

Sentencia T-193/08

(Febrero 27 de 2008)

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por autorización de cirugía bariátrica de By pass gástrico

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Elementos que deben concurrir para que se configure

Para determinar si una tutela se ha interpuesto en contravención de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, se debe examinar en principio, la identidad de los siguientes elementos en las acciones puestas en conocimiento de los jueces: (i) las partes y demandados, es decir, que las tutelas hayan sido presentadas por el mismo accionante, su representante legal o su agente oficioso, contra el mismo accionado; (ii) la identidad de la causa petendi, es decir, que las solicitudes de amparo se fundamenten en los mismos hechos o en la misma causa. Este requisito coincide con la prohibición general que impide a los jueces proferir un nuevo pronunciamiento sobre un proceso que guarde identidad jurídica con uno anteriormente decidido que haya hecho tránsito a cosa juzgada (Art. 332 C.P.C). (iii) Que el accionante busque a través de las acciones de tutela interpuestas, la obtención de las mismas pretensiones y la protección de los mismos derechos fundamentales y (iv) que la presentación de la nueva acción de tutela carezca de justificación válida y suficiente para su interposición, es decir, que no se pueda verificar la existencia de un argumento jurídicamente relevante que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción.

SANCION POR ACCION DE TUTELA TEMERARIA E IMPROCEDENCIA POR ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Situaciones que deben diferenciarse para optar por una figura u otra

La temeridad debe analizarse desde una perspectiva más amplia que la meramente procedimental dado que ella no sólo involucra el rechazo de la solicitud de tutela, sino que también puede llevar a que el juez sancione pecuniariamente a los responsables conforme al último inciso del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, esto es, condenando al pago de costas, o bien, siguiendo los lineamientos de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, que le permiten al fallador establecer una multa de entre 10 y 20 salarios mínimos. Teniendo en cuenta el impacto que la improcedencia o las sanciones

pueden tener en los derechos fundamentales de una persona que accede a la administración de justicia, es necesario determinar con claridad en cada caso, si el comportamiento del implicado responde a intereses manifiestamente contrarios a la moralidad procesal, - mala fe o dolo -, o es fruto de otras situaciones diversas, como pueden ser aquellas derivadas de (i) la ignorancia; (ii) el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho; (iv) la consideración de hechos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir las tutelas anteriores que justifique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante; y finalmente (v) la eventual interposición de una nueva acción, cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, “cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión”. En estos casos ha dicho esta Corporación, que aunque lo pertinente es la declaratoria de improcedencia de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera en stricto sensu temeraria y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Ocurre cuando se presenta entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto y se dan situaciones específicas que pueden conllevar a sanción

Una actuación temeraria, en los términos del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, ocurre entonces cuando la presentación de más de una acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto, (i) implique una actuación acomodada y amañada del actor, que reserva para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de “obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”; (iii) deje al descubierto el “abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”; o finalmente (iv) pretenda en forma inescrupulosa asaltar la “buena fe de los administradores de justicia”. El actor efectivamente presentó tres tutelas por los mismos

hechos, en las que solicitó el mismo tratamiento contra Saludcoop EPS. Sin embargo, las circunstancias específicas de cada caso difieren entre sí, porque en cada una de las acciones presentadas, se acompañaron en la solicitud hechos nuevos y relevantes, disímiles entre uno y otro, que no fueron conocidos en las tutelas previas, lo que permite concluir la inexistencia del fenómeno de la temeridad en el caso concreto. Ello, aunado a la falta de evidencia de mala fe del actor indica que la intención del peticionario no fue la de atentar contra la moralidad procesal, sino lograr la efectividad de una atención en salud que estimaba necesaria.

Referencia: expediente T-1.615.500

Accionante: Germán José Arrieta Aldana

Accionado: Saludcoop EPS.

Fallo objeto de revisión: sentencia del 9 de marzo del 2007 del Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, Córdoba, que confirmó la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de Sahagún, del 29 de enero de 2007.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

SENTENCIA

ANTECEDENTES

1. Pretensión del accionante.

El señor Germán José Arrieta Aldana presentó ante los jueces de instancia acción de tutela contra Saludcoop EPS¹, con el fin de solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental a la vida digna. Afirma padecer un cuadro clínico de obesidad mórbida que pone en riesgo su vida y que es susceptible de corrección mediante la cirugía de By Pass Gástrico, pero alega que Saludcoop EPS se ha negado² a ordenarle la realización de la cirugía descrita, bajo el argumento de que

ese procedimiento está fuera del POS.

El actor ha sido valorado por un médico particular, quien le ha recomendado el By Pass Gástrico mencionado como tratamiento a seguir. Solicita entonces que Saludcoop EPS le practique la cirugía descrita, ya que no cuenta con capacidad de pago para acceder por sus propios medios al procedimiento quirúrgico mencionado, y afirma que su padecimiento no sólo pone en riesgo su vida y deteriora su salud física, sino que incluso ha incidido negativamente en su salud psicológica, porque presenta además actualmente, un cuadro severo de depresión.

2. Respuesta de la entidad accionada.

Saludcoop EPS, no presentó consideración alguna a los juzgados de instancia sobre este tema, ni presentó descargos respecto de las pretensiones invocadas por el actor.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Hechos que apoyan la pretensión.

- El señor Germán José Arrieta Aldana, es un señor de 40 años de edad, afiliado a Saludcoop EPS en calidad de cotizante, nivel 1, desde 1997. (Cédula y Carnet. Folio 11, cuaderno 1).

- Padece de Obesidad Mórbida Grado III y pesa en la actualidad 133 Kg. Esa condición le ha generado dificultades de tipo respiratorio y de dolor en las articulaciones de miembros inferiores (rodillas y tobillos), al igual que un cuadro severo de depresión, como resultado de haber intentado bajar de peso infructuosamente mediante medicamentos, nutricionistas, regímenes dietéticos, etc., y de haberse separado de su esposa y su familia. (Escrito de tutela. Folio 2, cuaderno 1).

- Acompaña con la tutela un certificado de la nutricionista Maria Teresa González, en el que la profesional confirma que el paciente “se ha sometido en varias oportunidades durante dos años a tratamientos dietéticos, con resultados no satisfactorios”. (Folio 38, cuaderno 1).

- Saludcoop EPS ha atendido al actor en varias oportunidades por dolores y complicaciones relacionados con su obesidad: (i) el 20 de octubre de 2006, fue remitido a un especialista endocrino, por consulta relacionada con el aumento de peso progresivo y sin mejora.

(Reporte de consulta. Folio 21 y 22, cuaderno 1). (ii) El 15 de noviembre de 2006, fue recibido en consulta por un médico general de Saludcoop EPS, quien lo envió a especialista en ortopedia, por artrosis en rodillas y tobillos. (Reporte de consulta. Folios 17 y 18, cuaderno 1). (iii) El 22 de noviembre de 2006, el actor fue atendido nuevamente en consulta por trastorno de peso, por referir síntomas como dolor abdominal, dificultad para respirar, obesidad progresiva y dolor óseo. Se le diagnosticó edema en las extremidades inferiores, gastritis, cálculo en el riñón y obesidad progresiva. Fue remitido a un especialista endocrino. (Reporte medicina general. Folios 15 y 16, cuaderno 1).

- El Dr. Eduardo Sánchez, médico en ortopedia y traumatología adscrito a Saludcoop EPS, confirmó en noviembre de 2006, que el paciente presenta obesidad mórbida y que padece signos tempranos de artrosis en miembros inferiores. Se propone un tratamiento con analgésicos y reducción de peso. (Folio 31, cuaderno 1).

- El Dr. Carlos Pretel, endocrinólogo de Saludcoop EPS, en consulta de 26 de octubre de 2006, confirma que el actor padece de obesidad mórbida y le ordena exámenes de laboratorio (Folio 26, cuaderno 1).

- El psiquiatra Dr. William Carrascal, adscrito también a la entidad accionada, confirma el cuadro psicológico del actor como "Depresión reactiva, en riesgo suicida". (Folio 37, cuaderno 1).

- El Dr. Abraham Ganem, especialista particular, en octubre de 2006 analizó el caso del petitionario y le recomendó "cirugía bariátrica (By Pass Gástrico por Laparoscopia) como tratamiento de elección para el control de su enfermedad, ya que la presencia de obesidad grado III, es ya indicación quirúrgica". (Constancia médica. Folio 23, 24 y 25, cuaderno 1).

- En consulta del 20 de noviembre de 2006, el Dr. Carlos Pretel, endocrinólogo de Saludcoop, le manifiesta al actor ante su solicitud de que se le practique el procedimiento de By Pass Gástrico indicado por el Dr. Abraham Ganem, lo siguiente: "Se le explica al paciente que este es un procedimiento no POS. Por lo que se le indica plan de alimentación (...)". (Folio 26, cuaderno 1).

- El 27 de noviembre de 2006, el actor invocó derecho de petición ante Saludcoop EPS, con el propósito de que se le ordenara como único tratamiento para la Obesidad Grado III que

padece, la cirugía bariátrica (By Pass Gástrico por Laparoscopia) pero la entidad le negó esa cirugía el 15 de diciembre de 2006, por no estar “cubierta por el POS según resolución 5261”. (Petición y respuesta de la entidad. Folios 12 y 14, cuaderno 1).

- En cuanto a su capacidad de pago, el actor alega no poder costearse la cirugía solicitada. Para demostrarlo, aporta: (i) Los certificados de nacimiento de sus dos hijas menores de 13 y 17 años (Folio 39, libro 1). (ii) Copia de la sentencia de divorcio y de un acta de conciliación por alimentos, en la que el actor se compromete a aportar para la manutención de las hijas, el 32% de su sueldo mensual. (Folio 43, libro 1). (iii) Certificado laboral del actor, como Técnico en Salud de una E.S.E., en el que se indica que devenga un salario mensual de \$ 1.213.000, y que su nombramiento es en provisionalidad. (Folio 45, libro 1).

3.2. Hechos materia de prueba oficiosa.

- En diligencia de declaración judicial practicada en primera instancia al señor Germán José Arrieta Aldana, el actor afirmó lo siguiente:

“(…) PREGUNTADO. Sírvase decir el declarante los nombres completos de su médico tratante, y si él le prescribió la cirugía solicitada en esta acción de tutela. CONTESTO. Mi médico tratante es el doctor Abraham Ganen Bechara, y él mismo me sugirió la cirugía solicitada. PREGUNTADO: Díganos el declarante si el doctor Abraham Ganen Bechara se encuentra adscrito a la entidad Saludcoop. CONTESTO. No, no se encuentra. PREGUNTADO. Diga al despacho el declarante, si la entidad demandada le ha sugerido o por escrito, algún otro tratamiento que se encuentre dentro del POS y produzca los mismos efectos y resultados, al procedimiento que hoy solicita. - No-. (...) PREGUNTADO. Sabe usted o tiene conocimiento a cuanto ascienden los gastos o valor de la cirugía solicitada. CONTESTO: Me han dicho que de 16 a 20 millones de pesos. (...)”. (Declaración Judicial. Folio 49, cuaderno 1).

4. Fallos de instancia.

4.1. Primera Instancia.

4.1.1. El Juzgado Promiscuo Municipal de Sahagún, Córdoba, mediante providencia del 29 de enero de 2007, negó la tutela de la referencia, por las razones que se siguen a continuación:

* El Dr. Abraham Ganem Bechara, es el especialista que le sugirió al accionante el By Pass Gástrico que ahora solicita. Ese profesional no se encuentra vinculado en forma alguna a Saludcoop EPS, por lo que no se cumple en el caso concreto con uno de los requisitos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional que exige que el tratamiento haya sido prescrito por un médico tratante vinculado a la entidad demandada.

* Ahora bien, frente a un precedente previo de ese despacho en el que ya se había concedido un By Pass Gástrico por Laparoscopia, el juez de instancia advierte que en el caso anterior, a diferencia del que aquí se presenta, uno de los médicos vinculados a la EPS acusada sí había coadyuvado y confirmado el tratamiento propuesto por el equipo de médicos interdisciplinario ajeno a la entidad. Como esa situación no se dio en el caso que se analiza, el fallador negó la tutela de la referencia.

4.1.2. El señor Arrieta Aldana impugnó la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal, por considerar que aunque es cierto el Dr. Abraham Ganem Bechara no es un médico adscrito a Saludcoop EPS, “no es menos cierto que no existe otro procedimiento en el POS que pueda reemplazar el rechazado, o que brinde los mismos beneficios o que obtenga el mismo nivel de efectividad”. En consecuencia, como está probado en el expediente que es una persona que padece Obesidad Mórbida Grado III y la Corte Constitucional en la sentencia T-384 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) indicó que esa patología implica una menor expectativa de vida (de 10 a 15 años) y mayor mortalidad, considera que al carecer de recursos económicos para realizarse por su cuenta el tratamiento, es procedente la tutela, ya que en su caso se encuentran involucrados sus derechos a la salud en conexidad con la vida y el derecho a la integridad física y mental.

4.2. Segunda Instancia.

El Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, en decisión del 9 de marzo del 2007, confirmó la providencia de primera instancia, por considerar que indudablemente uno de los requisitos

jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para que se autorice la realización de un tratamiento no POS, es la prescripción del mismo por el médico tratante vinculado a la EPS. Dado que no se cumplió en el caso concreto con ese requisito, en la medida en que el interesado no obtuvo la prescripción del By Pass Gástrico que solicita, por un médico adscrito a Saludcoop, se confirmó el fallo de la referencia.

Esta Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política; el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36 y el Auto del 31 de mayo de 2007 de la Sala de Selección de Tutela No. 5 de la Corte Constitucional.

5. Consideraciones previas. Trámite y pruebas en sede de revisión.

5.1. El 23 de julio de 2007, la Secretaria General de esta Corporación dejó constancia de la suspensión de términos para la revisión de la tutela de la referencia, en razón del vencimiento del periodo constitucional del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis. Tales términos fueron suspendidos hasta la posesión de la Dra. Catalina Botero Marino, mientras se realizaba la elección del magistrado titular.

5.2. La Dra. Botero Marino, mediante providencia del 23 de agosto de 2007, solicitó pruebas a Saludcoop EPS, Seccional Córdoba, con el propósito de conocer las acciones posteriores de esa Empresa en el caso del actor y el estado de salud del paciente. Como respuesta a esa providencia, - en la que además se suspendieron términos -, Saludcoop EPS mediante apoderado se opuso a las pretensiones del demandante, afirmando lo siguiente:

- La jurisprudencia constitucional ha considerado que no es posible obligar a una EPS a la ejecución de procedimientos ordenados por profesionales de la salud distintos al médico tratante de la entidad, menos aún si de la cirugía requerida no depende ni la vida ni la integridad del paciente. A juicio de esa EPS y de acuerdo con la sentencia T-921 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), sin el dictamen del médico tratante, el juez no tiene las suficientes herramientas para adoptar una decisión, especialmente porque el concepto del médico tratante prevalece sobre los que emitan otros médicos ajenos a la EPS. Por consiguiente, el amparo deprecado debe ser considerado improcedente.

- Por otra parte, Saludcoop EPS afirma que el Ministerio de Protección Social, Fosyga,

mantiene una demora permanente en el giro de los recursos para el reembolso a las EPS en atenciones no cubiertas por el POS y ordenadas por sentencias de tutela, que superan el año después del recobro, lo que compromete la estructura financiera de las EPS y la salud de los afiliados. Por ende, solicita que la Corte evalué la posibilidad de un suministro anticipado de los recursos por parte del Fosyga y no a término vencido como se viene presentando, para impedir un eventual colapso en la prestación de los servicios de salud para las EPS.

- Con respecto a la situación puntual del señor Germán José Arrieta Aldana, la EPS informa que el actor instauró tres acciones de tutela en contra de la EPS Saludcoop, con el objetivo de que le fuera realizada la cirugía de By Pass Gástrico para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece. La primera de las solicitudes de tutela fue denegada por los juzgados accionados. La segunda corrió con la misma suerte, porque a pesar de contar con concepto de la junta médica de profesionales adscritos a la EPS, no se efectuó un requerimiento oficial a la EPS para realizar el procedimiento. Finalmente en una tercera oportunidad, superados todos los impedimentos advertidos por otros jueces, el accionante obtuvo fallo favorable del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería, proferido el 13 de agosto de 2007, en el que se le ordenó a esa EPS la realización de la cirugía en cuestión.

En cumplimiento de dicha providencia, la EPS procedió a expedir y entregar al usuario la autorización de servicios No 12932453 del 29 de agosto de 2007, que se anexa al expediente, para la realización de la cirugía indicada (Folio 34, cuaderno 2). El paciente se encontraba, en septiembre de 2007, ultimando con el cirujano Dr. Abraham Ganen Bechara, los detalles necesarios para la intervención.

5.3. Ahora bien, mediante comunicado del 22 de febrero del 2008, en cumplimiento del auto proferido por esta Sala de Revisión el 05 de febrero del año en curso en el que se solicitó al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería sobre el fallo de tutela del 13 de agosto de 2007 y su cumplimiento, ese despacho judicial informó a esta Corporación que efectivamente se había concedido la tutela de la referencia, valorando cada uno de los fallos precedentes sin encontrar temeridad, pues en cada tutela anterior se habían presentado hechos nuevos que desvirtuaban una actuación indebida del demandante. En efecto, el juez constitucional consideró en esta oportunidad, que se habían reunido los requisitos jurisprudenciales necesarios para la procedencia de la tutela en materia de tratamientos no POS.

6. El Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala en el caso de la referencia, determinar si Saludcoop EPS ha vulnerando o no el derecho a la salud y seguridad social del actor, - en conexidad con su derecho fundamental a la vida digna -, al negarle la realización de la cirugía de By Pass Gástrico que necesita para superar la Obesidad Mórbida que padece, especialmente porque según el señor Arrieta Aldana, el tratamiento enunciado le ofrece la posibilidad de mejorar su calidad de vida ante la afectación física y psicológica que sufre, mientras que para Saludcoop EPS ese procedimiento ni fue prescrito por un médico tratante de esa entidad, ni está incluido en el POS.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional deberá evaluar si ha operado el fenómeno del hecho superado o la figura de la temeridad, teniendo en cuenta que la pretensión del accionante fue concedida en virtud de una decisión judicial de tutela, posterior a las providencias que se revisan. De hecho, Saludcoop EPS afirma que el tratamiento de By Pass solicitado por el actor, fue finalmente autorizado en razón de una tercera tutela interpuesta en su momento por el demandante, que en su momento sí prosperó en primera instancia.

Para dar respuesta a estas inquietudes, la Sala reiterará la jurisprudencia concerniente al fenómeno de la temeridad, del hecho superado y aquella relacionada con el derecho a la salud, particularmente en el tema de la obesidad mórbida. Una vez analizados estos aspectos jurídicos, la Corte revisará en concreto, el caso de la referencia.

6.1. La actuación temeraria en el ejercicio de la acción de tutela.

6.1.1. La temeridad es una actitud contraria a los artículos 833, 954 y 209 de la Constitución, que compromete el principio de buena fe constitucional⁵ la eficacia y la agilidad del funcionamiento de la administración de justicia.

Según el artículo 38 del Decreto 2591 de 19916, la temeridad se describe como la interposición de tutelas idénticas, sin motivo expresamente justificado, y cuyo efecto es el rechazo o la negación de todas las solicitudes que se presentan. De hecho, el uso abusivo e indebido de la acción de tutela para obtener múltiples pronunciamientos a partir de un mismo caso, no sólo se opone a la prevalencia del interés general y la moralidad procesal, sino que genera un perjuicio para toda la administración de justicia al requerir un innecesario

estudio de casos idénticos de manera paralela.

Esta situación ha llevado a la Corte a considerar que la temeridad revela “un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa” y constituye “un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia”⁷.

6.1.2. De este modo, para determinar si una tutela se ha interpuesto en contravención de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, se debe examinar en principio, la identidad de los siguientes elementos en las acciones puestas en conocimiento de los jueces: (i) las partes y demandados, es decir, que las tutelas hayan sido presentadas por el mismo accionante, su representante legal o su agente oficioso, contra el mismo accionado⁸; (ii) la identidad de la causa petendi⁹, es decir, que las solicitudes de amparo se fundamenten en los mismos hechos o en la misma causa. Este requisito coincide con la prohibición general que impide a los jueces proferir un nuevo pronunciamiento sobre un proceso que guarde identidad jurídica con uno anteriormente decidido que haya hecho tránsito a cosa juzgada (Art. 332 C.P.C)¹⁰. (iii) Que el accionante busque a través de las acciones de tutela interpuestas, la obtención de las mismas pretensiones y la protección de los mismos derechos fundamentales y (iv) que la presentación de la nueva acción de tutela carezca de justificación válida y suficiente para su interposición, es decir, que no se pueda verificar la existencia de un argumento jurídicamente relevante que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción¹¹.

6.1.3. Ahora bien, la simple presentación de varias tutelas por los mismos hechos y derechos no genera automáticamente la configuración de una actuación temeraria¹². Sólo en el caso en que el juez de tutela determine que la interposición de las múltiples acciones obedeció a una actuación dolosa por parte del actor, procede la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela y la aplicación de las sanciones previstas para dicha conducta.

En efecto, la temeridad debe analizarse desde una perspectiva más amplia que la meramente procedimental dado que ella no sólo involucra el rechazo de la solicitud de tutela, sino que también puede llevar a que el juez sancione pecuniariamente a los responsables conforme al último inciso del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991¹³, esto es, condenando al pago de costas, o bien, siguiendo los lineamientos de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil¹⁴, que le permiten al fallador establecer una multa de entre 10 y 20

salarios mínimos. Teniendo en cuenta el impacto que la improcedencia o las sanciones pueden tener en los derechos fundamentales de una persona que accede a la administración de justicia, es necesario determinar con claridad en cada caso, si el comportamiento del implicado responde a intereses manifiestamente contrarios a la moralidad procesal, - mala fe o dolo -, o es fruto de otras situaciones diversas, como pueden ser aquellas derivadas de (i) la ignorancia¹⁵; (ii) el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹⁶; (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho¹⁷; (iv) la consideración de hechos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir las tutelas anteriores¹⁸ que justifique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante; y finalmente (v) la eventual interposición de una nueva acción, cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, “cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión¹⁹”²⁰.

En estos casos ha dicho esta Corporación, que aunque lo pertinente es la declaratoria de improcedencia de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera en stricto sensu temeraria y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante.

6.1.4. En conclusión, una actuación temeraria, en los términos del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991²¹, ocurre entonces cuando la presentación de más de una acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto, (i) implique una actuación acomodada y amañada del actor, que reserva para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones²²; (ii) denote el propósito desleal de “obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”²³; (iii) deje al descubierto el “abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”²⁴; o finalmente (iv) pretenda en forma inescrupulosa asaltar la “buena fe de los administradores de justicia”²⁵.

En esas circunstancias, el juez de instancia deberá declarar la improcedencia de las solicitudes de amparo e imponer las sanciones a que haya lugar. Sin embargo, si el juez de tutela concluye que de acuerdo con los hechos y consideraciones que fundamentan la identidad de acciones no se configura una actuación temeraria²⁶ en los términos previamente indicados, deberá garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, y en consecuencia, entrar a estudiar de fondo la protección del amparo invocado por vía de tutela²⁷.

6.2. El fenómeno del hecho superado. Reiteración de Jurisprudencia.

6.2.1. La Corte Constitucional ha considerado que en aquellos casos en los que la aspiración de un peticionario resulta satisfecha al momento de una decisión de tutela y por ende ha desaparecido la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, la acción constitucional pierde su eficacia y razón de ser, ante la extinción de los supuestos de hecho que exigían la protección inminente de los derechos fundamentales invocados²⁸. En tales casos, como la orden a impartir es inocua en cuanto a los posibles efectos que pueda tener sobre la protección de los derechos presuntamente conculcados, la tutela en principio resulta improcedente en razón de la existencia de un hecho superado²⁹.

Sobre este aspecto dijo la Corte en la sentencia T-589 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), que si la situación de hecho que genera la violación o la amenaza de los derechos “ya ha sido superada, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser. Es decir, la orden que pudiera impartir el juez, ningún efecto podría tener en cuanto a la efectividad de los derechos presuntamente conculcados, [por lo que] el proceso carecería de objeto y la tutela resultaría entonces improcedente”³⁰.

6.2.2. Con todo, ha manifestado también esta Corporación, que cuando un hecho superado tiene lugar en sede de revisión, esta Corporación mantiene su competencia para pronunciarse sobre la decisión del juez de tutela en el caso en conocimiento, a fin de confirmar o revocar³¹ la decisión proferida por los jueces de instancia. Esa competencia se deriva, de la obligación constitucional que tiene la Corte de revisar los fallos de instancia en materia de tutela y de su responsabilidad en materia de unificación de la jurisprudencia constitucional, que más allá de resolver un caso concreto, fija criterios de protección constitucional y determina la hermenéutica autorizada con respecto a la interpretación de la

Constitución Política³².

Por ende, aunque se configure un hecho superado en sede de revisión, puede la Corte especificar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas³³ en relación con los derechos fundamentales³⁴ presuntamente vulnerados, y si es del caso y existe mérito, este Tribunal puede “revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no proceda impartir orden alguna”³⁵.

Justamente, según el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, cuando cesen los efectos del acto impugnado o este se ha consumado, es posible prevenir a los accionados para que “en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serían sancionados, en los términos de la misma disposición”³⁶.

6.3. El derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

6.3.1. El derecho a la vida está establecido desde el preámbulo de la Constitución Política como el más trascendente y fundamental de los derechos³⁷. Su concepto no se limita a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como una noción más amplia que se extiende también al objetivo de garantizar una existencia en condiciones dignas, en los términos del artículo 1º de la Carta³⁸. El amparo constitucional a la vida, entonces, protege a los individuos no sólo en circunstancias en las que se pretenda evitar la muerte o el menoscabo de alguna función orgánica vital, sino también en eventos que comporten una afectación determinante de la calidad de vida o a la dignidad de las personas.

De este modo, si la afectación del derecho a la salud vulnera o amenaza derechos fundamentales, ese derecho participa del rango de fundamental por conexidad³⁹ y puede gozar de amparo por vía de tutela, atendiendo cada circunstancia específica.

6.3.2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, por su parte, a través de diversos regímenes -contributivo o subsidiado-, permite a las personas acceder a prestaciones específicas en salud. En el caso de los afiliados al Régimen Contributivo, el Plan Obligatorio de Salud determina cuáles son los servicios de salud que deben prestar las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S) a sus afiliados, y a su vez, consagra unas exclusiones y limitaciones en la prestación de estos servicios, que por lo general corresponden a actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que según el Consejo Nacional

de Seguridad Social en Salud, o no tienen por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, o se trata de procedimientos considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios.

6.3.3. En lo concerniente al régimen de limitaciones y exclusiones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, esta Corporación ha reconocido que tales restricciones son constitucionalmente admisibles, toda vez que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta de los recursos escasos para la provisión de los servicios que éste contempla⁴⁰.

Así, tanto el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 como el 18 de la Resolución 5261 de 1994, establecen las restricciones y limitaciones que contempla el Plan Obligatorio de Salud, POS, en los servicios que prestan las EPS. En igual sentido, el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 establece que los costos de los tratamientos o medicamentos no contemplados dentro de la cobertura del POS, deben ser sufragados, en principio, con recursos propios⁴¹.

Sin embargo, en aquellos casos en que se requiere asegurar la protección del derecho a la salud en conexidad con otros derechos fundamentales, en atención a que la Constitución prevalece sobre las demás fuentes formales de derecho, esta Corporación ha procedido excepcionalmente a inaplicar la reglamentación que excluye un tratamiento o medicamento del POS, para evitar así que una reglamentación de orden legal o administrativa impida en circunstancias concretas, el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales de las personas⁴².

En tales casos, la Corte Constitucional ha precisado que para inaplicar el precepto legal o reglamentario que excluye un medicamento o un tratamiento, se deben demostrar unos requisitos jurisprudenciales específicos, que tienen el propósito de asegurar, de un lado, la protección de los derechos fundamentales de las personas, y del otro, el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud⁴³. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha considerado entonces, que se deben acreditar los siguientes requisitos:

i. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a

la integridad de la persona.

ii. Que se trate de un medicamento, tratamiento o elemento, que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

iii. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud, y

iv. Que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o propuesto por un médico adscrito a la EPS en la que se encuentre afiliado el enfermo⁴⁴.

De encontrarse garantizados tales requisitos, el juez constitucional puede exigir a las EPS que adelanten los procedimientos, entreguen los medicamentos o concedan los elementos que se requieran para proteger los derechos fundamentales involucrados, quedando la entidad en posibilidad de

repetir contra el Fosyga los costos previstos que no formen parte del POS, si a ello hubiere lugar de acuerdo con la normatividad respectiva. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de los derechos fundamentales o la dignidad de la persona, así como la falta de capacidad de pago de los involucrados, sean criterios determinantes para establecer la procedencia o no de la acción de tutela cuando se trate de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.

6.3.4. Ahora bien, en lo que respecta al problema de la obesidad mórbida, que es una dolencia que puede dar lugar al tratamiento de Bypass Gástrico como procedimiento prescrito y excluido del POS, esta Corporación en diversas oportunidades⁴⁵ ha analizado las dificultades que para la salud y calidad de vida de una persona, ofrece esta patología.

En efecto, en la sentencia T-384 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)⁴⁶, la Corte afirmó que la obesidad mórbida, “es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas⁴⁷, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad”⁴⁸. De hecho, esta providencia sostuvo, que “pruebas científicas han

determinado que las personas con un diagnóstico de obesidad mórbida tienen una menor expectativa de vida (10-15 años) y mayor mortalidad (6-12 veces)".

En el mismo sentido explicó la decisión que se cita que, en la mayoría de los casos relacionados con esa dolencia "se ha demostrado que las terapias convencionales, es decir, dietas, drogas antiobesidad y el ejercicio físico, son ineficaces en los obesos mórbidos", por lo que la cirugía bariátrica, - como procedimiento quirúrgico que consiste "en reducir, mediante distintas técnicas (principalmente la gastroplastia, el by pass gástrico y la banda ajustable) la capacidad del estómago" -, contribuye a mejorar la calidad de vida de estas personas y aumentar su expectativa de vida⁴⁹.

Por esta razón, en la sentencia que se destaca, dijo la Corte que la negativa de la EPS de autorizar la cirugía solicitada, no sólo permite que en el tiempo se "prolonguen los mencionados padecimientos colaterales" o que "pueda empeorar [el] cuadro clínico" de las personas [que la sufren], sino que se "agrav[e] su estado de salud por las 'comorbilidades'" que "indudablemente repercutirán en su calidad de vida". Por ende, en esa oportunidad se concluyó, que la negativa de la entidad enunciada de conceder la cirugía mencionada, vulneraba efectivamente el derecho a la salud en conexidad con la vida de la persona, por lo que al cumplirse los requisitos constitucionales para la autorización de tratamientos no POS por vía de tutela, la EPS accionada debía realizar la cirugía bariátrica prescrita, a favor de la demandante⁵⁰.

Por otra parte, en la providencia T-027 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte Constitucional recordó que en los casos relacionados con los tratamientos de cirugía bariátrica, los jueces de tutela deben establecer si la orden emitida para estos tratamientos fue proferida "por el médico adscrito a la EPS" o no. Como en la sentencia que se cita ello no ocurrió, la Corte consideró que "en tal evento, el Juez de tutela no puede reemplazar al médico tratante". Sin embargo, si está comprometida la salud de la paciente, lo procedente es seguir los protocolos médicos y efectuar la remisión al especialista correspondiente para determinar la viabilidad de la cirugía. En tales casos, si el médico tratante ordena la práctica de la cirugía y si se cumplen los requisitos enunciados anteriormente, según esa providencia la EPS debe realizar la cirugía, sin importar que se encuentre por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Esto es, "la no práctica de la cirugía no puede fundarse en que ésta no se encuentra incluida en el POS⁵¹, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece

el POS⁵² o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente⁵³ o en que le falta información para decidir⁵⁴” si está prescrita por el médico tratante. Así, en el caso analizado en la sentencia T-027 de 2006, ante la ausencia de una prescripción por parte del médico vinculado a la EPS, se previno a la entidad accionada, a fin de que si la cirugía aún no se había practicado, se valorara nuevamente la situación de salud de la paciente y se estableciera si era necesaria la cirugía, caso en el cual habría de prestarse en su integridad el servicio médico quirúrgico ordenado por el médico tratante, en forma oportuna⁵⁵.

Finalmente, sobre la existencia de otros tratamientos distintos al By Pass Gástrico y su eventual utilidad, dijo la Corte en la sentencia T- 867 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), - en un caso de obesidad mórbida en el que se propusieron múltiples tratamientos tanto por médicos especialistas de la entidad accionada, como por médicos particulares que recomendaban la cirugía bariátrica -, lo siguiente: (a) al no existir prueba sobre la utilidad para la paciente de tratamientos adelgazantes previos; (b) al no estar comprobado tampoco que otros tratamientos alternativos como los propuestos por el Ministerio de la Protección Social y sí incluidos en el POS como son la anastomosis del estómago que incluye gastroduodenostomía (Código 07630, contenido en el artículo 62 numeral 6 del Decreto 5261 de 1994, que regula el POS), y la anastomosis del estómago en Y de Roux (Código 07631, contenido en el artículo 62 numeral 6 del Decreto 5261 de 1994, que regula el POS), fuesen útiles en el caso de la peticionaria y (c) ante la falta de claridad en la situación específica en estudio sobre la idoneidad de la cirugía de Bypass por Laparoscopia para solucionar los problemas de salud de la accionante, lo procedente era que la paciente se sometiera a una nueva evaluación médica en la que se determinara con total certeza, cuál debía ser el tratamiento más idóneo para el control de su enfermedad.

6.3.5. Se concluye por lo tanto, que de encontrarse acreditados los requisitos jurisprudenciales descritos para la procedencia de la acción de tutela en materia de tratamientos no POS, esta Corporación ha concedido en la mayoría de los casos, las tutelas relacionadas con el Bypass Gástrico u otras modalidades de cirugía bariátrica, en el entendido de que tales tratamientos cuando son prescritos por el médico tratante, contribuyen a mejorar la calidad de vida de las personas que padecen obesidad mórbida. En aquellos casos en que existe duda sobre el tratamiento a seguir o sobre la existencia o no de determinación proferida por el médico tratante, - porque éste no ha dado aval al tratamiento o no lo ha formulado-, la Corte ha considerado pertinente en varios casos, que se realice una

nueva evaluación médica por los especialistas de la entidad accionada, a fin de establecer la conducencia o no del tratamiento. Si éste resulta conveniente para el paciente, la EPS no puede excluirlo automáticamente de las posibilidades médicas pertinentes, por tratarse de un tratamiento no incluido en el POS, sino que deberá tomar en consideración los pasos necesarios para que el tratamiento pueda eventualmente ser realizado, en los términos de Constitución y la ley.

7. Caso Concreto. Existencia de un hecho superado

7.1. De acuerdo con lo expuesto por el señor Germán José Arrieta, Saludcoop E.P.S. le negó la autorización para la realización del By Pass Gástrico que solicitaba, argumentando que dicho procedimiento había sido recomendado por un médico ajeno a la entidad accionada y se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud.

De las pruebas que obran en el expediente, sin embargo, se estableció por intermedio del apoderado de Saludcoop EPS, que la cirugía del By Pass Gástrico solicitada le fue concedida al actor y ordenada a esa entidad, por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería, el 13 de agosto de 2007. Ese juzgado de conocimiento confirmó efectivamente la orden y en la parte resolutive de la providencia decidió:

“Segundo: Ordenar a la EPS Saludcoop que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si no lo ha hecho todavía, proceda a adelantar las gestiones tendientes a autorizar la realización del procedimiento denominado Bypass Gástrico así esté por fuera del POS”.

7.2. Sobre este particular y luego de revisar los diferentes procesos de tutela adelantados por el actor a fin de obtener la cirugía de Bypass Gástrico mencionada, encuentra la Corte lo siguiente:

- El actor efectivamente presentó tres tutelas por los mismos hechos, en las que solicitó el mismo tratamiento contra Saludcoop EPS. Sin embargo, las circunstancias específicas de cada caso difieren entre sí, porque en cada una de las acciones presentadas, se acompañaron en la solicitud hechos nuevos y relevantes, disímiles entre uno y otro, que no fueron conocidos en las tutelas previas, lo que permite concluir la inexistencia del fenómeno de la temeridad en el caso concreto. Ello, aunado a la falta de evidencia de mala fe del actor

indica que la intención del peticionario no fue la de atentar contra la moralidad procesal, sino lograr la efectividad de una atención en salud que estimaba necesaria.

En efecto, en la primera tutela presentada por el actor y que ahora se revisa, la distinguida con el número T-1615500, el demandante no contaba con una orden del médico tratante de la entidad accionada que confirmara que el tratamiento a seguir era la cirugía bariátrica indicada. En ese momento el señor Arrieta Aldana simplemente había obtenido la formulación del tratamiento del Bypass Gástrico, por parte de un especialista no adscrito a Saludcoop EPS. En la segunda tutela, distinguida con el número de referencia T-1722170, si bien el demandante acudió a ella con hechos nuevos, como fue el acta de la junta médica, él mismo desistió de la acción y terminó anticipadamente ese proceso. Esa tutela no fue seleccionada para revisión por esta Corporación, según auto del 4 de octubre de 2007, proferido por la Sala de Selección No 10 de Revisión. En la tercera acción de tutela, el actor acudió a la jurisdicción constitucional alegando, además, respuesta expresa de la entidad accionada negándole el tratamiento a pesar de la formulación y recomendación de la junta médica de la entidad, por ser no POS.

Bajo tales consideraciones hechos diversos a los de la tutela que ahora se revisa, - que es la primera de todas-, justificaron en esa tercera oportunidad, la solicitud de protección constitucional⁵⁶.

En el presente caso, en consecuencia, se declarará la existencia de un hecho superado, teniendo en cuenta que la cirugía de By Pass Gástrico ya le fue ordenada a Saludcoop E.P.S. mediante el fallo de tutela del 13 de agosto de 2007 proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería.

Por ende, dado que al actor ya se le reconoció su derecho a la salud en conexidad con la vida digna por parte de los jueces de la República, la presente acción como instrumento constitucional para la defensa de los derechos fundamentales del ciudadano perdió su razón de ser y los motivos que llevaron a interponer la acción de tutela desaparecieron, por lo que la Sala confirmará el fallo proferido el 9 de marzo del 2007 por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, Córdoba, pero por las consideraciones expuestas en esta providencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada mediante auto del 29 de enero de 2007.

Segundo. DECLARAR la existencia de un hecho superado.

Tercero. CONFIRMAR la Sentencia del 9 de marzo del 2007 del Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, Córdoba, por las razones expuestas en esta providencia.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El peticionario presentó la acción de tutela el 15 de enero de 2007.

2 La entidad negó la solicitud del actor el 15 de diciembre de 2006.

3 El artículo 83 de la Carta reza lo siguiente: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

4 El artículo 95 de la Carta reza lo siguiente: “(...) Son deberes de la persona y del ciudadano, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y “colaborar con la administración de justicia.

6 Dice el artículo 38 citado: “Actuación Temeraria. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. Esta norma fue declarada exequible en la sentencia C-054 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Sentencia T-009 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

8 Sentencia T-362 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

9 Sentencia T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

10 Sentencia T-433 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

11 Ver, entre otras, las sentencias T-707 de 2003, T- 812 de 2005 y T-433 de 2006. Sobre este punto se recuerda que en la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, se hace énfasis en la posibilidad de justificación de la interposición de varias acciones de tutela.

12 Ver las sentencias T-080 de 1998, T-502 de 2003, T-1134 de 2005 y T-706 de 2006, entre otras.

13 El último inciso del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 establece: “...Si la tutela fuere rechazada o denegada por el Juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad.”. En relación con el alcance de ésta disposición, ha dicho la Corte en Sentencia T-443 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero que: “...la parte final del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, no establece en forma paralela las costas Y la temeridad, sino que identifica ésta con aquellas, así debe ser la

lectura de tal norma porque, entre otras cosas, dicha interpretación es coherente con el carácter público, informal, gratuito de la tutela”.

14 El tema de la temeridad en el trámite de tutela no está regulado exclusivamente por el artículo 38 ídem, así lo ha explicado esta Corporación al señalar, que éste debe ser complementado con las disposiciones de los artículos 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil, en los cuales se consagran causales adicionales de temeridad o mala fe, tales como la carencia de fundamento legal para demandar, la alegación a sabiendas de hechos contrarios a la realidad, la utilización del proceso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, la obstrucción a la práctica de pruebas y el entorpecimiento reiterado del desarrollo normal del proceso por cualquier otro motivo. Ver entre otras las sentencias T-443 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-082 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-080 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, SU-253 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-303 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiteradas en sentencias T-263 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-502 de 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería.

15 Sentencia T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 Sentencia T-721 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

17 Sentencias T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005. También las sentencias T-308 de 1995, T-145 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997.

18 Cuando se interpone una nueva acción de amparo respecto de un caso que guarda identidad con otro anterior, procurando mediante técnicas y estrategias argumentales ocultar la mencionada identidad, es presumible, prima facie, el uso temerario de la acción de tutela, si los mencionados nuevos argumentos no están respaldados por la demostración de hechos nuevos no considerados en el fallo anterior.

19 Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Sentencia T-433 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

21 Ver entre otras, la sentencia T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

22 Sentencia T-149 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Sentencia T-308 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

24 Sentencia T-443 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

25 Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

26 En la sentencia T-939 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte precisó: “Como antes se expuso, la acción de tutela de la referencia tiene los mismos fundamentos que la primera. Otra cosa diferente es que en la medida en que no se demostró la actuación de mala fe por parte del apoderado del accionante no se reúnan los requisitos señalados por la jurisprudencia para considerar que la segunda de la acciones es temeraria. En este orden de ideas, no hay lugar a la imposición de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 por conducta temeraria.” Al respecto, se puede consultar igualmente la sentencia T-919 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 Sentencia T-362 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

28 Sentencia T-519 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

29 Sentencia T-100 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

30 Sentencia T-589 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

31 Sentencia T-550 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

32 Sentencia T-673 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

33 Sentencia T-953 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

34 Sentencia T-429 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

35 Sentencia T-724 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

36 Sentencia T-1035 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.

37 Sentencia T-265 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

38 Ese artículo reconoce que la República se funda, en el “respeto de la dignidad humana”. Sobre el particular, ver sentencia T-265 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

39 La Corte Constitucional desde sus inicios, definió la conexidad como aquella vinculación íntima de derechos que no siendo denominados como fundamentales en el texto constitucional, estaban inescindiblemente ligados a los derechos fundamentales, de forma tal que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Ver entre otras las sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-230 de 1999.M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-461 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-389 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

40 Sentencia T-662 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

41 Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

42 Ver Sentencia T-150 de 2000. M P. José Gregorio Hernández Galindo; T- 704 de 2004 y T-001 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

43 Entre otras se pueden consultar: T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-488 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

44 Sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.; SU-480 de 1997; T-236 de 1998 ; T-283 de 1998, T-560 de 1998, T-409 de 2000 y T-704 de 2004. Sentencia T- 704 de 2004 M.P Alfredo Beltrán Sierra) lo subrayado fuera del texto) T-001 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Se pueden consultar entre otras las Sentencias T- 414 y T- 488 de 2001 y T-207 de 1995, T-042 de 1996, sentencia T-757/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver, sentencia T-1204/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

45 Corte Constitucional. Sentencias T-867 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-469 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-384 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-265 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-060 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-027 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1272 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-828 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto y T-264 de 2003, entre otras.

46 Se trató de un caso en el que se evaluó la situación de una paciente a quien la EPS Seguro

Social se negó a autorizar y realizar la cirugía bariátrica que le fue ordenada por su médico tratante, para contrarrestar la Obesidad Mórbida G3. Esa enfermedad le había causado dolencias colaterales, como problemas de columna, ahogo nocturno y dolor en la cintura y pies que comprometían de manera importante las funciones vitales de la actora. La Corte consideró en ese caso, que dado que se cumplían los requisitos “exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana de la señora Elsa Suárez Moncada”, era procedente el amparo, y dispuso que “la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice y practique la CIRUGÍA BARIATRICA en los términos prescritos por el médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.”

47 Entre otras según la sentencia, “Enfermedad cardiovascular, de arterias coronarias, síndrome de apnea del sueño, hígado graso, osteoartritis, dislipidemia, intolerancia a la glucosa o diabetes, hiperuricemia, alteraciones menstruales, infertilidad y mayor frecuencia de cáncer de mama y ovario (3 veces), útero (5 veces), colon y próstata (3 veces)”.

48 www.aac.org.ar/PDF/UT0705.pdf., citado por la sentencia T-384 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas.

49 Cfr. Sentencia T-384 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

50 Sobre el particular, puede consultarse igualmente la sentencia T-171 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en la que se analizó un caso de obesidad mórbida relacionado con la negativa de una empresa de medicina prepagada de realizar la operación bariátrica correspondiente. En ese caso se le ordenó al particular la realización de la cirugía. En la sentencia T-264 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se estudió una situación en la que no era claro el beneficio del By Pass Gástrico para la paciente, por lo que se ordenó su valoración por parte de un equipo interdisciplinario que revisara la necesidad y oportunidad para la actora de la cirugía bariátrica y en caso de que fuera conducente, que se practicara. En la sentencia T-1229 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se analizó el caso de una paciente con obesidad mórbida perteneciente al Sisben y sin capacidad económica para cubrir el copago de la cirugía de By Pass. En esa sentencia, a pesar de que los médicos tratantes habían enunciado que la señora era “candidata” a la cirugía de By Pass, la Corte

ordenó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá contratar con alguna entidad especializada la realización de la cirugía, previa obtención de un consentimiento informado de la paciente. En esa providencia además, se recordó la necesidad de lograr un consentimiento informado, dado que este tipo de cirugías son altamente invasivas y presentan en algunos casos, efectos secundarios. Ver también la sentencia T-060 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis en la que se siguió esta misma línea jurisprudencial y se concedió la tutela.

51 Sentencia T-300 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

52 Se hace referencia a las sentencias T-284 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-344 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

53 Sentencias.T-566 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-722 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

54 Sentencia T-1188 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

55 Al respecto puede verse también la sentencia T-828 de 2005 (M.P. Humberto Sierra Porto), en la que se evaluó el caso de un ciudadano que aunque había sido revisado por un equipo interdisciplinario de la EPS que le diagnosticó la obesidad mórbida, pero éste equipo le había prescrito un tratamiento interdisciplinario y no la cirugía bariátrica descrita. Por esa razón, la Corte consideró que no se encontraban vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida del demandante con la negativa de la entidad de no practicarle la cirugía, “pues por una parte no están presentes las condiciones señaladas por esta Corporación para ordenar tratamientos o medicamentos excluidos del POS y, en segundo lugar, la entidad demandada ha adelantado las actuaciones necesarias para proteger los derechos del Sr. Pezzotti pues ha diseñado “un plan de manejo interdisciplinario”, el cual comprende múltiples controles con diversos especialistas (...) y ha condicionado la práctica de la cirugía a una segunda evaluación de la Junta Médica, la cual deberá efectuarse una vez el accionante cumpla el esquema de tratamiento antes mencionado”. En la sentencia T-469 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto) se analizó igualmente un caso de un paciente con obesidad mórbida, vinculado a la Policía. Allí se confirmó la decisión de instancia de negar la realización de la cirugía, porque no aparecía demostrado en el expediente que el procedimiento solicitado ,esto es, “la cirugía bariátrica, haya sido ordenado por médicos

adscritos al (sic) Subsistema de Salud de la Policía Nacional". Se encontró entonces que los derechos fundamentales del actor no habían sido vulnerados, "pues por una parte no están presentes las condiciones señaladas por esta Corporación para ordenar actividades, procedimientos o intervenciones excluidos de los planes de salud, y en segundo lugar, la entidad demandada ha adelantado las actuaciones necesarias para tratar al Sr. Gómez García de las diversas afecciones que le aquejan. No obstante, considera esta Sala que una vez las condiciones de salud del peticionario lo permitan, el Subsistema de Salud de la Policía Nacional debe reanudar el tratamiento integral de la enfermedad de obesidad mórbida".

56 Con todo, se recuerda que es deber de los ciudadanos advertir a los jueces de instancia de la existencia de otras tutelas propuestas por los mismos hechos y especificar la diferencia entre unas y otras, a fin de evitar que se decida nuevamente por los mismos hechos.