una prescripción o control, siendo este el argumento fundamental para que se le tutelaran los derechos y se reconociera el acceso a los mismos a pesar de no estar autorizados por el INVIMA y estar sujetos en proceso de aprobación.

Ahora bien, teniendo en cuenta la sentencia T-1214 de 2008 se considera que los medicamentos que no estén aprobados por el INVIMA no necesariamente deben negarse, sino que de conformidad con los siguientes postulados se pueden otorgar:

1. Si dichos medicamentos son fundamentales para la vida del paciente.
2. La acreditación por parte del Médico tratante es decir si este prescribe el medicamento no habría razones por las cuales sea necesario negarse dicho tratamiento.

En esta sentencia se tenía como problema jurídico la posibilidad de trasgresión al derecho a la salud y a la dignidad de teniendo en cuenta que el paciente padecía de PSEUDOTUMOR ORBITARIO, y que a su vez el médico tratante decide que para tratar su enfermedad este debía ser tratado con el medicamento RITUXIMAB (MABTHERA), a lo cual Sanitas decide no otorgar dicho medicamento por no estar contemplado en el POS y a su vez aprobado por el INVIMA (T-1214 de 2008, Mp.: Humberto Antonio Sierra Porto).

La Corte se pronuncia al respecto e indica que para poder aplicarse dicho tratamiento deberá:

“adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo (T-1214 de 2008, Mp.: Humberto Antonio Sierra Porto).”

Adicionalmente la Corte esgrime frente a sus argumentos que dichas patologías deben encontrarse bajo la reserva médica del mismo, establecimiento de los medicamentos idóneos teniendo en cuenta los conocimientos médico-científicos que se tengan sobre el tema lo que justifica que haya una implementación de recursos económicos y humanos en cabeza del sistema de salud siendo un (criterio de necesidad) , así mismo el vínculo científico entre el paciente y el médico lo que recae en el segundo una responsabilidad medica llamado el (criterio de responsabilidad) , de esta forma el Estado debe proporcionar la protección de esta dinámica conocida como el criterio de proporcionalidad que tienen cada uno de estos (T-1214 de 2008, Mp.: Humberto Antonio Sierra Porto).

Por otro lado, en la Sentencia C-936 de 2011 es importante resaltar el concepto que tiene el Derecho de la Salud respecto a la obligación que el estado debe garantizar y proteger la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, así mismo, dentro de la sentencia mencionada se hace referencia a que *“la revisión de la Junta no suspende las autorizaciones de los comités de servicios no previstos en los planes de beneficios, de forma que las EPS deben ser suministrarlos de forma inmediata”* (C-936 de 2011, Mp.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).”

Al respecto la acción constitucional fue interpuesta por el señor Manuel Medina Mendoza quien demanda el artículo 27 de la Ley 1438 de 2011 *“Por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”* argumentando que este va en contra del artículo del artículo 48 y 49 de la Constitución Política y 83 de la constitución, al considerar no se reciben efectivamente los servicios de salud y los medicamentos que no hacen parte del POS los cuales son decididos por parte de la Comité Técnico Científico (CTC) y su concepto debe ser evaluado con posterioridad por la Junta Técnico Científica de Pares (JTCP) de la Superintendencia Nacional de Salud siendo esta una forma de entorpecer la prestación de los servicios de salud.

Al respecto la corte, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 27 de la Ley 1438 al definir que en los casos de urgencia requeridos por los médicos tratantes cuando no se cumple el término perentorio de 7 días requerido por la mencionada ley , dicho término no puede afectar el acceso al medicamento o tratamiento puesto a consideración por parte del Comité Técnico Científico (CTC) y Junta Técnico Científica de Pares (JTCP) razón por la cual las EPS tienen el deber de otorgar los medicamentos o tratamientos autorizados, en el sentido que las autorizaciones emitidas por los profesionales médicos tratantes son de obligatorio cumplimiento (C-936 de 2011, Mp.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

De conformidad con la Sentencia T-539 de 2013 se tienen otros criterios para amparar el derecho a la salud lo cuales son:

1. Toda persona tiene el derecho de acceder a los servicios médicos.
2. Debe haber un conocimiento científico, frente a la situación en particular, lo cual funge como un criterio mínimo para determinar la prestación del servicio.

3. La autorización de medicamentos debe estar de acuerdo a un principio activo, salvo si existiere alguna excepción.
4. Los medicamentos que no estén autorizados por el INVIMA deben ser suministrados si de ello depende la vida del paciente.
5. El derecho a la salud es fundamental de manera autónoma.

En la sentencia mencionada gira en torno al siguiente problema jurídico: se le vulnera el derecho al acceso de servicios de salud al negarse el medicamento para tratar la patología de insuficiencia renal del menor, teniendo en cuenta que este medicamento no está contemplado en el POS y este no figura como autorizado propiamente por el INVIMA (T- T-539 de 2013, Mp.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Como elementos fácticos de la sentencia la señora figura como la representante legal del menor Fabián Daniel Padilla Vargas de 7 años el cual padece del Síndrome Nefrótico Corticorresistente –insuficiencia renal, el médico tratante a través de la terapia inmunomoduladora con el medicamento Tacrolimus XL ayudaba al paciente a reducir los efectos de dicha patología, lo cual produjo una notoria mejoría en el paciente. Para el año 2012, el Comité Técnico Científico de Salud Total EPS negó los medicamentos ya que no se encontraban contemplados dentro del POS.

La decisión tomada por el comité género en el menor una fuerte recaída poniendo en riesgo su salud y el 27 de noviembre de 2012 fue hospitalizado en la clínica Comfamiliar del Pie de la Popa a causa de la insuficiencia renal en donde se pudo evidenciar no solo la necesidad de acceder al medicamento para tratar la insuficiencia renal del menor sino que su vida dependía de ello, es así que el juez determina esa autonomía del Derecho a la Salud frente al Derecho a la vida sino que reconoce los obstáculos al acceso a la salud.

5.3.3 Análisis del concepto del Derecho Innominado y su importancia frente a la garantía de los Derechos Fundamentales en Colombia.

Para poder abordar este aspecto se hace necesario tomar como categoría conceptual los Derechos Innominados, como es el desarrollo propio de la constitución en Colombia y la incidencia de los pronunciamientos de los supremos órganos de justicia, como lo es la Corte Constitucional, para ello se define a continuación la categoría mencionada:

- **Definición del concepto Derecho innominado.**

En el entendido que, la Constitución Colombiana hace vinculantes a su ordenamiento jurídico las decisiones de las altas Cortes, en ese sentido, se puede interpretar el concepto del Derecho Innominado como aquel que no está positivizado dentro del ordenamiento jurídico, pero que es reconocido a través de otros órganos jurisdiccionales, a lo cual se hace referencia que:

“En particular, es claro que los avances científicos y tecnológicos han tenido un impacto en la evolución de los derechos fundamentales. La expresión “derechos innominados, implícitos o nuevos derechos” hace referencia a uno de los más relevantes fenómenos destacados por el ordenamiento jurídico en las últimas décadas, como manifestación del principio pluralista” (Bonilla, 2019, p. 224)

De acuerdo, a la cita anterior se puede deducir que los Derechos Innominados son aquellos considerados como “nuevos derechos” y que conforme a la evolución cultural, social y tecnológica han tenido que ser reconocidos dentro del ordenamiento jurídico pese a que no existe una ley determinada para su cumplimiento o regulación, siendo uno de los desafíos universales para el derecho y una frecuente evolución de los derechos y garantías constitucionales, toda vez que su naturaleza cambiante hace necesaria la creación de nuevos mecanismos de protección.

De acuerdo a lo descrito por Haideer Miranda Bonilla , identifica que el surgimiento de los Derechos Innominados obedece a los siguientes factores:

“ 1) El fenómeno de la globalización económica y política. 2) Los avances científicos y tecnológicos. 3) La internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados, aunque son los primeros garantes, de conformidad con el principio de subsidiaridad o complementariedad. 4) La tutela multinivel de los derechos fundamentales. 5) El diálogo judicial o jurisprudencial en derechos humanos. 6) Los cambios sociales y culturales. 7) La existencia de problemáticas comunes en el ámbito jurídico” (Bonilla, 2019, p. 225).

Así las cosas, los derechos innominados son resultado de la evolución social y la necesidad de amparar nuestros derechos fundamentales de manera directa o indirectamente. Ahora partiendo de la definición de las Altas Cortes esta es considerada como:

“la máxima autoridad es la Corte Constitucional. Tiene como principal función cuidar que se respeten nuestra Constitución y los derechos humanos o fundamentales de las personas, y resolver los asuntos Estudia las tutelas y que se puede convertir en una ley y que no” (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/portal-ninos-y-ninas/la-corte-constitucional#:~:text=Jurisdicci%C3%B3n%20Constitucional,una%20ley%20y%20que%20no>. recuperado el 02 de abril de 2022).

Partiendo desde la definición mencionada, las decisiones reconocidas por las altas cortes no solamente con vinculantes, sino que en muchas ocasiones se convierten en una ley, como es el caso de la Sentencia T 760 de 2008, en donde se reconoce el Derecho a la Salud como fundamental; por otro lado, dentro de los pronunciamientos de los altos tribunales se han reconocido distintos derechos innominados, como por ejemplo en los siguientes pronunciamientos: la Sentencia 2004 –5207 de la Sala Constitucional en la cual se reconoció “El derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos”, Sentencia 1992-240, de la Sala Constitucional en la cual se

reconoció “El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, Sentencia 2003-4654 , de la Sala Constitucional, en la cual se reconoce El derecho al agua, sentencia 2003-2120, de la Sala Constitucional en la cual se reconoce El derecho de acceso a la información administrativa, entre otros pronunciamientos que han tenido una repercusión directa sobre los derechos fundamentales.

5.3.4 Análisis de la Sentencia 057 de 2015.

Esta Sentencia sin duda es la Sentencia Hito respecto al desarrollo y reconocimiento del Derecho a Intentar, la cual recae directamente frente al acceso a Tratamiento Experimentales en Colombia, para poder realizar el respectivo análisis se hace necesario reconocer los elementos fundamentales de su estudio, esto es, el problema jurídico, los elementos fácticos, la ratio decidendi y el salvamento de voto.

De acuerdo a lo mencionado, la sentencia fue interpuesta por el señor Mario de Jesús Rivera Vélez, actuando como agente oficioso de su hija Mairoby Rivera Taborda, contra Sanitas EPS y COLSANITAS Medicina Prepagada, a fin de que se le concediera a su hija un tratamiento denominado “estimulación espinal epidural cervical “como única alternativa para mejorar su calidad de vida.

De acuerdo a los elementos fácticos se identifican los siguientes puntos:

1. Mairoby Rivera Taborda, joven de 29 años de edad, se encuentra actualmente en estado vegetativo, desde el 31 de julio de 2009 a causa de un accidente de tránsito.

2. La joven mencionada ha sido analizada por diferentes médicos los cuales han hecho parte de su EPS - COLSANITAS y también otros médicos externos.
3. En razón a su patología, ella ha requerido, distintos servicios los cuales fueron negados inicialmente por la EPS y que a través de la Sentencia del 30 de noviembre de 2009 emitida por el Juzgado 28 Penal Municipal de Medellín ordenando a la EPS Sanitas brindar una atención integral.
4. Con posterioridad, la familia de la paciente acudió a un médico externo el Profesional de la Salud Maximiliano Páez Novoa, adscrito a la IPS Hospital General de Medellín el 12 de agosto de 2013 ordenó como única alternativa para mejorar su calidad de vida el tratamiento “estimulación espinal epidural cervical”.
5. La EPS negó la solicitud de la autorización del tratamiento emitido por el médico tratante, aduciendo que el mismo no se encontraba adscrito a la EPS, el tratamiento no funcionaba, el tiempo para solicitarlo ya había pasado, el mismo no se encontraba dentro del POS al considerarse experimental y por ende se encontraba dentro de las exclusiones de la Ley 1751 de 2015.
6. Por lo anterior, su padre el señor Mario de Jesús Rivera Vélez, actuando como agente oficioso de su hija Mairoby Rivera Taborda interpone la presente acción de tutela.
7. Al respecto, el accionante interpuso el 5 de noviembre de 2013 incidente de desacato ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín, aduciendo que en repetidas ocasiones han solicitado el

acceso al tratamiento planteado por el médico tratante y que la demora en la prestación obedece única y exclusivamente a la EPS.

8. En primera instancia el Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín, en sentencia del 5 de mayo de 2014, declaró improcedente el amparo solicitado por el señor Mario de Jesús Rivera al considerar que estaba ante el fenómeno de cosa juzgada constitucional, por cuanto existía identidad en cuanto (a) sujetos, (b) Derechos reconocidos, (c) la causa pretendi, y (b) el objeto.
9. En segunda instancia el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 25 de junio de 2014, decidió confirmar el fallo de primera instancia.

Ahora bien, teniendo claro los elementos fácticos a la Corte le correspondió resolver el siguiente Problema Jurídico ¿Si la paciente Mairoby Rivera Taborda, se le está vulnerando su Derecho Fundamental a la Salud al no concederle el tratamiento de “estimulación espinal epidural cervical”, pese a que este fue ordenado por un médico externo y que su posibilidad de mejora es mínima y al considerarse que dicho tratamiento es considerado experimental?.

Conforme a lo analizado en la Sentencia como Ratio Decidendi, la Corte argumentó lo siguiente:

1. El accionante no cometió conducta temeraria respecto a la solicitud de amparo realizada, toda vez que, en la Sentencia del 30 de noviembre de 2009 emitida por el Juzgado 28 Penal Municipal de Medellín, no se había expuesto como alternativa de tratamiento “estimulación espinal

epidural cervical”, la cual fue autorizada por el médico tratante con posterioridad en el año 2013.

2. El hecho de que el médico Maximiliano Páez Novoa no pertenezca a la EPS de la paciente no significa que este no sea considerado como su médico tratante, así las cosas, puede autorizar el tratamiento que permita una mejoría en su paciente.
3. Frente a la probabilidad de realizar el tratamiento el médico tratante sustentó las razones médicas y científicas sobre su probable efectividad respecto a la mejoría de la calidad de vida de su paciente, tanto así, que este realizó estudios en el exterior al respecto y se asesoró de médicos que han utilizado este tratamiento.
4. El hecho de que la paciente se encuentre en un estado de inconsciencia y su patología no tenga una posible mejoría significativa, no quiere decir que esta se le deba negar una posibilidad de mejora, más aún cuando ésta represente una posibilidad de mejora en su calidad de vida.
5. Conforme a el estudio realizado por la Corte considera que de acuerdo a los pronunciamientos realizados por el Gobernador del Colorado el 17 de mayo de 2014 “Sobre la autorización para que los enfermos terminales tengan acceso a los productos de investigación que no han sido aprobados por la Administración de Alimentos y Medicamentos Federal y para que los pacientes puedan participar en ensayos clínicos” , y de acuerdo a los pronunciamientos hechos en la legislación de Estados Unidos respecto al Derecho Fundamental “a que sea intentado” o “right to try”, tiene una relación directa con el suministro de medicamentos y tratamientos experimentales para personas con enfermedades terminales, siendo este derecho inherente al Derecho

Fundamental a la Dignidad Humana, el cual está expuesto en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia.

Conforme a lo descrito se ampara el derecho solicitado por el accionante y se le concede el derecho incoado por el mismo, ordenándole a la EPS permitir la realización del tratamiento de “estimulación espinal epidural cervical”

Por último se hace un estudio del salvamento de voto, argumentado por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva , quien se manifestó en contra de la decisión tomada respecto al reconocimiento del Derecho a Ser Intentado, conforme a los puntos mencionados a continuación: *“ la Sentencia desconoció jurisprudencia sobre el derecho a la salud, en el entendido que deja en manos de los profesionales de la medicina las decisiones sobre la necesidad y pertinencia de un tratamiento médico, no estudió jurisprudencia respecto a que los tratamientos experimentales no son susceptibles de financiación con cargo a los recursos del sistema de salud, no tuvo en cuenta las consecuencias al declarar fundamental “derecho a que sea intentado (T-057 de 2015, Mp.:Martha Victoria Sáchica Méndez)”* .

Al respecto, se hace alusión sobre el último punto, respecto a las consecuencias de reconocer dicho derecho, en primer lugar se está dejando en manos de profesionales de la salud el reconocimiento de tratamiento experimentales de los pacientes sin tener en cuenta otros factores como, la efectividad probada de los tratamientos, no se está revisando otras posibilidades cubiertas por el POS, dicha decisión podría tener consecuencias respecto la sostenibilidad económica del sistema de salud.

5.3.5 Alcance del concepto de del derecho innominado a “que sea intentado”.

Como se había analizado en el capítulo anterior la Ley 1751 de 2015 en su artículo 15 , el cual establece una prohibición a el uso de tratamientos experimentales la cual también es concordante con el literal h del artículo 7 del Acuerdo 008 de 1994 del Ministerio de Salud el cual excluyo “como prestaciones del sistema los tratamientos con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad”, estos “tratamientos experimentales”

Sin embargo, conforme a lo analizado en la Sentencia 057 de 2015, se reconoce el Derecho a Ser Intentado, así las cosas, se observan dos contraposiciones una la prohibición actual sobre los tratamientos experimentales y la otra el reconocimiento del Derecho a Ser Intentado (lo cual se considera como una excepción a la norma), es decir permite el amparo de este derecho.

¿Pero cuáles son los aportes que este Derecho tiene sobre la normatividad Colombiana?, partamos de un primer aspecto y es lo que permite amparar este derecho es decir, la garantía constitucional que se pretende amparar, para el caso en concreto es el Derecho a La Salud, el cual permite que este sea ampliado, esto de acuerdo a los aspectos mencionados por el autor Mateo Duque Giraldo, el cual menciona que:

“(1) No puede restringirse la autonomía de los usuarios para optar por los elementos médicos que consideran necesarios, teniendo en cuenta que constituyen su última alternativa (...), (2) La aplicación de este derecho está condicionada a que el paciente padezca una enfermedad catastrófica o terminal, pues esta situación obliga al sistema de salud a garantizar un tratamiento integral, oportuno, continuo e informado, y compele a las entidades a suministrar todos los medios posibles, así sea experimentales, para paliar el padecimiento intrínseco a estas patologías (...) (3) El financiamiento de los tratamientos experimentales con cargo a los recursos públicos tiene como fundamento el principio de solidaridad a partir del cual el Estado debe subvencionarlos medicamentos o procedimientos

que requieren las personas, si no pueden hacerlo por su propia cuenta”(Duque, 2020, p. 76 - 77).

Si bien es cierto, dicho derecho permite el acceso a tratamientos experimentales este está limitado, en donde el Derecho Innominado a Ser Intentado solo podrá ejercido por las personas que padecen una enfermedad terminal o catastrófica, permite una mayor autonomía tanto del paciente como del médico tratante y los recursos destinados para su realización deben ser obtenidos del Sistema de Salud, en razón, del principio de solidaridad.

5.3.6 Análisis de los pronunciamientos legislativos dictados por Estados Unidos respecto al derecho “right to try”.

Para el caso en concreto se hace necesario, hacer referencia de la decisión de la Asamblea General del Estado de Colorado House Bill 14-1281, en donde se agrega el artículo 45 “Access to Treatments for Terminally” o en su traducción “Acceso a Tratamientos para Enfermos Terminales”, en dicha norma se hace referencia a diferentes aspectos: a) el proceso de aprobación de medicamentos en investigación, productos biológicos y dispositivos, b) los pacientes terminales como pacientes que son perjudicados por los periodos para aprobar medicamentos o tratamientos, c) pacientes que tienen un enfermedad tienen derecho a intentar, ya que son considerados pacientes elegibles y quienes no tienen ninguna otra opción, d) la decisión del paciente debe ser asumido con previo conocimiento frente a las consecuencias para el paciente y su familia para acceder a un tratamiento experimental y e) la posibilidad de contar con el consentimiento informado.

Es importante, que dicho pronunciamiento fue aprobado en el periodo de la presidencia Donald Trump el 30 de mayo de 2018 aprobó la ley “Right to Try”,

en dicha ley se hace una ampliación a los pronunciamientos de la Asamblea General del Estado de Colorado el cual indica lo siguiente:

- Medicamentos o tratamientos califican para el derecho a probar

Para determinar que medicamentos o tratamientos califican dentro de la categoría para probar deben cumplir los siguientes puntos:

“(1) hubiese completado un ensayo clínico de fase 1 aprobado por la FDA, (2) Estar en un ensayo clínico activo destinado a formar la base de una solicitud de aprobación o ser objeto de una solicitud de aprobación que se haya presentado ante la FDA y (3) Estar en desarrollo o producción activos en curso y no ser discontinuado por el fabricante ni puesto en espera clínica” (<https://righttotry.org/about-right-to-try/>, recuperado el 03 de abril de 2022)

Partiendo de lo anterior los medicamentos deben estar en curso de una investigación y agotar una aprobación de la Fase inicial, claro está que esto no garantiza que el medicamento o tratamiento sea completamente seguro para el paciente, pues como se puede observar en una fase inicial y para probarse la seguridad de un tratamiento o medicamento requiere un mayor control. Cabe resaltar dos aspectos mencionados en la normatividad analizada:

“Es posible que los médicos ya prescriban tratamientos 'fuera de etiqueta'. Fuera de etiqueta significa recetar un tratamiento aprobado por la FDA para una condición, dosis o población distinta a la aprobada por la FDA” y “un paciente se le pueden cobrar los costos directos de proporcionar su tratamiento individual, pero la empresa no puede obtener ganancias” (<https://righttotry.org/about-right-to-try/>, recuperado el 03 de abril de 2022)

Con respecto a estos dos aspectos si bien es cierto la obtención de ganancias no es inmediata, es posible que la persona que la persona sea asumida como objeto de experimentación y sume a los procesos de aprobación para que el medicamento o tratamiento sea aprobado por la FDA.

Por otro lado, haciendo énfasis en las críticas citadas por el autor Mateo Duque Giraldo, la concepción del “right to try” respecto a los tratamientos experimentales en Estados Unidos es considerado como un derecho negativo, en donde la libertad no puede ser interferido por el estado en este caso la FDA y por otra parte en Colombia constituye es un Derecho Fundamental Autónomo “dirigido a lograr la dignidad humana y garantizar que el Estado financie tratamientos no acreditados por el sistema de salud” (Duque, 2020, p. 80).

Es importante mencionar, dos diferencias entre los sistemas de derecho entre los dos países, por un lado esta, el Derecho Civil o Civil Law aplicado en la legislación Colombiana el cual hace énfasis a que:

“Por lo que a la aplicación del Derecho se refiere, los principios del Civil Law son los siguientes: a) la solución de cada caso debe encontrarse en el Derecho escrito, b) los precedentes, a pesar de tener autoridad no son obligatorios, c) el tribunal debe mostrar que su decisión está basada en el Derecho escrito y no únicamente en el precedente” (https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2017D1_DER208_12_711_95.pdf, recuperado el 03 de abril de 2022).

Por tal razón como primera fuente de derecho en el Sistema Colombiano es la constitución y la ley, así las cosas, resultan subsidiarias las posiciones de otros órganos judiciales.

Por otro lado, se hace necesario analizar el Sistema de Derecho aplicado en Estados Unidos, reconocido como el Derecho Anglosajón o Common Law el cual se define como:

“la fuente principal del derecho anglosajón es la jurisprudencia. Debido a la forma del sistema jurídico y su método inductivo, lo principal son las sentencias emanadas por los tribunales que son de obligado cumplimiento por los tribunales menores y tienen carácter persuasivo por los tribunales superiores”

(<https://economipedia.com/definiciones/fuentes-del-derecho.html>, recuperado el 03 de abril de 2022).

así las cosas, su fuente principal serán las decisiones que los Tribunales tienen respecto a un tema en concreto y luego serán positivizados.

Por tal razón, partiendo desde el Derecho comparado es importante tener en cuenta que se deben tomar en cuenta aspectos en común respecto a la coherencia entre los principios constitucionales entre las dos legislaciones, hay que recordar que la legislación Estadounidense protege la libertad y por lo contrario la legislación Colombiana ampara la dignidad, ¿en que influyen estos dos aspectos el reconocimiento del Derecho Innominado a Ser Intentado? en que mientras en Estados Unidos los pacientes que acceden a estos tratamientos asumen los costos de sus tratamientos de manera individual y asumen los riesgos que de estos se desprenda, en Colombia es de carácter colectivo dichos recursos y deben ser asumidos por el Sistema de Salud, así como también, debe vigilar que las políticas y directrices sobre la bioética y el consentimiento del paciente no afecte su salud y dignidad.

Analizando las críticas mencionadas por el autor Mateo Duque Giraldo, hace alusión en que en Estados Unidos el paciente puede acceder al tratamiento experimental únicamente con la prescripción o la orden de su médico, mientras que en Colombia se requiere de la aprobación de la Junta Médica, a su vez hace referencia que dicho derecho en Colombia, el mercado de la salud está regulado por el estado, en donde los fabricantes y comerciantes deben estar supeditados al poder del estado, cosa distinta en Estados Unidos en donde los tratamientos experimentales tienen como propósito una mediación entre el laboratorio y el paciente, permitiendo que el estado no intervenga (Duque, 2020, p. 80).

6. CONCLUSIONES O CONSIDERACIONES FINALES.

Es necesario reconocer la evolución del Derecho a la Salud a luz de los tratamientos experimentales, tiene su origen a través de los hechos generados por la Segunda Guerra, los cuales dieron lugar a tomar medidas a partir de los hechos reconocidos en los juicios de Núremberg, allí nace la necesidad de regular la investigación científica y se generan cuestionamientos como ¿ hasta dónde se justifica una investigación respecto al interés general y el Derecho a la Dignidad?, dentro de la presente investigación se resuelve dicha incógnita en el Primer Capítulo de la presente investigación.

Así mismo, conforme a lo expresado en el capítulo primero el Derecho a la Salud tiene una relación directa con el desarrollo del Derecho a la Seguridad Social el cual tuvo desarrollo a partir de 1948, razón por la cual, dichos derechos deben desarrollarse en conjunto, toda vez que, a través del mismo se permite el ejercicio del Derecho a la Salud en condiciones de igualdad, garantizando un sistema de asistencia a todos los ciudadanos.

A modo de conclusión de dicho capítulo se puede determinar que la evolución del Derecho a la Salud, siempre ha estado ligado a dos aspectos la necesidad y la dignidad, y que los tratamientos experimentales llevan más allá dichas teorías, toda vez que, nos permite determinar nuestra naturaleza como seres humanos y la necesidad de implementar el consentimiento informado, la responsabilidad médica y la responsabilidad indirecta que los estados tienen respecto a las instituciones de salud que lo regulan.

Es importante, destacar que aunque existen organismos internacionales que amparan el Derecho a la Salud, el Derecho a la Seguridad Social y el Derecho a Ser Tratado como los son la OMS, la OIT, la FDA, las instituciones internas como los son, las Altas Cortes, el Invima, entre otros,

aún falta mucho para garantizarlos, toda vez que, no basta con la creación de una norma o el pronunciamiento de un organismo jurisdiccional para garantizarlos en su totalidad, es necesaria la creación de políticas públicas que garanticen dichos derechos de manera oportuna, eficaz y de acuerdo con los recursos destinados para financiar el Sistema de Salud.

Por otro lado, se puede observar que con la implementación de la Ley 100 de 1993 y Ley 1751 de 2015, no ha sido suficiente para amparar estos derechos, más aún cuando las EPS se encuentran en frecuentes procesos de Liquidación lo cual afecta directamente la prestación del servicio de salud, tampoco es secreto que los recursos de la salud han sido afectados por el “fenómeno de la corrupción”, la falta un seguimiento frente a la fiscalización de recursos y los procesos de repetición en contra de los funcionarios implicados, esto lleva a plantear ¿esta afirmación que tiene que ver con el tema a investigar? Esta totalmente relacionado, toda vez que, la sostenibilidad financiera es primordial para garantizar el Derecho Innominado a Intentar, ya que el estado es el encargado de financiar los tratamientos experimentales, así las cosas, si el sistema no cuenta con unas garantías básicas que permitan su ejercicio.

Conforme al segundo capítulo a modo de conclusión, se resaltan dos aspectos de la Sentencia 760 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, el primero corresponde al reconocimiento del Derecho a la Salud como Fundamental, marcado un antes y un después convirtiéndose en un reto para el sistema jurídico Colombiano, que aún se encuentra en esa tarea de crear un sistema Universal para todos, toda vez que, plantea la necesidad de regular en condiciones de equidad superando así las barreras iniciales del sistema, como lo es el acceso a tratamientos médicos y medicamentos; y como segundo aspecto la necesidad de crear nuevos mecanismos que permitan el amparo de dicha garantía constitucional

Otro de los aspectos a resaltar en la importancia de ley 100 de 1993 frente a la creación de el Régimen subsidiado en Salud y Régimen Contributivo y la creación del POS el cual inicialmente estaba limitado y que pese a que esta ley tuvo unos aspectos fallidos, sigue siendo esta la base del Sistema de Seguridad Social.

No obstante, cabe determinar que la Ley 100 de 1993 aun guarda relación con el Sistema de Salud, se requiere una reforma de fondo respecto a la administración de los fondos, así mismo, replantear la figura de las EPS, se requiere una institución que vele por la correcta administración de los recursos destinados al Sistema de Salud más aun cuando en Colombia no se tiene ratificado Convenio sobre la seguridad social No. 102 del 1952, lo cual hace que la Seguridad Social no sea su implementación de obligatorio cumplimiento.

Es importante, mencionar que el Sistema de Seguridad Social tiene implicaciones directas sobre el Derecho a la Salud, razón por la cual se requiere su fortalecimiento, toda vez que, estos derechos están relacionados directamente.

Otro de los aspectos mencionados dentro del capítulo segundo es la Ley 1751 de 2015 en donde se busca no solo regular el acceso a servicios de Salud sino que se regula y reconoce mediante Ley Estatutaria el Derecho a la salud como fundamental, toda vez que, dicho derecho hasta la fecha de la sanción de la mencionada norma tan solo había sido reconocido como fundamental dentro de los pronunciamientos jurisprudenciales, dentro del cual se resalta la importancia de la Sentencia 760 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, elevando así el derecho a la salud como autónomo y dictando pautas para regular el ejercicio y acceso de dicho derecho.

La mencionada norma constituye uno de los impedimentos para el ejercicio del Derecho Innominado a Ser Intentado , ya que en su artículo 15 se hace énfasis a esa exclusión que también fue planteada respecto a financiar los tratamientos experimentales, de esta forma, si bien es cierto, el Derecho a la Salud debe ser garantizado en su totalidad su limitación podría llegar a vulnerar su ejercicio; sin embargo, como se había mencionado en la Sentencia C-313 de 2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la cual hace el control constitucional de la Ley 1751 de 2015 de las exclusiones en una ley que pretende regular un Derecho Fundamental deben ser Taxativas y por lo tanto deben estar fundamentadas , para el caso se resaltan dos cuestiones: el énfasis a esa capacidad financiera del Sistema de Salud y la protección de la integridad del paciente.

En la sentencia mencionada, es importante respecto al análisis que realiza sobre los elementos del Derecho Fundamental a la Salud , haciendo un análisis de los elementos que hacen efectivo el ejercicio del Derecho Fundamental de la Salud, los cuales corresponden a los siguientes: Disponibilidad, Aceptabilidad: Los distintos agentes encargados de la prestación de los servicios de salud, deben ser respetuosos de la ética médica y de las diversas culturas, minorías étnicas y comunidades de sus pacientes, permitiendo de esta forma la materialización de la accesibilidad y Calidad e idoneidad profesional: Los servicios y tecnologías dispuestos

Sin embargo, dicha Ley se queda corta respecto a implementar otros mecanismos para acceder a los servicios médicos excluidos cuando la vida del paciente se ve afectada y no tiene otra opción, sin la necesidad de acudir a otros mecanismos de protección como lo es la Acción de Tutela que en ocasiones si esta llegase a ser motivo de revisión podría tardar en amparar el Derecho de manera efectiva.

Por otro lado, se observa en el análisis de la línea jurisprudencial planteada en el capítulo segundo los distintos criterios de necesidad que tuvo el órgano jurisdiccional para ordenar la aplicación de dichos tratamientos, lo cual se considera correcto y conforme a las situaciones fácticas necesarias para evaluar por parte de la Corte. Sin embargo, esta situación tuvo una variación significativa y al respecto me refiero a la Sentencia T- 057 de 2015, Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez allí se declara el Derecho Innominado a Ser Intentado generando una serie de contradicciones, respecto a las exclusiones planteadas en el Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y la Sentencia T-057 de 2015.

Creando así un conflicto respecto a los criterios para poder ejercer el Derecho Innominado a Ser Intentado, así mismo, se observa que no se declaró la exequibilidad condicionada respecto al amparo de este Derecho frente a la aplicación del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

De acuerdo a lo expuesto, en el salvamento de voto se puede observar que la Corte debió hacer un estudio a fondo al momento de declarar el Derecho Innominado sin tener en cuenta las implicaciones que este podría ocasionar, argumento que se sustentó en el Salvamento de Voto del el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva frente a la necesidad de revisar la sostenibilidad financiera del Sistema de salud y la efectividad probada de los tratamientos. Así mismo, es importante mencionar que la Corte debió hacer un estudio desde el concepto del Derecho a ser Intentado aplicado a la realidad jurídica aplicada en Colombia y por ende, la necesidad de amparar este Derecho dentro del Sistema de Seguridad Social.

Se puede concluir que no se realizó una revisión exhaustiva del concepto de “right to try”, el cual nace en Estados Unidos país que no tiene el mismo sistema de derecho que se aplica en Colombia, razón por la cual debía

hacerse un ejercicio de derecho comparado respecto a la decisión de la Asamblea General del Estado de Colorado House Bill 14-1281, más aún cuando se está declarando un derecho que requiere no solo la responsabilidad del estado sino también requiere de un esfuerzo institucional; es importante mencionar que en Estados Unidos el paciente asume los gastos y riesgo del tratamiento, así como también los laboratorios pierden responsabilidad conforme al consentimiento informado que el paciente asume al momento de hacer parte de una investigación científica.

Por lo anterior, la Corte le falto hacer un análisis comparativo detallado principalmente porque los recursos destinados a la Salud son de carácter solidario, así mismo, de acuerdo al amparo del derecho a la dignidad el Estado debe asumir la vigilancia de los procedimientos que se realizan sobre el paciente, ya que existe una responsabilidad del estado, el médico y la institución prestadora de salud. Al respecto se hace necesario regular los siguientes aspectos:

1. La responsabilidad del Estado Colombiano respecto a la aplicación de un Tratamiento Experimental.
2. Determinar el límite del monto que asume el Estado Colombiano respecto los gastos requeridos para la aplicación de dicho tratamiento a fin de que no afecte significativamente la Sostenibilidad Financiera del Sistema de Salud.
3. Definir las características del paciente que pretende acceder a dicho tratamiento.
4. Fase de experimentación que debe estar aprobada por la FDA para poder acceder al tratamiento.
5. Determinar las implicaciones consentimiento informado y sus alcances frente al amparo del Derecho innominado a ser Intentado.

6. Determinar la responsabilidad del Estado, las EPS y el personal médico respecto a la aplicación de un tratamiento experimental.
7. Implementación de política y acuerdos de protección frente a pacientes colombianos que requieran de un tratamiento en el exterior.
8. Determinar si la aplicación de tratamientos experimentales solo ampara tratamientos médicos aplicados en otros países o en Colombia también y su necesidad de determinar la institución que verificara las fases de experimentación.

De acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que altas cortes tienen la posibilidad de declarar derechos innominados que incidan directamente sobre el amparo de derechos fundamentales, por ende, dicha autoridad jurisdiccional debe guardar cuidado respecto a trasladar u concepto al ordenamiento Colombiano, toda vez que, puede generar un conflicto frente a la norma y la jurisprudencia y más aún cuando dicha implementación tiene tantos impactos y posibles riesgos.

Ahora bien, respecto a los puntos expuestos se puede observar la necesidad de regular dicho derecho mediante una Ley, sin embargo, se requiere un mayor estudio y análisis de las implicaciones que el mismo puede tener respecto al Derecho Fundamental a la Salud, toda vez que, conforme a lo expuesto en la C-936 de 2011, esta garantía constitucional debe responder a la necesidad de proteger la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, por lo tanto, se hace necesario un estudio frente a la garantía de la prestación de los servicios médicos conforme a los parámetros planteados.

Aunado a lo anterior, y de acuerdo a lo estudiado por la corte en la Sentencia 057 de 2015, es necesario determinar esa universalidad de los servicios médicos sin limitación alguna, por lo tanto, debe hacerse una articulación frente a las fases de tratamientos experimentales aplicados en Colombia a través del Invima, y la responsabilidad del estado Colombia frente a terceros garantizando así un control frente al cumplimiento de políticas de la bioética y el respeto a la libertad de elección del paciente.

También será necesario hacer una claridad frente al ejercicio del Derecho a Ser Intentado, toda vez que, debe hacerse una aclaración frente a los requisitos para acceder a los tratamientos experimentales, y determinar cuando es necesaria su aplicación, toda vez que, este no puede limitarse solamente a patologías como enfermedades terminales o únicas alternativas de tratamiento, puesto que iría en contra del principio de Universalidad.

Por otro lado, es importante mencionar que conforme a la metodología implementada se formularon aproximadamente 27 derechos de petición ante la EPS pertenecientes al régimen subsidiado y contributivo de todo el país, en donde se formularon las siguientes peticiones:

1. ¿cuántos pacientes y/o afiliados a su institución han solicitado durante los últimos 10 años la aplicación y cobertura de tratamientos experimentales?
2. ¿Cuántos pacientes y/o afiliados a su institución se les ha concedido la aplicación de un tratamiento experimental para tratar su enfermedad o patología?

3. ¿qué condiciones fueron concedidos dichos tratamientos experimentales?

De acuerdo a los derechos de petición remitidos, se pudo evidenciar que no dio una respuesta de fondo a las peticiones formuladas, así mismo, en un gran porcentaje las EPS argumentaron que no se prestaban dichos servicios en razón a las excepciones planteadas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 , a su vez respecto a los pacientes que han solicitado dichos tratamiento o se les ha concedido dichas instituciones se negaron a responder dicha información por considerar que esta información está amparada por el derecho de reserva de las entidades mencionadas, tal y como se puede observar en los documentos anexos a la presente investigación.

Por lo anterior, se ve reflejado el desconocimiento de la sentencia 057 de 2015 en donde se declaró el Derecho Innominado a Ser Intentado y sus implicaciones, por lo tanto, se hace necesaria una capacitación a las instituciones prestadoras de salud, a su vez, se observa que se hace necesario poner en conocimiento la importancia de dicha sentencia a los estudiantes de Derecho y la academia a fin de poner en conocimiento las implicaciones de la declaración de un Derecho innominada a través de un taller de 5 sesiones dirigido a estudiantes y miembros del área de peticiones de las EPS.

7. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN SOCIO – JURÍDICAS.

De acuerdo a lo expuesto en las conclusiones, se hace necesaria la implementación de una Ley que regule los vacíos que dejó la Sentencia 057 de 2015, siendo esta una excepción a la aplicación del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

No obstante, a lo anterior y pese a lo analizado es irresponsable plantear como mecanismos de solución un proyecto de ley sin tener claro otros aspectos que impactan su aplicación partiendo desde la responsabilidad del estado y las EPS frente al acceso de tratamientos experimentales, el presupuesto destinado a estos tratamientos experimentales, los alcances del consentimiento informado, entre otros aspectos necesarios para plantear un proyecto de ley como mecanismos de solución, por lo tanto se hace necesario continuar con su estudio a través de una tesis que permita analizar con profundidad dichos aspectos.

Conforme a las peticiones mencionadas en el acápite anterior, a se hace necesaria la realización de un taller dirigido a las EPS y a los estudiantes de derecho, a fin de poner en conocimiento los alcances del Derecho a la Salud , los impactos del reconocimiento al Derecho Innominado a ser Intentado, para lo cual se propone un taller dictado en la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, el cual está compuesto de 5 sesiones, cuya estructura se expone a continuación:

Primera Sesión	
Tema	Evolución de los tratamientos experimentales a la luz del derecho internacional y en Colombia.
Objetivo	Poner en conocimiento de los asistentes las implicaciones de los tratamientos experimentales respecto a la evolución del Derecho a la Salud
Pregunta Orientadora	¿Cuáles son las implicaciones de los tratamientos experimentales frente a la evolución del derecho a la salud?

Bibliografía	<p>1. Calva Mercado, J. J, (04 de julio del 2000). Estudios clínicos experimentales. Revista Salud Pública De México. Volumen .42.</p> <p>2. Prieto, P. (2011). Comités de investigación con seres humanos: referencia actual en Colombia. Educación y práctica de la medicina. Acta Médica Colombiana. Volumen 36 No. 2 (98-104).</p> <p>3. Vega Gutiérrez, J (01 de abril de 2004). La experimentación con humanos. Bioeticaweb. Recuperado de https://www.bioeticaweb.com/la-experimentacion-con-humanos-dr-vega-gutiérrez/#comments</p> <p>4. Junceda, J.M(1994). Vida, Salud y Conciencia. Diagnóstico ético sobre la medicina actual. San Pablo, Madrid.</p>
---------------------	---

Segunda Sesión	
Tema	Evolución del derecho a la salud en Colombia y la Seguridad Social
Objetivo	Poner en conocimiento de los asistentes los cambios relevantes que se han realizado respecto a los tratados y convenios internacionales y la importancia de la Sentencia T-760 de 2008.
Pregunta Orientadora	¿Cuál es el impacto que tiene la sentencia T-760 de 2008 sobre el Derecho a la Salud y cual es su impacto frente al amparo de dicho derecho?
Bibliografía	<p>1. Jiménez Barbosa, W. G. (2009). El derecho a la salud una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana. Revista EAN. On-line version ISSN 0120-8160. Volumen 67, Septiembre-Diciembre 2009.P. 107-122.</p> <p>2. Calderón, J. (2015). Autonomía médica y ley estatutaria de salud. Acta Médica Colombiana. Version On-line ISSN 0120-2448 Volumen 40. Enero- marzo 2015.</p> <p>3. Encinales Vanegas, A. E. (2018). Análisis del sistema de salud en el Área Metropolitana de Bucaramanga con base en los principios convencionales de la seguridad social de la</p>

	<p>Organización Internacional del Trabajo. Trabajo de grado. Universidad Santo Tomás, Bucaramanga</p> <p>4. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, Mp. Manuel José Cepeda Espinosa.</p>
--	---

Tercera Sesión	
Tema	Diferencias de la Ley 100 de 1993 y Ley 1751 del 2015
Objetivo	Reconocer la importancia de la Ley 100 de 1993 y Ley 1751 del 2015 respecto a la evolución del Derecho a la Salud y sus alcances respecto al acceso de servicios médicos.
Pregunta Orientadora	¿Cuáles son las diferencias más relevantes de la Ley 100 de 1993 y Ley 1751 del 2015 respecto al acceso al derecho a la salud?
Bibliografía	<p>1. Colombia. Congreso De La República. Ley 100 De 1993. (23 de Diciembre de 1993). por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 41.148. Bogotá, D.C., 1993.</p> <p>2. Colombia. Congreso De La República. Ley 1751 del 2015. (16 de febrero de 2015). por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. 49427 de febrero 16 de 2015. Bogotá, D.C., 2015.</p>

Cuarta Sesión	
Tema	Reconocimiento del Derecho a Ser Intentado en la Sentencia 057 de 2015.
Objetivo	Reconocer los alcances de la Sentencia 057 de 2015 y sus impactos respecto a la Ley 1751 de 2015.
Pregunta Orientadora	¿Cuáles son los impactos que tiene la Sentencia 057 de 2015 sobre las exclusiones planteadas en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015?

Bibliografía	<p>1. Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T- 057 del 12 de febrero de 2015, Mp.: Martha Victoria Sáchica Méndez</p> <p>2. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014, Mp.Gabriel Eduardo Mendoza Martelo</p> <p>3. Duque Giraldo, M (2020). Derecho al acceso a tratamientos medicamentos experimentales, caso Estados Unidos-Colombia: críticas a su traslación al ordenamiento interno, en <i>Díkaion</i> 29, 1 (2020), 66-91.</p>
---------------------	---

Quinta Sesión	
Tema	Análisis de los pronunciamientos Asamblea General del Estado de Colorado House Bill 14-1281, en donde se agrega el artículo 45 “Access to Treatments for Terminally” como elementos esenciales frente al reconocimiento del Derecho a Innominado a Intentar en Colombia
Objetivo	Reconocer los alcances de los aspectos expuestos en los pronunciamientos de la Asamblea General del Estado de Colorado House Bill 14-1281 respecto al Derecho a Innominado a Intentar en Colombia
Pregunta Orientadora	¿Cuáles son los aspectos más importantes de los pronunciamientos Asamblea General del Estado de Colorado House Bill 14-128 y cuál es su impacto respecto al reconocimiento del Derecho Innominado a Ser intentado en Colombia?
Bibliografía	<p>1. Estados Unidos. Colorado House. Bill 14-1281 Reforma Legal “sobre autorización para que los enfermos terminales tengan acceso a los productos de investigación que no han sido aprobados por la Administración de Alimentos y medicamentos Federal y para que los pacientes pueda participar en ensayos clínicos” publicada el 17 de Mayo de 2014.</p> <p>2. Instituto Goldwater (03 de abril de 2022). ¿What Is Right To Try?. Obtenido de https://righttotry.org/about-right-to-try/.</p> <p>3. Duque Giraldo, M (2020). Derecho al acceso a</p>

tratamientos medicamentos experimentales, caso Estados Unidos-Colombia: críticas a su traslación al ordenamiento interno, en <i>Díkaion</i> 29, 1 (2020), 66-91.
--

Por otro lado, con el fin de poner en conocimiento de los estudiantes y asistentes se realiza una infografía exponiendo las temáticas a tratar conforme al modelo expuesto en el Anexo 3.

A. Anexos: Derecho de petición formulado por la autora de la presente monografía y algunas respuestas relevantes emitidas por las EPS.

1. Derecho de Petición formulado a las siguientes EPS: Comfachocó EPS-S, Dusakawi EPS, Confaoriente EPS-S, Savia Salud EPS, Coosalud EPS, AIC-EPS, MALLAMAS EPS INDÍGENA, AMBUQ EPS, AMBUQ EPS, COMPARTA EPS, CAPITAL SALUD EPS, COMFACOR EPS, CONFASUCRE EPS, CONFASUCRE EPS, CAJACOPI EPS, MEDIMÁS EPS, COOMEVA EPS, COOMEVA EPS, EPS CONFENALCO VALLE, COOMEVA EPS, NUEVA EPS, FAMISANAR EPS, COMPENSAR EPS, SALUD COOP EPS, SURAMERICANA EPS, CAFE SALUD EPS y SANITAS EPS.

Anexo No. 1 Derecho de Petición:

Bogotá D.C. 06 de noviembre de 2021.

Señores,
FAMISANAR EPS
Ciudad.

Referencia: Derecho de petición de información.

KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.031.154.311, actuando en nombre propio, por medio del presente escrito, me permito presentar Derecho de Petición de información consagrado en el artículo 23 de la constitución Política de Colombia, la Ley 1437 del 2011 modificada por la Ley 1755 del 2015 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo”, y para tal efecto pongo en conocimiento los siguientes:

I. HECHOS.

1. Actualmente soy estudiante de último semestre Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
2. En virtud de los requisitos de grado, en la actualidad me encuentro realizando una investigación sobre “La Implementación De Tratamientos Experimentales Para Enfermedades Crónicas No Transmisibles De Alto Impacto Y Su Incidencia En El Derecho A La Salud En Colombia”.
3. Por lo anterior, con el fin de cumplir los objetivos de mi investigación se hace necesario poder conocer la cantidad de solicitudes de tratamientos experimentales realizadas por los pacientes a las EPS en Colombia, así como también las condiciones en las cuales se concede actualmente dichas peticiones.

Con fundamento en los hechos expuestos y en las disposiciones legales que posteriormente citaré, respetuosamente solicito a ustedes las siguientes:

II. PETICIONES.

1. Con fines investigativos, solicito informar a la suscrita ¿cuántos pacientes y/o afiliados a su institución han solicitado durante los últimos 10 años la aplicación y cobertura de tratamientos experimentales?
2. Respetuosamente solicito informar a la suscrita ¿Cuántas pacientes y/o afiliados a su institución se les ha concedido la aplicación de un tratamiento experimental para tratar su enfermedad o patología?
3. Respecto a la solicitud anterior, solicito respetuosamente informar a la suscrita, en ¿qué condiciones fueron concedidos dichos tratamientos experimentales?

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. Artículo 23 de la constitución Política de Colombia el cual estipula que "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución" el cual reconoce el derecho de petición. Por lo tanto, estoy en el derecho de presentar esta petición ante ustedes.
2. Artículo 14 de la Ley 1755 del 2015 "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo" el cual estipula que "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción".

IV. NOTIFICACIONES.

Las recibiré en el correo electrónico correo kicolmenares@unicolmayor.edu.co.

Cordialmente;



KAREN LIZETH COLMENARES
C.C 1.031.154.311

Anexo No. 2: Respuestas más relevantes a tener en cuenta en la presente investigación:



KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO <kicolmenares@unicolmayor.edu.co>

RE: RPR0956022021 - Riego

1 mensaje

Juan Carlos Vera Rugeles <jvera@coosalud.com>
Para: "kicolmenares@unicolmayor.edu.co" <kicolmenares@unicolmayor.edu.co>

20 de diciembre de 2021, 10:45

Muy buenos días Sra. KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía 1.031.154.311, referente a su derecho de petición, de antemano agradecemos su interés por nuestros afiliados, y felicitamos por su estudio referente a "La Implementación De Tratamientos Experimentales Para Enfermedades Crónicas No Transmisibles De Alto Impacto Y Su Incidencia En El Derecho A La Salud En Colombia".

bajo el amparo de la Ley 1581 de 2012 constituye el marco general de la protección de los datos personales en Colombia, no es imposible proporcionar este tipo de datos, por lo cual agradecemos su comprensión.

JUAN CARLOS VERA MD
Director Médico Regional Centro



COOSALUD
En Pos de tu bienestar

Llámanos marcando gratis desde tu celular: **#922**
o desde un teléfono fijo a la línea: **01 8000 515611**

www.coosalud.com

CoosaludEPS @Coosalud



160.4613

Yopal, 10 de noviembre de 2021

Señor:

KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO

CC 1.031.154.311

kolcolmenares@unicolmayor.edu.co

ASUNTO: Respuesta oficio DERECHO DE PETICION

Conforme a la solicitud realizada a esta entidad, mediante documento relacionado en el asunto por medio del cual solicita "... ¿cuántos pacientes y/o afiliados a su institución han solicitado durante los últimos 10 años la aplicación y cobertura de tratamientos experimentales? ... (...) ¿Cuántos pacientes y/o afiliados a su institución ser les ha concedido la aplicación de un tratamiento experimental para tratar su enfermedad o patología? ... (...) ¿Qué condiciones fueron concedidos dichos tratamientos experimentales? ..." Ante lo cual se informa:

Los servicios garantizados y autorizados por CAPRESOCA EPS a sus afiliados corresponden a los servicios avalados por parte del ministerio de salud y protección social, los cuales se encuentran descritos en el plan de beneficios de salud, resolución 2481 de 2020.

Así las cosas CAPRESOCA EPS no ha garantizado ni autorizado a sus afiliados servicios experimentales, toda vez que los mismos no se encuentran avalados por el Ministerio de Salud Y Protección Social en Colombia.

Sin otro particular

Atentamente

SANDRA MILENA TRASLAVIÑA VARGAS

Profesional Universitario Atención y Representación al usuario
(subgerencia Operativa en Salud)

ANAS WAYUU E.P.S.I
 EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA INDIGENA
 Vigilado Supersalud Resolución No 15-10 de Julio de 2001
 Nit: 839.000.495-6



DSS – 600 – 0005
 Maicao, 6 de enero de 2022

Señorita
KAREN LIZETH COLMENARES
 CC 1.031.154.311
 Correo electrónico: kcolmenares@unicolmayor.edu.co
 Bogotá D.C.



ANAS WAYUU EPSI

Al responder este documento, citar el número de radicación:

2-246916

Fecha y hora de envío 2022-01-07 14:00

Asunto: Respuesta Derecho de petición de información.

Referencia: 1- 241032

Respetada señorita Colmenares;

La EPSI Anas Wayuu da respuesta a su petición realizando las siguientes precisiones:

En el numeral 1 de los hechos descritos indica que es estudiante de último semestre de derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, pero no aporta soportes que confirmen lo manifestado tales como copia de documento de identidad o del carnet estudiantil, carta de la universidad respaldando su investigación.

Referente a los numerales 2 y 3: "En virtud de los requisitos de grado, en la actualidad me encuentro realizando una investigación sobre "La Implementación De Tratamientos Experimentales Para Enfermedades Crónicas No Transmisibles De Alto Impacto Y Su Incidencia En El Derecho A La Salud En Colombia", y "Por lo anterior, con el fin de cumplir los objetivos de mi investigación se hace necesario poder conocer la cantidad de solicitudes de tratamientos experimentales realizadas por los pacientes a las EPS en Colombia, así como también las condiciones en las cuales se concede actualmente dichas peticiones", no envía descripción inicial del proyecto o anteproyecto donde pueda conocerse la descripción del problema, pregunta de investigación, justificación y objetivos, como tampoco su hoja de vida como investigadora o certificación de un grupo de investigación, CV-LAC, conflictos de interés entre otros apartes de su proyecto de investigación.

Es importante aclarar que somos una empresa promotora de salud indígena circunscrita al departamento de La Guajira, los tratamientos experimentales están excluidos de los servicios y tecnologías financiados con recursos de la UPC y finalmente, desconocido el alcance de su investigación, si ello implica que los pacientes en este tipo de circunstancias otorguen su consentimiento para uso de información clínica relevante, usted, debe dirigirse a los prestadores de servicios de salud, quienes por normativa son los custodios de la historia clínica, como así lo indica la resolución 1995 de 1999.

Cordialmente;

Juan Carlos Jaramillo Ordóñez
 Director Servicios de Salud

Carrera 16 No. 16 – 31 - Teléfono: 605 - 725 65 65 - Línea Gratuita 01-8000-962-780
www.epsianaswayuu.com - info@epsianaswayuu.com
 Maicao – La Guajira



FO – GDO – 440 – V 9.0

[anas_wayuu_epsii](#)

Anas Wayuu EPSI

[@epsianaswayuu](#)

	ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA Resolución 083 del 15 de diciembre de 1997 Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior NIT: 817.001.773-3			
	OFICIO			
Código:	GDOC-F-12	Versión:	1.0	

Por favor, al contestar cite este número: G JUR- 3103 -2021

Popayán Cauca, 12 de noviembre del 2021

Señor:

KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO

ASUNTO. Respuesta Derecho de Petición artículo 23 Constitución Política de Colombia, artículo 33 SS del CPACA Ley 1755 del 2015

Reciba un cordial saludo.

LA ASOCIACIÓN INDIGENA DEL CAUCA AIC EPS-I, es una entidad promotora de salud indígena, que administra los recursos del régimen subsidiado y contributivo a la cual se encuentran afiliadas las comunidades indígenas y población general, nuestra función principal como empresa promotora de servicios de salud para las comunidades indígenas, es cumplir con todos los preceptos constitucionales en el marco de la ley y que permitan una buena y excelente atención al usuario, respetando los derechos, usos y costumbres de cada comunidad.

Nos permitimos informar que la AIC EPS-I al recibir la solicitud hace los trámites administrativos correspondientes para dar solución y respuesta a la petición de fondo. Es de manifestar que respecto al derecho de petición la AIC EPS-I da respuesta en el siguiente sentido:

En primer lugar se le informa **KAREN LIZETH COLMENARES** que como AIC-EPS no es procedente acceder a su petición y que los reglamentos dentro de la Entidad nos limitan a entregar este tipo de información.

En segundo lugar para este tipo de actuaciones nos regimos bajo la Constitución política y la ley 1581 de 2012 por lo tanto se niega todas las pretensiones debido a que se sugiere la voluntad y autorización de cada uno de los afiliados y si los mismos quieren hacer parte de la investigación "LA IMPLEMENTACIÓN DE

	Calle 1 # 4-66 Barrio Vásquez Cobo - Popayán Cauca Pbx: (092) 8380200 www.aicsalud.org.co - Email: correo@aicsalud.org.co
	Página 1 de 2

	ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA Resolución 083 del 15 de diciembre de 1997 Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior NIT: 817.001.773-3			
	OFICIO			
Código:	GDOC-F-12	Versión:	1.0	

TRATAMIENTOS EXPERIENCIAS PARA ENFERMEDADES CRÓNICAS NO TRANSMISIBLES DE ALTO IMPACTO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA”.

En tercer lugar nos acogemos al decreto 1424 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección en su artículo 2.1.11.13 por el cual nos hace responsables a las EPS de privacidad, seguridad, confidencialidad y veracidad de la información suministrada y sobre los datos a los cuales tienen acceso.

Por último el AIC EPS-I, Frente a los hechos ha garantizado la protección de los derechos a la salud y salvaguarda de los intereses colectivos con enfoque diferencial en el marco del respeto del principio de la dignidad humana, donde manifestamos que esta entidad no ha desobedecido en ningún momento la orden constitucional y legal como tan poco a incurrido en actos de omisión que deriven en responsabilidades administrativas y ponga en riesgo la integridad del accionante. Que la AIC EPSI. Es una Entidad Promotora de Salud Indígena, que Administra los recursos del Régimen.

Las Notificaciones las recibiré en la Calle 1 N° 4-66 B/ Vásquez Cobo Popayán Cauca – Área Jurídica.

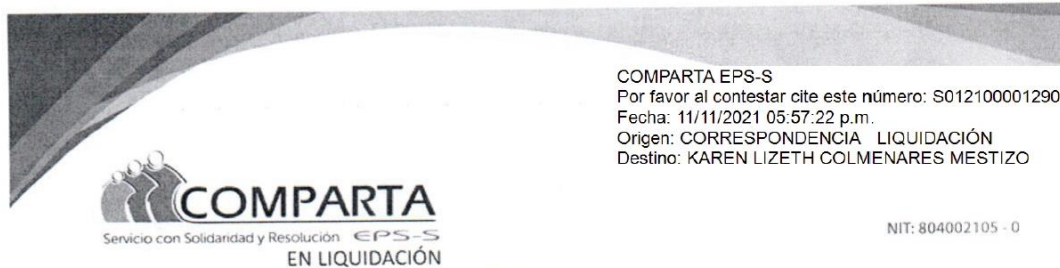
Teléfonos 8380200 Ext -121

Correo Electrónico: coordinacionjuridica@aicsalud.org.co

FABIO NELSON YUJO
C.C. 1.060.283.280 expedida en Popayán – Cauca.
T.P. No. 289654 del Consejo Superior de la Judicatura.

Elaboró:	Judicante- Área Jurídica: Víctor Fernández
Revisó:	Abogado – Área Jurídica: Fabio Nelson Yujo

	Calle 1 # 4-66 Barrio Vásquez Cobo - Popayán Cauca Pbx: (092) 8380200 www.aicsalud.org.co - Email: correo@aicsalud.org.co
	Página 2 de 2



COMPARTA EPS-S
 Por favor al contestar cite este número: S012100001290
 Fecha: 11/11/2021 05:57:22 p.m.
 Origen: CORRESPONDENCIA LIQUIDACIÓN
 Destino: KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO

NIT: 804002105 - 0

Bucaramanga, 8 de noviembre de 2021

Señor (a);
KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO
 CC 1031154311
 klcolmenares@unicolmayor.edu.co
 Bogotá DC.

Asunto: Respuesta Derecho de Petición.

En atención a la petición presentada a la Entidad el 8 de noviembre 2021 mediante radicado interno No E012100001109 por medio de la cual solicita:

1. Con fines investigativos, solicito informar a la suscrita ¿cuántos pacientes y/o afiliados a su institución han solicitado durante los últimos 10 años la aplicación y cobertura de tratamientos experimentales?
2. Respetuosamente solicito informar a la suscrita ¿Cuántas pacientes y/o afiliados a su institución se les ha concedido la aplicación de un tratamiento experimental para tratar su enfermedad o patología?
3. Respecto a la solicitud anterior, solicito respetuosamente informar a la suscrita, en qué condiciones fueron concedidos dichos tratamientos experimentales?

La **COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA – COMPARTA EPS -S, EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT. No. 804.002.105-0, buscando brindarle una respuesta oportuna, clara, precisa, de fondo, congruente con su requerimiento y acorde con los términos establecidos por el Artículo 14 de la ley 1755 de 2015; le informa que:

Mediante Resolución N° 20215100024996 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud el 26 de Julio de 2021 se ordenó: **“la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa para liquidar a Comparta EPS”**.

Dentro de las medidas tomadas en la referida Resolución, se encontraba la orden de traslado masivo de la población afiliada a COMPARTA EPS-S, a partir



NIT: 804002105 - 0

del 10 de agosto de la presente anualidad implicando con ella la interrupción inmediata de su actividad como Asegurador en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

Una vez verificada su solicitud me permito informar que la entrega de información y documentos que contengan diagnósticos y tratamientos realizados de personas que fueron afiliados a Comparta EPS tienen carácter de reserva legal; y dando cumplimiento a la ley 1755 de 2015 **Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial...**

*3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, **así como la historia clínica...***

PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 **solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.**

En consecuencia, no es posible acceder a su solicitud.

Finalmente, le reiteramos nuestra disposición para responder cualquier inquietud o información adicional, la que con gusto será atendida.

Atentamente,

FARUK URRUTIA JALILIE
Representante Legal - Liquidador
COMPARTA EPS-S EN LIQUIDACIÓN

Proyectó: Alba Yaneth Leal Hernández- Profesional de apoyo Jurídico
Evidencias: Doris Beatriz Tolosa - Profesional en Salud Pública.
Aprobó: Nathalia Orozco T.- Abogada Contratista



Dirección: Calle 28 No. 25 B 50, Sincelejo, Sucre
 PBX: (5) 279 9500
 Línea gratuita: 01 8000 938 810
 www.comfasucre.com.co

Sincelejo, Sucre, 16 de noviembre del 2021

Doctora
KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO
 E. S. D.

ASUNTO: RESPUESTA OFICIO DE FECHA 08 DE NOVIEMBRE DE 2021

EDGARDO ALBERTO ARAUJO MONTERROSA, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía No. 72.161.623, obrando en calidad de Jefe de División Salud de la Caja de Compensación Familiar de Sucre Comfasucre, entidad identificada con Nit No. 892200015-5, con el fin de manifestarle que estando dentro de la oportunidad y términos legales, me permito dar respuesta del asunto de la referencia, así;

Solicitud de información, de la doctora afiliado **KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO**, quien solicita lo siguiente:

Que con fines de investigación, quienes de los usuarios durante los últimos 10 años han solicitado la aplicación y cobertura de tratamientos experimentales, ha quienes se les ha concedido la aplicación del tratamiento experimental para tratar su enfermedad o patología y en qué condiciones fueron concedidos.

A la petición se le contesta lo siguiente:

Sea lo primero en manifestarle, que Dentro del Plan de Beneficios de Salud se entiende como exclusiones de cobertura, aquellas prestaciones o servicios que no serán financiados con la Unidad de Pago por Capacitación (UPC) y son aquellas que: • Tengan un fin primordialmente cosmético o suntuario • No estén autorizados para su uso en el país. • Carezcan de evidencia sobre su seguridad, eficacia y efectividad clínica • El uso de insumos y medicamentos no esté autorizado por parte de la autoridad competente. • Sean experimentales o tengan que ser prestados en el exterior. "negrilla fuera del texto"

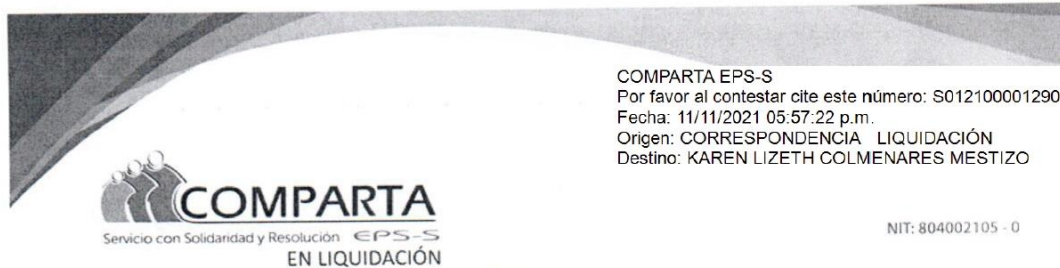
En este orden de ideas, la institución, bajo el lineamiento normativo no le es procedente conceder tratamientos experimentales a los usuarios afiliados a la institución., toda vez que no es financiado por la unidad de pago por capitación.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda resuelta su petición dentro del término y su oportunidad legal.

Atentamente

EDGARDO ALBERTO MONTERROSA ARAUJO
 Jefe de División Salud

Elaboro: Alberto blanco-2021



COMPARTA EPS-S
 Por favor al contestar cite este número: S012100001290
 Fecha: 11/11/2021 05:57:22 p.m.
 Origen: CORRESPONDENCIA LIQUIDACIÓN
 Destino: KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO

NIT: 804002105 - 0

Bucaramanga, 8 de noviembre de 2021

Señor (a);
KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO
 CC 1031154311
 klcolmenares@unicolmayor.edu.co
 Bogotá DC.

Asunto: Respuesta Derecho de Petición.

En atención a la petición presentada a la Entidad el 8 de noviembre 2021 mediante radicado interno No E012100001109 por medio de la cual solicita:

1. Con fines investigativos, solicito informar a la suscrita ¿cuántos pacientes y/o afiliados a su institución han solicitado durante los últimos 10 años la aplicación y cobertura de tratamientos experimentales?
2. Respetuosamente solicito informar a la suscrita ¿Cuántas pacientes y/o afiliados a su institución se les ha concedido la aplicación de un tratamiento experimental para tratar su enfermedad o patología?
3. Respecto a la solicitud anterior, solicito respetuosamente informar a la suscrita, en qué condiciones fueron concedidos dichos tratamientos experimentales?

La **COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA – COMPARTA EPS -S, EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT. No. 804.002.105-0, buscando brindarle una respuesta oportuna, clara, precisa, de fondo, congruente con su requerimiento y acorde con los términos establecidos por el Artículo 14 de la ley 1755 de 2015; le informa que:

Mediante Resolución N° 20215100024996 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud el 26 de Julio de 2021 se ordenó: ***“la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa para liquidar a Comparta EPS”***.

Dentro de las medidas tomadas en la referida Resolución, se encontraba la orden de traslado masivo de la población afiliada a COMPARTA EPS-S, a partir



NIT: 804002105 - 0

del 10 de agosto de la presente anualidad implicando con ella la interrupción inmediata de su actividad como Asegurador en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

Una vez verificada su solicitud me permito informar que la entrega de información y documentos que contengan diagnósticos y tratamientos realizados de personas que fueron afiliados a Comparta EPS tienen carácter de reserva legal; y dando cumplimiento a la ley 1755 de 2015 **Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial...**

*3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, **así como la historia clínica...***

PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 **solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.**

En consecuencia, no es posible acceder a su solicitud.

Finalmente, le reiteramos nuestra disposición para responder cualquier inquietud o información adicional, la que con gusto será atendida.

Atentamente,

FARUK URRUTIA JALILIE
Representante Legal - Liquidador
COMPARTA EPS-S EN LIQUIDACIÓN

Proyectó: Alba Yaneth Leal Hernández- Profesional de apoyo Jurídico
Evidencias: Doris Beatriz Tolosa - Profesional en Salud Pública.
Aprobó: Nathalia Orozco T.- Abogada Contratista



160414

Barranquilla, 22 de noviembre del 2021.

Señora:
KAREN LIZETH COLMENARES
 C.C 1.031.154.311
 correo kcolmenares@unicolmayor.edu.co
 Bogotá D.C.

ASUNTO: RESPUESTA DERECHO DE PETICIÓN DE INFORMACIÓN

Cordial saludo,

Luego de analizar y constatar que su petición se refiere a información y documentos que se consideran bajo reserva en los términos de la ley 1755 de 2015, que a su tenor, reza:

“Artículo 24. Informaciones y Documentos Reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: ...

...5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.”

Con lo anteriormente expuesto, hemos dado resolución a su solicitud referenciada siendo pertinente señalar que: “Frente a cualquier desacuerdo con nuestra respuesta, podrá elevar consulta a la Superintendencia Nacional de Salud, máxima autoridad de inspección y vigilancia en la materia, así como ante la correspondiente Dirección de Salud, sea esta la Departamental, Distrital o Local (C.E.008/2018)”.

VIGILADO Supersalud



Calle 44 # 46 - 16 Esq. • PBX: (5) 318 5930 • Fax: (5) 372 22 82 Ext. 103
 w w w . c a j a c o p i e p s . c o m
 N i t . 8 9 0 . 1 0 2 . 0 4 4 - 1



Cualquier información adicional con gusto será atendida en nuestras oficinas de Servicio de Información y Atención al Usuario, o a través de nuestra línea gratuita nacional 01-8000-111446. Para respuesta y próximas notificaciones, solicitamos por favor enviarnos al correo notificaciones@cajacopieps.co.

Atentamente,

ALEXANDER BERBESSI ACOSTA
Coordinador Nacional de Atención Al Usuario
Caja de Compensación familiar CAJACOPI Atlántico
Proyectó: Kelly Mendoza Tovar, Especialista Nacional SIAU
Revisó: Zoila Navarro Carrillo, Especialista Nacional Jurídico.

VIGILADO SuperSalud



Calle 44 # 46 - 16 Esq. • PBX: (5) 318 5930 • Fax: (5) 372 22 82 Ext. 103
www.cajacopieps.com
Nit. 890.102.044-1



San Juan de Pasto 17 de noviembre de 2021

EPSLV- 00163

Señora
KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO
 Estudiante de Derecho.
 UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
 Bogotá D.C

Ref. RESPUESTA A PETICIÓN DEL 9 DE NOVIEMBRE DE 2021

Respetuoso saludo,

En atención al requerimiento realizado mediante correo Derecho de Petición con fecha del día nueve (9) del mes de noviembre de la presente anualidad, relacionada con la solicitud de información con fines académicos, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Mediante **Resolución 6761 del 29 de junio del año 2021**, la Superintendencia Nacional de Salud autorizó el retiro voluntario de la EPS COMFAMILIAR DE NARIÑO como operador de los regímenes que existen en el Sistema General de Seguridad Social, como consecuencia se dio inicio al proceso de liquidación voluntaria de la EPS.

Dicho trámite inicio el día primero (01) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021), a partir de ese momento cesó la operación misional como Entidad Promotora de Salud, por lo tanto, actualmente al interior de la entidad solo se desarrollan actividades concernientes al proceso liquidatorio que se viene adelantado; en ese sentido se informa que no se dispone de la información que requiere en su solicitud, debido a que ya la EPS ya no se encuentra en operación ni presta servicios de salud, por tanto no se cuenta con contratos vigentes con los diferentes Prestadores de Servicios de Salud que formaban parte de la red que operaba EPS COMFAMILIAR DE NARIÑO, por lo tanto no se cuenta con la información solicitada.



Para efectos de notificación de EPS COMFAMILIAR DE NARIÑO EN LIQUIDACIÓN, se atenderá en la calle 20 No 34ª – 54 Avenida los Estudiantes de la ciudad de Pasto (N), dirección electrónica epsenliquidacion@comfamiliarnariño.com, y número teléfono 7230206 extensión 1270.

Sin otro particular, me suscribo de Usted.

Atentamente,


INDIRA PATRICIA ILLIDGE IBARRA
Agente Liquidadora
EPS COMFAMILIAR EN LIQUIDACIÓN

Elaboró:
FRANCISCO BENAVIDES
Eps en Liquidación



SA-09-32388
Neiva, 22 de noviembre de 2021.

SEÑOR (A):
KAREN LIZETH COLMENARES MESTIZO
CORREO ELECTRÓNICO: kcolmenares@unicolmayor.edu.co
BOGOTÁ

Asunto: Respuesta PQR No. 71426

Referencia: Derecho de petición información de la implementación de tratamientos experimentales

Cordial Saludo;

Comedidamente nos permitimos informarle, que tan pronto conocimos su solicitud, hicimos las gestiones administrativas pertinentes para poder dar solución a su necesidad.

Atendiendo su petición, de manera atenta me permito informar que mediante el seguimiento y gestión realizada por el área de calidad de la EPS COMFAMILIAR Huila ante el área de JURIDICA nos permitimos informar lo siguiente:

1. Con fines investigativos, solicito informar a la suscrita ¿cuántos pacientes y/o afiliados a su institución han solicitado durante los últimos 10 años la aplicación y cobertura de tratamientos experimentales?

R/ En los últimos 10 años ninguno de nuestros pacientes y/o afiliados han solicitado la aplicación y/o cobertura de tratamientos experimentales

2. Respetuosamente solicito informar a la suscrita ¿Cuántas pacientes y/o afiliados a su institución se les ha concedido la aplicación de un tratamiento experimental para tratar su enfermedad o patología?

R/ No se ha concedido la aplicación de tratamientos experimentales para tratar enfermedades o patologías, lo anterior, teniendo en cuenta que no se han realizado solicitudes por parte de nuestros pacientes y/o afiliados

3. Respecto a la solicitud anterior, solicito respetuosamente informar a la suscrita, en ¿qué condiciones fueron concedidos dichos tratamientos experimentales?

R/ No se ha concedido la aplicación de tratamientos experimentales para tratar enfermedades o patologías, lo anterior, teniendo en cuenta que no se han realizado solicitudes por parte de nuestros pacientes y/o afiliados

Es importante para dar claridad a la anterior solicitud enmarcarnos en lo contenido en la resolución 2481 de 2020, por la cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) en la cual se establecen los servicios y tecnologías que se deben garantizar desde la EAPB en el territorio Colombiano; y la resolución 244 de 2019, por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

En esta última resolución es de vital importancia resaltar que serán excluidos los servicios o tratamientos con fines cosméticos no relacionados con la recuperación de la salud, los servicios o tratamientos sin evidencia científica que garantice la seguridad a la población sujeta a la misma, servicios o tratamientos sin evidencia científica sobre la efectividad clínica, servicios o tratamientos que no estén autorizados por la autoridad competente (INVIMA) y servicios o tratamientos en fase de experimentación.

Teniendo en cuenta la anterior información y en el marco legal en salud establecido en el territorio colombiano, no es posible garantizar tratamientos experimentales o en fase de experimentación para nuestros afiliados, teniendo en cuenta que se encuentran dentro de los servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, por ende, no cuentan con autorización por autoridades competentes, ni cuentan con código CUPS (clasificación única de procedimientos en salud) que permita su adecuada facturación y reporte ante entes de control.

La respuesta a su PQR con la anterior información fue suministrada vía correo electrónico kcolmenares@unicolmayor.edu.co a Usted el día 22 de noviembre 2021 a las 3:00 p.m. quien manifestó entender dicha información.



NEIVA Calle 11 No. 5-63 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 1174
PITALITO Calle 5 No. 5-62 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 3100
GARZÓN Calle 7 No. 8-34 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 4101
LA PLATA Calle 4 No. 4-62 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 2101
www.comfamiliarhuila.com NIT. 891.180.008-2



Es importante recordar y divulgar que, la EPS COMFAMILIAR cuenta con canales NO presenciales, como lo es, la Oficina Virtual para que realicen gestiones ante la EPS, a la cual pueden acceder a través del enlace <http://comfamiliarhuila.sga-software.com:15970/oficVirtual/> y una vez registrado los datos personales, creado el usuario y la contraseña podrán realizar: Actualización de datos, generar certificados de afiliación, presentar PQR, solicitar portabilidad, solicitudes de Servicios de salud (radicación y autorización de estos), Consulta de Servicios, Prestaciones Económicas (solo para Régimen Contributivo).

Nuestro objetivo es el bienestar de nuestros afiliados, por lo tanto, agradecemos su comunicación ya que ésta nos permite identificar las posibles falencias para abordar acciones correctivas y preventivas que permitan el mejoramiento del servicio.

Frente a cualquier desacuerdo en la decisión adoptada por la EPS ante la cual se elevó la respectiva queja o petición, se puede elevar consulta ante la correspondiente Dirección de Salud, sea esta la Departamental, Distrital o Local, sin perjuicio de la competencia prevalente y excluyente que le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, como autoridad máxima en materia de inspección, vigilancia y control de este sector.

Cualquier inquietud comunicarse con el área de Calidad al teléfono celular 3202541118 y el 3212364832 en el horario de atención de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 11:30 a.m. y 2:00 pm a 5:30 pm o escribanos al correo gcalidad@comfamiliarhuila.com.

Atentamente

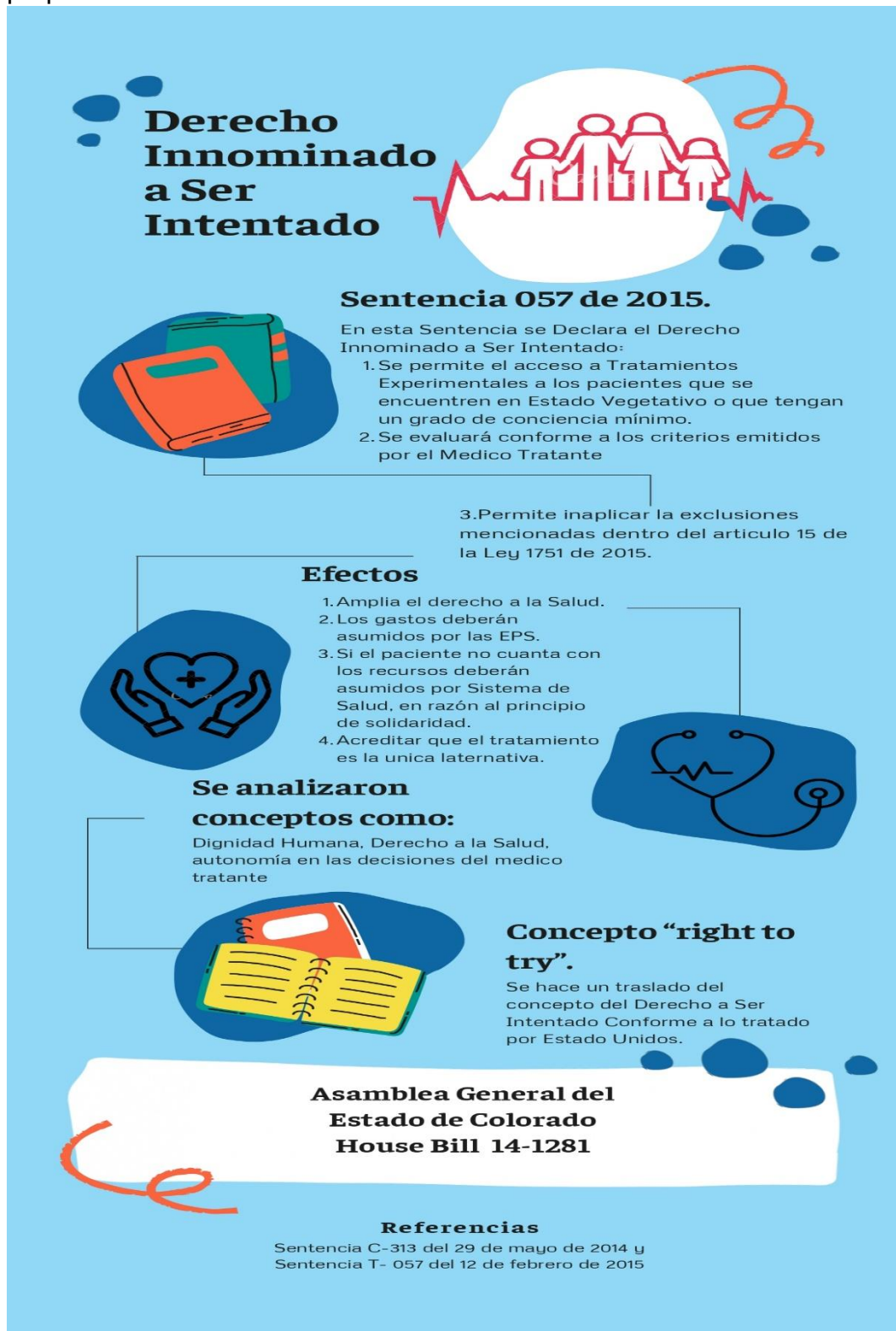
ANDREA YOMAIRA LAMILLA ESPINOSA
JEFE DE DEPARTAMENTO SIAU EPS- REGIONAL HUILA (E)

A. LAMILLA ESPINOSA / J.D CHACÓN BERMUDEZ
COPIA INTERNA: CENTRO DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN
PROYECTO SEBASTIAN POLO CEDEÑO ABOGADO DEPARTAMENTO DE JURIDICA
V.B DRA. HEYDY M. CAMPOS JIMÉNEZ JEFE DE DIVISIÓN - JURIDICA



NEIVA Calle 11 No. 5-63 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 1174
PITALITO Calle 5 No. 5-62 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 3100
GARZÓN Calle 7 No. 8-34 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 4101
LA PLATA Calle 4 No. 4-62 P.B.X. (8)8664452 Recepción Ext. 2101
www.comfamiliarhuila.com NIT. 891.180.008-2

Anexo No. 3: Infografía exponiendo las temáticas a tratar en el taller propuesto como alternativa de solución:



¿Que es la ley “right to try”?

Es una ley que permite el acceso a tratamientos experimentales a aquellos pacientes que acrediten una enfermedad terminal, dicho pronunciamiento fue aprobado en el periodo de la presidencia Donald Trump el 30 de mayo de 2018 aprobó la ley “Right to Try”, en dicha ley se hace una ampliación a los pronunciamientos de la Asamblea General de Estado de Colorado



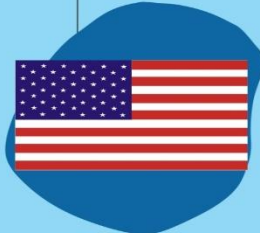
Paso 1

Los tratamiento deben estar en proceso de aprobación de medicamentos en investigación, productos biológicos y dispositivos



Paso 2

Solo pueden acceder pacientes que tienen un enfermedad tienen derecho a intentar, ya que son considerados pacientes elegibles y quienes no tienen ninguna otra opción



Paso 3

Probar que a causa de el proceso de aprobación del tratamiento ante la FDA los pacientes son perjudicados por dichos periodos para aprobar



Paso 4

La decisión del paciente debe ser asumido con previo conocimiento frente a las consecuencias para el paciente y su familia para acceder a un tratamiento experimental



Paso 5

Se debe contar con el consentimiento informado del paciente

Referencias

Estados Unidos. Colorado House. Bill 14-1281 y Instituto Goldwater , ¿What Is Right To Try?. Obtenido de <https://righttotry.org/about-right-to-try/>.

Desarrollo

Conceptos

Temáticas del Taller

1. Evolución de los tratamientos experimentales a la luz del derecho internacional y en Colombia.
2. Evolución del derecho a la salud en Colombia y la Seguridad Social.
3. Diferencias de la Ley 100 de 1993 y Ley 1751 del 2015.
4. Reconocimiento del Derecho a Ser Intentado en la Sentencia 057 de 2015.
5. Análisis de los pronunciamientos Asamblea General del Estado de Colorado House Bill 14-1281, en donde se agrega el artículo 45 "Access to Treatments for Terminally" como elementos esenciales frente al reconocimiento del Derecho a Innominado a Intentar en Colombia



¿Cómo garantizar el acceso al Derecho Innominado a Ser Intentado cuando este se encuentra excluido de la Ley 1751 de 2015 y cuáles son los impactos que tiene el reconocimiento del mismo frente a la garantía y protección del Derecho fundamental a la Salud en Colombia?



Expositora: Karen Lizeth Colmenares Mestizo
Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

8.1 Referencias.

Ab. Junther Shaffick Juez C. Mgs (03 de abril de 2022). Obtenido de https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2017D1_DER208_12_71195.pdf

Alcántara Moreno, G (2008). Sapiens. Revista Universitaria de Investigación. La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad, volumen 9, No. 1, junio, 2008, pp. 93-107.

Albornoz López del Castillo, Carlos.M, Agüero Díaz, A., Cabrera Villalobos & Alonso Montes de Oca, C. (2003). Aspectos Éticos de la Investigación Clínica en seres humanos. Humanidades Médicas. Volumen 3, n.2. ISSN 1727-8120

Bonilla Haideer M. (2019). Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, N° 127, p.s 223-246 ISSN 2215-2385.

Calderón, J. (2015). Autonomía médica y ley estatutaria de salud. Acta Médica Colombiana. Versión On-line ISSN 0120-2448 Volumen 40. Enero- marzo 2015.

Calva Mercado, J. J, (04 de julio del 2000). Estudios clínicos experimentales. Revista Salud Pública De México. Volumen .42.

Cabrera Aparicio, A (2013). Historia Económica Mundial Siglos XVII-XIX: Revoluciones Burguesas Y Procesos De Industrialización. [https://doi.org/10.1016/S0185-0849\(13\)71309-4](https://doi.org/10.1016/S0185-0849(13)71309-4)

Clavijo Cáceres, D.; Guerra Moreno, D. & Yáñez Meza, D. (2014). Método, Metodología Y Técnicas De La Investigación Aplicada Al Derecho. Bogotá, D.C. Grupo Editorial Ibáñez.

Cueto, M; Brown, Theodore & Fee, E. (2011). El proceso de creación de la Organización Mundial de la Salud y la Guerra Fría. Revista de Ciencias Sociales, ISSN-e 2223-1757, ISSN 0252-1865, Vol. 38, No. 69, 2011, p. 129-156

Drane, James F.(1998).Origen y evolución de la bioética en Estados Unidos .Medico Interamericano .

Dueñas Ruiz, J. O (2012). Constitucionalización E Internalización De Los Derechos A La Salud Y A La Pensión.

Duque Giraldo, M (2020). Derecho al acceso a tratamientos medicamentos experimentales, caso Estados Unidos-Colombia: críticas a su traslación al ordenamiento interno, en *Díkaion* 29, 1 (2020), 66-91.

Trujillo, E (03 de abril de 2022). Fuentes del derecho, Economipedia. Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/fuentes-del-derecho.html>.

Echeverri Uruburu, A. (1986) Teoría constitucional y ciencia política. 1986. (7a ed.), Buenos Aires, Argentina.

Encinales Vanegas, A. E. (2018). Análisis del sistema de salud en el Área Metropolitana de Bucaramanga con base en los principios convencionales de la seguridad social de la Organización Internacional del Trabajo. Trabajo de grado. Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Franco, E. (1998). Elementos de La Responsabilidad penal Médica. Revista Colombiana para los profesionales de la salud.

Ferrer Colomer, M. y Pastor García, L. M. (1999). ¿VIGENCIA DEL CÓDIGO DE NÜREMBERG DESPUÉS DE CINCUENTA AÑOS? . Cuadernos de Bioética.

Fortich Lozano, I.M (2012). Historia De La Seguridad Social En Colombia. Revista Cultural Unilibre.

Gómez Dantez, O; Khoshnood, B. (14 de marzo de 2022) La Evolución de la Salud Internacional en el siglo XX. Obtenido de <https://saludpublica.mx/index.php/spm/article/view/5409/5683>.

Instituto Goldwater (03 de abril de 2022). ¿What Is Right To Try?. Obtenido de <https://righttostry.org/about-right-to-try/>.

Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) (2012), ABC Guía Comité de Ética en Investigación.

Junceda, J. M (1994). Vida, Salud y Conciencia. Diagnóstico ético sobre la medicina actual. San Pablo, Madrid.

Jiménez Barbosa, W. G (2009). El derecho a la salud una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana. Revista EAN. On-line version ISSN 0120-8160. Volumen 67, Septiembre-Diciembre 2009.P. 107-122.

López Oliva, J. O. (2010). La Constitución De Weimar Y Los Derechos Sociales. La Constitución De Weimar Y Los Derechos Sociales.

Mejía Moreno, O. F; Grajales Ortiz, & Gaviria Vásquez, V (2011). Análisis y aplicación en Colombia de los convenios bilaterales y multilaterales suscritos por la República de Colombia en materia de Seguridad social en Pensiones desde el 1º de enero de 1998 al 1º de abril de 2010.

Ministerio de Salud (20 de marzo de 2022). Seguimiento al presupuesto sector salud. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/RCuentas/P.inas/Seguimiento-al-presupuesto-sector-salud.aspx>.

Ministerio de Salud (MINSALUD) (octubre de 2016). Observaciones A La Primera Propuesta De Medición De Criterios De Exclusión De Prestaciones En Salud, Ley 1751 De 2015

Ministerio de Salud. (23 de noviembre de 2021). UNIDAD DE P.O POR CAPITACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/salud/P.inas/UPC_S.aspx.

OMS, Organización Mundial de la Salud. (11 de Septiembre de 2019). Salud y derechos humanos. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/obser-pri-propuesta-medicion-prestacionessalud-ley17512015.pdf>.

OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948)

OIT. Organización Internacional del Trabajo (20 de enero de 2022). El Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). Obtenido de [https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm#:~:text=empleadores%20y%20trabajadores.-,El%20Convenio%20n%C3%BAm.,funci%C3%B3n%20de%20sus%20niveles%20socioecon%C3%B3micos\).](https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm#:~:text=empleadores%20y%20trabajadores.-,El%20Convenio%20n%C3%BAm.,funci%C3%B3n%20de%20sus%20niveles%20socioecon%C3%B3micos).)

Prieto, P. (2011). Comités de investigación con seres humanos: referencia actual en Colombia. Educación y práctica de la medicina. Acta Médica Colombiana. Volumen 36 No. 2 (98-104).

RAE, Real Academia Española (15 de diciembre de 2021). Diccionario de la Lengua Española <https://dle.rae.es/experimentaci%C3%B3n>.

Rama Judicial (02 de abril de 2022). Jurisdicción Constitucional. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/portal-ninos-y-ninas/la-corte-constitucional#:~:text=Jurisdicci%C3%B3n%20Constitucional,una%20ley%20y%20que%20no>.

Vega Gutiérrez, J (01 de abril de 2004). La experimentación con humanos. Bioeticaweb. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/la-experimentaciasn-con-humanos-dr-vega-gutiacrrez/#comments>

Thevenot, X (1990). La Bioética. Bilbao: Mensajero.

Tabima García, D. (2012). La salud pública en Colombia: un derecho en vía de reconocimiento. Revista Médica de Risaralda. Versión On-line ISSN 0122-0667 Volumen 18, 2 Diciembre de 2012

8.2 Referencias Legales.

Colombia. Constitución Política De Colombia [Const]. Art. 49 . 7 de julio de 1991.

Colombia. Congreso De La República. Ley 1751 del 2015. (16 de febrero de 2015). por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. 49427 de febrero 16 de 2015. Bogotá, D.C., 2015.

Colombia. Congreso De La República. Ley 1753 de 2015 (9 de junio de 2015). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Diario Oficial No. 49.538. Bogotá, D.C., 2015.

Colombia. Congreso De La República. Ley 100 De 1993. (23 de Diciembre de 1993). por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 41.148. Bogotá, D.C., 1993.

Colombia. Congreso De La República. Ley 1438 de 2011. (19 de enero de 2011). Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 47.957. Bogotá, D.C., 2011.

Ministerio de Salud, Acuerdo 008 de 1994 (06 de junio de 1994) “Por el cual se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Colombia. Ministerio de la Protección Social. Resolución Número 2378 De 2008. (27 de junio de 2008). Por la cual se adoptan las Buenas Prácticas Clínicas para las instituciones que conducen investigación con medicamentos en seres humanos.

Colombia. Ministerio de la Protección Social. Resolución Número 8430 De 8430. (04 de octubre de 1993). Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud.

Estados Unidos. Colorado House. Bill 14-1281 Reforma Legal “sobre autorización para que los enfermos terminales tengan acceso a los productos de investigación que no han sido aprobados por la Administración de Alimentos y medicamentos Federal y para que los pacientes pueda participar en ensayos clínicos” publicada el 17 de Mayo de 2014.

8.3 Referencias Jurisprudenciales.

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, Mp. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-597 del 7 de junio de 2001, Mp. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014, Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-418 del 17 de mayo de 2011, Mp. Maria Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-1214 del 05 de diciembre de 2008. Mp. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-539 16 de agosto de 2013, Mp. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-936 del 14 de diciembre de 2011, Mp.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T- 057 del 12 de febrero de 2015, Mp.: Martha Victoria Sáchica Méndez