

Sentencia T-264/03

ACCION DE TUTELA-Modalidades básicas de procedencia

Existen dos modalidades básicas de procedencia de la acción de tutela: i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, caso en el cual adquiere el carácter de mecanismo subsidiario y el juez impartirá una orden de carácter definitivo; y, ii) cuando existiendo el medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para evitar un perjuicio irremediable. En este evento, la orden judicial se imparte con carácter transitorio, mientras se emite pronunciamiento por el juez ordinario.

JUEZ DE TUTELA-Verificación afectación de derechos

El juez de tutela debe verificar la efectiva vulneración o amenaza del derecho fundamental de los accionantes, para luego establecer si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto. Si no se dispone de dicho mecanismo procesal, deberá darse curso a la acción de tutela. Por el contrario, si existe una vía de defensa judicial, deberá considerar, frente a las circunstancias del caso, su eficacia para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues esta condición será la que lo faculte como juez constitucional para decidir de fondo en el asunto puesto a su conocimiento.

DERECHO A LA SALUD-Concepto

La Corte Constitucional ha entendido por derecho a la salud “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.

DERECHO A LA SALUD-Cirugía por obesidad mórbida

Se ordenará a la E.P.S. que programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique el especialista tratante a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la peticionaria y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico. De igual manera,

se le debe brindar la atención integral que requiera dicha señora para el mejoramiento de su calidad de vida.

PREVENCION EN TUTELA-Naturaleza jurídica

DERECHO A LA SALUD-Cirugía bariátrica por obesidad mórbida/INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Práctica de cirugía excluída/ACCION DE TUTELA-Naturaleza permite fallar ultra o extrapetita

La titular de los derechos cuya protección se reclama por vía de tutela es una persona que padece de obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial aunadas éstas a otras patologías, que según lo prescrito por el especialista tratante requiere para su mejoría de una cirugía bariátrica, procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud. Al cumplirse las subreglas para la inaplicación de la reglamentación el amparo constitucional debió concederse, por ese motivo se revocará la sentencia de instancia. Sin embargo, la Sala debe precisar que no por el simple hecho de resultar procedente el amparo constitucional debe accederse a lo estrictamente solicitado por el accionante, puesto que es el juez de tutela, conforme se indicó, quien debe fijar el alcance de la orden de protección a efectos de garantizar materialmente la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados. Contrario sensu, si de las pruebas obrantes en el expediente se constata que a pesar de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, acceder a lo solicitado en el escrito de tutela resulta ser perjudicial o no beneficioso para el accionante, ello no significa que el juez debe negar el amparo, pues en materia de tutela el funcionario judicial está facultado para fallar extra o ultra petita.

CAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA QUE REQUIERE CIRUGIA-Prueba

En lo referente a la capacidad económica se aprecia que ésta no cuenta con una fuente de recursos propios, pues su actividad es la propia de una ama de casa, que depende del señor, según el dicho de éste. Lo anterior, permite concluir que ella no puede sufragar el costo del procedimiento quirúrgico, que tiene un valor superior a los \$10.000.000, sin afectar su digna subsistencia. Tampoco se demostró que ella pueda acceder al servicio de salud que requiere por otro sistema o plan de salud.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-681519

Acción de tutela instaurada por Sandro Dagoberto Poches Cantor en representación de la señora Glaris María Roa Sánchez contra SaludCoop E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil tres (2003).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá D.C..

1. Hechos y fundamentos de la solicitud de amparo

El señor Sandro Dagoberto Poches Cantor interpuso acción de tutela, en representación de su compañera Glaris María Roa Sánchez por considerar que SaludCoop E.P.S. le ha violado a ésta sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud.

En el escrito de tutela relató que la señora Glaris María Roa Sánchez¹, se encuentra afiliada como beneficiaria² a la mencionada E.P.S. desde el 6 de octubre de 1999 y que el 16 de mayo de 2000 presentó una inflamación estomacal que la obligó a acudir al centro de atención médica que le fijó SaludCoop, esto es la Clínica Hospital Juan N. Corpas, entidad donde después de varios exámenes le fue diagnosticada Obesidad Mórbida e Hipertensión Pulmonar.

Agregó que, ante esa situación fue remitida a consulta con el Dr. Hernán Yupanqui adscrito a la Clínica Hospital Juan N. Corpas, que una vez valoró el estado de salud de su compañera, le ordenó la práctica de una Cirugía Bariátrica.³

Dicho procedimiento quirúrgico fue solicitado a SaludCoop E.P.S. entidad que negó su realización con fundamento en que estaba excluido del Plan Obligatorio de Salud⁴ y que por lo mismo, debía ser cancelado con recursos propios, en un monto que oscila entre \$10.000.000 y \$12.000.000.

Precisó que ni su compañera ni él, cuentan con los recursos suficientes para sufragar la mencionada cirugía y el tratamiento por ella requerido. Por lo que solicitó el amparo de los derechos fundamentales invocados y en consecuencia, se ordenara a la entidad accionada autorizar la cirugía y el tratamiento que requiere la señora Glaris María Roa Sánchez.

2. Respuesta de la entidad accionada

El Gerente Regional Cundinamarca de SaludCoop E.P.S., solicitó denegar la acción de tutela interpuesta, por considerarla improcedente.

Argumentó, que la paciente cuenta con otros medios de defensa como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social o en su lugar, formular consulta ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Señaló que la E.P.S. no ha violado los derechos fundamentales de la señora Roa Sánchez y concretamente el derecho a la vida, por cuanto no existe una relación directa y estricta entre el tratamiento médico dejado de suministrar y su integridad física.

En este sentido indicó, que la no realización del procedimiento solicitado, en manera alguna afecta la integridad personal de la paciente, ni sus signos vitales y mucho menos su vida, puesto que se trata de una cirugía que no es de carácter vital y por ende no es indispensable para su subsistencia, ello por tratarse, según los planteamientos médicos, de una intervención de carácter experimental, razón por la cual el Sistema General de Seguridad Social en Salud no la incluyó en el Plan Obligatorio.

Concluyó, que la obligación de practicar el procedimiento solicitado, lo cual incluye la realización de exámenes, medicamentos y tratamientos, en caso de incapacidad económica de la usuaria corresponde al Estado a través de la Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), por cuanto de conformidad con las disposiciones legales y

reglamentarias vigentes, la E.P.S. no está facultada para autorizar la realización de la intervención quirúrgica objeto de la tutela.

3. Otras pruebas practicadas por el juez de instancia

3.1. Ampliación de la solicitud de tutela

El señor Sandro Dagoberto Poches Cantor, en su declaración señaló que su compañera Glaris María Roa Sánchez tiene un delicado estado de salud, ya que se encuentra hospitalizada en la Clínica Hospital Juan N. Corpas desde el 29 de octubre de 2002, a causa de un dolor intenso y una inflamación del abdomen.

Relató que el estado de salud de su compañera es preocupante ya que ha subido aproximadamente 40 kilos en ocho días, llegando a pesar 135 kilos, agregó que “ella no alcanza a caminar tres cuadras porque se ahoga, por lo que los médicos, han señalado que su mejoría depende de la intervención para controlar el sobrepeso.”

Advirtió que su fuente de ingresos es la pensión de invalidez que devenga por cuenta del Ejército Nacional, generada con ocasión de la pérdida de su pierna derecha, lo que le obliga a utilizar una prótesis, situación que le impide trabajar.⁵

3.2. Declaración del endocrinólogo Dr. Hernán Yupanqui

El especialista tratante, una vez interrogado por el juez sobre el estado de salud de la señora Glaris María Roa Sánchez, manifestó que ella “padece de obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial” por lo que le prescribió una cirugía bariátrica la cual “es practicada por médicos especializados en el manejo quirúrgico de la obesidad”. Agregó que ese procedimiento fue ordenado “debido a que en los dos años que ha asistido a la paciente a pesar de cumplir con el tratamiento médico no quirúrgico, no ha respondido a éste y a la fecha presenta complicaciones de obesidad grave que padece. En las normas internacionales y nacionales se menciona que una persona con un índice de masa corporal mayor o igual a cuarenta es candidata en este tipo de cirugía. El beneficio mediato se consigue al lograr bajar de un veinte a treinta por ciento de peso evitando el deterioro de su aparato cardio pulmonar que a la fecha ya está comprometido según examen que se anexa.⁶ Para este tipo de obesidad la indicación única es cirugía junto a las otras medidas como son

alimentación adecuada, actividad física y manejo por equipo multidisciplinario.”⁷

Agregó el médico especialista que “la obesidad mórbida que padece la señora Glaris Roa le puede producir daño cardio pulmonar incluso con compromiso de su vida como está demostrado en la documentación científica a la fecha disponible.”⁸

Finalmente, afirmó que la cirugía bariátrica no es un procedimiento estético y que en su opinión “como médico que maneja diariamente estos pacientes [es pertinente] que se incluya la obesidad mórbida como una enfermedad importante en nuestro país y se actualicen las normas y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud. Esta cirugía debe ser practicada por un equipo especializado en el manejo de la cirugía bariátrica, de los cuales contamos con varios en Bogotá, los cuales han practicado este tipo de operaciones y se han podido salvar muchas vidas.”⁹

3.3. Dictamen del médico forense

El a-quo, teniendo en cuenta la incapacidad física de la señora Roa Sánchez, decretó la valoración de su estado de salud y la práctica de un experticio sobre la urgencia con que ella requiere la cirugía bariátrica, por cuenta de un médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En cumplimiento de lo anterior, dicha prueba tuvo lugar el 7 de noviembre de 2002 y producto de ella se rindió dictamen pericial que en lo pertinente señaló:

“El caso que nos ocupa se trata de una mujer de 37 años de edad con una Obesidad Mórbida con un I.M.C. por encima de 60 con antecedentes médicos de importancia, de varios años de evolución como son: 1) Hipotiroidismo 2). Hipertensión pulmonar 3). COR pulmonar 4). Hernia Hiatal 5). Síndrome de Pick Wick 6) Hipertensión Arterial quien actualmente se encuentra hospitalizada para manejo y estabilización de su descompensación hipertensiva y hemodinamica.

Igualmente se trata de una paciente en quien es procedente practicar estudio minucioso para manejo de su obesidad desde el punto de vista quirúrgico, sin que constituya una urgencia médica.

En términos generales existen parámetros que orientan sobre quien debe someterse a Cirugía de la Obesidad como por ejemplo: si su índice de masa corporal es mayor de 40,

cuando el sobrepeso está ocasionando enfermedades que afecten diferentes órganos o sistemas del paciente (Diabetes, Infarto, Insuficiencia Cardíaca o respiratoria, etc.) Edad entre 16 y 65 años etc.

Igualmente se habla en la literatura de entidades que causan obesidad y que no estaría indicada tal cirugía por ejemplo: Síndrome de Cushing, Hipotiroidismo, Síndrome de Turner, Síndrome de Down, Hipogonadismo, tratamiento con esteroides, etc.

Respecto de la Obesidad Mórbida de la paciente en cuestión, teniendo en cuenta sus antecedentes médicos y sus condiciones actuales, debe realizarse estudio y valoración por un grupo multidisciplinario de profesionales que comprenden no solo los médicos tratantes sino los posibles realizadores de dicho procedimiento.

Debe medirse los riesgos, beneficios y en conjunto y con el conocimiento claro de la paciente, decidir la conducta a seguir.

Como no se trata de una cirugía de urgencia, sino de una cirugía electiva, la paciente debe ser previamente estabilizada en sus demás patologías, estudiada y valorada con miras a definir si se realiza o no la intervención quirúrgica.”¹⁰

4. Decisión judicial objeto de revisión

Mediante sentencia del 8 de noviembre de 2002, el Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá D.C., denegó la acción de tutela por considerar, que si bien de las pruebas obrantes en el expediente se demostró que la señora Glaris María Roa Sánchez padece de obesidad mórbida, patología que tiene relación directa con su vida, por ser ésta una enfermedad crónica y de otra parte, se comprobó la viabilidad de la cirugía bariátrica para reducir el peso de la paciente y así lograr una mejoría en su estado de salud; esos dos presupuestos debían interpretarse a la luz de la información contenida en la historia clínica y en el dictamen del médico forense que valoró a la señora Roa Sánchez, según lo cual, al no gozar la paciente de un buen estado de salud a causa de la hipertensión e hipotiroidismo que padece, no la hacen candidata al procedimiento solicitado.

Sostuvo que la entidad accionada ha venido suministrando oportunamente la atención

médica que la paciente ha requerido garantizando de esa manera los derechos fundamentales invocados, no estando obligada la E.P.S. a autorizar el procedimiento quirúrgico solicitado, pues éste es de carácter electivo más no de urgencia. Señaló además, que para el cumplimiento de la orden del especialista tratante se requiere una valoración previa a la señora Roa Sánchez por parte de un equipo multidisciplinario, a efectos de establecer, la conveniencia de la intervención quirúrgica frente a los antecedentes de las enfermedades que padece hace años.

Sin embargo, previno a la E.P.S. accionada para que conforme se señaló en el dictamen de medicina legal la señora Roa Sánchez sea valorada de manera inmediata por un equipo interdisciplinario de profesionales “que comprende no solo los médicos tratantes sino los posibles realizadores de dicho procedimiento”, para que se analicen en conjunto con la paciente los riesgos y beneficios frente a la solicitud de cirugía bariátrica que formuló el médico endocrinólogo Hernán Yupanqui y en caso de no ser conveniente se determine el tratamiento médico que requiere para recuperar su salud.

Finalmente, precisó que en el evento que SaludCoop se niegue a suministrar el tratamiento médico ordenado por el equipo multidisciplinario si así lo considera pertinente la paciente, esa circunstancia dará lugar a una nueva acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Problema jurídico

De acuerdo con la información suministrada, la Sala deberá determinar si los derechos fundamentales invocados a favor de la señora Glaris María Roa Sánchez, resultan vulnerados por SaludCoop E.P.S, ante la negativa de esa entidad de realizar la cirugía bariátrica que le fuera prescrita por su especialista tratante.

2. La acción de tutela y las órdenes de protección y prevención. Reiteración de jurisprudencia

La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de nuestra Carta Fundamental como un mecanismo procesal específico y directo que tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación

jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación y cuando sean reclamados de modo concreto y específico, no obstante que en su formulación concurren otras hipótesis de reclamo de protección judicial de derechos de otra naturaleza y categoría, caso en el cual prevalece la solicitud de tutela del derecho constitucional fundamental y así debe proveer el juez para lograr los fines que establece la Constitución.

Con tal finalidad, existen dos modalidades básicas de procedencia de la acción de tutela: i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, caso en el cual adquiere el carácter de mecanismo subsidiario¹¹ y el juez impartirá una orden de carácter definitivo; y, ii) cuando existiendo el medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para evitar un perjuicio irremediable¹². En este evento, la orden judicial se imparte con carácter transitorio, mientras se emite pronunciamiento por el juez ordinario.¹³

De esta manera, el juez de tutela debe verificar la efectiva vulneración o amenaza del derecho fundamental de los accionantes, para luego establecer si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto. Si no se dispone de dicho mecanismo procesal, deberá darse curso a la acción de tutela. Por el contrario, si existe una vía de defensa judicial, deberá considerar, frente a las circunstancias del caso, su eficacia para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues esta condición será la que lo faculte como juez constitucional para decidir de fondo en el asunto puesto a su conocimiento.

Al respecto, la Corte ha señalado que “para los efectos de establecer cuando cabe y cuando no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen, así como las pretensiones del actor, para verificar sí, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o sí a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales”¹⁴.

Por consiguiente, para resolver acerca de la procedencia de la tutela habrá de verificarse en cada caso la vulneración o amenaza de derechos fundamentales involucrados. Si ello así

acontece, se constatará luego la inexistencia de un medio judicial de defensa al que pueda acudir el afectado o, en caso contrario, se determinará su falta de idoneidad o eficacia para la protección del derecho o la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La protección constitucional, conforme lo establece el artículo 86 Superior, consiste en una decisión de inmediato cumplimiento para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo. Ello denota entonces, la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia de la acción de tutela, puesto que sería inocuo que a pesar de demostrarse la vulneración de un derecho de rango fundamental bajo los dos supuestos de procedencia explicados, el juez de tutela no adoptara las medidas necesarias y suficientes para garantizar materialmente el goce de los derechos fundamentales objeto de la controversia.

Tan relevante resulta la labor del juez de tutela para decidir cuál será la orden de protección adecuada para materializar los postulados del Estado Social de derecho, que él está facultado para fallar ultra o extra petita, si de los hechos que dieron origen a la acción, se deduce el quebrantamiento de un derecho fundamental distinto al alegado.¹⁵

Sobre este particular ha señalado la Corte Constitucional¹⁶, lo siguiente:

Al respecto, ha de advertirse que el artículo 86 de la Constitución, al contemplar la acción de tutela, hace consistir la protección -si aquélla prospera- en una orden de inmediato cumplimiento, para que la autoridad o persona a la cual se dirige “actúe o se abstenga de hacerlo”. Si tal es la finalidad de lo que el juez puede disponer en el caso concreto, ella resulta desvirtuada cuando la orden contiene elementos equívocos que inducen a confusión a quien la recibe y a quien resulta protegido o afectado, a lo cual se agrega que la falta de un criterio cierto acerca de lo que debe hacerse pueda llevar a la prolongación de la violación de los derechos o a nuevos factores de la misma, en detrimento del sentido constitucional de la institución.

Por ello, las órdenes que se impartan en materia de tutela han de ser claras, específicas y contundentes, relativas a la situación que se estima configura la vulneración de los derechos y referentes de manera precisa e indudable a la manera como el juez concibe que ellos quedarán eficiente y prontamente amparados.

Para la Corte, el juez debe suministrar todos los elementos que integran su mandato y ha de abstenerse de dejar librada a la voluntad del sujeto pasivo de aquél la determinación de hacer o no hacer algo, lo que puede prestarse a modalidades de incumplimiento e inclusive crear dificultades posteriores cuando sea necesario tramitar un eventual incidente por desacato. Para que éste pueda prosperar resulta indispensable la claridad de la orden impartida y el cotejo entre su sustancia y lo efectivamente hecho por el destinatario.

Comprendido lo anterior, es necesario ahora hacer una breve alusión a la forma como opera la orden de “prevención” de que trata el artículo 24 del Decreto-ley 2591 de 1991 en materia de tutela.

En efecto, esta Corporación ha sostenido respecto de la naturaleza jurídica de la prevención, que ésta no es un simple consejo ni declaración simbólica que carezca de efecto práctico alguno, sino un verdadero llamado al orden y al respeto de los derechos fundamentales (artículo 2 C.P.), que consiste finalmente en una disposición obligatoria del juez. Si ella se desobedece, configura flagrante incumplimiento de la sentencia dictada.¹⁷

Por su parte, sobre la aplicabilidad de la norma legal citada se ha explicado que¹⁸:

Es verdad que en ocasiones, al momento de proferir el fallo, encuentra el juez que ya la situación objeto del mismo ha sido superada, bien porque han cesado los actos u omisiones que afectaban el derecho, o por haberse producido, en el caso de los actos administrativos, resolución judicial o providencia gubernativa que los revoca o modifica, con repercusión en la circunstancia concreta del accionante.

Y también es cierto que, en esas hipótesis, la orden judicial encaminada a que se haga algo que ya ha sido ejecutado o a que se suspenda una actividad que ya no se cumple, o a que se restablezca un derecho que en la actualidad no está siendo quebrantado, carece de sentido y utilidad.

Pero de allí no se deduce que el juez quede relevado de la obligación, que por el sistema jurídico se le ha impuesto, de definir si la acción de tutela ha prosperado o no.

Eso explica que, cuando el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 consagra la regla aplicable en semejantes eventos, dando lugar a la prevención judicial que debe entonces hacerse

explícita, parta del supuesto de que se ha concedido la tutela. Entonces, la orden se sustituye por la advertencia, para casos futuros similares, pero la autoridad judicial dilucida el problema que ante ella ha sido planteado y mediante su dictamen, protege a la persona cuyos derechos fueron desconocidos, aunque la protección no se traduce en ese evento en un mandato específico referente a la situación superada sino en uno genérico, también obligatorio para el agente cuya conducta u omisión ha ocasionado la tutela...

De esta manera, en el evento de que el juez de tutela advierta la procedencia de la acción de tutela no puede abstenerse de proferir una orden de protección clara, específica y contundente para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales en controversia, sustituyendo esa decisión por una orden de prevención, que tiene como presupuesto que el supuesto de hecho del reclamo de protección constitucional haya sido superado.

3. Derecho a la Salud y Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia

También ha precisado, que esta garantía no solamente incluye el derecho a reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, la terapéutica indicada y controlar oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, se ordenen y practiquen de manera oportuna y completa los exámenes y pruebas que los médicos prescriban.²⁰

Tanto la salud como la seguridad social, hacen parte de los denominados derechos de segunda generación, que corresponden al Capítulo II del Título II de la Constitución Política, “Los derechos económicos, sociales y culturales”.

Jurisprudencialmente²¹ se ha explicado, que estos derechos son prestacionales propiamente dichos y para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva.²²

Sin embargo, la doctrina constitucional ha sido uniforme en sostener que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.²³

De esta manera, los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección.²⁴

Por lo anterior, las normas que reglan el acceso al servicio a la salud, esto es la Ley 100 de 1993 y sus preceptos reglamentarios no puede desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud, aplicando de manera estricta dicha normatividad, niegan la autorización de un procedimiento quirúrgico u omiten el suministro de medicamentos o elementos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud.

Frente a tales situaciones, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática y reiterada, en el sentido de que procede la inaplicación de la reglamentación que excluye dichos beneficios, cuando se cumplan las siguientes condiciones²⁵:

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 interesado²⁶, 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, medicina prepagada, 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 las cosas, deberá ahora evaluarse si en el caso concreto se presentan las condiciones antes señaladas, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.

4. Caso Concreto

De las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que la titular de los derechos cuya protección se reclama por vía de tutela es una persona que padece de obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial aunadas éstas a otras patologías, que según lo prescrito por el especialista tratante requiere para su mejoría de una cirugía bariátrica, procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud.

En concepto del médico especialista “la obesidad mórbida que padece la señora Glaris Roa le puede producir daño cardio pulmonar incluso con compromiso de su vida como está demostrado en la documentación científica a la fecha disponible” afirmación ésta que mantiene su validez teniendo en cuenta que ni de la defensa la E.P.S. accionada, ni del dictamen del médico forense puede concluirse lo contrario.

En el mismo sentido se estableció que no existe dentro del Plan Obligatorio de Salud, un procedimiento que reemplace el ordenado por el especialista tratante de forma tal, que tanto la primera como la segunda de las subreglas reseñadas para inaplicar las normas de carácter reglamentario invocadas por SaludCoop para negarse a autorizar la realización de la mencionada cirugía se cumple a cabalidad.

En lo referente a la capacidad económica de la señora Roa Sánchez se aprecia que ésta no cuenta con una fuente de recursos propios, pues su actividad es la propia de una ama de casa, que depende del señor Sandro Dagoberto Poches Cantor, según el dicho de éste. Lo anterior, permite concluir que ella no puede sufragar el costo del procedimiento quirúrgico,

que tiene un valor superior a los \$10.000.000, sin afectar su digna subsistencia. Tampoco se demostró que ella pueda acceder al servicio de salud que requiere por otro sistema o plan de salud.

La cuarta de las subreglas indicadas también se cumple puesto que el endocrinólogo Dr. Hernán Yupanqui, quien desde el 30 de agosto de 2000 viene asistiendo médicamente a la señora Roa Sánchez y el 8 de octubre de 2002, ordenó el procedimiento quirúrgico negado, tiene un convenio de atención especializada con la Clínica Hospital Juan N. Corpas que es la Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S.)²⁷ con la que SaludCoop contrató la atención médica de la paciente.

De lo anterior se infiere, que al cumplirse las subreglas indicadas el amparo constitucional debió concederse, por ese motivo se revocará la sentencia de instancia.

Sin embargo, la Sala debe precisar que no por el simple hecho de resultar procedente el amparo constitucional debe accederse a lo estrictamente solicitado por el accionante, puesto que es el juez de tutela, conforme se indicó, quien debe fijar el alcance de la orden de protección a efectos de garantizar materialmente la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados.

Contrario sensu, si de las pruebas obrantes en el expediente se constata que a pesar de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, acceder a lo solicitado en el escrito de tutela resulta ser perjudicial o no beneficioso para el accionante, ello no significa que el juez debe negar el amparo, pues como se explicó, en materia de tutela el funcionario judicial está facultado para fallar extra o ultra petita.

En la providencia objeto de revisión, el juez de tutela advirtió con base en la declaración del especialista tratante y del médico forense la necesidad de que previamente a la realización de la cirugía, la paciente fuera valorada por un equipo multidisciplinario a efectos de que se establecieran los riesgos y beneficios de la cirugía bariátrica solicitada, así como la normalización de las demás patologías que requiere la señora Roa Sánchez. A pesar de lo anterior, optó por negar el amparo y “prevenir” a la E.P.S. accionada para que realizara varias actuaciones que perfectamente pudieron constituir la orden de protección.

Esta orden de prevención del a-quo, no resulta ser ni siquiera una a las que hace referencia

el artículo 24 del Decreto-ley 2591 de 1991 y por ello, una decisión de esa naturaleza, no tiene la eficacia que requiere la garantía de los derechos fundamentales. Si la Juez 32 Penal Municipal de Bogotá D.C., no consideraba viable ordenar lo solicitado en los estrictos términos del escrito de tutela, no podía a pesar de advertir la violación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de la señora Roa Sánchez, “negar” el amparo solicitado.

Una interpretación de ese talante, no sólo resta eficacia a este mecanismo de protección de derechos sino que atenta contra el principio de informalidad, trasladando este trámite a los cauces de la justicia rogada, incompatible con la función del juez constitucional.

Desde esta perspectiva, lo que en la sentencia del a-quo se señaló como “prevención”, en este caso debió ser la orden de protección, puesto que esa resulta una forma eficaz de garantizar los derechos cuyo amparo fue solicitado y más si se tienen en cuenta los planteamientos médicos obrantes en el expediente, sobre los riesgos que puede tener el procedimiento y la necesidad de que la paciente conozca de ellos.

Por lo anterior, se ordenará a SaludCoop E.P.S. que programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique el Dr. Hernán Yupanqui (especialista tratante) a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la señora Glaris María Roa Sánchez y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico. De igual manera, se le debe brindar la atención integral que requiera dicha señora para el mejoramiento de su calidad de vida.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá D.C., del 8 de noviembre de 2002, en la acción de tutela interpuesta por el señor Sandro Dagoberto Poches Cantor en representación de la señora Glaris María Roa Sánchez contra SaludCoop E.P.S.. En

consecuencia, se concede el amparo solicitado.

Segundo.- ORDENAR al Representante Legal de SaludCoop E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique el Dr. Hernán Yupanqui (especialista tratante) a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la señora Glaris María Roa Sánchez y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico. De igual manera, se le debe brindar la atención integral que requiera dicha señora para el mejoramiento de su calidad de vida.

Tercero. INAPLICAR, para este caso concreto, el numeral 7 del artículo 14 del Decreto 1485/94, el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud y los artículos 10 y 88 del Decreto 806 de 1998 o las normas que reproduzcan tales actos, que fueron esgrimidas por SaludCoop E.P.S. para sustentar la negativa a autorizar la cirugía bariátrica que requiere la accionante.

Cuarto.- DECLARAR que a SaludCoop E.P.S. le asiste el derecho a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por la Sala, en consecuencia podrá repetir contra la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Quinto.- Para dar cumplimiento a lo señalado en el numeral anterior, el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud -Fosyga- dispone de un término de treinta (30) días contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

Sexto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En las diferentes pruebas obrantes en el expediente se hace referencia a la accionante como "Gladys María", sin embargo, a folio 7 aparece una fotocopia del duplicado de la cédula de ciudadanía de la mencionada señora que la identifica como "Glaris María", por lo cual se le dará preeminencia a dicho documento.

2 Folio 7 del expediente.

3 Folio 13 del expediente.

4 A folio 14 del expediente obra el formato de negación de servicios de salud.

5 Folio 35 del expediente.

6 Hace referencia al documento obrante a folio 30 del expediente que contiene el ecocardiograma transesofágico, realizado el 25 de abril de 2002 a la señora Roa Sánchez, en el que se concluyó: "1. Cor pulmonar con compromiso leve de la función sistólica del Ventrículo derecho. 2. Hipertensión pulmonar. Presión sistólica de la arteria pulmonar estimada en 82mmHG. 3. Severa dilatación biauricular."

8 Ídem.

9 Folio 29 del expediente.

10 Folios 40 a 46 del expediente.

11 La Corte ha considerado que la tutela es un mecanismo subsidiario para la protección de

los derechos fundamentales, característica que se deduce de la procedencia de la acción cuando el afectado no dispone de medio de defensa judicial. En este sentido, el carácter subsidiario se comprende en cuanto la tutela suple la inexistencia de un medio ordinario de defensa judicial. Al respecto, en la Sentencia T-007/92 se señaló que: "... la acción de tutela no procede, según el artículo 86 de la Carta, cuando el presunto afectado disponga de otros medios de defensa judicial. Allí radica precisamente la naturaleza subsidiaria de esa acción, la cual no es mecanismo alternativo o sustitutivo de los procesos que, de conformidad con las reglas constitucionales y legales, están a cargo de las distintas jurisdicciones".

12 Señala el artículo 86 de la Carta Política que la acción de tutela "procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Esta figura del perjuicio irremediable es tenida en cuenta en el Decreto 2591 de 1991, en donde se señala (art. 6º) que la acción de tutela es improcedente "1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante". El numeral 1 del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 fue declarado exequible por esta Corporación en la Sentencia C-018/93.

13 La naturaleza particular de un conflicto sometido a consideración del juez de tutela puede admitir, excepcionalmente, que se imparta una orden definitiva aunque se disponga de un medio judicial de defensa. Esta circunstancia se presenta, por ejemplo, cuando se imparte la orden de efectuar el pago de mesadas pensionales dejadas de cancelar al accionante que, con tal omisión, encuentra vulnerado su derecho al mínimo vital.

14 Corte Constitucional. Sentencia T-001/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-450/98 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-575/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-555/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-366/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-597/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 Corte Constitucional. Sentencias T-366/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-849/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 Corte Constitucional. Sentencias T-102 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-560 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

22 Corte Constitucional. Sentencia SU-819/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

23 Al respecto pueden estudiarse las sentencias T-108 de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz, T-207 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-042 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

24 Corte Constitucional. Sentencia SU-819/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

25 Corte Constitucional. Sentencias C-112/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-370, 385 y 419 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-236, 283, 286 y 328 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz; T-560/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-406/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

26 Sentencia SU-111/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

27 Folio 14 del expediente.