

Sentencia T-110/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

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

DERECHO A LA SALUD-Medicamentos o tratamientos deben estar prescritos por el médico tratante

DERECHO A LA SALUD-Presunción de incapacidad de pago de la población beneficiaria del Sisbén

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Práctica de cirugía bariátrica por ARS y repetición contra la Secretaría Distrital de Salud

En el presente caso, la no práctica de la cirugía bariátrica a la accionante no solamente prolonga en el tiempo un problema para el cual, según conceptuó su médico tratante, ésta es la única alternativa con la que cuenta en la actualidad la paciente, sino que, además, pone en serio riesgo la existencia misma de la actora, por lo que resulta evidente que esta situación comporta una vulneración de su derecho a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal. En el expediente no obra ninguna prueba o manifestación por parte de Humana Vivir A.R.S. que permita concluir que el procedimiento prescrito pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre cubierto en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S. En consecuencia, y dado el carácter urgente de la situación en la que se encuentra la accionante, la cual exige una protección inmediata de sus derechos fundamentales, se procederá a conceder el amparo tutelar solicitado y, por lo tanto, se ordenará a Humana Vivir A.R.S. que, si aún no lo ha hecho, autorice la práctica de todos los exámenes y procedimientos que requiera la accionante como preparación para la cirugía bariátrica, así como la realización de la cirugía misma de acuerdo con la prescripción que efectuó su médico tratante, siempre que la paciente consienta en ello y que de los exámenes que se practiquen no se concluya que el estado de salud de la señora impide la práctica de la referida cirugía. La A.R.S. accionada deberá además autorizar el tratamiento post operatorio que requiera la demandante.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION DISTRITAL-Efectuó nueva encuesta del Sisbén solicitada por la peticionaria

Referencia: expediente T-1419437

Accionante: Tulia Eloísa Clavijo Bernal.

Demandado: Humana Vivir A.R.S., Departamento Administrativo de Planeación Distrital, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y Hospital el Tunal.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Cincuenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de la misma ciudad, en relación con la acción de amparo constitucional instaurada por Tulia Eloisa Clavijo Bernal contra Humana Vivir A.R.S., el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Hospital el Tunal.

I. ANTECEDENTES.

La presente acción de tutela fue promovida inicialmente por la señora Tulia Eloisa Clavijo Bernal ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, autoridad judicial que mediante sentencia de cuatro (04) de abril de dos mil seis (2006) concedió el amparo tutelar solicitado. No obstante, impugnada la referida decisión, el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de la misma ciudad, a través de providencia de seis (6) de junio del mismo año, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por considerar que resultaba necesario efectuar la vinculación del Hospital el Tunal E.S.E. al

presente trámite.

Por lo anterior, el proceso fue devuelto al Juzgado Cincuenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, despacho judicial que cumplió la orden impartida por el superior y realizó la vinculación de la entidad señalada.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a referir los antecedentes de la presente acción de tutela.

1. La solicitud.

La señora Tulia Eloisa Clavijo Bernal presentó acción de tutela el día dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006) contra Humana Vivir A.R.S. y Planeación Distrital, por considerar que estas autoridades vulneraron su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida.

2. Hechos relevantes.

2.1. La actora está clasificada en el nivel 3 de la encuesta SISBEN y desde el primero de octubre de 2002 se encuentra afiliada a la Administradora del Régimen Subsidiado Humana Vivir A.R.S.

2.2. La accionante, quien en la actualidad tiene 58 años de edad, fue diagnosticada desde hace aproximadamente seis años con obesidad mórbida e hipotiroidismo, momento a partir del cual se ha visto sometida a distintos tratamientos sin obtener resultados favorables¹.

2.3. Por esa razón, el diecisiete (17) de enero de dos mil seis (2006) su médico tratante ordenó la práctica de la cirugía bariátrica, la cual calificó como “no estética”². Sin embargo, la A.R.S. accionada negó el procedimiento argumentando que éste se encuentra por fuera del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S. De la misma forma, la demandante señala que se le han ordenado otra serie de exámenes, entre ellos: endoscopia de vías digestivas, valoración por ginecología, cuadro hemático, parcial de orina, glicemia, ecografía pélvica transvaginal y mamografía, los que han sido negados por la A.R.S. accionada bajo el mismo argumento³.

2.4. Manifiesta la accionante que, ante la imposibilidad de cubrir el costo de la cirugía

bariátrica y de las cuotas de recuperación o copagos que tendría que cancelar para practicarse los demás exámenes, el 31 de enero de 2006 elevó solicitud ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, con el fin de que se le realizara una nueva encuesta SISBEN, ya que, en su criterio, el nivel 3 en el que fue clasificada no refleja la realidad de su situación. Según afirma, hasta el momento en que impetró la presente acción, su solicitud no había sido resuelta.

3. Fundamentos de la acción.

- La demandante manifiesta que la decisión adoptada por la A.R.S. Humana Vivir comporta una vulneración de su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, toda vez que esta situación compromete directamente su posibilidad de tener una existencia en condiciones dignas, al punto que se ha visto afectada su capacidad para valerse por sí misma.

- Respecto de la urgencia y necesidad de la operación, sostiene que se ha sometido a diversos tratamientos y a dietas estrictas para tratar su problema de obesidad, pero que ninguno de ellos ha surtido efecto y, por el contrario, cada día aumenta de peso.

- Afirma que no cuenta con ningún tipo de ingresos para cubrir el costo de este procedimiento, ya que se desempeña como ama de casa y tiene a su cargo el cuidado permanente de su señor padre, quien tiene 85 años, sufrió una trombosis recientemente y tampoco recibe ningún tipo de asignación, por lo que los gastos que demanda su manutención y los de su progenitor son cubiertos por uno de los hijos de la actora.

- Finalmente, sostiene que el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, al dar respuesta a su solicitud de reclasificación, le informó que su solicitud sería atendida de acuerdo al orden o turno de peticiones registradas en la base de datos, lo que, a juicio de la actora, también comporta una violación de su derecho a la salud en conexidad con la vida.

4. Pretensiones de la demandante.

La demandante solicita al juez de tutela que le sean amparados los derechos fundamentales invocados, de tal manera que se ordene a “Planeación Distrital que de manera inmediata realice encuesta verificando mi real situación socioeconómica, calificándonos en el nivel que

corresponda y en todo caso sin hacer más gravosa nuestra situación.”

Adicionalmente, solicita que se ordene a la A.R.S. Humana Vivir que “[autorice] de manera inmediata la práctica de la cirugía bariátrica, así como los exámenes endoscopia vías digestivas, CH, PO, glicemia, ecografía pélvica transvaginal, mamografía, valoración por ginecología”, los que fueron negados por la entidad accionada alegando que se trata de procedimientos no POS-S, así como “[los] demás procedimientos quirúrgicos, exámenes, terapias, medicamentos y en general se asuma con total cubrimiento el tratamiento integral que requiera para recuperar mi salud, sin que (sic) el cobro de ninguna suma de dinero, ni de copago, ni de cuota de recuperación establecida para el nivel tres (...)”

Finalmente, solicita que se autorice a la administradora del régimen subsidiado demandada para que repita contra el Fondo Financiero Distrital y/o FOSYGA por los gastos que se ocasionen en cumplimiento de la presente acción.

5. Oposición a la demanda de tutela.

5.1. En respuesta al requerimiento judicial, el Director Nacional Jurídico de la Administradora del Régimen Subsidiado Humana Vivir, mediante memorial de quince (15) de junio de dos mil seis (2006), sostuvo que la acción de tutela resultaba temeraria, por cuanto la accionante ya había hecho uso del mecanismo de amparo constitucional en el mes de marzo de ese mismo año, con fundamento en iguales hechos y formulando idénticas pretensiones.

5.2. El Jefe de la Oficina Jurídica del Hospital el Tunal E.S.E. dio respuesta a la presente acción mediante escrito de quince (15) de junio de dos mil seis (2006), por medio del cual se limita a exponer los hechos que obran en la historia clínica de la accionante.

Así, sostiene que la paciente fue examinada en la entidad que representa por remisión que hiciera el Hospital de Bosa II nivel el veinticuatro (24) de octubre de dos mil tres (2003), con diagnóstico de obesidad mórbida e hipotiroidismo, fecha a partir de la cual se le han realizado distintos exámenes y valoraciones que concluyeron con la orden de realización de la cirugía bariátrica.

En su escrito, la entidad anexa copia del concepto que el Doctor Camilo Ortiz Silva, médico tratante de la señora Tulia Elisa Clavijo Bernal y Coordinador de Cirugía General del Hospital

el Tunal, profirió con relación a la situación de la accionante. En dicho concepto, el profesional de la salud sostuvo:

“1. La señora Clavijo requiere el procedimiento quirúrgico de CIRUGÍA BARIATICA (sic) por vía Laparoscópica o abierta, pues presenta un índice de masa corporal de 43. Esta cirugía es el único procedimiento que ha demostrado científicamente que cambia el curso de la enfermedad de la señora Clavijo que se llama obesidad mórbida. Esta Cirugía tiene una mortalidad entre el 1 y 3% y complicaciones post operatorias que oscilan entre el 7 y 14%. Si la señora no se opera tiene una expectativa de vida más corta y más probabilidad de infarto, hipertensión arterial, diabetes mellitus, trombo embolismo pulmonar, enfermedad varicosa de miembros inferiores, etc.

2. No existe en el POS ningún procedimiento para el manejo de la obesidad mórbida tan efectivo como la cirugía bariatica (sic)”⁴

5.3. El Director de Aseguramiento en Salud de la Secretaría Distrital de Salud, dio respuesta a la presente acción mediante escrito de catorce (14) de junio de dos mil seis (2006).

En su escrito, señala que la accionante se encuentra registrada en el nivel 3 del SISBEN, según encuesta de veintidós (22) de marzo de dos mil seis (2006), y afiliada desde el año 2005 a la Administradora del Régimen Subsidiado Humana Vivir, entidad que tiene a su cargo la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud que requieran sus afiliados.

Afirma que la cirugía bariátrica solicitada por la accionante no se encuentra dentro del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S, razón por la cual la actora debe, en principio, asumir el costo total de la misma o, de ser ordenada la práctica del procedimiento mediante la acción de tutela, cancelar el copago correspondiente a su nivel de clasificación en el SISBEN, lo que, en este caso, implica que deberá responder por el 30% del costo de la operación. Sin embargo, esta última posibilidad únicamente será procedente en el caso de que sea posible determinar que en el asunto bajo examen se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional para el efecto, caso en el cual, en criterio de la entidad, quien debe asumir el costo de la prestación es la A.R.S., con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Por último, solicita a la autoridad judicial que, en caso de establecer esa responsabilidad en cabeza de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, faculte a esta entidad para repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, por los gastos que demande el tratamiento integral de la señora Tulia Eloisa Clavijo.

5.4. La Subdirectora Jurídica del Departamento Administrativo de Planeación Distrital – DAPD, mediante escrito del catorce (14) de junio de dos mil seis (2006), dio respuesta al requerimiento del juez de tutela y solicitó que se denieguen las pretensiones de la accionante con base en las siguientes consideraciones:

Afirma que, de acuerdo a los archivos del SISBEN que reposan en la entidad que representa, la accionante fue encuestada el 14 de febrero de 2005, bajo la nueva metodología, lo cual arrojó automáticamente su clasificación en el nivel socioeconómico No. 3.

Sostiene que, consultada la base de solicitantes de la encuesta, se pudo establecer que el día 13 de enero de 2006 la demandante elevó solicitud verbal ante el DAPD con el fin de que le fuera realizada nuevamente la encuesta. Así, si bien por regla general dichas peticiones se atienden en orden de llegada, una vez esa dependencia conoció de la existencia de la presente acción, se ordenó al Consorcio INPRO IGA que practicara la correspondiente visita domiciliaria a la accionante para atender su solicitud. En efecto, el día 24 de marzo de 2006 se practicó la encuesta nuevamente y se confirmó la clasificación de la accionante en el nivel 3 del SISBEN, lo que implica que las condiciones socioeconómicas de la actora y de su núcleo familiar no han presentado variaciones importantes.

En ese orden de ideas, considera que la entidad que representa no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, toda vez que en este momento ya se atendió la solicitud por ella formulada.

1. Primera instancia.

El Juzgado Cincuenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil seis (2006), resolvió conceder el amparo solicitado.

En criterio del a quo, si bien es cierto que Humana Vivir A.R.S. no se encuentra obligada a cubrir el costo de procedimientos y medicamentos que se encuentran por fuera del POS-S,

también lo es que esa entidad estaba obligada a informar a la accionante el procedimiento a seguir en estos eventos, por lo que, al omitir el cumplimiento de dicha obligación, dejó a la demandante en una situación de indefensión.

Bajo esa consideración, y teniendo en cuenta la gravedad de la situación de la accionante, el fallador ordena a Humana Vivir A.R.S. que en el término de doce (12) días contados a partir de la notificación del fallo, autorice los exámenes prescritos por el médico tratante y, una vez se cumpla con ello y se efectúe una nueva valoración por parte del médico tratante, se autorice la práctica de la cirugía bariátrica, así como de todos los procedimientos, medicamentos y exámenes que requiera con posterioridad en relación con el padecimiento descrito en la acción, “hasta tanto se demuestre que el Estado en cumplimiento al art. 49 de la Carta Política ha asumido la protección del enfermo o el propio afectado se encuentra en condiciones de asumir el costo que demanda el tratamiento y siempre y cuando ostente su calidad de beneficiario o cotizante.”⁵

Adicionalmente, advierte que Humana Vivir A.R.S. tiene derecho a adelantar las acciones legales pertinentes en contra del Estado para que a través del Fondo Financiero Distrital de Salud de Bogotá, Secretaría de Salud, obtenga el reembolso de los gastos en los que incurra en cumplimiento de esta acción.

2. Impugnación

Inconforme con la decisión del juez de primera instancia, la decisión fue impugnada por el Director Nacional Jurídico de Humana Vivir A.R.S., bajo los siguientes argumentos.

- Sostiene que, en contra de lo que afirmó el juez de instancia, la entidad que representa no se encuentra obligada a expedir la autorización para la práctica de los exámenes a los que hace referencia el fallo de tutela, toda vez que éstos fueron autorizados por Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que no hacen parte de la red de servicios de Humana Vivir sino de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, situación que, según afirma, fue informada en debida oportunidad a la accionante, razón por la cual es a ésta última entidad a la que le corresponde autorizar y sufragar el costo de dichos exámenes.

- Considera que la cirugía bariátrica solicitada no tiene el carácter de urgente, no es vital y es un procedimiento altamente riesgoso, por lo que se desvirtúa uno de los requisitos exigidos

por la jurisprudencia constitucional para que, por la vía de la acción de tutela, se ordene la autorización de procedimientos no POS-S.

- Afirma que la orden dada por el a quo, en el sentido de autorizar todos los procedimientos y tratamientos que requiera la accionante en el futuro, comporta una vulneración “a la estabilidad judicial”⁶, ya que se está ordenando la prestación de un servicio que ni siquiera se ha solicitado y respecto del que no existe certeza frente a su ocurrencia.

3. Segunda instancia

El Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de primero (1) de agosto de dos mil seis (2006), decidió revocar la providencia de primera instancia.

A juicio del ad quem, el hecho de que exista un conflicto frente a la vinculación del médico que ordenó el procedimiento y Humana Vivir A.R.S., impide que se pueda conceder el amparo tutelar, ya que éste es, precisamente, uno de los requisitos que exige la jurisprudencia constitucional para que sea posible ordenar la práctica de procedimientos que se encuentran por fuera del POS-S. En el mismo sentido, tampoco considera el juez que en el presente caso se encuentre debidamente acreditado que el procedimiento sea de carácter urgente.

Adicionalmente, sostiene que la historia clínica no da cuenta de que la actora se haya sometido a otro tipo de tratamientos para manejar su problema de obesidad, lo que, según afirma el fallador, resulta absolutamente necesario antes de que el médico tratante pueda ordenar la práctica de la cirugía bariátrica.

Finalmente, afirma que la sentencia impugnada, al autorizar todos los procedimientos y tratamientos que requiera la accionante en el futuro, incumple con la necesidad de determinación de las ordenes judiciales.

4. Material probatorio relevante en este caso.

Dentro del expediente contentivo de la presente acción de tutela, se encuentran como pruebas relevantes las siguientes:

a. Copia de carné de afiliación de la señora Tulia Eloisa Clavijo Bernal a la A.R.S. Humana Vivir.

a. Fotocopia de las órdenes médicas para los procedimientos de mamografía, CH, parcial de orina, glicemia, ecografía pélvica transvaginal y cirugía bariátrica.

a. Fotocopia de las cartas de negación de servicios expedidas por la A.R.S. accionada, con relación a los siguientes procedimientos: “cirugía bariátrica, valoración por ginecología, CH/ P. ORINA/ GLICEMIA, IC X ginecología/ mamografía y ecografía pélvica transvaginal”, en los que consta que la razón esgrimida por Humana Vivir para negar su autorización, fue que éstos se encuentran por fuera del POS-S.

a. Copia de la petición de reclasificación formulada por la accionante a Planeación Distrital y fotocopia de la respuesta dada por dicha entidad.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia.

A través de esta Sala, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, se le atribuye a la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud Humana Vivir, a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y al Hospital el Tunal, la vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida de la accionante, como consecuencia de su negativa a practicar la cirugía bariátrica que la actora requiere para el tratamiento de la obesidad

mórbida que padece, así como los exámenes de “endoscopia vías digestivas, CH [cuadro hemático], PO [parcial de orina], glicemia, ecografía pélvica transvaginal, mamografía [y] valoración por ginecología”, los cuales fueron prescritos por su médico tratante.

Para establecer si se configuran las violaciones alegadas, esta Sala se referirá, en primer lugar, a la doctrina constitucional existente en relación con la naturaleza del derecho a la salud y, en segundo término, a las reglas formuladas por la jurisprudencia de esta Corporación para la procedencia de la acción de tutela, en aquellos eventos en que se solicita la autorización de procedimientos o medicamentos que se encuentran por fuera del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S, para luego, finalmente, entrar a resolver el caso concreto.

2.1. El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección mediante la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 del Texto Superior, correspondiente al capítulo 2 del título II de la Constitución, referente a “LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES”. Allí, el constituyente estableció que la atención en salud no sólo es un derecho constitucional, sino también un servicio público a cargo del Estado, por lo que éste se encuentra comprometido a asegurar su efectiva prestación en términos de promoción, protección y recuperación, conforme lo ordenan los principios superiores de universalidad, eficiencia y solidaridad.

Con fundamento en lo anterior y atendiendo a su carácter prestacional, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en señalar que el derecho a la salud no tiene prima facie el carácter de derecho fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, salvo en aquellos eventos en que éste se encuentra en relación de conexidad con otro u otros derechos que si ostentan esa naturaleza jurídica, tales como la vida o a la integridad personal. En este sentido, la Corte ha señalado:

“(…) si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental⁷, sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida haga necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.⁸ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente⁹, en los eventos en que por

conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas¹⁰. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental”¹¹. (Se resalta)

Con relación al vínculo del derecho a la salud con el derecho a la vida, esta Corporación ha sostenido que éste no se origina únicamente con la puesta en peligro de la existencia biológica de la persona, sino que el mismo comprende también la garantía de subsistencia en condiciones dignas. Así, en sentencia T-175 de 2002¹², la Corte estableció que la noción del derecho a la vida se relaciona de manera inescindible con el concepto de la dignidad humana, de donde surge que ésta “supone un derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima afectación posible del cuerpo y del espíritu”¹³.

En el mismo sentido, este Tribunal ha señalado que:

“Según lo manifiesta la jurisprudencia constitucional, el vínculo del derecho a la salud con el derecho a la vida, no se origina únicamente a partir de que se ponga en peligro la existencia vital del hombre, pues éste no se refiere única y exclusivamente a la simple existencia biológica, sino que implica además, la posibilidad de que el individuo lleve una vida en condiciones dignas y pueda desempeñarse normalmente en sociedad, alcanzando un estado de salud lo mas lejano posible al sufrimiento y al dolor, pues al hombre se le debe respeto a la integridad física y una vida saludable en la medida que sea posible.”¹⁴

En este orden de ideas, esta Corporación ha establecido que en aquellos eventos en que el derecho que se alega como vulnerado sea la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, el juez constitucional deberá considerar no sólo las circunstancias que pongan en riesgo la existencia biológica de la persona, sino también aquéllas que le permita al individuo

el desarrollo de su proyecto de vida en condiciones dignas.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer que el derecho a la salud -en conexidad con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal- se vulnera, entre otras circunstancias, cuando una entidad encargada de prestar el servicio de salud decide negar la práctica de un tratamiento o el suministro de algún medicamento, arguyendo exclusivas razones de tipo contractual o legal, que resultan desproporcionadas e irrazonables frente a la efectividad de los precitados derechos. Por esta razón, en estos eventos, el afectado puede acudir al mecanismo de amparo constitucional en aras de obtener la protección de los derechos que considera conculcados.

2.2. Inaplicación de las normas de exclusión establecidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POS-S. Reglas jurisprudenciales.

2.2.1. Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente para solicitar la protección del derecho a la salud en aquellos eventos en que se encuentra comprometido el derecho fundamental a la vida, dicha protección no es de manera alguna absoluta y exige la verificación y el cumplimiento de un conjunto de reglas que por vía jurisprudencial se han reconocido para permitir la viabilidad del mecanismo de amparo constitucional, ante la negativa de una entidad encargada de la prestación del servicio de salud de brindar la atención médica requerida¹⁵, cuando quiera que la razón se relacione con las exclusiones que frente a sus servicios se prevén en el POS-S. Así, la protección tutelar del derecho a la salud exige que se establezca:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente’¹⁶.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.”¹⁷

En este sentido, en aquellos eventos en que la falta de práctica del tratamiento o del procedimiento médico que necesita el paciente pueda llegar a generar un detrimento en la salud del accionante, al punto que le impida asegurar la efectividad de sus derechos de raigambre fundamental, como la vida, la integridad personal o a la dignidad humana, es obligación de la entidad que presta el servicio público de salud hacer efectiva su realización con el fin de evitar el quebrantamiento de las citadas garantías constitucionales.

Cumplido lo anterior, es indispensable que la persona que solicita la práctica de un tratamiento médico o el suministro de un medicamento que no se encuentra dentro de la cobertura del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S, realmente no pueda sufragar el costo de tales procedimientos y que, además, no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción en el sentido de que, en aquellos eventos en que el afectado es una persona que se encuentra inscrita en el régimen subsidiado de salud y que ha sido clasificada por la encuesta SISBEN, se puede inferir que ella carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la administradora del régimen subsidiado a la que se encuentre afiliado¹⁸. No obstante, la presunción así enunciada puede ser desvirtuada, siempre que se demuestre que el usuario del sistema cuenta con la capacidad económica para sufragar el servicio médico que solicita.

Finalmente, y en relación con el último de los requisitos señalados, la Corte Constitucional ha establecido que es necesario que los tratamientos, medicamentos, intervenciones o procedimientos, hayan sido prescritos u ordenados por un médico adscrito a la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud, lo que genera la obligación de proporcionar el servicio médico requerido¹⁹.

2.2.2. Ahora bien, una vez verificado el cumplimiento de los mencionados requisitos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela tiene dos alternativas para la protección efectiva de los derechos fundamentales de aquel que solicita el amparo; éstas son:

i) Por un lado, el juez puede ordenar a la administradora del régimen subsidiado correspondiente que gestione, ella misma, la prestación del tratamiento, la práctica del procedimiento o el suministro de los medicamentos requeridos por el paciente, siempre y cuando se encuentre en la capacidad de realizarlo, caso en el cual se le autoriza para que repita, bien contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del sistema general de seguridad social en salud -FOSYGA- o contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva.

Esta última posibilidad -la de permitir que la entidad repita en contra de la Secretaría de Salud Departamental o Distrital, según el caso- encuentra fundamento en lo establecido en los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001, los cuales se refieren a las competencias de los departamentos y distritos en materia de salud. En efecto, las normas señaladas consagran como una de las funciones de estas entidades territoriales, la de gestionar la prestación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda mediante instituciones prestadoras del servicio de salud públicas o privadas, y la de financiar directamente con recursos propios la prestación de dichos servicios a la población más pobre. Finalmente, resulta importante anotar que, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 214 de la Ley 100 de 1993, los recursos que destinen las direcciones seccionales, distritales y locales de salud al régimen de subsidios en salud se manejan como una cuenta especial aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo seccional, distrital y local.

ii) Por otra parte, la segunda posibilidad implica que el juez puede ordenar a la administradora del régimen subsidiado que coordine con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario, en vez de ordenar la gestión directa por parte de la A.R.S.

Esta dualidad, según lo ha establecido la Corte Constitucional, obedece a la diversidad de las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud, ya que éste se financia, por un lado, con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y, por el otro, con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. El punto común de estas dos alternativas de

solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela²⁰.

Con base en los criterios expuestos, entra la Sala a pronunciarse sobre el amparo solicitado en el caso concreto.

5. El caso concreto

Tal como se estableció en el acápite de antecedentes de la presente providencia, la señora Tulia Eloisa Clavijo Bernal impetró acción de tutela por estimar vulnerado su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, como consecuencia de la negativa de Humana Vivir A.R.S. autorizar la práctica de los procedimientos de “endoscopia vías digestivas, CH [cuadro hemático], PO [parcial de orina], glicemia, ecografía pélvica transvaginal, mamografía [y] valoración por ginecología”, así como de la cirugía bariátrica que le fue ordenada por el médico tratante para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece.

La A.R.S. accionada, por su parte, le manifestó a la accionante que la negativa a autorizar los referidos exámenes se debe a que éstos se encuentran por fuera de la cobertura que brinda el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S, por lo que esa entidad no es responsable del suministro de los mismos. Posteriormente, en el escrito de impugnación del fallo de primera instancia, dicha entidad esgrimió otra razón completamente diferente, esta es, que la negativa obedece a que los Hospitales a los que pertenecen los médicos que prescribieron los procedimientos solicitados no hacen parte de la red de servicios de Humana Vivir.

Adicionalmente, la demandante estima conculcados sus derechos fundamentales como consecuencia de la actuación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, entidad que, según afirma la actora, no ha atendido su solicitud para la realización de una nueva encuesta SISBEN, razón por la cual, al encontrarse aún clasificada en el nivel 3, el porcentaje de las cuotas de recuperación, copagos y cuotas moderadoras que debe cancelar por la prestación de los servicios de salud, es muy alto.

Así las cosas, vistas las circunstancias fácticas del asunto bajo examen, la Sala analizará, en primer lugar, si efectivamente se produjo la alegada vulneración del derecho a la salud en

conexidad con el derecho fundamental a la vida de la actora, por parte de las entidades de salud accionadas, para luego, en segundo término, efectuar las consideraciones que correspondan en cuanto a la conducta del Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

5.1. La accionante solicita que a través de este mecanismo de amparo constitucional se ordene a Humana Vivir A.R.S., que autorice la cirugía bariátrica que su médico tratante le prescribió, bajo la consideración de que ésta es la única solución efectiva para el tratamiento de la obesidad mórbida que la aqueja desde hace aproximadamente seis años. Además, impetra la misma solicitud en relación con una serie de exámenes de laboratorio y de valoraciones médicas que, según afirma la accionante y no fue objeto de controversia en el trámite de la presente acción, han sido prescritos por su médico tratante con el fin de establecer si se encuentra en condiciones de someterse a la cirugía bariátrica. Estos exámenes son, específicamente, endoscopia de vías digestivas, cuadro hemático, parcial de orina, glicemia, ecografía pélvica transvaginal, mamografía y valoración por ginecología.

Lo anterior implica que, teniendo en cuenta que los procedimientos señalados se encuentran directamente relacionados con la práctica de la referida cirugía, la efectiva protección de los derechos fundamentales de la accionante conduce, de manera forzosa, a que en el evento en que se determine que por la vía de la acción de tutela es procedente ordenar la autorización de la cirugía bariátrica, la orden proferida necesariamente deberá contemplar el imperativo de que la entidad responsable de esta prestación, autorice la practica de todos aquellos exámenes que resulten necesarios para garantizar la salud de la paciente al momento de efectuar la cirugía tantas veces mencionada, ya que, de otra forma, el amparo constitucional podría ser insuficiente para asegurar la protección de los derechos a la salud y a la vida de la actora.

Por esta razón, la Sala pasará a verificar si, en el presente caso, se cumplen las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional para que, a través del mecanismo de amparo constitucional, se ordene la autorización de la cirugía bariátrica que requiere la accionante.

- En primer lugar, en aras de establecer si se cumple con el primero de los requisitos jurisprudenciales para el efecto, este es, que la falta del tratamiento o medicamento

excluidos del POS-S amenace el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado, es necesario efectuar algunas precisiones.

En reciente oportunidad y con relación a un caso similar al que ahora es objeto de pronunciamiento²¹, esta Corporación estableció que, de acuerdo con las investigaciones médicas que se han adelantado en relación con este tema, la obesidad mórbida, en tanto “es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas²², que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad²³”, es un padecimiento que, lejos de constituir un problema meramente estético, puede comprometer de manera grave no solamente la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas, sino incluso la existencia misma del afectado.

Sin embargo, esa consideración general no puede ser el fundamento de toda solicitud que se dirija a que, a través de la acción de tutela, se ordene la autorización de la referida cirugía, ya que -de acuerdo con la jurisprudencia constitucional- el análisis debe efectuarse en concreto, de tal manera que de los elementos probatorios que obran en el expediente respectivo sea posible concluir que en ese caso específico la falta de la intervención bariátrica pone en serio riesgo la vida del afectado, en relación con la propia existencia o con la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas, o la integridad personal del enfermo.

Así las cosas, en el presente caso se encuentra un concepto proferido por el médico tratante de la accionante, quien, además, es el Coordinador de Cirugía General del Hospital el Tunal, en el cual sostiene que en el caso de la señora Tulia Eloisa Clavijo Bernal, la paciente “requiere el procedimiento quirúrgico de cirugía bariátrica (sic) por vía laparoscópica o abierta, pues presenta un índice de masa corporal de 43. Esta cirugía es el único procedimiento que ha demostrado científicamente que cambia el curso de la enfermedad de la señora Clavijo que se llama obesidad mórbida. (...) Si la señora no se opera tiene una expectativa de vida más corta y más probabilidad de infarto, hipertensión arterial, diabetes mellitus, trombo embolismo pulmonar, enfermedad varicosa de miembros inferiores, etc.”²⁴ (Se resalta). En el mismo sentido, en el expediente obran algunos apartes de la historia clínica de la actora, en las que consta que aproximadamente desde el año 2000 fue diagnosticada con obesidad mórbida y que, a raíz de este padecimiento, a sufrido diversas complicaciones en su estado de salud, como por ejemplo, problemas en sus articulaciones²⁵.

De lo anterior se concluye que, en el presente caso, la no práctica de la cirugía bariátrica a la accionante no solamente prolonga en el tiempo un problema para el cual, según conceptuó su médico tratante, ésta es la única alternativa con la que cuenta en la actualidad la paciente, sino que, además, pone en serio riesgo la existencia misma de la actora, por lo que resulta evidente que esta situación comporta una vulneración de su derecho a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal.

- En segundo término, en el expediente no obra ninguna prueba o manifestación por parte de Humana Vivir A.R.S. que permita concluir que el procedimiento prescrito pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre cubierto en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S.

En efecto, dicha entidad se limitó a afirmar de manera genérica que la cirugía bariátrica “conlleva implícitamente morbilidad y mortalidad”, sin aportar ningún elemento de juicio que permita inferir que esta conclusión es el resultado de una valoración particular de la situación de la accionante, en la que se hayan ponderado las dificultades y potenciales beneficios de la operación, frente a los riesgos propios de la grave enfermedad que padece. Por el contrario, el médico tratante de la actora afirmó que, para casos que revisten la gravedad predicable de la situación de la señora Clavijo Bernal, esta cirugía se muestra como la única alternativa que permite contrarrestar el aumento de peso y, en consecuencia, disminuir los problemas colaterales causados por la obesidad y mejorar la calidad de vida del paciente.

En este orden de ideas, la afirmación de la A.R.S. accionada no desvirtúa el cumplimiento del segundo requisito, ya que no se muestra como una alternativa seria a la práctica de la cirugía solicitada, que lleve a concluir que en este caso en particular es posible prescindir de la misma.

En el expediente contentivo de la presente acción se encuentra copia del carné de afiliación a la A.R.S. Humana Vivir que acredita que la demandante fue clasificada en el estrato socioeconómico No. 3 del SISBEN. Adicionalmente, en el escrito de la acción de tutela la actora, respecto de su capacidad económica, manifiesta que no cuenta con ningún tipo de ingreso, ya que debido a la obesidad mórbida que padece no puede desempeñar actividad

productiva alguna, razón por la cual en la actualidad se dedica a las labores propias del hogar y al cuidado de su anciano padre, quien tiene 85 años de edad y una parálisis del 70% en su cuerpo como consecuencia de una trombosis. Como quiera que ni ella ni su padre perciben ingresos por concepto alguno, su subsistencia depende de la ayuda que uno de los hijos de la actora les brinda.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo manifestado por la demandante y el hecho de que las anteriores afirmaciones no fueron controvertidas ni desvirtuadas en el trámite de la presente acción, debe concluirse que este requisito se encuentra cumplido.

- Finalmente, y en cuanto a la exigencia de que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad demandada, encuentra la Sala necesario efectuar algunas precisiones.

El material probatorio que obra en el expediente da cuenta de que en el momento en el cual la accionante se dirigió a Humana Vivir A.R.S. para solicitar la autorización de los exámenes y procedimientos que le habían sido prescritos, entre ellos la cirugía bariátrica, dicha entidad fundamentó la negación de los mismos en el hecho de que estos servicios “NO LO[S] CONTEMPLA EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD POS-S”²⁶. En efecto, en el expediente se encuentran cinco (5) comunicaciones proferidas por la Consultora de Servicio al Cliente de dicha entidad y por una Auxiliar de la misma dependencia, en las que escuetamente se informa tanto a la accionante como a las autoridades de los Hospitales en los cuales la actora recibió la atención médica (Hospital el Tunal III nivel, el Hospital de Bosa II nivel y el Hospital La Victoria), que los exámenes solicitados se encuentra por fuera de la cobertura que brinda el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, razón por la cual se niega la autorización de los procedimientos señalados.

Sin embargo, en el escrito de impugnación del fallo de primera instancia, la A.R.S. accionada efectuó una consideración completamente distinta, ya que afirmó, sin aportar ningún elemento de prueba, que la razón por la cual no ha autorizado la práctica de los exámenes médicos y de la cirugía bariátrica es que éstos fueron ordenados por médicos vinculados a Hospitales que no hacen parte de la red de servicios de Humana Vivir A.R.S, situación que, según manifiesta, fue informada a la demandante.

Tal como se desprende del material probatorio que obra en el expediente, si bien la entidad

accionada pretende fundamentar ahora la negativa en la prestación del servicio en la falta de cumplimiento de este requisito, lo cierto es que antes de que formulara la impugnación del fallo de primera instancia, la A.R.S. nunca manifestó a la accionante esta supuesta irregularidad de su solicitud, sino que se limitó a argumentar que los exámenes se encontraban por fuera del POS-S. En efecto, no existe ningún elemento probatorio que permita siquiera inferir que la entidad accionada haya puesto en conocimiento de la accionante la supuesta ausencia de vinculación del médico tratante con dicha entidad, antes de que esgrimiera ese argumento en el presente trámite. Por el contrario, la conclusión que se deriva del material que obra en el expediente, es que la razón que la entidad expuso siempre como fundamento de su negativa a autorizar la práctica de la cirugía y de los demás procedimientos médicos ordenados a la actora, fue que éstos no se encontraban dentro de la cobertura del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado.

Así las cosas, como quiera que en todo momento -hasta la impugnación del fallo de tutela de primera instancia- la entidad accionada manifestó que la negación de los procedimientos se debía a que éstos se encuentran excluidos del POS-S y teniendo en cuenta que esa fue la única razón esgrimida por la entidad para negar la autorización de los exámenes solicitados y, de manera particular, de la cirugía bariátrica que requiere, es preciso concluir que la Administradora del Régimen Subsidiado accionada, desde el inicio de la actuación, aceptó tácitamente que los Hospitales en los que trabajan los profesionales de la salud que profirieron las órdenes médicas correspondientes, tienen algún tipo de vinculación con Humana Vivir A.R.S., ya que la conducta desplegada por esta entidad y la respuesta a las solicitudes presentadas por la actora llevan necesariamente a concluir que la única circunstancia que motivó la negativa en la autorización de los procedimientos solicitados fue su exclusión del POS-S, al punto que si no fuera por esa precisa razón, la entidad hubiera autorizado su práctica.

De la misma manera, del material probatorio que obra en el expediente se deduce que, más allá de la simple manifestación de que los procedimientos solicitados, en particular la cirugía bariátrica, se encuentran por fuera del POS-S, la entidad no le ha brindado a la actora ninguna alternativa seria para que pueda acceder a los tratamientos que requiere, incumpliendo así el deber de acompañamiento e información establecido en cabeza de las entidades que hacen parte del régimen de seguridad social en salud y colocando a la accionante en una situación de desprotección absoluta. Para esta Sala, tal situación

demuestra una completa indiferencia frente al drama humano que sufre la actora, lo que no se compadece con el objetivo que deben perseguir las instituciones que se dedican a prestar servicios de salud.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado:

“En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, (...) demanda una actividad, un procedimiento, una intervención, o un medicamento excluido del Plan que rige su vinculación²⁷ lo que acontece es que debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, o demandar que el usuario sea atendido en otra institución.²⁸

(...) De ese modo el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de toda responsabilidad respecto de la atención de sus usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud arguyendo que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida en el Plan, el doliente sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado y responsabilidad.

Por ello de manera reiterada esta Corte ha venido insistiendo en que tanto las empresas promotoras, como las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud, están obligadas a informar, orientar, apoyar y acompañar al usuario que demanda una atención no incluida en los Planes obligatorios, en especial cuando tiene derecho a demandar del Estado la prestación. Obligaciones estas que se deben evaluar en cada caso, analizando las condiciones del afiliado y las particularidades de su padecimiento, porque es posible que algunos pacientes solamente requieran una debida información, pero otros pueden demandar no solo información sino además el acompañamiento y la coordinación de la E.P.S. o la A.R.S. durante la demanda de atención y el proceso de su recuperación²⁹”.³⁰ (Se resalta)

Bajo esta perspectiva, en el evento en que la verdadera razón por la cual la entidad se negó a prestar los servicios médicos requeridos por la accionante no fuera la expresada por Humana Vivir A.R.S. en las comunicaciones dirigidas tanto a la actora como a los Hospitales en los que ella recibió la atención en salud, sino la supuesta ausencia de vinculación entre los

médicos que prescribieron la práctica de los exámenes y procedimientos y la A.R.S., el hecho de que esta situación no se hubiera informado oportunamente a la señora Clavijo Bernal también comportaría una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales, toda vez que, en este escenario, a pesar de la gravedad del estado de salud de la señora Clavijo Bernal y de la necesidad de adoptar medidas inmediatas para el tratamiento de su enfermedad, la entidad se abstuvo de brindarle la información que requería para garantizar el acceso a los servicios de salud solicitados, colocando a la actora en un estado de indefensión e incumpliendo así el deber de acompañamiento e información establecido en cabeza de estas entidades.

En conclusión, ante las circunstancias descritas, es la propia conducta desplegada por la entidad accionada la que lleva a concluir que el requisito relativo a que el medicamento, tratamiento o procedimiento respectivo haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad demandada, se cumple en el presente caso.

En este orden de ideas, es evidente que en el presente caso se encuentra debidamente acreditado el cumplimiento de las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Corporación para la procedencia de la acción de tutela. En efecto, es claro que los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal de la tutelante han sido vulnerados, pues al no practicársele el procedimiento denominado cirugía bariátrica, ordenado por los médicos tratantes con carácter urgente, su estado de salud continuará deteriorándose, lo que repercute de manera directa en su calidad de vida³¹. En este sentido, se hace imperativo proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida de Tulia Eloísa Clavijo Bernal y, en particular, disponer que dicha protección está a cargo de Humana Vivir A.R.S.

En consecuencia, y dado el carácter urgente de la situación en la que se encuentra la accionante, la cual exige una protección inmediata de sus derechos fundamentales, se procederá a conceder el amparo tutelar solicitado y, por lo tanto, se ordenará a Humana Vivir A.R.S. que, si aún no lo ha hecho, autorice la práctica de todos los exámenes y procedimientos que requiera la accionante como preparación para la cirugía bariátrica, así como la realización de la cirugía misma de acuerdo con la prescripción que efectuó su médico tratante, siempre que la paciente consienta en ello y que de los exámenes que se practiquen no se concluya que el estado de salud de la señora Clavijo Bernal impide la

práctica de la referida cirugía. La A.R.S. accionada deberá además autorizar el tratamiento post operatorio que requiera la demandante.

En el mismo sentido, Humana Vivir A.R.S. no solamente deberá autorizar los referidos procedimientos, sino también gestionar con las entidades de salud públicas o privadas con las que tenga contrato, la realización efectiva del tratamiento pre y post operatorio que requiera la accionante, así como de la cirugía bariátrica prescrita a la actora.

No obstante lo anterior, esta Sala autorizará a dicha entidad para que repita contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá de conformidad con el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 y con los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001. Sin embargo, se advertirá que la repetición sólo puede adelantarse por aquellos costos en los que deba incurrir la entidad accionada por procedimientos que se encuentran por fuera del POS-S, como quiera que, en caso contrario, la obligación de su suministro correspondería directamente a la A.R.S.

Ahora bien, debido a que, tal como se estableció con anterioridad, la accionante no cuenta con los recursos necesarios para costear directamente el costo de la cirugía solicitada, ni tampoco de los exámenes y procedimientos que ella conlleva, la Sala encuentra necesario advertir a Humana Vivir A.R.S. que no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago cuotas moderadoras o de copagos, ya que, teniendo en consideración que se trata de un procedimiento de alto costo, es evidente que una exigencia en tal sentido impediría la efectiva protección de los derechos fundamentales de la accionante.

En efecto, en el expediente se encuentra copia de la última encuesta practicada a la accionante, el día 22 de marzo de 2006, como respuesta a la solicitud que ella elevó en ese sentido en el mes de enero de ese mismo año³². En este orden de ideas, como quiera que la pretensión estaba dirigida a que el juez de tutela ordenara al DAPD que efectuara nuevamente la encuesta SISBEN, es evidente que, en el presente caso, se configura un hecho superado, frente al cual la tutela pierde justificación constitucional, razón por la cual no hay lugar a la emisión de orden alguna orientada a la protección de los derechos que se estimaban vulnerados.

Así las cosas, como quiera que el hecho del cual se derivaba la supuesta violación de los derechos de la accionante, ya fue superado, y aun cuando la señora Tulia Eloísa Clavijo Bernal puede mantener su inconformidad en cuanto al nivel en el cual se clasificó, lo cierto

es que de la conducta desplegada por esta autoridad no es posible derivar una vulneración de los derechos fundamentales de la actora.

En consecuencia, esta Sala negará el amparo solicitado en relación con el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, por haberse superado el hecho que motivó la solicitud³³.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia de tutela del primero (1º) de agosto de dos mil seis (2006) proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. CONFIRMAR parcialmente, por las razones y en los términos de la presente providencia, la sentencia proferida el veintitrés (23) de junio de dos mil seis (2006) por el Juzgado Cincuenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, en cuanto concedió el amparo solicitado.

Tercero. ORDENAR a Humana Vivir A.R.S., que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice la práctica de todos los exámenes y procedimientos que requiera la accionante como preparación para la cirugía bariátrica.

Una vez efectuados dichos exámenes, si el médico tratante determina que la paciente se encuentra en condiciones de practicarse la cirugía bariátrica y siempre que la señora Clavijo Bernal manifieste expresamente su consentimiento informado para la realización de la cirugía, Humana Vivir A.R.S. deberá autorizar la práctica de la misma dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presentación de la solicitud. Dicha entidad deberá autorizar, además, el tratamiento post operatorio que requiera la demandante.

Para asegurar que la paciente reciba la atención médica señalada, Humana Vivir A.R.S. deberá gestionar con las entidades de salud públicas o privadas con las que tenga contrato,

la realización efectiva del tratamiento pre y post operatorio que requiera la accionante, así como de la cirugía bariátrica.

Cuarto. ADVERTIR a Humana Vivir A.R.S. que no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago de cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación por parte de la accionante.

Quinto. SEÑALAR que Humana Vivir A.R.S. podrá repetir contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá por aquellos gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo, pero únicamente por aquellos costos en los que deba incurrir por procedimientos que se encuentran por fuera del POS-S.

Sexto. DENEGAR la solicitud de amparo constitucional impetrada por la actora en relación con el Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

Séptimo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 De acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, la estatura de la actora es de 1,65 metros y su peso de 118 kilogramos, con un IMC de 43,3. Folio 3 del cuaderno No.1.

2 Folio 6 del cuaderno No. 1.

3 Las órdenes médicas de los procedimientos de mamografía, CH, parcial de orina, glicemia y ecografía pélvica transvaginal, se encuentran a folios 15, 10 y 12 respectivamente; de los demás exámenes la accionante no aportó las ordenes correspondientes. Sin embargo, en el expediente se observan copias de las comunicaciones firmadas por la Oficina de Coordinación Nacional de Autorizaciones de Humana Vivir A.R.S., Oficina Kennedy, en las que se le informa a la demandante que los servicios que solicitó de “cirugía bariátrica”, “valoración por ginecología”, “CH/ P. ORINA/ GLICEMIA”, “IC X ginecología/ mamografía” y “ecografía pélvica transvaginal”, se encuentran por fuera del POS-S y, por tanto, deben ser suministrados con cargo al subsidio a la oferta por la Secretaría Seccional de Salud.

4 Folio 21 del cuaderno No. 2.

5 Folio 55 del cuaderno No. 2.

6 Folio 69 del cuaderno No. 2.

7 Sobre el tema pueden consultarse las sentencias T-395 de 1998 y T-076 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Ver sentencia T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

9 Al respecto se pueden consultar las sentencias SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-171 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Ver sentencias T-271 de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y T-494 de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

- 11 Sentencia T-1036 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- 12 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- 13 Véase sentencia T-645 de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- 14 Sentencia T-1213 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- 15 Sobre el tema pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-1138 de 2005 y T-001 de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- 16 Sentencia T-406 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- 17 Sentencia T-1213 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- 18 Ver, entre otras, las sentencias T-956 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; T-410 de 2002 y T-287 de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 19 Ver sentencias T-256 de 2002 y T-350 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; T-991 de 2002, Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett y T-1125 de 2002, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- 20 Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia T-264 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- 21 Sentencia T-384 de 2006, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- 23 www.aac.org.ar/PDF/UT0705.pdf.
- 24 Folio 21 del cuaderno No.2.
- 25 Folios 2 y 18 del cuaderno No.1.
- 26 Folios 5, 8, 11, 13 y 14 del cuaderno No.1.
- 27 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en sistema general de salud coexisten dos regímenes el contributivo y el subsidiado, el artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será

afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, el artículo 30 de la misma disposición garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, y el artículo 31 del decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

28 Acuerdo 072/97 C.N.S.S. artículo 4°. “LA COMPLEMENTACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL POSS, A CARGO DE LOS RECURSOS DEL SUBSIDIO DE OFERTA. En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS con los del POS del Régimen Contributivo aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el P.O.S.S., tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicio para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.”.

29 Mediante la sentencia T-1227 de 2000, la Sala Sexta de Revisión concedió el amparo constitucional a una mujer de 62 años de edad que requería de la prestación de un servicio médico no incluido en el POSS por cuanto se consideró que a la ARS no solo le correspondía informarle a la paciente que el servicio no estaba incluido en el Plan, sino, además, darle a conocer las distintas alternativas que la red pública hospitalaria le ofrecía para la práctica médica que requería. Así mismo mediante la sentencia T-1237 de 2001 la Sala Novena de Revisión dispuso que a la ARS accionada le correspondía adelantar los trámites para que una mujer afectada con graves trastornos mentales accediera a la prestación médica en salud. Igualmente, mediante la sentencia T-524 de 2001 la Sala Tercera de Revisión ordenó a la ARS accionada informar a un paciente de 83 años quien requería una intervención oftálmica con carácter urgente, excluida del POSS, que entidad podía operarlo, cuando, cómo y en que condiciones, así mismo se ordenó a la ARS actuar de consuno con la entidad que brindaría la atención.

30 Sentencia T-134 de 2002, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Gálvis.

31 Sobre la cirugía Bariátrica por Laparoscopia se pueden consultar las Sentencia

T-1272 de 2005 y T-171 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-828 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-264 de 2003 y T-365 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

32 Folio 35 del cuaderno No. 2.

33 Sentencia T-495 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.