

LOS DERECHOS SIN NOMBRE

Luis Javier Moreno Ortiz

SUMARIO: Introducción. 1. El caso de una visita sui generis. § 1. El derecho a visitar y a ser visitado. § 2. La libertad de los visitantes. § 3. Las visitas conyugales. § 4. Visitas entre personas que no gozan de su libertad. 2. El caso de una dolencia que no mata, pero que margina. § 5. La salud del cuerpo. § 6. La salud del alma. § 7. La dimensión familiar y social de la vida. § 8. Las prótesis, el desarrollo personal y la autoestima. 3. El fin de una época. § 9. Más allá de la barda de la exégesis. § 10. De la interpretación a la creación. 4. Sentencia T-134 de 2005. 5. Sentencia T-143 de 2005.

INTRODUCCIÓN

*Dicen que el hombre no es hombre mientras no
oye su nombre de labios de una mujer.
Antonio Machado.*

El nombre es mucho más que un atributo de la personalidad. Es la evidencia de que alguien o algo existe. Es la palabra que permite invocar una presencia, un recuerdo o una realidad. Sin nombre no hay nada, o al menos no lo parece. Hasta los criminales, que tienen mucho interés en pasar desapercibidos, adoptan un alias y aspiran a ser temidos y recordados.

El olvido de una persona, de un lugar o de una institución comienza por el olvido de su nombre. Las ciudades, las calles, las casas, los negocios, e incluso las lápidas tienen nombre, así algunos de sus habitantes y clientes piensan que el nombre de algunas de ellas es de aquellos de los que es mejor no acordarse.

Ante el riesgo del olvido, las personas graban nombres en piedra, en papiro, en tablillas, en papel o en discos duros; replican su nombre en el

nombre de sus hijos o en su apellido; rayan monumentos o esperpentos; conmemoran fechas importantes en la vida de sus antecesores; imprimen tarjetas de presentación o de visita; crean fundaciones y otorgan becas; construyen o destruyen edificios; fabrican sellos y rubrican firmas.

El que un nombre no se olvide es lo más próximo que se puede estar a la inmortalidad, pues de los grandes hombres lo que queda después de que el tiempo se lleva lo contingente, es su nombre. Algunos se conforman con vivir de un nombre ajeno, de su padre, de su madre o de su abuelo, de un nombre prestado o usurpado, del nombre de un lugar o de un oficio, incluso del nombre de un vicio, cuando les parece que su propio nombre es demasiado poco.

Pocas cosas son tan temibles como aquellas que no tienen nombre. Lo innombrable escapa a la telaraña del lenguaje, que pese a nuestra decadencia idiomática, sigue siendo portentosa, y escapa también a lo que conocemos. Sobre lo que no se puede nombrar es muy arduo poder decir algo, pues hasta su misma existencia está en entredicho. Se trata de una presencia difusa y latente que muy pocas veces se manifiesta, y que cuando lo hace genera una ruptura y múltiples problemas.

Ante el problema de lo que no tiene nombre, el célebre problema de los conceptos jurídicos indeterminados es *peccata minuta*, trabajo manual que se concluye con algo de paciencia y de rigor, por la vía de la hermenéutica, pero ¿cómo interpretar lo que no está escrito en palabras, lo que el lenguaje no alcanza?

El fantasma de lo innombrable sacude de escozor a los positivistas, a quienes les recuerda que no todo está puesto, dispuesto e impuesto, sino que hay algo más, que está al margen y que puede subvertir el edificio lingüístico de la exégesis, algo que no se puede interpretar a partir del discurso.

Ese escozor que perturba a quien pretende nombrarlo todo y atraparlo en un texto al que llama ley y al que reverencia como si fuese sagrado, ese baño de agua hirviendo que escalda al devoto de las palabras y el discurso, es quizá lo más atractivo de lo innombrable. Su sola existencia, temida y latente, recuerda lo vano de la pretensión de atrapar la realidad en conceptos, de convertir el derecho en meras categorías, de hacer de la justicia un discurso.

Lo innombrable subvierte el precario orden que asumimos como definitivo, al introducir elementos nuevos, impensados, desconocidos,

que ponen en evidencia que el edificio epistemológico y, en tanto parte de él, el edificio jurídico, están a medio hacer, y no son como algunos quieren ver una obra terminada, sino una obra interminable. La tarea de nombrar lo innombrable, es inacabable; por eso el lenguaje, el pensamiento y el conocimiento, siempre deben asumir nuevos desafíos y nunca pueden estar del todo terminados. Los únicos lenguajes, pensamientos y conocimientos terminados, son los que están muertos.

Los derechos sin nombre contienen una aporía para el orden de los modernos, para los devotos de la codificación y para quienes ven el conocimiento jurídico como un asunto de transmisión, antes que un campo fértil para la creación, la investigación y la innovación.

La realidad es sorprendente, basta mirarla sin aprehensiones para encontrar en ella novedades, matices y presencias, inadvertidas al momento de ejercer la tarea soberbia de preverlo y proveerlo todo, como lo pretendieron los modernos en su desmesurada fe en la razón, o como intentan hacerlo los románticos en su búsqueda histórica, o como aspiran a lograrlo los filósofos enmarañados en sus razonamientos totalitarios.

1. EL CASO DE UNA VISITA SUI GENERIS

Más vale el buen nombre que las muchas riquezas.

Miguel de Cervantes Saavedra.

Un hombre sensato: Aristóteles, desde hace ya muchos siglos, advirtió que si bien lo común y lo ordinario son la materia de la cual se nutre la ley, a la que estudia en su *Ética a Nicómaco* bajo la especie de lo justo legal, también existe lo que no es común ni ordinario, y que por tanto no es materia de la ley, ya que está al margen de ella y la supera, frente a lo cual examina la especie de la equidad, para decir, con tanta razón como profundidad, que siendo lo justo legal y lo equitativo lo mismo, en tanto especies de la justicia, lo equitativo es mejor que lo justo, en tanto es más adecuado a las particulares circunstancias que conforman el caso. En lo justo legal, el caso se adecua a la ley. En la equidad, es el juez el que crea una ley ad hoc, adecuada al caso. En los derechos sin nombre subyace un fenómeno extraordinario en lo fáctico, que amerita una solución equitativa en lo jurídico.

§ 1.

Una de las más gravosas consecuencias de la privación de la libertad en un centro penitenciario, es la ruptura abrupta de las relaciones familiares y personales. No se puede pasar por alto el sufrimiento de la familia de los reos, visible tanto en lo emocional como en lo económico. Este es el principal argumento para defender medidas como la detención domiciliaria o como las visitas a los centros penitenciarios. Estas visitas, en el derecho colombiano, se consideran derecho, en la medida en que la pena impuesta al reo es la privación de su libertad, pero no la destrucción de todo contacto con su familia y con sus amigos. El derecho de visitas puede ser apreciado desde la perspectiva del familiar o del amigo como el derecho a visitar al reo o, desde la perspectiva del reo, como el derecho a ser visitado por sus familiares o amigos. Dentro del variopinto grupo humano que integra a la familia y a los amigos, el cónyuge o compañero permanente, tiene una situación especial, que amerita una modalidad también especial del derecho de visitas: la visita conyugal.

§ 2.

El derecho de visitas se asume a partir de dos supuestos: que la persona que visita goza de su libertad y que la persona visitada está privada de ella. Al darse ambos elementos, el ejercicio del derecho de visitas es materia de una regulación administrativa en la cual se lo determina en el modo: autorización de la visita, número de visitantes, elementos que pueden ingresar los visitantes; en el tiempo: días de visita, horas de visita, duración de la visita; y en el espacio: lugar de la visita. Dentro de los supuestos de las visitas no se encuentra que ambas personas, la que visita y la visitada, gocen de su libertad o que ambas personas estén privadas de ella. En el primer caso el derecho de visitas no necesita ser regulado, pues las personas son libres de ejercerlo cuantas veces lo deseen y, en el caso de la visita conyugal, ésta no es necesaria, dado que las personas conviven en un mismo lugar. En el segundo caso, por el contrario, corresponde a un fenómeno extraordinario que sí amerita ser regulado, pues para que la visita sea viable se requiere una acción especial del Estado, que debe trasladar a una de las personas hasta el lugar en que se encuentra la otra, o a ambas a un tercer lugar, con una serie de medidas de seguridad, lo cual genera costos.

§ 3.

Como se advierte en la primera sección, las visitas conyugales, por razón de sus características, son especiales. De esas características vale la pena destacar dos: la visita de un cónyuge o compañero permanente requiere un grado de intimidad diferente del que es propio de la visita de un abogado, un pariente o un amigo, por lo que no puede realizarse en los lugares dispuestos normalmente para visitas, y en las visitas conyugales es muy importante el contacto directo entre las personas, pues sus vínculos afectivos no se desarrollan o preservan sólo por medio de palabras.

§ 4.

En la Sentencia T-134 de 2005, que aparece en el punto 4 de este escrito, la Corte Constitucional se ocupa de estudiar una acción de tutela en la cual se presenta el caso de dos compañeros permanentes que están privados de la libertad en centros penitenciarios de dos Departamentos diferentes. El *a quo* no concede la tutela, al considerar que no hay prueba de la solicitud de la singular visita, que ambos compañeros están en prisión y que la escisión del núcleo familiar se debe a la conducta criminal de ambos. El *ad quem* confirma esta decisión, pues considera que el actor no ha agotado los pasos previstos en el reglamento para que la autoridad carcelaria pueda evaluar su solicitud. La Corte, al plantear el problema jurídico alude a derechos como la intimidad y la igualdad; a partir de un recuento de lo dicho sobre el derecho a la visita conyugal¹, afirma que este derecho es un “derecho fundamental limitado”, cuyos límites obedecen a sus propias características, entre las cuales está la capacidad del centro de reclusión, el número de internos, la existencia de infraestructura adecuada para las visitas, y las condiciones de privacidad, higiene y seguridad; agrega que los reos se encuentran sometidos a “relaciones especiales de sujeción”², lo cual implica que si bien el Estado puede someter a los reos a un conjunto de condiciones y reglas de conducta necesarias para mantener el orden y la seguridad, siempre que éstas sean proporcionales y razonables, también debe garantizar a los reos el ejercicio de los derechos fundamentales que no ha sido suspendido o restringido, para lo cual se deben adoptar las medidas del caso; reconoce como precedente la *ratio* contenida en la Sentencia T-718 de 2003, en la cual se sostiene que el derecho a la visita conyugal entre

¹ En especial en las Sentencias T-424 de 1992, T-222 de 1993, T-269 de 2002, T-023 de 2003.

² Las cuales ilustra a partir de lo dicho en las Sentencias T-424 de 1992 y T-718 de 2003.

personas privadas de la libertad es un derecho fundamental, para concluir que “De cualquier forma, la visita íntima debe efectuarse una vez se encuentren cumplidos los procedimientos previos establecidos en la ley y los reglamentos”. Pese a vincular el derecho a la visita conyugal con algunos derechos fundamentales, la Corte Constitucional le reconoce a éste la condición de derecho fundamental, aunque no aparezca de manera explícita en la Constitución, y lo hace en tanto y en cuanto este derecho es inherente a la persona humana.

2. EL CASO DE UNA DOLENCIA QUE NO MATA, PERO QUE MARGINA

Perdona a tus enemigos, pero jamás olvides su nombre.

John Fitzgerald Kennedy.

Algunos males y dolencias ponen en riesgo la existencia de las personas. Otros afectan su integridad física o síquica. Sobre ambos parece haber consenso en que la atención médica es un asunto urgente e indispensable. No obstante, también suele haber males y dolencias, que aunque no maten, duelen y marginan: tal es el caso de las situaciones de invalidez que no pueden ser curadas, pero que sí pueden ser paliadas con ayuda de artificios. El soldado que pierde su pierna luego de haber pisado una mina, no puede recuperarla y esa ausencia y ese dolor, son irremediables, pese a que puede seguir viviendo sin su pierna. Para caminar requiere un artificio llamado prótesis, del cual se vale para tratar de vivir como los demás, para acceder a las oportunidades que el mundo le ofrece sin que, su carencia lo margine. Hay algunas prótesis que si bien no sirven para caminar, cumplen un papel tan importante como las que tienen ese fin en la vida de muchas personas y, en ese sentido, son inherentes a la persona humana.

§ 5.

Un cuerpo saludable no es sólo aquél que carece de enfermedades. Hay muchas personas que sufren mutilaciones en accidentes o en procedimientos médicos y que, por desgracia o por necesidad, pierden una o varias partes de su cuerpo, pero siguen estando vivas. La mutilación no causa su muerte y, si se trata de manera adecuada, tampoco la pone en riesgo, por lo que en estricto sentido no se trata de una enfermedad. La mutilación implica una barrera o un obstáculo para que la persona que

la padece pueda acceder a una serie de bienes que son fundamentales para el desarrollo de su proyecto de vida. Quien pierde su pierna puede movilizarse en silla de ruedas o en muletas, pero no puede acceder a aquellos edificios en los cuales no se ha previsto eliminar barreras para su acceso, que son la mayoría. Hace algunos años un estudiante, a quien encomendé hacer una investigación en la Corte Suprema de Justicia, no pudo acceder por sí mismo al Palacio de Justicia, ya que su silla de ruedas sólo podía sortear una primera rampa, pero luego de ella no le era posible subir por las escaleras. Ante esta situación tuvo que pedirle el favor al personal de seguridad de que lo cargaran con todo y silla para poder cumplir con su tarea. Sin la benevolencia de los guardias, no podría haber hecho nada. Si bien es cierto que el estudiante puede vivir con su carencia, y de hecho ella no le impidió obtener magníficas calificaciones, no lo es menos que ésta lo margina, pues le impide sortear por sí mismo los obstáculos que existen para su acceso físico a diversos lugares, entre ellos el propio Palacio de Justicia.

§ 6.

El estar al margen, el no poder acceder a ciertos bienes necesarios para desarrollar un proyecto de vida, genera en el marginado un sentimiento de frustración. Si se lo piensa un poco, en nuestras ciudades hay muchas personas admirables que pese a sus limitaciones intentan sobreponerse a los múltiples obstáculos y que, además, son capaces de sonreír. Desde la comodidad de nuestra situación no advertimos las barreras de acceso que existen, pues para nosotros no es un problema mayor subir un escalón o varios, o ir al baño, o abordar un bus, o cualquier otra cosa que, para una persona en silla de ruedas es un asunto complejo, en el cual la colaboración y benevolencia de sus semejantes es indispensable para poder lograr realizarlo. Esa dependencia, que a veces se echa en cara y se reprocha de manera infame y ruin, si bien no afecta la salud del cuerpo, sí puede afectar la salud del alma, y generar crisis depresivas, angustia e ira, al mismo tiempo que afectar la propia estima.

§ 7.

Vivir no es un ejercicio individual, que se agota en el propio yo. Vivir también es vivir con otros: convivir. Esos otros son en primer término las personas más cercanas, los padres, los hijos, los cónyuges, los amigos, los compañeros de trabajo, los vecinos, etc. Esta convivencia familiar y social no es desdeñable en la vida de nadie, pues somos animales

sociales y, en esa medida, necesitamos a los demás. Las relaciones con los otros se construyen a partir de diferentes elementos; a veces se trata de amor, otras de interés, conocimiento, admiración, afecto, pasión, etc. Sin embargo, en toda relación con los demás debe haber una base que el propio Kant considera insoslayable: el respeto. Sin respeto por el otro, y por uno mismo, no es posible establecer ninguna relación entre seres humanos, pues a uno de ellos se lo tiene, y a veces se lo trata, como una cosa, como un objeto, que si se lo considera valioso se lo guarda y se lo sobreprotege, y si se lo considera baladí se lo desdeña y se lo abandona. Las mutilaciones pueden generar en algunos lástima ante la desgracia ajena, temor ante una persona que se asume de entrada como una carga, e incluso desprecio por ser una persona incompleta. No es posible penetrar en los sentimientos de cada quien, ni es posible conocerlos o determinarlos, pero sí es posible hacer lo que esté a nuestro alcance para que las personas mutiladas puedan valerse por sí mismas, sin depender de otros, para realizar aquellas actividades que son necesarias dentro de su proyecto vital, para desarrollar sus capacidades y talentos, y para convertirse en lo que quieren y pueden ser. Este hacer no es un acto de benevolencia o de caridad para con ellos, sino que corresponde a un verdadero derecho suyo.

§ 8.

En la Sentencia T-143 de 2005, que aparece en el punto 5 de este escrito, la Corte Constitucional se ocupa de estudiar una acción de tutela en la cual se presenta el caso de un hombre mayor que, luego de sufrir un cáncer de próstata y la extirpación de ésta, padece de una grave disfunción eréctil, irremediable con medicamentos. El *a quo* no concede la tutela, al considerar que no suministrar la prótesis peneana en nada afecta la salud del paciente, pues no compromete sus órganos y su vida. El afectado no tuvo ánimo siquiera para impugnar esta decisión. La Corte, al plantear el problema jurídico alude a derechos como la seguridad social y el libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al primero, analiza los conceptos de eficiencia y continuidad³, para sostener que es arbitrario suspender un tratamiento iniciado con la anuencia de la EPS, ya que se afecta “la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado”. En cuanto al segundo⁴, luego

³ Para este análisis se vale de las Sentencias SU-562 de 1999 y T-235 de 2002.

⁴ Para dar cuenta del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte trae a cuento la Sentencia T-926 de 1999.

de definir la sexualidad como parte de este derecho⁵, enfatiza que su protección puede involucrar, además, la de los derechos a la autonomía personal, a la intimidad y a la familia, pues la sexualidad es una “parte importante en la vida de todo ser humano” y “la relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad”⁶. El discurso sobre los derechos aterrizó, en la Sentencia T-269 de 2002, en el factor clave en este caso: “el tener una vida sexual activa hace parte de las condiciones que dignifican la vida del ser humano”. La marginación de la vida sexual que sufre un hombre mayor, que vive en pareja, como consecuencia de una mutilación de su próstata, dentro de un tratamiento contra el cáncer, si bien no es una enfermedad, sí afecta el desarrollo de su proyecto de vida. En este caso, como en muchos otros la prótesis no es un capricho, sino una necesidad.

3. EL FIN DE UNA ÉPOCA

*Muchos jueces son incorruptibles, nadie puede inducirlos a hacer justicia.
Bertolt Brecht.*

La modernidad, con su ilustración, su codificación y su pretensión de ordenarlo todo, visible en el decaído dogma del positivismo y en la maltrecha hermenéutica de la exégesis, pese a la evidencia de su fracaso, se resiste a darse por vencida. Una de las razones de su subsistencia es la de la desconfianza en los jueces. A los jueces hay que amarrarlos con la ley y, en la medida de lo posible, prohibirles que la interpreten de manera distinta de lo que dicen sus palabras, pues su tarea es vicaria: reemplaza en cada caso al legislador, y su misión es sólo aplicar la ley. El problema de nuestro tiempo no es de conocimiento, pues es evidente que el positivismo, que entre nosotros no alcanzó a ser sino un sistema frágil, ha sido desbordado por la realidad y quebrantado por sus propias contradicciones. El problema es de fe, de creer en lo que hacen los jueces, en su formación, en su talento, en su moderación, en su raciocinio y, sobre todo, en su probidad. Y acompañar esa fe con un ejercicio crítico serio y constante, capaz de examinar la tarea de los jueces y de criticarla, sin olvidar en ningún caso el respeto por el otro, es la piedra central del arco.

⁵ Esta definición, junto con un prolijo estudio científico y jurídico de la sexualidad, aparece en la Sentencia SU-337 de 1999.

⁶ De la relación sexual, como manifestación de la sexualidad, se ocupa la Corte en la Sentencia T-269 de 2002.

§ 9.

La crisis de la exégesis es añeja. Los jueces no se dejaron amarrar por la ley, ni por sus palabras. La barda del texto escrito, del dogma, con su interpretación única, fue superada por la hermenéutica y por sus teorías. Para este propósito las palabras han sido determinantes, pues el discurso jurídico y, en general, el discurso de las ciencias sociales, está construido con términos equívocos, que tienen múltiples significados. No es una novedad decir que la ley a veces, y no pocas, está mal escrita, incluso con errores de ortografía. Tampoco lo es afirmar que el legislador, y la mayoría de las personas hoy en día, han abandonado la gramática, empobrecido su léxico y desdeñado la síntesis, con visibles consecuencias en la sindéresis. La agobiante inflación legislativa que padecemos, no hace sino agravar los males de la ley, propiciar confusiones y crear ilusiones, pues además de hacerse al margen de la gramática, no obedece a ninguna visión de sistema, sin la cual no hay orden posible ni dogma imponible. De ahí que no sea extraña la aparición de escuelas jurídicas como la del realismo, la de la libre interpretación, etc.

§ 10.

La evasión hermenéutica pone en entredicho la interpretación única, pero no la necesidad de aplicar la ley. El dogma, plasmado en el texto escrito, sigue siendo el parámetro para conocer, comprender y resolver todos los casos. El juez se ocupa de ajustar la realidad al molde de la ley, que ahora se torna flexible al ser interpretado, pero que sigue siendo un molde. A lo que está fuera de la ley, al margen de ésta, así no se encuadre bien en ella, se le trata de buscar acomodo. Para ello suelen ser muy útiles los principios. En las sentencias analizadas la Corte Constitucional trata de encuadrar casos marginales y complejos, en una estructura rígida, valiéndose a la sazón de varios derechos, a los cuales considera como principios, pues no se atreve del todo a sostener que estos casos no se encuadran en el dogma y que, por lo tanto, requieren una solución jurídica novedosa, paradójicamente prevista por el propio dogma, a modo de confesión de su incapacidad, como una especie de claudicación, en el artículo 94 de la Constitución Política. Esa solución jurídica novedosa, de cuyo nombre la ley no tiene siquiera noticia, implica que el juez vaya más allá de la interpretación, pues carece de un texto para interpretar, penetre en la compleja realidad del caso y encuentre en ella la presencia de un derecho que aún no tiene nombre, lo reconozca y, al hacerlo, lo identifique con un nombre. Si el legislador crea derechos, lo cual es bien discutible si se

asume la postura de que los derechos ya existen y el legislador apenas los reconoce, que es propia de cualquier iusnaturalismo, no veo razón alguna para no reconocer que el juez, en estos casos, también crea derechos.

4. SENTENCIA T-134 DE 2005

DERECHO A LA VISITA CONYUGAL DEL INTERNO-
Fundamental por conexidad/**DERECHO A LA VISITA CONYUGAL DEL INTERNO**

**RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN ENTRE LOS INTER-
NOS Y EL ESTADO-**Consecuencias jurídicas

VISITA CONYUGAL DEL INTERNO-Traslado de interna a la cárcel donde se encuentra recluso su compañero permanente/**DERECHO A LA INTIMIDAD DEL INTERNO-**Limitaciones

VISITA CONYUGAL DEL INTERNO-Solicitud por procedimiento administrativo establecido en la ley

La Sala considera que no está en discusión si el demandante tiene derecho a la visita conyugal o íntima, como derecho fundamental. Sin embargo, para ejercer dicho derecho debe someterse al reglamento establecido por la administración y autorizado por la ley.

Referencia: expediente T-1000367

Acción de tutela de Ferney Gutiérrez Galván, contra el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas.

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005).

La Sala Tercera (3a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil Familia de Manizales Caldas, el día diecisiete (17) de septiembre de 2004, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Ferney Gutiérrez Galván, en contra del Centro Penitenciario de Mediana y Alta Seguridad Doña Juana de la Dorada Caldas.

I. ANTECEDENTES

El señor Ferney Gutiérrez Galván presentó acción de tutela en contra del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas, por cuanto considera que se le han violado los derechos fundamentales a la intimidad y a la igualdad, al no concedérsele el derecho a la visita conyugal.

1.1. Hechos

1. El accionante, quien se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas Doña Juana, condenado a 39 años de prisión por el delito de homicidio en concurso con acceso carnal violento, manifiesta, que se ha dirigido ante las directivas del establecimiento carcelario en mención, con el fin de que le sea concedida la visita conyugal con su compañera permanente, quien igualmente se encuentra reclusa en la cárcel de Chaparral Tolima, sin que su pretensión haya sido atendida favorablemente por la mencionada entidad.

2. Agrega que la dirección de la cárcel le ha negado la visita conyugal solicitada, por considerar que es el INPEC quien debe autorizar el traslado de la interna y, además, por carecer de presupuesto para llevar a cabo el traslado.

3. Concluye el accionante, que cuando se encontraba recluso en la Penitenciaría La Picaleña, le era concedida visita conyugal cada fin de mes con su compañera permanente.

2. Demanda y Solicitud

Solicita el accionante le sea autorizada la visita conyugal, trasladando a su compañera permanente al Establecimiento Penitenciario y Carcelario

de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas, en donde se encuentra recluso, o en su defecto, su traslado a la Cárcel del Distrito Judicial de Chaparral Tolima, sitio de reclusión de su compañera permanente, con el fin de ejercer el derecho a la visita conyugal.

3. Intervención del Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, mediante Memorando 7103 dirigido a la Coordinadora del Grupo de Tutelas, el 4 de agosto de 2004, manifiesta que en dicha dependencia no se encontró solicitud de traslado o visita íntima por parte de ninguno de los internos.

Así mismo, el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas, mediante escrito del 3 de agosto de 2004, señala, que no se cuenta con presupuesto para el traslado del interno y que debe tenerse en cuenta la situación jurídica del recluso, la cual lo ubica en un perfil de alta seguridad y su desplazamiento de un lugar a otro, distante, por zonas que pueden representar alto riesgo, pondría en grave peligro a la guardia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, encargados de la remisión y al interno mismo.

De otro lado, mediante oficio del 5 de agosto de 2004, el INPEC, Dirección General Grupo de Tutelas, sostiene, que según información suministrada por el Director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas y la Asesora de Asuntos Penitenciarios del INPEC, una vez revisada la hoja de vida del interno accionante, se logró constatar que no existe petición alguna de visita íntima suscrita por la compañera del interno, reclusa en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chaparral- Tolima, lo que quiere decir, que no puede haberse vulnerado un derecho que ni siquiera ha sido solicitado.

Finalmente, el INPEC, mediante Memorando dirigido a la Coordinadora del Grupo de Tutelas del INPEC señala, que no se encuentra radicada en la dependencia solicitud de traslado o visita íntima por parte del interno accionante, ni de la compañera permanente del mismo.

4. Sentencia de Primera Instancia

En sentencia del doce (12) de agosto de dos mil cuatro (2004), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de La Dorada Caldas, negó los derechos a la intimidad personal y dignidad humana, considerando que el interno no ha

elevado solicitud de visita conyugal con el traslado de una ciudad a otra, por encontrarse la pareja en situación de detención.

Manifiesta que el accionante debe agotar el conducto regular a nivel administrativo a través del INPEC.

Agrega, que no aparece prueba en el plenario de que al demandante se le hubiera otorgado permiso cuando se hallaba recluido en la Cárcel La Picalaña.

Sostiene el Despacho, que el accionante fue quien propició el desligamiento de su núcleo familiar con la conducta punible cometida, la cual fue sancionada por medio de la jurisdicción competente a la pena privativa de 39 años.

5. Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil Familia, confirmó el fallo de primera instancia, considerando que el actor no ha agotado los pasos previos para el otorgamiento del permiso y siendo así, no puede aspirar que a través del ejercicio de la acción constitucional, se contraríen las normas reglamentarias pertinentes, procedimiento que es necesario en orden a evaluar las circunstancias particulares de cada caso, pues las autoridades penitenciarias gozan de autonomía para conceder el permiso.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

Como se desprende de los antecedentes, el demandante considera que se le están violando los derechos a la intimidad y a la igualdad, por cuanto el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas donde se encuentra recluido, se

ha negado a concederle la visita conyugal con su compañera permanente, quien se encuentra también reclusa, en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chaparral, Tolima.

Corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneró el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas el derecho a la intimidad y a la igualdad al demandante al negarse a conceder la visita íntima solicitada por una persona privada de la libertad en un centro de reclusión, visita que habría de llevarse a cabo en otra cárcel donde se encuentra reclusa su compañera permanente, por no haber agotado el interesado el trámite administrativo señalado en el Reglamento General de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios?

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre visitas conyugales o íntimas en establecimientos carcelarios

La Corte en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre el régimen de visitas íntimas en los centros de reclusión y sus relaciones con los derechos fundamentales.

Así, en Sentencia T-424 de 1992, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Calarcá Quindío, en el sentido de considerar que la regulación jurídica contenida en la reglamentación interna del centro carcelario que impuso la utilización de carnés para los visitantes al centro de reclusión, no contraría el derecho a la intimidad; por el contrario tiende a garantizarlo, sin perjuicio de consultar las necesidades de disciplina propia de la naturaleza de las penas.⁷

⁷ Esta esfera íntima, dentro de la cual se ubica el fallo objeto de esta revisión, es reconocida por la sociedad como un ámbito en la existencia de cada persona, que solamente le concierne y está reservada a ella. Esto se deriva de la independencia de las personas, de su libertad y de su autonomía. Por la trascendencia de estas facetas personales, la Constitución reconoce y protege el derecho a la intimidad, precisando el ámbito en el cual el individuo tiene derecho a impedir intrusiones y a limitar el derecho de los demás.

La realización personal y el libre desarrollo de la personalidad exigen de parte de los particulares y del Estado, el reconocimiento y el respeto de las conductas que la persona realiza, para vivir de manera sana y equilibrada, física y emocionalmente. La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.

Luego, en sentencia T-222 de 1993,⁸ la Corte protegió los derechos a la intimidad y a la igualdad de una persona que solicitó protección a la visita conyugal, por cuanto en el establecimiento en donde se encontraba recluida en forma transitoria, no había regulación de las visitas íntimas.

Al respecto la Corte realizó las siguientes consideraciones sobre las visitas íntimas de los internos:

“El derecho a las visitas conyugales de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir las visitas conyugales: contar con instalaciones físicas adecuadas, privacidad, higiene, seguridad. Es claro que en algunos establecimientos carcelarios del país se dan las condiciones convenientes para permitir las visitas conyugales y en otros no. Pero no por esto se puede predicar que, en este aspecto, se esté violando el derecho a la igualdad de los reclusos que se encuentren en los que no cuentan con tales visitas. Se trata de asuntos coyunturales, según se trate de una actividad ilícita que se está investigando, o sobre la cual la justicia ya tomó una decisión. El Estado debe buscar, que todos los centros de reclusión del país, así se trate de establecimientos para internos transitorios o condenados, estén en capacidad de permitir las visitas conyugales.”

En la sentencia T-269 de 2002,⁹ amparó el derecho de una persona a la visita íntima en conexidad con el derecho a la vida, y previno a la Penitenciaría de Valledupar para que no acuda a requisas vejatorias y contrarias a la dignidad humana para el ingreso a establecimientos carcelarios de los visitantes de los reclusos.

Al efecto, la Corte hizo las siguientes consideraciones adicionales:

“Tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los reclusos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja. Es inherente al establecimiento carcelario y a la misión de aislamiento social de la prisión el establecer las visitas tanto generales como íntimas de una manera distanciada en el

⁸ M.P. Jorge Arango Mejía.

⁹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tiempo. Sin embargo, tal separación debe ser proporcionada con la restricción que implican los derechos a la intimidad, la salud en conexidad con la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la protección integral a la familia, su intimidad y dignidad establecidas en los artículos 15 y 42 de la Carta Política y el medio para la resocialización de los reclusos que constituyen las visitas.”

Esta jurisprudencia obedece al reconocimiento de los derechos de los internos y a los diferentes tipos de afectación que estos pueden legítimamente soportar. Esta Corporación en sentencia T-023 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández) lo resumió así:

“La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, como la libertad por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.”(T-596, del 10 de diciembre de 1992).

Dentro de este contexto, es válido afirmar que el derecho a las visitas conyugales de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir las visitas conyugales: contar con capacidad del centro de reclusión, número de internos, infraestructura adecuada para programar las visitas, duración de las mismas, privacidad, condiciones de higiene, seguridad, fechas, etc...

De otro lado, desde un punto de vista normativo, la Ley 65 de 1993 en el último inciso de su artículo 112 dispone que *“La visita íntima será regulada por el reglamento general, según principios de higiene, seguridad y moral”*.

Cada establecimiento penitenciario y carcelario deberá establecer un registro con la información suministrada por el interno acerca de la identidad del visitante, a efectos de controlar que la visita se efectúe en todo caso por la persona autorizada.

Si bien las visitas conyugales en los establecimientos de reclusión hacen parte del derecho a la intimidad personal y familiar, y al respeto de la

dignidad humana, como uno de los principios rectores del Estado social de derecho, su realización está limitada por las condiciones establecidas en la normatividad general de los establecimientos carcelarios, específicamente en el Acuerdo 11 de 1995, en desarrollo del artículo citado.

Estas condiciones limitativas obedecen a su relación de especial sujeción en la que están situados los internos.

Las relaciones de especial sujeción¹⁰ implican la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado) la cual se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial¹¹ (controles disciplinarios¹² y administrativos¹³ especiales y posibilidad de limitar¹⁴ el ejercicio de derechos, incluso los fundamentales). A su turno, esta relación de especial sujeción genera la carga de proteger a los internos expuestos a los riesgos y consecuencias de su condición derivada del poder punitivo del Estado. Esta carga se manifiesta en varios deberes positivos y prestaciones que el Estado ha de cumplir y prestar.¹⁵ Uno de esos deberes es garantizar la seguridad de los reclusos, aun durante los traslados, y facilitar las condiciones para el ejercicio de ciertos derechos, como el derecho a la visita conyugal.

La Corte ha extraído importantes consecuencias jurídicas para efectos de determinar aspectos centrales en relación con los derechos fundamentales y no fundamentales de las personas sometidas a privación de la libertad de la existencia, identificación y régimen de las llamadas “relaciones

¹⁰ Sobre la síntesis de la doctrina constitucional de las relaciones de especial sujeción, ver Sentencia T-881 de 2002.

¹¹ Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un “régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos”, el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales, en este sentido Cfr. Sentencia T-422 de 1992.

¹² Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos, así en Sentencia T-596 de 1992.

¹³ Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas, así en sentencia T-065 de 1995.

¹⁴ Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver entre otras las Sentencias T-222 de 1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996. Sobre la razonabilidad de la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho a recibir visitas íntimas, ver la sentencia T-269 de 2002.

¹⁵ Sobre el contenido de ese deber positivo ver la Sentencia T-153 de 1998. Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véanse las Sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998. Sobre la responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, Sentencia T-522 de 1992.

especiales de sujeción¹⁶ entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias).

La Corte Constitución en sentencia T-424 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz) señaló lo siguiente:

De igual manera, esta Corporación ha sostenido que los internos se encuentran vinculados con el Estado por una especial relación de sujeción.¹⁷ De tal suerte que este último puede exigirles el sometimiento a un conjunto de condiciones y reglas de conducta encaminadas a mantener el orden y la seguridad en los establecimientos carcelarios del país, siempre y cuando estas medidas se ajusten a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Correlativamente, el Estado debe garantizarle a los internos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que no han sido suspendidos, y parcialmente el disfrute de aquellos que les han sido restringidos. De allí que, el Estado deba abstenerse de realizar determinados comportamientos que vulneren el ejercicio de un derecho fundamental, en tanto que frente a otros, se encuentre ante el deber de adoptar determinadas medidas concretas a favor de los reclusos.

Sin embargo, en ciertos casos estos deberes pueden llegar a implicar medidas diversas e, inclusive, encontradas. Esto ocurre, por ejemplo, cuando para realizar la visita conyugal es necesario movilizar al interno a otro establecimiento donde se encuentra recluida la compañera o cónyuge. Para armonizar los intereses jurídicos en conflicto, las autoridades deben diseñar soluciones específicas que respondan a las particularidades de cada situación. Así, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-718 de 2003,¹⁷ ordenó al INPEC del Viejo Caldas diseñar y llevar a cabo un plan para cumplir efectivamente las visitas íntimas autorizadas por un Fiscal Delegado, para lo cual deberán tomar las medidas de seguridad para el cumplimiento de la orden judicial.

¹⁶ Esta expresión en el contexto de las relaciones entre autoridades penitenciarias y personas privadas de la libertad, fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-596 de 1992. Así mismo, entre los pronunciamientos al respecto, Cfr. Sentencias T-705 de 1996 y T-153 de 1998.

¹⁷ Sobre el estado de sujeción especial de los reclusos frente al Estado ver, entre otras, las Sentencias T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; C-318 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-705 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-706 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-714 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Al respecto la Corte señaló lo siguiente:

En el presente caso, se trata de un traslado de una sindicada reclusa en un centro carcelario al lugar de reclusión de su compañero permanente, con quien tiene un hijo, quien igualmente se encuentra privado de la libertad en otro centro carcelario y ha obtenido de la autoridad judicial el respectivo permiso de visita íntima. En este evento es manifiesto que la coordinación y colaboración de los directores de ambos establecimientos carcelarios es determinante para el goce efectivo del derecho a la visita íntima. En especial, ambos directores y sus comandantes de vigilancia deben velar por garantizar la seguridad en el traslado, cuando ello fuere posible. Lo anterior supone que los directores de los establecimientos carcelarios donde se encuentran los sindicados que han solicitado reglamentariamente que se lleve a cabo la visita íntima gocen del margen de discrecionalidad necesario para disponer lo relativo al traslado de uno de los dos internos y la realización de la visita, pero al mismo tiempo para que se garantice la seguridad de las personas involucradas en el cumplimiento de la orden judicial respectiva. El mencionado margen de discrecionalidad supone incluso el aplazamiento de la visita cuando ella no se puede adelantar por razones de seguridad, todo ello dentro de límites objetivos y razonables, de forma que el derecho fundamental a la visita íntima pueda tener eficacia. De cualquier forma, la visita íntima debe efectuarse una vez se encuentren cumplidos los procedimientos previos establecidos en la ley y los reglamentos.

.....

Ahora bien, no ignora la Corte que las autoridades administrativas deben prever la posibilidad de planes de fuga por parte de integrantes de grupos al margen de la ley sindicados o condenados por el delito de rebelión, así como tomar todas las medidas pertinentes para asegurar la vida e integridad tanto de los detenidos como de los guardias que custodian el traslado para hacer efectiva la visita conyugal. Pero tal riesgo no puede convertirse en una disculpa genérica para no cumplir; de manera indefinida, con la orden judicial del traslado. En la planeación y ejecución del traslado las autoridades administrativas deberán tomar las medidas de seguridad a que haya lugar pero a la vez hacer efectiva la medida judicial que propugna por el cumplimiento de los fines de la pena, dentro del respeto a los derechos fundamentales.

4. Análisis del caso concreto

En el presente caso, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la Dorada Caldas, negó la acción de tutela al señor Ferney Gutiérrez Galván,

recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas, donde se encuentra cumpliendo una pena de 39 años por el delito de homicidio en concurso con acceso carnal violento. Consideró que el accionante no ha elevado solicitud de visita conyugal con el traslado de una ciudad a otra. Además, estima que fue el accionante el que propició el desligamiento de su núcleo familiar. En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Civil Familia de Manizales, confirmó el fallo de primera instancia por el hecho del accionante no haberse acogido al trámite administrativo para solicitar la visita conyugal.

El INPEC informó que el demandante en ningún momento llevó a cabo el trámite administrativo para la autorización de la visita conyugal o íntima, a su compañera recluida en otro centro carcelario, lo cual implica el traslado de La Dorada, Caldas, a Chaparral, Tolima.

En desarrollo de la Ley 65 de 1993, el Consejo Directivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, expidió el Acuerdo 011 de 1995, “*Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios*”.

Dicho Acuerdo establece lo siguiente:

Art. 29. Visitas íntimas-Previa solicitud del interno o interna al director del centro de reclusión se concederá a aquel una visita íntima al mes, siempre que se den los requisitos señalados en el artículo siguiente.

Art. 30. Requisitos para obtener el Permiso de Visita íntima.

1. Solicitud escrita del interno al director del establecimiento en el cual indique el nombre, número de cédula de ciudadanía y domicilio del cónyuge o compañero (a) permanente visitante.

.....

3. Para personas condenadas, autorización del director regional.

En caso de que se requiera traslado de un interno a otro centro de reclusión el director regional podrá conceder este permiso, previo estudio de las circunstancias. El director del establecimiento y el comandante de vigilancia dispondrán lo necesario para garantizar la seguridad en el traslado.

4. El director de cada establecimiento verificará el estado civil de casado (a) o la condición de compañero (a) permanente del visitante.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala considera que no está en discusión si el demandante tiene derecho a la visita conyugal o íntima, como derecho fundamental. Sin embargo, para ejercer dicho derecho debe someterse al reglamento establecido por la administración y autorizado por la ley.

Esta Sala considera que el argumento esgrimido por el despacho de primera instancia, en el sentido de no tutelar los derechos fundamentales al demandante de la visita íntima y a la dignidad humana por considerar que el mismo propició con la comisión del delito la ruptura de su núcleo familiar, no es jurídicamente válido para negar su derecho, en razón a que la situación de las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no les quita su calidad de titulares de todos sus derechos, sino que implica una restricción de los mismos en proporción a la pena que les fue impuesta.

No obstante, la condición jurídica del accionante, condenado a 39 años por el delito de homicidio en concurso con acceso carnal violento, supone la existencia de riesgos adicionales a los comunes de la visita interna, pero tal circunstancia no puede convertirse en pretexto para no conceder la visita conyugal.

En el presente caso, el peticionario no ha cumplido íntegramente la carga establecida en las normas reglamentarias citadas, como quiera que no presentó solicitud escrita dirigida al director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y mediana Seguridad de La Dorada Caldas, indicando la necesidad del traslado a otro centro donde su compañera ha aceptado la visita íntima, entre otros. No obstante, el actor sí ha formulado solicitudes al Director del establecimiento donde se encuentra recluso en el sentido de que se le permita la visita. Ello muestra que el Director no ha explicado al interno cuáles son los procedimientos a seguir, ni los requisitos que éste debe reunir, los cuales el recluso no tiene por qué conocer si no ha recibido la orientación pertinente de la cual depende el goce efectivo de sus derechos.

Esta Sala confirmará parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil Familia y al

mismo tiempo ordenará al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas, para que en un término de 48 horas informe y acompañe al demandante en el trámite del procedimiento a seguir para la aprobación de las visitas íntimas, de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 11 de 1995.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la decisión proferida Tribunal Superior Sala Civil Familia, de Manizales, mediante la cual se negó al señor Ferney Gutiérrez Galván el derecho a la visita conyugal.

Segundo.- ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas, para que en un término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, informe oriente y preste la ayuda necesaria al señor Ferney Gutiérrez Galván, sobre el procedimiento a seguir, con el fin de obtener el beneficio de la visita conyugal y así proteger su derecho fundamental a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección integral de la familia.

Tercero.- LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

5. SENTENCIA T-143 DE 2005

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Continuidad en el servicio

PRINCIPIO DE EFICIENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Desarrollo de la sexualidad

DERECHO A LA SALUD-Disfunciones en actividad sexual/**DERECHO A LA SALUD**-Acceso a toda opción médica para recuperar las disfunciones de la actividad sexual/**DERECHO A LA SALUD SEXUAL**-Fundamental por conexidad

Si la persona que comienza a presentar limitaciones para sostener una actividad en su vida sexual, en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de salud, habrá de advertirse que no se trata tan sólo de simples afecciones de la salud, sino que también comporta la afectación de otros derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la familia e incluso a la vida misma. Así, cuando el paciente que por razones de salud tiene dificultades para sostener una relación sexual satisfactoria o en el peor de los casos, para tener una relación sexual completa, aún cuando tal situación no comprometa su integridad física o su propia vida, reclama de todos modos el amparo de otros derechos fundamentales a los cuales ya se hizo mención. Pero, si además, dichas dificultades físicas o de salud obligan a quien las sufre a acudir al servicio de salud, y se da inicio a una de varias posibles opciones tendientes a solucionar su problema, podrá igualmente reclamar el acceso a todas las demás opciones que médicamente le permitan recuperar su salud y en particular su actividad sexual. En consecuencia, la atención en salud del paciente que se ve aquejado por disfunciones en su actividad sexual, se somete a los mismos criterios de la continuidad en la prestación de los servicios médicos frente a otras dolencias, en tanto se cumpla con los requisitos que jurisprudencialmente se han determinado. De esta manera, cuando el particular que viene siendo atendido por la entidad prestadora de sus servicios de salud, en razón a una reclamación suya para solucionar un problema en su salud sexual, podrá, si en algún momento le es negado algún procedimiento o medicamento que le ha sido diagnosticado por su médico tratante para solucionar su problema de salud, alegar la aplicación del criterio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Así, en estos casos, aún cuando el derecho a la salud respecto del cual se reclama su protección no tiene conexidad con derechos fundamentales como la vida e integridad física, sí presenta una conexidad directa con otros derechos fundamentales, como la dignidad, la intimidad, y el derecho a la familia.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos y tratamientos de alto costo

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA CON DISFUNCION EN LA ACTIVIDAD SEXUAL-Vulneración por negar la cirugía de implante de prótesis peneana

DERECHO A LA SALUD-Continuidad en tratamiento recomendado e iniciado/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**-Práctica de cirugía de implante de prótesis peneana

Teniendo en cuenta que el accionante venía siendo tratado por médicos de la E.P.S. SANITAS en relación con su disfunción eréctil, y que además esta opción médica le permitiría solucionar su problema de salud sexual, se le garantiza al propio tiempo el respeto y protección de sus derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, esta Corte debe advertir que los criterios jurídicos que orientan esta decisión, están justificados en la continuidad en la prestación de un servicio de salud, reclamados por un paciente que ya venía siendo tratado por dicha enfermedad, cuya capacidad económica no le permite asumir directamente el cubrimiento del costo del tratamiento diagnosticado, el cual fuera ofrecido o planteado por un médico adscrito a la E.P.S. que atiende al paciente.

**PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD/
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN SALUD**

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-946646

Acción de tutela instaurada por Juan contra la E.P.S. SANITAS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero dos mil cinco (2005).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados **RODRIGO ESCOBAR GIL**, **MARCO GERARDO MONROY CABRA** y **JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO**, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Veintiséis Penal Municipal y Quince Penal del Circuito, ambos de Cali, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Juan contra la E.P.S. SANITAS.

I. ANTECEDENTES

A. Aclaración preliminar

En primer lugar, la Sala debe indicar que por tratarse de un proceso relacionado con un problema complejo de sexualidad humana, cual es el de la disfunción eréctil de un señor de la tercera edad, y con la finalidad de proteger las garantías constitucionales de que son titulares el actor y su familia, se protegerá su derecho fundamental a la intimidad y por ello, durante el presente trámite de revisión se tomarán medidas orientadas a impedir su identificación. Máxime cuando se trata de un gran impacto en la opinión pública, susceptible de desencadenar efectos sensacionalistas en los medios de comunicación y de conducir al rechazo y discriminación del actor y su familia. En razón de ello, la Sala suprimirá toda referencia que pueda conducir a dicha identificación y en la parte resolutive de esta Sentencia ordenará que la Secretaría de esta Corporación y de los jueces de instancia guarden estricta reserva en este proceso¹⁸.

¹⁸ La publicidad de los fallos de tutela en casos de menores con ambigüedad sexual y la protección de la intimidad del niño y su familia durante el trámite judicial, es un tema reiterado en todas las Sentencias que han versado sobre esta problemática. Al respecto, la Sentencia SU-337/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló: “La Corte entiende la preocupación de la madre y el sentido de su petición pues, como se verá, este caso se relaciona con un problema complejo de la sexualidad humana, que es poco conocido por la opinión pública, y que podría entonces provocar reacciones sensacionalistas de los medios de comunicación, así como una malsana curiosidad y rechazo a la menor y a la propia peticionaria en el medio social en donde viven. Ahora bien, no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones. // Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional

En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia el nombre del accionante será reemplazado por el de Juan.

Los hechos motivo de la presente acción de tutela, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. El accionante quien al momento de interponer la tutela contaba con sesenta y cuatro (64) años de edad, se encuentra afiliado a la E.P.S. SANITAS desde el año 2000, en calidad de beneficiario de su hija María Fernanda.
2. En noviembre de 2002, fue valorado por el médico Alfonso Fernández quien luego de unos exámenes le diagnosticó Adenoca de Próstata por Biopsia, y le realizó igualmente Gamagrafía Ósea Corporal.
3. El 7 de diciembre de 2002, le fue realizada una PROSTATECTOMÍA RADICAL CON BORDES LIBRES Y GANGLIOS NEGATIVOS.
4. En marzo 3 de 2003 le fue realizado un P.S.A. de control con resultado negativo.
5. Como consecuencia de la intervención quirúrgica el accionante quedó completamente impotente.

revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de un lado, y con el fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por la madre, el médico tratante y el representante del I.S.S., y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad. Sin embargo, debido a la trascendencia y complejidad del caso, es inevitable no sólo publicar la sentencia, pues en ella se establece una doctrina constitucional fundamental en la materia, sino también divulgar todo el extenso material probatorio y científico que la Corte tuvo en cuenta para alcanzar su decisión.”

6. El accionante aclara que antes de la intervención quirúrgica venía padeciendo de un cierto grado de disfunción eréctil, problema que solucionaba con la utilización de Sildenafil.

7. El médico Alfonso Fernández, le recetó la droga CAVERJET de 15 miligramos, medicamento que si bien le permitía tener erecciones, éstas le producían un intenso dolor, razón por la cual su consumo debió ser suspendido. Posteriormente, fue sometido a un tratamiento con VIAGRA por espacio de tres (3) meses, en el cual debía consumir tres dosis semanales, tratamiento que no surtió efecto alguno. Posteriormente a este tratamiento, el médico Fabio Rivera le recetó CIALIS por 20 miligramos, medicamento que al igual que el Viagra no produjo efecto alguno.

8. Ante la total ineficacia de todos los anteriores medicamentos, y con el fin de corregir el problema que por disfunción eréctil venía presentando el actor, los médicos Luis Fernando Echeverri, Fabio Rivera y Alfonso Fernández, adscritos a la E.P.S. SANITAS concluyeron que era indispensable el implante de una prótesis peneana (inflable o maleable).

9. Una vez hecha dicha propuesta por los médicos tratantes, el accionante radicó en marzo 8 de 2004 y bajo el No. 046866 una petición a la E.P.S. SANITAS en tal sentido.

10. En respuesta a dicha petición, el día 20 de marzo de ese mismo año, la Jefe Central de Apoyo de la E.P.S. SANITAS, le informó que la prótesis peneana inflable no estaba incluida en el Plan Obligatorio de Salud.

11. En vista de tal circunstancia, el accionante manifestó que en la medida de que es una persona de escasos recursos económicos, que se encuentra actualmente desempleado, no le es posible asumir el costo de la prótesis peneana inflable, único tratamiento que solucionaría su problema de disfunción eréctil.

12. Aclara así mismo, que en razón a dicha disfunción sexual, su salud mental y emocional, así como su autoestima se han visto afectados. En cuanto a su vida de pareja ésta, está por terminarse, pues ante la imposibilidad de responder a todas sus obligaciones conyugales, las cuales se han desarrollado por espacio de más de treinta y siete años en plena armonía y entrega conyugal, ha tenido problemas con su pareja.

En vista de los anteriores hechos, el accionante considera que la E.P.S. SANITAS, al negarse a suministrarle la prótesis peneana inflable, así

como su implantación y el suministro de los demás implementos que se requieran, le ha violado sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna. Por tal motivo solicita que dicha E.P.S. asuma el costo total de la misma y proceda a su implante.

II. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

En escrito de fecha 20 de abril de 2004, dirigido al juez de conocimiento de esta tutela, la Directora Administrativa de la E.P.S. SANITAS, manifestó lo siguiente.

1. Efectivamente Juan se encuentra afiliado en condición de beneficiario de la E.P.S. SANITAS contando a la fecha con ciento treinta (130) semanas cotizadas.

2. Al accionante le fue prescrita una prótesis peneana inflable, para tratar su problema de disfunción eréctil, prótesis que no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud. Tal y como lo señala la Resolución 5261 de agosto 5 de 1994 por la cual se establece el MAPIPOS (Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud), dicha prótesis no se encuentra incluida.

3. Sumada a la anterior norma, de la lectura del artículo 29 del Decreto 806 de 1998, resulta clara igualmente, que el afiliado debe financiar directamente los gastos que sean generados con ocasión de la adquisición e implante de la prótesis peneana inflable, toda vez que dicho servicio corresponde a “servicios adicionales a los incluidos en el POS”.

4. Si bien la E.P.S. no desconoce que el accionante tiene todo el derecho a recurrir a todos los medios para la recuperación de su salud, ello no puede ser argumento para considerar que la E.P.S. SANITAS haya vulnerado sus derechos, pues todas las actuaciones de la entidad se han desarrollado dentro del marco legal correspondiente.

5. Así mismo, y con el fin de proteger y mantener el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud, la misma ley establece una serie de prestaciones que son responsabilidad directa del Estado. Por ello, pretender en el presente caso, que la E.P.S. SANITAS tenga que asumir los costos económicos de un servicio no incluido en el POS,

sería imponerle obligaciones que no le corresponden, vulnerando así su equilibrio económico.

6. La misma Corte Constitucional en Sentencia SU-819 de 1999, estableció parámetros que deben tenerse en cuenta para el excepcional otorgamiento de beneficios de salud por fuera del POS, como son que exista una situación de riesgo inminente para la vida del afiliado y que se beneficie con los procedimientos, diagnóstico y terapias que requiere; y, que además, el usuario acredite su imposibilidad económica para asumir el pago total o parcial del procedimiento o de los medicamentos que requiere.

7. Si pese a lo anterior, se considera que el accionante ha probado su imposibilidad económica para asumir el costo de la prótesis peneana por él reclamada, se deberá requerir al Fosyga con el fin de que asuma directamente el pago de la prótesis en cuestión a la IPS que la suministre, tal y como lo ordena la ley, o en su defecto que reembolse a la EPS SANITAS el valor del costo de la misma. Finalmente, si el juez considera que la acción de tutela es viable como mecanismo transitorio, que señale en qué término se deberá dar cumplimiento a la orden de tutela que se imparta.

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. En sentencia del 28 de abril de 2004, el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Cali negó el amparo solicitado. Consideró el a quo que luego del estudio de las pruebas que obran en el expediente, incluido un dictamen médico expedido por Medicina Legal de la ciudad de Cali, al accionante no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues el no suministro de la prótesis peneana, sea esta inflexible o maleable no afecta su salud por cuanto no compromete ninguno de sus órganos o la funcionalidad de los mismos, con lo cual no se está ante un perjuicio inminente que atente contra la vida del mismo. “...*Es entendible la preocupación del ciudadano de marras por el diagnóstico que presenta, pero tiene que ser consciente que la prótesis que solicita, es indispensable más no urgente, no se vislumbra la necesidad imperiosa de la realización de la prótesis solicitada, se menoscaba su salud más no su vida misma como para ordenar a la EPS la colocación de la prótesis peneana maleable.*”

“De las pruebas aportadas al proceso no hay ninguna, aparte del testimonio del petente, que demuestre que su situación actual, este

causando graves perjuicios en su organismo, es decir, que su vida corra peligro de muerte en caso de no efectuarse.

“De lo anterior, se deduce que la disfunción eréctil que presenta el accionante, no es mayor obstáculo para el desenvolvimiento de sus relaciones intrafamiliares. En el concepto del médico tratante no consta ninguna observación referente a perturbaciones por su apariencia física y si bien en el informe del médico tratante que esta viendo al accionante, plasma los síntomas del diagnóstico, también lo es que no está en juego el mínimo vital de la salud en conexidad con la vida.”

Finalmente, señala el juez de instancia que según el informe médico suministrado por Medicina Legal se indicó que si bien el accionante puede requerir la prótesis peneana, ésta no resulta urgente pues no hay riesgo de pérdida vital, lo cual lleva al juez de instancia a pensar que es la vanidad y el deseo personal del accionante como hombre, lo que lo ha llevado a reclamar el suministro de la prótesis.

2. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, el cual en sentencia del 8 de junio de 2004, confirmó la decisión impugnada.

Consideró el ad quem que a partir de los conceptos médicos se puede deducir que la disfunción eréctil que aqueja al accionante en la actualidad afecta su salud como derecho prestacional, pero no se puede considerar *“que se vea afectado otro derecho fundamental como sería la vida, la integridad humana o la dignidad toda vez que no compromete ningún órgano funcional del paciente, además no constituye un peligro inminente a la vida del mencionado señor la no colocación de la prótesis peneana inflable o maleable”*.

IV. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

- Folio 9, fotocopia del carné de la E.P.S. SANITAS correspondiente a Juan.

- Folios 10 y 11, fotocopia de la historia clínica del accionante, existente en el Centro Médico Imbanaco, cuyo médico tratante es el Doctor Fabio Rivera Murillo.

- Folio 12, fotocopia de la orden médica hecha por el Doctor Fabio Rivera Murillo en la que manifiesta que el accionante requiere implante de prótesis de pene.

- Folio 13, fotocopia de una solicitud de autorización diligenciada por el Doctor Luis Fernando Echeverri y dirigida a E.P.S. SANITAS, con el fin de que autorice el insumo especial denominado Prótesis Peneana Maleable. De fecha febrero 16 de 2004.

- Folio 14. Petición de fecha 8 de marzo de 2004, en la cual el accionante solicita a la E.P.S. SANITAS le sea suministrada la prótesis peneana diagnosticada por médicos adscritos a dicha E.P.S.

- Folios 15 y 16, Respuesta de fecha 15 de febrero (**sic**) de la E.P.S. SANITAS a Juan, en la cual explica la no aprobación de la prótesis peneana por ser un aditamento excluido del P.O.S.

- Folios 20 a 23, Intervención de la E.P.S. Sanitas en respuesta al requerimiento judicial hecho en el trámite de esta tutela, para responder a los hechos aquí expuestos.

- Folio 27, Dictamen médico legal solicitado por el juez de primera instancia al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Suroccidente, en relación con la presente tutela. Corresponde a un dictamen médico hecho al accionante el día 21 de abril de 2004.

V. PRUEBAS ORDENADAS POR LA CORTE

Mediante Auto de pruebas de fecha 17 de noviembre de 2004, la Sala consideró pertinente ordenar la práctica de algunas pruebas con el fin de tener mayor claridad sobre algunos de los hechos y argumentos involucrados en la presente tutela. Para ello, la Sala ordenó lo siguiente:

Primero. Que se oficiara a través de la Secretaría General de esta Corporación, al **Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Suroccidente**, ubicada en la **Calle 4 No. 36 - 01** en la ciudad de Cali, y cuyo número telefónico es **(0*2) 5 57 15 27**, para que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la comunicación del presente Auto, citara a Juan, localizado en la **Calle 7 A No. 56 – 136** del Barrio Camino Real Los Guadales de Cali, y

cuyo número telefónico es el **(0*2) 5 13 11 52**, con el fin de realizarle una valoración psicológica o psiquiátrica, tal y como se recomendara en el Dictamen Médico Legal que le fuera realizado al mismo Juan el 25 de abril de 2004, y cuyo número de Radicación es 2004C-06708. Todo lo anterior a efectos de que informara a este Despacho dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la valoración psicológica o psiquiátrica acerca del siguiente asunto:

- Juan de 64 años de edad, afiliado a la E.P.S. SANITAS, quien luego de ser operado por cáncer de próstata en diciembre de 2002 (prostatectomía radical con bordes y ganglios negativos), presenta disfunción eréctil postquirúrgica, sin respuesta favorable con medicamentos. Por tal razón, en su última valoración médica, hecha el 23 de febrero de 2004, se recomendó la colocación de una prótesis peneana maleable, cuyo suministro fue negado por la E.P.S.

La Corte preguntó:

¿ Vistos los antecedentes médicos del paciente, el implante de la prótesis peneana maleable o inflable, traerá para el paciente una respuesta positiva para su desempeño sexual, entendido éste como una respuesta erótica y sensorial adecuada para mejorar su vida sexual?

¿ Que incidencia tendría el implante de la prótesis peneana reclamada por Juan, desde el punto de vista psicológico y de autoestima?

Segundo. Así mismo se ordenó oficiar a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Doctor, **Fabio Rivera Murillo**, Médico Cirujano Urólogo, quien labora como médico adscrito a E.P.S. SANITAS, en su consultorio ubicado en la **Calle 5 B5 No. 38 BIS – 64, Centro Médico Imbanaco** en la ciudad de Cali, y cuyos números telefónicos son **(0*2) 5 58 39 67, 5 58 39 79** y cuyo número de fax es **(0*2) 5 58 39 79**, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la comunicación del presente Auto, informara a este Despacho acerca del siguiente asunto:

- Como médico tratante de Juan, se le solicitó que indicara qué efectos tiene en la vida sexual de este paciente, así como en su aspecto psicológico, la recomendación de que se le implante una prótesis peneana maleable, para solucionar su disfunción eréctil posquirúrgica; y si dicha prótesis va a garantizar que la vida sexual del paciente mejore desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Tercero. Finalmente, se ordenó oficiar también a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Doctor, **Luis Fernando Echeverri Molina**, Médico Cirujano Urólogo, quien labora como médico adscrito a E.P.S. SANITAS, en su consultorio ubicado en la **Calle 23 Norte No. 2N - 58, Instituto de Urología Especializada** en la ciudad de Cali, y cuyo número telefónico es **(0*2) 6 60 12 62** y cuyo número de fax es **(0*2) 6 61 10 95**, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la comunicación del presente Auto, informara a este Despacho acerca del siguiente asunto:

- Que como médico tratante de Juan, indicara qué efectos tiene en la vida sexual de este paciente, así como en su aspecto psicológico, la recomendación de que le sea implantada una prótesis peneana maleable, para solucionar su disfunción eréctil posquirúrgica; y si dicha prótesis garantizaría que la vida sexual del paciente mejorara desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Las respuestas a las pruebas solicitadas fueron las siguientes:

a. Informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cali

Previo al informe por la práctica del peritaje psiquiátrico o psicológico, un funcionario de la Coordinación de Psiquiatría y Psicología Forense, informó a esta Sala de Revisión que en la medida en que no se contó con copia del expediente y de la historia clínica de Juan, las conclusiones a las que se pueda llegar con el dictamen a realizar se limitarían a la información que sobre el paciente se tiene.

La valoración psiquiátrica hecha a Juan se concretó en el Dictamen No. DSO-PSF-M-2004-0334. Los datos fundamentales de identificación de Juan son los siguientes:

NOMBRE: Juan

C.C. : 6.490.673 de Tulúa, nació el 3 de junio de 1940.

EDAD: 64 años

SEXO: masculino

EST. CIVIL: casado

OCUPACIÓN: soy asesor, tenemos una oficinita en la casa de asesoría financiera.

GDO. INSTRUCCIÓN: soy ingeniero químico, pero las asesorías que hacemos son financieras, mi señora es contadora y le he ido aprendiendo en la parte financiera.

NATURAL DE: Santuario (Risaralda)

PROCEDENTE DE : Cali.

EXP. RECIBIDO: 24 de noviembre de 2004

DECRETADO: 1 de diciembre de 2004.

“ANTECEDENTES PERSONALES

“Tengo dos hijos... con ellos la relación es buena, con el encuentro matrimonial aprendimos a manejar la relación con los hijos, ambos son casados, vive cerca de nuestra casa y la menor se caso hace dos meses y también vive cerca.

“ANTECEDENTES PERSONALES ESPECIALES

“VENÉREAS: las niega

“PSIQUIÁTRICAS: sufro de claustrofobia, en lugares cerrados con llave, cuando me tocó dar clases en la cárcel de alta seguridad me dio y el me dio (sic) unas pasticas que me tome cuando iba a la penitenciaría, ya no tomo nada.

“MÉDICAS: cáncer de próstata, hace dos años... soy operado de la rodilla y de un hombro y del apéndice... no más...

“TÓXICOS: niega consumo de cigarrillo u otro psicotóxico, consumo social de alcohol.

“EXAMEN MENTAL

“Se trata de un hombre en la mitad de la séptima década de la vida, que aparenta la edad cronológica, contextura gruesa, viste de manera limpia pero descuidada, se relaciona de manera adecuada durante la entrevista.

Psicomotor: sin alteraciones.

Afecto: modulado trasfondo triste.

Pensamiento: tiene un tono de voz baja, es coherente, relevante, con adecuado léxico, pero por momentos es lacónico; con adecuada producción ideativa. Son evidentes ideas de minusvalía y vergüenza frente a su esposa debido a su situación de disfunción eréctil, con menoscabo en su autopercepción y autoconfianza; no hay ideación suicida no homicida. No hay delirios. Forma lógica.

”Sensopercepción: sin alteraciones.

“Sensorio: alerta, orientado en tiempo, lugar y persona. Sin alteraciones en las memorias, cálculo simple o abstracción, introspección adecuada.

“Juicio y raciocinio: sin compromiso.

“DISCUSIÓN

“Se trata de un hombre adulto en la mitad de la séptima década de la vida, de clase socioeconómica media alta, sin antecedentes de enfermedad mental, a quien hace dos años le hicieron diagnóstico de cáncer de próstata y a quien de acuerdo a la información enviada en la solicitud y apartada por el mismo examinado, derivado de ello le practicaron una prostatectomía radical con vaciamiento ganglionar. Posterior a la cirugía el examinado aduce haber quedado con disfunción eréctil para lo que dice haber recibido tratamiento farmacológico continuo y constante sin haber logrado la respuesta esperada, continuando con la disfunción eréctil.

“Describe una relación de pareja adecuada y una vida sexual activa con su esposa y sin complicaciones antes de la cirugía y que después de la misma se han visto afectadas debido a la disfunción eréctil, sin encontrar satisfacción pese a las alternativas eróticas para la relación tomadas por él y su pareja, causando en el examinado menoscabo en su autoestima y autoconfianza, que derivan en ansiedad ante su desempeño como pareja, desconfianza hacia su esposa, irritabilidad, ideas de minusvalía y vergüenza, como también disminución en su capacidad hedónica, siendo todos indicadores clínicos de síntomas depresivos, los cuales también se hicieron evidentes clínicamente durante la actual entrevista, sugestivos de un Trastorno de adaptación con síntomas depresivos.

“Considerando lo anterior, una solución a su disfunción eréctil posquirúrgica podría ser de beneficio para mejorar la calidad de vida del examinado; sin embargo, se sugiere que sería de utilidad para el y su pareja recibir tratamiento psicoterapéutico con psiquiatría o Psicología a fin de ventilar y clarificar justamente todas las emociones derivadas de la situación en cuestión y las expectativas alrededor del tratamiento sugerido por los especialistas en urología.”

“CONCLUSIONES

“Juan ostenta signos y síntomas clínicamente sugestivos de un Trastorno de Adaptación con síntomas Depresivos derivados de la disfunción

eréctil posquirúrgica y de las dificultades que en su relación de pareja ha acarreado.

“Considerando lo anterior, una solución a su disfunción eréctil posquirúrgica podría ser de beneficio para mejorar la calidad de vida del examinado; sin embargo, se sugiere que sería de utilidad para el y su pareja recibir tratamiento psicoterapéutico con psiquiatría o Psicología a fin de ventilar y clarificar justamente todas las emociones derivadas de la situación en cuestión y las expectativas alrededor del tratamiento sugerido por los especialistas en urología.”

b. Concepto del médico Urólogo Fabio Rivera Murillo

En documento fechado 22 de noviembre de 2004 y remitido vía fax a esta Corte el día 24 del mismo mes y año, el médico Rivera Murillo en respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala en relación con el caso médico de Juan, indicó lo siguiente:

“Debido a su libido conservada, su consideración de aceptarse sexualmente capaz y tener una pareja conyugal, su disfunción eréctil ha menoscabado su integridad personal y su autoestima. Por lo cual hace necesario buscar una solución definitiva para tratar su disfunción eréctil.

“Recomendación de colocarle una prótesis peneana maleable para solucionar la disfunción eréctil postquirúrgica.

“Según mi historia clínica el paciente tenía cierto grado de disfunción eréctil que corregía con la ingesta del Sildenafil, pero después de la cirugía no volvió a tener erecciones aún con la ingesta de dosis mayores de Sildenafil.

“Para una disfunción definitiva que no responde a tratamientos médicos establecidos se recomienda colocación de Prótesis Peneable Maleable.

“La vida sexual del paciente mejorará desde el punto de vista Cualitativo y cuantitativo.

“En un paciente emocional y psicológicamente estable la prótesis peneana va a dar una vida sexual cualitativamente y cuantitativamente comparable con la normalidad.

“Pero es de aclarar que debido, y en todo paciente, a la prostatectomía radical no se va a presentar sensación de orgasmo y eyaculación.

“Hago también aclaración que no soy médico adscrito a E.P.S. Sanitas.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

c. Concepto del médico Urólogo Luis Fernando Echeverri.

Al igual que el concepto anterior, el médico Echeverri, el día 22 de noviembre remitió vía fax a esta Corporación el siguiente documento:

“Certifico que Juan presenta Disfunción eréctil posquirúrgica que no ha respondido a manejo médico.

“El paciente requiere para mejorar su Calidad de Vida sexual, la implantación de una Prótesis peneana maleable o Inflable.

“Como cualquier procedimiento quirúrgico, no podemos dar garantía del 100%, de la efectividad del tratamiento, ya que por ser un elemento protésico, pueden suscitarse complicaciones inherentes al procedimiento quirúrgico. Sin embargo, si esto no sucediera, y la prótesis fuera no rechazada, la vida sexual del paciente podrá mejorar tanto cualitativa como cuantitativamente.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Del derecho a la seguridad social

El artículo 48 de la Constitución Política destaca que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Característica fundamental de todo servicio público es su continuidad, que implica la prestación

ininterrumpida, constante, permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del sistema de salud.

En efecto, los pacientes con graves padecimientos de salud, no pueden estar expuestos a la interrupción de las prestaciones que ella apareja, independientemente de que hayan sido asumidas de manera directa por la entidad a la cual se encuentran afiliados o por centros clínicos, médicos, hospitalarios o de otra índole con los cuales aquélla contrate.

3. La continuidad en la prestación del servicio de salud hace parte del principio de eficiencia y de la confianza legítima

Dentro de los principios que rigen al sistema de seguridad social, particularmente el del servicio público de salud, la eficiencia en la prestación del mismo tiene gran importancia, y como parte integral de este mismo principio está la continuidad en el servicio, entendida como la no interrupción en la atención en salud, salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.

En la Sentencia SU-562/99 expresamente se dijo lo siguiente en relación con los conceptos de eficiencia y continuidad como características propias del servicio público de salud:

“Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

“Marienhoff dice que ‘La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna’¹⁹. Y, a renglón seguido repite: ‘.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad’²⁰. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: ‘... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en

¹⁹ Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

²⁰ Ib. p. 66.

esta materia'.²¹ Jean Rivero²² reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

“En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado ‘garantizar la efectividad de los principios’. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la ‘garantía de la seguridad social’ establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P.”

Es decir, el principio de la continuidad (como proyección de la eficacia) debe orientar las decisiones de las entidades encargadas de prestar la seguridad social en salud.

Posteriormente, en Sentencia T-235 de 2002, la Corte se pronunció igualmente en relación con el principio de **eficiencia**, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia constitucional ha venido afirmando que el principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficacia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU-562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una característica de la gestión.²³ La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático...”

²¹ Ib. p. 67.

²² Jean Rivero, Derecho Administrativo, ps. 80 y ss.

²³ Algunos doctrinantes entienden por eficiencia “el reconocimiento de los derechos para evitar la generación de bolsas de fraude, en términos de transparencia en su actividad y, de manera muy singular, en términos de agilidad en la gestión”. (Gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, conferencias de la OISS de Carlos Javier Santos García).

“La organización y el procedimiento que las normas señalen para la tramitación y reconocimiento de la prestación, no pueden traducirse en obstáculos para el derecho material, sino que, por el contrario, deben ayudar a una pronta y justa decisión. Lograr el orden justo es pues el objetivo y el principio de la eficiencia tiene que contribuir a ello.”

En posterior sentencia (T-572 de 2002²⁴) se dijo igualmente lo siguiente:

“... Sin embargo, si el tratamiento con ese medicamento se ha iniciado, con la anuencia de la EPS, entra en juego, para el análisis constitucional, la continuidad en la prestación del servicio. Y, entonces, la arbitrariedad consistiría en suspender un tratamiento iniciado, que se torna imprescindible porque de lo contrario afectaría la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Sin embargo, la continuidad en la prestación del servicio público de salud no solo se protege por el principio de eficiencia, también se da aplicación en estos casos a lo dispuesto por el artículo 83 de la C.P. que señala como principio rector de las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas el postulado de la buena fe. Es esta buena fe la que sirve como fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado.

4. La sexualidad como parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad

En Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se expusieron numerosos criterios para definir la sexualidad²⁵ como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

²⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ Estos apartes científicos de la sentencia se basan en la literatura médica y en las pruebas incorporadas al presente expediente, las cuales, con el fin de aligerar la exposición, serán citadas únicamente cuando sea estrictamente necesario. La Corte aprovecha para agradecer a todos los profesionales de la salud y científicos, nacionales e internacionales, que remitieron sus conceptos a esta Corporación a fin de ilustrarla sobre el complejo tema de la ambigüedad sexual, a saber, a nivel nacional, a los profesores Orlando Acosta, Efraín Bonilla Arciniegas, Mauricio Col Barrios, Alejandro Giraldo, Luis Eduardo Jaramillo González, María Cristina Torrado Pacheco, todos ellos de la Universidad Nacional. Igualmente al profesor Martín Restrepo Fernández de la Universidad del Rosario, y a los profesores Jaime Alvarado Bestene y Ricardo Álvarez Botero de la Universidad Javeriana.

Igualmente al profesor Gustavo Malo Rodríguez de la Universidad Nacional y representante de la Sociedad Colombiana de Urología y a los profesores María Cristina Villegas y Augusto Pérez de la Universidad de los Andes. También la Corte agradece al Dr. Bernardo Ochoa Arizmendy y a Roberto de Zubiría Consuegra, Presidente de la Academia Nacional de Medicina. Y a nivel internacional, la Corte agradece su colaboración a Cheryl Chase, Directora Ejecutiva de Intereses Society of North America, ISNA; a Milton Diamond, Doctor e investigador de la Universidad de Hawai; a Alice Dromurat Dreger, Profesora de Ética e Historia de la Universidad de Michigan; a Heino Meyer-Bahlburg, Profesor de Psicología Clínica del Programa de Desarrollo Sicoendocrinológico de la Universidad de Columbia en los Estados Unidos; a Friedemann Pfaffin, Profesor de la Universidad de Ulm en Alemania; a Justine Schoberg, Peditra Uróloga del Hamot Medical Center de Pennsylvania; y a Garry L Warne, Director de endocrinología y diabetes del Centro de Investigación Hormonal del Royal Children's Hospital de Australia.

Fuera de los conceptos de los anteriores expertos, todos incorporados al expediente y reseñados en los antecedentes de esta sentencia, la Corte tuvo en cuenta, entre otros textos, la siguiente bibliografía especializada sobre los tratamientos de la ambigüedad genital, que se transcribe en orden alfabético: Coventry, Martha. "Finding the words" en **Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities**. 1997; Chase, Cheryl. "Special issue on intersexuality" en **Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities**. 1997; Christopher J. Dewhurst y Ronald Gordon. **Estados intersexuales**. Barcelona: Editorial Pediátrica, 1970. Diamond, Milton. "Prenatal disposition and the clinical management of some pediatric conditions" en **Journal of Sex and Marital Therapy**. 1996. 22; Diamond, Milton, and H. Keith Sigmundson. "Sex Reassignment at Birth: A Long Term Review and Clinical Implications" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. No 150; Diamond, Milton, and H. Keith Sigmundson. "Commentary: Management of Intersexuality: Guidelines for dealing with persons with ambiguous genitalia" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. No 151. Dreger, Alice Domurat. "Listening to Hermaphrodites: Ethical Challenges to the Medical Treatment of Intersexuality". East Lansing Michigan: Center for Ethics and Humanities in the Life Sciences. 1997. Dreger, Alice Domurat. "Ethical Issues in the Medical Treatment of Intersexuality and "Ambiguous Sex", edición impresa de un artículo publicado en **Hastings Center Report**. Mayo-junio de 1998. Dreger, Alice Domurat. **Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex**. Cambridge: Harvard University Press. 1998. Fausto-Sterling, Anne. "The Five Sexes: Why Male and Female are not Enough" en **The Sciences**. 1993. 33 (2) : 20-25. Fausto-Sterling, Anne, and Bo Laurent. **Early genital surgery on intersexual children: A re-evaluation**. mimeo. 1994. C.G Hadjathanasiou et al. "True hermaphroditism: genetic variants and clinical management" en **The journal of Pediatrics**. Noviembre 1994. Heino F.L Meyer-Bahlburg et al. "Gender change from female to male in classical congenital adrenal hyperplasia" en **Hormones and Behavior** 30, 1996. Heino F.L Meyer-Bahlburg. "Gender identity development in intersex patients" en **Child and Adolescent Psychiatry Clinics for North America** Vol 2, No 3, 1993. Kessler, Suzanne. **Lesson from the Intersexed**. New Jersey: Rutgers University Press. 1998. Mary Min-Chin Lee. "Clinical management of intersex abnormalities" en **Current Problems in Surgery**. Vol XXVII, No 8, agosto 1991. J. Money y A.A Ehrhardt. **Man and Woman, Boy and Girl**. Baltimore, Md: John Hopkins University Press, 1972; Breilly, Justine M., and C.R.J. Woodhouse. "Small Penis and the Male Sexual Role" en **Journal of Urology**. 1989. 142: 569-571. Reiner, William. "To be male or female – that is the question" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. 151: 224-5; Reiner, William. "Sex Assignment in the Neonate with Intersex or Inadequate Genitalia" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. 151: 1044-5; Schober, Justine M. "Long Term Outcomes of Feminizing Genitoplasty for Intersex" en **Pediatric Surgery and Urology: Long Terms Outcomes**.

En su momento se indicó que la sexualidad, dada su complejidad tiene diferentes concepciones dependiendo del marco teórico en que se discutiera. Así se pronunció la Corte en su momento:

“Así, desde el punto de vista social, la sexualidad hace referencia a los diversos papeles que los patrones socio-culturales existentes asignan a los diferentes sexos. Es lo que algunos autores denominan los roles de género. Sicológicamente, la sexualidad alude no sólo a la identidad que al respecto se forman los seres humanos, sino que tiene además aspectos comportamentales, ligados a la orientación afectiva que tienen los individuos por personas de determinado sexo. Y finalmente la sexualidad tiene una clara dimensión biológica.

“En general, la mayor parte de las teorías admiten que las dimensiones sociales y sicológicas de la sexualidad son variables, pues se encuentran condicionadas por la evolución de los valores sociales e individuales. Un ejemplo puede ser la valoración que en el pasado se daba a los comportamientos homosexuales, los cuales estuvieron sujetos a formas muy intensas de marginación, que son hoy inaceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas, pues no sólo desconocen los avances de las teorías sicológicas en este campo, que han mostrado que la homosexualidad es una variación en la preferencia sexual, y no una enfermedad, sino además porque la exclusión social y política de esas personas vulnera, tal y como esta Corte lo ha señalado en anteriores ocasiones²⁶, valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, como son el pluralismo y el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida (CP arts 1º, 13 y 16). Esta variabilidad de las dimensiones sociales y sicológicas de la sexualidad suele entonces contraponerse a la diferencia estrictamente biológica entre los sexos, que se considera más fija y estable, por lo cual muchos autores reservan la expresión

edited by P. Mouriquant., London. 1998. Garry L Warne. “Advances and challenges with intersex disorders”, edición impresa de un artículo publicado en **Reproduction, fertility and development**, 1998.

La Corte también consultó todo el número de **The Journal of Clinical Ethics**, Vol 9, Num 4, de 1998, el cual está dedicado integralmente al debate sobre el manejo médico de los estados intersexuales. Los artículos de esta revista serán citados posteriormente en esta sentencia, en caso de que sean directamente utilizados por la Corte. Finalmente, la Corte también tuvo acceso a la película “Hermaphrodites Speak”, filmada por ISNA en 1996, y que presenta testimonios personales de varios hermafroditas.

²⁶ Ver, entre otras, las Sentencias C-491 de 1998, T-101 de 1998, C-098 de 1996 y T-539 de 1994.

“género” para referirse a los cambiantes aspectos sociales, psicológicos y culturales de la sexualidad, mientras que emplean la expresión “sexo” para aludir a sus componentes biológicos, supuestamente más objetivos, fijos y claros.”

De la misma manera, se ha determinado jurisprudencialmente que dentro de las diferentes facetas en las cuales el ser humano desenvuelve su personalidad, se encuentra la de su sexualidad y específicamente la de tener una vida sexual. Ciertamente, la sexualidad comporta dos ámbitos fundamentales, el biológico o físico y el psicológico. Pero a su vez existen dos diferentes facetas que deben ser tenidas en cuenta, y que son la tendencia sexual y la práctica o no de la actividad sexual.

Esta Corporación ha generado varios pronunciamientos relacionados con el aspecto físico o biológico de la sexualidad, particularmente en casos de ambigüedad sexual, hermafroditismo y de cirugías reconstructivas en pacientes afectados por accidentes o mutilaciones. De la misma manera se ha tocado el tema de la tendencia sexual entendida como la preferencia o afinidad sexual que tienen las personas en su vida sexual, para preferir parejas sexuales de otro género o del mismo. Frente a los anteriores temas, esta Corte ha enfatizado la importancia de la protección de derechos fundamentales, que como el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía personal, la intimidad e incluso el derecho a la familia, corresponden a derechos amparables en virtud de las circunstancias fácticas propias a los casos que en su momento generaron aquellos pronunciamientos que involucraron el concepto de la sexualidad como parte importante en la vida de todo ser humano.

Una de las facetas en la que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano la cual debe verse de una manera integral. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad, así se indicó en la Sentencia T-269 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esa misma sentencia se señaló que además de que la sexualidad es un aspecto del desarrollo de la personalidad, así mismo, el tener una vida sexual activa hace parte de las condiciones que dignifican la vida del ser humano. El anterior argumento se ve reforzado en el caso de que la persona haya decidido llevar una vida en pareja. Con ocasión del estudio de una tutela en materia de salud sexual dijo la Corte:

“Es claro que hace parte del derecho fundamental a la vida, el que tiene toda persona a gozar de una vida sexual normal;

en repetidas ocasiones esta Corporación se ha ocupado de considerar la trascendencia del tratamiento médico de afecciones que impiden el desarrollo normal de la fisiología sexual humana, y de valorar la importancia que él tiene en el desarrollo de la persona y en el de la personalidad individual de cada uno^{27, 28}

Ahora bien, cuando la vida sexual de una persona se enmarca en el comportamiento usual, es decir, el del hombre o mujer que tienen una vida sexualmente activa con su pareja del otro género, se entra a determinar la importancia de esa actividad sexual, no sólo como medio de procreación, sino como el medio por el desarrollo de la personalidad.

Recordemos que en sentencia de la Corte se ha explicado que “*el derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución - preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.*” (Negrilla y subraya fuera del texto original. Sentencia T-926 de 1999, MP, doctor Carlos Gaviria Díaz).

Así, la vida sexual se desarrollará como una actividad más en el entorno de otras diversas ocupaciones y actividades de la pareja. Sin embargo, esta vida sexualmente activa, podrá tener limitaciones o restricciones propias de la edad, el deseo entendido como la libido²⁹, y fundamentalmente por razones de salud.

En este punto, es importante anotar, que si la persona que comienza a presentar limitaciones para sostener una actividad en su vida sexual, en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de

²⁷ Sentencias T-477/95, SU-337/99 y T-551/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Ver Sentencia T-926/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz (En esta ocasión la Corte estimó que el suministro del medicamento denominado viagra era necesario para la protección integral del derecho a la vida en condiciones dignas del accionante quien por padecer de diabetes sufría de una disfunción eréctil y de no recibir el suministro del mencionado medicamento no podría continuar una vida sexual normal con su esposa, repercutiendo esto en su salud psicológica, igualmente. En consecuencia, la Sala de Revisión concedió la tutela).

²⁹ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término libido se ha definido como “*el deseo sexual, considerado por algunos autores como impulso y raíz de las más variadas manifestaciones de la actividad psíquica.*”

salud, habrá de advertirse que no se trata tan sólo de simples afecciones de la salud, sino que también comporta la afectación de otros derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la familia e incluso a la vida misma.

Así, cuando el paciente que por razones de salud tiene dificultades para sostener una relación sexual satisfactoria o en el peor de los casos, para tener una relación sexual completa, aun cuando tal situación no comprometa su integridad física o su propia vida, reclama de todos modos el amparo de otros derechos fundamentales a los cuales ya se hizo mención.

Pero, si además, dichas dificultades físicas o de salud obligan a quien las sufre a acudir al servicio de salud, y se da inicio a una de varias posibles opciones tendientes a solucionar su problema, podrá igualmente reclamar el acceso a todas las demás opciones que médicamente le permitan recuperar su salud y en particular su actividad sexual.

En consecuencia, la atención en salud del paciente que se ve aquejado por disfunciones en su actividad sexual, se somete a los mismos criterios de la continuidad en la prestación de los servicios médicos frente a otras dolencias, en tanto se cumpla con los requisitos que jurisprudencialmente se han determinado. De esta manera, cuando el particular que viene siendo atendido por la entidad prestadora de sus servicios de salud, en razón a una reclamación suya para solucionar un problema en su salud sexual, podrá, si en algún momento le es negado algún procedimiento o medicamento que le ha sido diagnosticado por su médico tratante para solucionar su problema de salud, alegar la aplicación del criterio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Así, en estos casos, aun cuando el derecho a la salud respecto del cual se reclama su protección no tiene conexidad con derechos fundamentales como la vida e integridad física, sí presenta una conexidad directa con otros derechos fundamentales, como la dignidad, la intimidad, y el derecho a la familia.

5. Exclusión de ciertos servicios médicos del P.O.S. Excepciones. Reiteración de jurisprudencia.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha establecido cuáles servicios de salud deberán ser prestados por las E.P.S. como parte integral del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.)³⁰. Al señalarse dichos

³⁰ Sobre el tema ver la Sentencia T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*servicios, también dispuso qué servicios estaban excluidos y qué otros tenían algunas restricciones para su prestación.*³¹

A pesar de la anterior consideración, y teniendo en cuenta la Supremacía de la Constitución Política como norma de normas de nuestro ordenamiento jurídico, esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, “*que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas*”³².

Con todo, previo a la inaplicación de la normatividad que excluye o limita la prestación de algún servicio o el suministro de algún medicamento, la Corte ha establecido jurisprudencialmente la necesidad de verificar el cumplimiento de algunos requisitos que se pueden indicar de la siguiente manera³³:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

“2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y

³¹ El artículo 10 del Decreto 806 de 1998, dispone lo siguiente:

“Artículo 10. Exclusiones y limitaciones. Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos.

En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.”

³² *Ibidem.*

³³ Cfr. Sentencia T-406 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

“3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

“4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

Así, cuando se ha verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos, la Corte ha ordenado que la Entidad Promotora de Salud que se había negado a suministrar algún medicamento o prestar algún servicio médico que se encontraba por fuera del P.O.S., podrá reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, el reembolso de los gastos en que debió incurrir y que no estaba legalmente obligada a asumir, a fin de garantizar el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues “el sistema de seguridad social está a cargo del Estado y éste, cuando la situación lo amerite, procederá a cubrir los gastos extras que se generen en aras de garantizar la satisfacción del derecho sub iudice”³⁴.

6. Caso concreto

En el presente caso, el accionante es un adulto mayor que tiene sesenta y cuatro (64) años de edad y que como consecuencia de una intervención de prostatectomía vio afectada su capacidad sexual definida médicamente como una disfunción eréctil permanente. Frente a esta situación y luego de haber iniciado y agotado varios tratamientos médicos con el empleo de fármacos especialmente creados para tal fin, cuyo efecto fue negativo para su vida sexual por cuanto no generaron ninguna respuesta positiva frente a su disfunción eréctil, le fue diagnosticado por su médico tratante adscrito a la E.P.S. SANITAS, la implantación de una prótesis peneana como última opción frente a su disfunción eréctil.

No obstante, la E.P.S. accionada negó el suministro de dicho aditamento protésico, bajo el argumento de que el mismo no se encontraba incluido

³⁴ Sentencia T-622 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

dentro del P.O.S. Agrega el accionante que, en la actualidad se encuentra desempleado y que su restringida capacidad económica le impide asumir por su cuenta el costo total de alguna de las prótesis que le fueran recomendadas. Por ello, y en razón a que sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna le han sido violados, solicita se ordene a la E.P.S. Sanitas, le suministre la prótesis peneana (inflable o maleable) que requiere para solucionar su problema de disfunción eréctil.

Vistos los hechos que motivaron la presente acción de tutela, y teniendo en cuenta así mismo las diferentes posiciones jurisprudenciales relacionadas con la continuidad en la prestación de un servicio de salud y la directa conexidad existente entre la salud sexual del accionante con sus derechos fundamentales a la dignidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, esta Sala considera que el amparo constitucional solicitado es viable. Veamos.

Dentro de la evolución clínica que ha tenido el accionante, este mismo señala que antes de que le fuera realizada la cirugía de extirpación de la próstata, ya venía presentando problemas de disfunción eréctil, las cuales se habían resuelto en cierta medida con el empleo de un medicamento. No obstante, como consecuencia de la cirugía denominada prostatectomía, la disfunción eréctil se configuró como una secuela de la mencionada intervención quirúrgica y un problema de salud sexual que no pudo ser solucionado en las diferentes etapas o tratamientos a los cuales se sometió.³⁵ Esta circunstancia de orden médico está demostrada en el

³⁵ Según la información científica obtenida en el sitio web denominado www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003164.htm perteneciente a la Biblioteca Nacional de Medicina de los E.E.U.U, y los Institutos Nacionales de la Salud, en la cual describen como causas comunes de la disfunción eréctil las siguientes:

Causas comunes.

Para alcanzar una erección se requiere la interacción de la mente, los nervios, las hormonas y los vasos sanguíneos. Cualquier cosa que interfiera con el proceso normal puede representar un problema. Entre las causas comunes se incluyen:

- Enfermedades y condiciones: como por ejemplo diabetes, hipertensión, condiciones cardíacas y de la tiroides, deficiencia circulatoria, nivel bajo de testosterona, depresión, lesión de la médula espinal, nervios dañados (por ejemplo, por una extirpación de próstata) o trastornos neurológicos (como esclerosis múltiple o Parkinson).
- Ciertos medicamentos: por ejemplo, para la presión sanguínea (especialmente betabloqueantes), para el corazón (como digoxina), algunos medicamentos para tratar las úlceras pépticas, pastillas para dormir y antidepresivos.
- Consumo de nicotina, alcohol o cocaína.
- Estrés, miedo, ansiedad o enojo.
- Expectativas sexuales no realistas, que hacen del sexo una tarea más que un placer.
- Mala comunicación con la pareja.

resumen histórico-clínico en el cual su médico tratante, demuestra que el paciente venía siendo objeto de un control médico-científico para solucionar, inicialmente su problema de próstata pero también para controlar su problema de disfunción eréctil que afectaba de manera leve su vida sexual y de pareja. Sin embargo, y luego de que se hubieran adelantado otras etapas de control médico con el empleo de otros medicamentos más especializados y con el consumo de mayores dosis de los mismos, la disfunción eréctil del accionante se convirtió en un asunto permanente que le impidió mantener una erección y por lo mismo tener una relación sexual.

En vista de esta circunstancia, corroborada por el mismo médico tratante de la E.P.S. SANITAS, se le recomendó o diagnosticó al actor, el implante de una prótesis peneana como única solución a su problema. En los mismos conceptos médicos remitidos a esta Corte por los médicos tratantes, en respuesta a un requerimiento probatorio que se les hiciera, señalaron que la calidad y cantidad en la actividad sexual del accionante se vería retribuida de manera sustancial.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el accionante venía siendo tratado por médicos de la E.P.S. SANITAS en relación con su disfunción eréctil, y que además esta opción médica le permitiría solucionar su problema de salud sexual, se le garantiza al propio tiempo el respeto y protección de sus derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

En consecuencia, esta Corte debe advertir que los criterios jurídicos que orientan esta decisión están justificados en la continuidad en la prestación de un servicio de salud, reclamados por un paciente que ya venía siendo tratado por dicha enfermedad, cuya capacidad económica no le permite asumir directamente el cubrimiento del costo del tratamiento diagnosticado, el cual fuera ofrecido o planteado por un médico adscrito a la E.P.S. que atiende al paciente.

Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión revocará la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali en sentencia del 8 de

-
- Un círculo "vicioso" de duda, fracaso o comunicación negativa que refuerza los problemas eréctiles.

Los problemas con la erección tienden a ser más comunes a medida que se envejece, pero pueden afectar a un hombre a cualquier edad y en cualquier momento de la vida. Las causas físicas son más comunes en los hombres más mayores, mientras que las psicológicas son más comunes en los más jóvenes.

junio de 2004. En su lugar, se concederá la tutela por violación de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna.

Se ordenará en consecuencia, que la E.P.S. SANITAS, proceda dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, a iniciar los trámites y gestiones administrativas y médico científicas encaminadas a realizar la cirugía de implante de prótesis peneana a Juan.

De la misma manera indicar a la E.P.S. SANITAS, que podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo. Por su parte el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará y luego, dará cumplimiento a la obligación reconocida.

Finalmente, en guarda de la intimidad y privacidad de la identidad del accionante, se tutelaré igualmente su derecho a la intimidad, razón por la cual su nombre así como el de su esposa no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta sentencia. De esta manera, se ordenará a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero. REANUDAR los términos dentro del proceso de tutela de la referencia, los cuales fueron suspendidos por orden de esta Sala, mediante Auto de fecha diecisiete (7) de noviembre de dos mil tres (2003).

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia del 8 de junio de 2004. En su lugar, **CONCEDER** la tutela por violación de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna de Juan.

Tercero. ORDENAR a la E.P.S. SANITAS, proceda dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, a iniciar los trámites y gestiones administrativas y médico científicas encaminadas a realizar la cirugía de implante de prótesis peneana a Juan.

Cuarto. SEÑALAR que la E.P.S. SANITAS, podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo. Por su parte el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará y luego, dará cumplimiento a la obligación reconocida.

Quinto. TUTELAR igualmente el derecho a la intimidad del accionante, razón por la cual su nombre así como el de su esposa no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta sentencia.

De esta manera, **SE ORDENARÁ** a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante.

Sexto. El incumplimiento del presente fallo será sancionado de conformidad con lo establecido por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, relativo al desacato.

Séptimo. Por Secretaría, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

(original firmado)
JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

(original firmado)
RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

(original firmado)
MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

(original firmado)
MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General