

{p}

Sentencia T-1039/10

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de carácter estético

SERVICIO DE SALUD-Necesidad de prescripción por el medico tratante

Como se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha admitido excepciones a dicho requisito, aunque siempre entendiendo que debe ser un profesional de la salud quien señale la necesidad del tratamiento requerido. De esta forma, un concepto proveniente de un médico no adscrito a la EPS del accionante es suficiente para conceder la protección al derecho fundamental a la salud, (i) si la entidad ha tenido conocimiento de la opinión médica particular, y no la ha descartado con razones científicas y (ii) si la entidad ha acogido previamente dichos conceptos. Para la Sala es indispensable señalar que la labor de determinar si una cirugía plástica tiene como finalidad garantizar la vida y condiciones dignas no es un asunto que pueda resolver responsablemente el juez de tutela, en tanto aquel carece de los conocimientos científicos y médicos necesarios para ello. En ese sentido, corresponde al galeno tratante, es decir, al profesional de la salud dotado de los elementos de juicio requeridos para establecer la necesidad de un determinado servicio de salud, dictaminar si la cirugía plástica persigue el mencionado fin; o si por el contrario, tiene un objetivo meramente estético. Tal determinación, como es apenas natural, se materializa en la orden médica expedida por el médico que ha venido asistiéndolo. Por consiguiente, los hechos que se siguen de la cirugía de “mamoplastia reductora” deben valorarse por el médico tratante a efectos de determinar el camino a seguir, lo cual debe atender los lineamientos constitucionales. Ahora bien, es necesario precisar que nada impide que la peticionaria, si logra desvirtuar el carácter estético de la cirugía reclamada, respaldada en la opinión médica de otro facultativo, pueda presentar una nueva acción de tutela solicitando la prestación efectiva de dicho tratamiento

Acción de tutela instaurada por Yolima María Silva Brito contra Saludvida EPS

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar.

### I. ANTECEDENTES.

La señora Yolima María Silva Brito presentó acción de tutela contra Saludvida EPS, buscando la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, de conformidad con los siguientes:

#### 1. Hechos.

\* Señala que el diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), galenos adscritos a Saludvida EPS le practicaron un procedimiento quirúrgico denominado “mamoplastia reductora”, que tenía como fin tratar la “hipertrofia mamaria” que la aquejaba.

\*

\* Afirma que la cirugía se produjo como consecuencia del amparo al derecho fundamental a la salud producido en virtud de un anterior pronunciamiento judicial de tutela.

\*

\* Meses después de dicha cirugía, advirtió la aparición de una capa de piel en la parte lateral de sus senos, que se irritaba constantemente y que impedía el movimiento normal de sus brazos.

\* Preocupada con dicha condición, asistió a consulta con el médico responsable del mencionado procedimiento, Dr. Jairo Roca Baute, quien le aseguró que no podía practicar la cirugía requerida para solucionar ese problema, a menos que cubriera la totalidad de su costo, en tanto era un tratamiento de naturaleza eminentemente cosmética.

\*

\* Anota que tal condición no solo le resulta incómoda para realizar tareas normales con sus brazos, sino que también le ha producido graves afecciones psicológicas.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Silva Brito solicita que se proteja su derecho fundamental a la salud, ordenando a Saludvida EPS que autorice y practique de manera oportuna el procedimiento quirúrgico que requiere para poner fin a la condición que presentan actualmente sus senos.

## 2. Contestación de la entidad demandada.

Dentro del término legalmente establecido para ello, Saludvida EPS rindió informe sobre los hechos que motivaron la acción de tutela, señalando que el defecto físico cuyo tratamiento reclama es de carácter meramente estético, razón por la cual “a la usuaria le corresponde sufragar los gastos concernientes para acceder a él”. En igual forma, expuso que la cirugía solicitada no se encuentra incluida dentro del catálogo de beneficios del plan obligatorio de salud contemplado en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias. Del mismo modo, puntualizó que la peticionaria estaba afiliada al régimen contributivo en salud, por lo que tenía la capacidad de pago suficiente para sufragar el tratamiento médico requerido.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar, mediante sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil diez (2010), negó la protección al derecho fundamental a la salud de la reclamante. El juez arribó a dicha conclusión luego de encontrar que el tratamiento médico solicitado no había sido formulado por un médico tratante adscrito a la EPS de la accionante.

## 4. Pruebas.

\* Folio 6, copia de la cédula de ciudadanía de la señora Yolima María Silva Brito.

\* Folios 7 a 11, historia clínica de la señora Yolima María Silva Brito.

## II. ACTUACIÓN SURTIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Decreto de pruebas.

1. Mediante Auto de fecha treinta (30) de septiembre del presente año, el magistrado sustanciador decretó la práctica de algunas pruebas. En primer lugar, ordenó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, que informara a esta Corporación si la señora Yolima María Silva Brito figuraba como propietaria de algún inmueble ubicado en dicho municipio.

En segundo término, se solicitó a la peticionaria que informara, con los documentos y demás soportes probatorios, los siguientes aspectos:

1. “¿Cuál es su profesión u oficio?
2. ¿Cuál es el valor de sus ingresos mensuales?
3. ¿Cuál es la fuente de sus ingresos?
4. ¿Cuántas personas dependen económicamente de usted?
5. ¿Depende económicamente de alguien?
6. ¿Cuál es el valor promedio de los gastos de su hogar?
7. ¿Es propietaria de algún inmueble o vehículo?
8. De ser así ¿Cuál es el valor de cada uno de ellos?
9. ¿Es declarante del impuesto de renta?

10. De ser así ¿Cuál fue el valor a pagar por el año gravable 2009?”

En tercer lugar, se solicitó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que emitiera concepto detallado sobre los siguientes asuntos:

1. “¿Qué es la mamoplastia reductora?

2. ¿Es consecuencia natural de este tipo de procedimientos quirúrgicos la aparición de pliegues o capas de piel que impidan el movimiento normal de los brazos del paciente? ¿Por qué?

3. En caso de presentarse, ¿acarrear alguna consecuencia nociva para la salud o integridad de la paciente?”

1. Respecto a la primera solicitud, mediante comunicación del veinte (20) de octubre de dos mil diez (2010), la Registradora Principal de Valledupar manifestó que, luego de revisar la información existente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de dicha localidad, no encontró ningún bien inmueble registrado a nombre de la accionante.

En lo atinente a la segunda prueba, según constancia de la Secretaría General de esta Corporación del veintidós (22) de octubre de dos mil diez (2010), el término para rendir la información requerida a la accionante venció en silencio, toda vez que, mediante comunicación del 2 de octubre del presente año, la Red Postal de Colombia “472” certificó que la señora Silva Brito no residía en la dirección que indicó en su escrito de solicitud de amparo.

Respecto a las solicitudes realizadas al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, esa entidad, a través de comunicación del trece (13) de octubre del presente año, declinó emitir concepto respecto de los tópicos requeridos, alegando carecer de especialistas en cirugía plástica que pudieran pronunciarse sobre la materia.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la importancia medular de la prueba decretada

para la decisión del presente asunto, el magistrado sustanciador, a través del proveído del veintiséis (26) del presente año, solicitó a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva que rindiera concepto técnico respecto de las vicisitudes y características técnicas de las cirugías de reducción de senos.

En respuesta a lo anterior, mediante misiva del tres (3) de noviembre del año en curso, la asociación remitió a esta Corporación una breve pero concisa explicación respecto de la naturaleza, características y efectos de la “mamoplastia reductora”.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### 1. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar las presentes decisiones de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

#### 2. Problema jurídico.

Le atribuye a Saludvida EPS la vulneración del derecho fundamental a la salud, por la negativa de autorizar la práctica de un procedimiento quirúrgico adicional catalogado como estético y por lo tanto, excluido del POS, que asegura requerir para tratar la supuesta anomalía física que padece a raíz de una cirugía de “mamoplastia reductora” que le fue practicada para tratar la “hipertrofia mamaria” que la aquejaba.

Para resolver el anterior cuestionamiento, la Sala reiterará su jurisprudencia relacionada con: (i) el derecho fundamental a la salud, (ii) la práctica de cirugías de carácter estético y (iii) la necesidad de prescripción del servicio por el médico tratante. Posteriormente, se aplicarán dichas consideraciones al caso concreto.

#### 3. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 49 de la Constitución Política consagra la salud como un derecho y un servicio público obligatorio al cual todos los habitantes del territorio nacional tienen su acceso garantizado. Así, de aquel postulado constitucional se desprende una multiplicidad de obligaciones en cabeza del Estado, dentro de las cuales se destacan las de organizar, dirigir,

reglamentar y garantizar su prestación con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, con el fin de hacer posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud.<sup>1</sup>

De otro lado, advirtiendo la importancia de la salud como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los seres humanos y reconociendo su verdadero carácter de derecho fundamental, la Corte ha desarrollado una copiosa y uniforme jurisprudencia respecto de esta garantía constitucional, la cual ha protegido de la siguiente manera:

“(i) En un período inicial, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela;

(ii) En otro, señalando la naturaleza fundamental del derecho en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros;

(iii) En la actualidad, arguyendo la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los postulados contemplados por la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cual sea la persona que lo requiera.”<sup>2</sup>

Para esta Corporación, la salud constituye un derecho fundamental autónomo del cual se derivan dos tipos de obligaciones: (i) las de inmediato cumplimiento y (ii) las de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho.<sup>3</sup>

En consecuencia, puede señalarse que la protección del derecho fundamental a la salud mediante esta vía constitucional comprende, entre otras, las siguientes hipótesis: (i) la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) la falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que al estar comprometida la vida o dignidad del paciente, la falta de capacidad económica del

petionario se constituye en una barrera infranqueable para tener acceso los servicios de salud requeridos.<sup>4</sup>

Por consiguiente, la acción de tutela protege el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, salvaguarda la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.”<sup>5</sup>

#### 4. Práctica de cirugías de carácter estético. Reiteración de jurisprudencia.

Aparejado con el propósito de garantizar la cobertura en salud de la totalidad de los habitantes del territorio nacional, el actual sistema de seguridad social en salud contempla la exclusión de cierta clase de servicios. Dentro de los tratamientos expresamente exceptuados del ámbito de cobertura del sistema, se incluyeron aquellos cuya finalidad fuera diversa a la terapéutica, o aquellos que no fueran necesarios para mantener la vida o integridad de los pacientes.

La jurisprudencia de esta Corporación ha encontrado ajustada a la Constitución la decisión de excluir ciertos servicios del catálogo de beneficios, ya que, si bien el derecho a la salud goza de carácter fundamental, no significa que sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cobija, toda vez que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y las prioridades de salud que determinan los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles.<sup>6</sup>

Actualmente, el artículo 54 del Acuerdo 08 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud CRES excluye, entre otros, los siguientes servicios:

“1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica estética.

2. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.

3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad.

4. Tratamientos o curas del reposo del sueño.

5. Medias elásticas de soporte, corsés, fajas, plantillas, zapatos ortopédicos, sillas de ruedas, lentes de contacto. Los lentes se suministrarán una vez cada cinco años en los adultos y en los niños una vez cada año, siempre por prescripción médica y para defectos que disminuyan la agudeza visual.

6. Medicamentos y sustancias que no se encuentren expresamente autorizadas en el Manual de Medicamentos y Terapéutica vigente.

7. Tratamiento con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.

8. Trasplante de órganos e injertos biológicos diferentes a los descritos en el presente acuerdo.” (Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, esta Corporación ha precisado en múltiples pronunciamientos, conforme a los dictámenes médicos, que algunos tratamientos médicos en apariencia cosméticos deben autorizarse, ya que lo que buscan en realidad es corregir anomalías, o defectos anatómicos o funcionales que comprometen la vida, integridad o dignidad del paciente.<sup>8</sup>

Así lo reconoció la Corte en la sentencia T-119 de 2000, en donde protegió el derecho fundamental a la salud de una mujer que sufría fuertes dolores dorsales y lumbares producto del tamaño de sus senos y que, requería la práctica de una “mamoplastia reductora” para disminuirlos. En dicha oportunidad, descartando el carácter estético de la cirugía alegado por la EPS demandada, este Tribunal señaló que:

“(…) en cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional -cuando el asunto es llevado ante su estrado- si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales.”

De otra parte, advirtiendo dicha realidad, el Acuerdo 289 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, “por medio del cual se aclara la cobertura de servicios en

el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado”, había incluido expresamente dentro del ámbito de cobertura del catálogo de beneficios de salud, los procedimientos de cirugía plástica “siempre que tengan fines reconstructivos funcionales.” Dentro de la lista enunciativa de los tratamientos quirúrgicos que se ajustaban a dicha definición, la normativa en cita incluyó los siguientes:

- Cirugías reparadoras de seno.
- Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.
- Tratamiento para gran quemado.

En suma, de la jurisprudencia y normativa reseñada, es plausible concluir que las cirugías plásticas en principio están excluidas del catálogo de beneficios del sistema de seguridad social en salud vigente, lo cual no es óbice para su garantía cuando la falta de dicho tratamiento comprometa la salud y vida del paciente, que deberá determinarse atendiendo las particularidades de cada situación.

#### 5. Necesidad de prescripción del servicio de salud por el médico tratante.

Esta Corporación ha señalado reiteradamente que el servicio de salud que se solicita debe aparecer prescrito por el médico tratante del peticionario. En consecuencia, en principio no es de recibo, la orden médica expedida por un médico particular.<sup>9</sup>

Este Tribunal ha señalado en repetidas oportunidades que en ausencia de dictamen proveniente del galeno tratante, la solicitud de amparo debe por regla general negarse en tanto aquel es la persona indicada para determinar cuándo alguien requiere un servicio de salud, “por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.”<sup>10</sup>

No obstante, como se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha admitido excepciones a dicho requisito, aunque siempre entendiendo que debe ser un profesional de la salud quien señale la necesidad del tratamiento requerido. De esta forma, un concepto proveniente de un médico no adscrito a la EPS del accionante es suficiente para conceder la protección al derecho fundamental a la salud, (i) si la entidad ha tenido conocimiento de la opinión médica particular, y no la ha descartado con razones científicas y (ii) si la entidad ha

acogido previamente dichos conceptos.<sup>11</sup>

Con estos elementos de juicio, entra la Sala a examinar la situación específica de la peticionaria.

#### 6. Análisis del caso concreto.

La señora Silva Brito presentó acción de tutela contra Saludvida EPS para que se le ordenara a dicha entidad autorizarle y practicarle la cirugía que aduce requerir para remover algunos pliegues de piel que quedaron como consecuencia de la “mamoplastia reductora” a la cual fue sometida para tratar la “hipertrofia mamaria” que padecía. La EPS accionada se negó a prestar el servicio solicitado aduciendo que cirugías como la reclamada eran procedimientos quirúrgicos de naturaleza netamente cosmética. El juez que conoció de la solicitud de amparo negó la protección del derecho fundamental a la salud de la reclamante, luego de advertir la ausencia de autorización médica respecto del servicio reclamado.

Como se anotó, la acción de tutela como mecanismo judicial para proteger el derecho fundamental a la salud, procede para exigir la prestación efectiva de los servicios médicos que una persona requiere. En ese sentido, conforme a la jurisprudencia constitucional, es necesario que se acredite que el servicio de salud reclamado (i) haya sido ordenado por un médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, (ii) sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental del paciente y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio requerido.<sup>12</sup>

Aplicando las anteriores consideraciones al caso bajo análisis de la Sala, se encuentra que, al igual que lo hizo en su debido momento el juez de instancia, no existe orden médica proveniente de galeno alguno – ni tratante ni particular – que prescriba la cirugía solicitada por la reclamante.

Además, la Sala nota en la opinión del médico tratante – quien de acuerdo al relato de la misma peticionaria, aseguró que el procedimiento reclamado era de naturaleza estética y en consecuencia, debía costearlo por sí misma –, evidencia suficiente para entender que la atención médica solicitada no es necesaria para salvaguardar sus derechos fundamentales, sino que tiene como único y exclusivo objeto mejorar el aspecto de sus senos. (Folio 4 del

cuaderno de instancia).

También ha de indicarse que no fue posible para la Corte obtener evidencia científica adicional con el fin de determinar la real magnitud de la condición física que padece la accionante, es decir, establecer si la secuela alegada afectaba su salud, integridad o vida en condiciones dignas, toda vez que a pesar del esfuerzo realizado por la Sala de Revisión, no se pudo establecer la actual dirección de notificación de la peticionaria.

Para la Sala es indispensable señalar que la labor de determinar si una cirugía plástica tiene como finalidad garantizar la vida y condiciones dignas no es un asunto que pueda resolver responsablemente el juez de tutela, en tanto aquel carece de los conocimientos científicos y médicos necesarios para ello. En ese sentido, corresponde al galeno tratante, es decir, al profesional de la salud dotado de los elementos de juicio requeridos para establecer la necesidad de un determinado servicio de salud, dictaminar si la cirugía plástica persigue el mencionado fin; o si por el contrario, tiene un objetivo meramente estético. Tal determinación, como es apenas natural, se materializa en la orden médica expedida por el médico que ha venido asistiéndolo.

Adicionalmente, aún cuando en virtud del principio constitucional de integralidad, las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio de salud están obligadas a proveer “todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento”, así como todo otro “componente necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente”<sup>13</sup>, es indispensable entender que dicha obligación está circunscrita a aquellos servicios que hayan sido ordenados por el médico tratante.

Por consiguiente, los hechos que se siguen de la cirugía de “mamoplastia reductora” deben valorarse por el médico tratante a efectos de determinar el camino a seguir, lo cual debe atender los lineamientos constitucionales.

En igual forma, si la señora Silva Brito considera que el equipo de facultativos que practicó la primera cirugía actuó de manera negligente durante el acto médico y le causó algún perjuicio en su integridad o patrimonio, cuenta con las respectivas acciones legales pertinentes.

Por las razones precedentes, se confirmará la sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil

diez (2010), proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

#### IV. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil diez (2010) proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar, mediante la cual se negó el amparo reclamado.

Segundo. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

2 Sentencia T-037 de 2010.

3 Sentencia T-760 de 2008.

4 Sentencia T-049 de 2009.

5 Ver Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-760 de 2008, y T-922 de 2009, entre otras.

6 Sentencia T-760 de 2008.

7 Sentencia T-922 de 2009.

8 Sentencias T-499 de 1992, T-102 y T-395 de 1998, T-991 de 2007 y T-017, T-179 y T-760 de 2008, entre otras.

9 Sentencias SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008, T-189 de 2010, entre otras.

10 Sentencia T-927 de 2009.

11 Sentencia T-1138 de 2005.

12 Sentencia T-760 de 2008.

13 Sentencia T-1059 de 2006.