

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 medica 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, si 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-Practica 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 LEGITIMA 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 proceso¹.

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 PROSTATECTOMIA 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.

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. Posterior 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 de 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 inflable 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 se 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

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

DICTAMINADO: 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

“VENERAS: las niega

“PSIQUIATRICAS: 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.

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

“TOXICOS: 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.

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 ni 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 a 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 a menoscabado su integridad personal y su autoestima. Por lo cual hace necesario buscar una solución definitiva para tratar su disfunción eréctil.

“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 mejorara 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 medico 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’². 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’³. 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 esta materia'.⁴ Jean Rivero⁵ 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.⁶ 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....

"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 20027) 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 sexualidad⁸ como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

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:

“En general, la mayor parte de las teorías admiten que las dimensiones sociales y psicológicas 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 psicológicas 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 ocasiones⁹, 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 psicológicas 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 “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 uno¹⁰.”¹¹

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 libido¹², 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 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, si 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 cuales servicios de salud deberán ser prestados por las E.P.S. como parte integral del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.)¹³. Al señalarse dichos servicios, también dispuso qué servicios estaban excluidos y qué otros tenían algunas restricciones para su prestación.¹⁴

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”¹⁵.

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 manera¹⁶:

“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 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 judice”¹⁷.

6. Caso concreto.

En 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 vió 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 que el mismo no se encontraba incluido 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 había 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.¹⁸ Esta circunstancia de orden

médico está demostrada en el 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 el accionante, en respuesta a un requerimiento probatorio que se les hicieran, 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, el cual en sentencia del 8 de 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, líbrese 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 CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

(original firmado)

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

(original firmado)

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

(original firmado)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 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 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.”

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

3 Ib. p. 66

4 Ib. p. 67

5 Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss

6 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).

7 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 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, Pediatra 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 hermaphoroditism: 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 Psychiatic 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 Outomes, 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.

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

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

11 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).

12 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 varias manifestaciones de la actividad psíquica.”

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

14 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.”

15 Ibídem.

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

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

18 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
- 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.