

Sentencia T-299/15

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Evolución jurisprudencial

DERECHO A LA SALUD-Mecanismos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad según Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; la aceptabilidad hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida. La accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información. Finalmente, la calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes

y/o usuarios.

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Criterios constitucionales para acceder a servicios no POS

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DE REQUERIR CON NECESIDAD-Subreglas

DERECHO A LA SALUD Y PROCEDIMIENTOS ESTETICOS Y FUNCIONALES EN EL POS

Por mandato legal se deberán prestar con cargo al Estado los procedimientos que sean considerados estéticos, siempre que los mismos no se limiten a un propósito meramente suntuario o cosmético y, por el contrario, se dirijan a lograr la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, en un contexto acorde con la garantía de la dignidad humana de quien presenta el padecimiento.

CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON FINES DE EMBELLECIMIENTO-Reiteración de jurisprudencia/CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON CARACTER FUNCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

Si bien las cirugías plásticas o estéticas se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando solamente buscan mejorar un aspecto físico con el cual las personas no están conformes, no ocurre lo mismo en aquellos casos en que tienen fines funcionales o de mantenimiento de la capacidad vital, caso en el cual se entienden incluidas en el POS y tendrán que ser prestadas por las EPS. Para negar dichos tratamientos, se deberá demostrar -con fundamento en conceptos médicos- que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no responden a criterios funcionales reconstructivos. Esta obligación se deriva del principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al cual, es de su esencia, amparar todas las contingencias que afectan la salud de una persona y en general las condiciones de vida de la población.

CIRUGIA DE MAMOPLASTIA REDUCTORA-Deber de las EPS autorizar la práctica de cirugías de reducción del tamaño de los senos con propósitos funcionales, por estar incluidas en el POS

DERECHO A LA SALUD-Orden a EPS autorizar la práctica de la cirugía mamoplastia de reducción ordenada por el médico tratante

Referencia: Expediente T-4.691.256

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Sofía en contra de la Nueva EPS S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 11 de septiembre de 2014 por el Juzgado Segundo de Menores de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por la señora Sofía en contra de la Nueva EPS S.A.

I. ANTECEDENTES

1.1. Cuestión previa

La presente acción de tutela tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de una señora, en el ámbito del tratamiento de datos sensibles, relativos a la salud y a su intimidad[1]. Por dicha razón, y en aras de proteger su privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, se emitirán respecto de este caso dos copias del mismo fallo, diferenciándose en que se sustituirán los nombres reales en aquella copia que se publique en la gaceta de la Corte Constitucional.

El 29 de agosto de 2014, la señora Sofía presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS S.A., con el fin de obtener el amparo de su derecho fundamental a la salud, el cual consideró vulnerado por la negativa de la entidad demandada de ordenar un procedimiento

denominado mamoplastia de reducción lateral en mama izquierda, que había sido prescrito por el médico tratante. Los hechos que justifican el amparo se resumen en los siguientes términos:

- La señora Sofía tiene 48 años y se encuentra afiliada a la Nueva EPS como cotizante del régimen contributivo.
- A finales del año 2010, la accionante fue intervenida quirúrgicamente para la extracción de unas masas ubicadas en la axila derecha, las cuales, luego de ser examinadas, resultaron en un diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante con compromiso de borde, esto es, un tipo de cáncer de mama.
- En virtud de lo anterior, se le realizó otra cirugía denominada mastectomía radical modificada unilateral derecha y colgajo local de piel compuesto de vecindad, por la que se le ordenó un tratamiento de quimioterapia (tanto por vía intravenosa como oral) y de radioterapia. Estos procedimientos fueron cubiertos por la EPS.
- Una vez cicatrizó la herida de la mastectomía, el médico a cargo de su tratamiento remitió a la señora Sofía ante un cirujano estético para que le practicara una reconstrucción de la mama derecha. Este proceso se desarrolla a partir de diferentes etapas que varían dependiendo de cada asunto en específico, el cual, según dispuso el profesional tratante, en el caso de la accionante, para lograr un efectivo proceso reconstructivo requería de: (i) la extracción de cuerpo extraño de mama por mastectomía, (ii) la reconstrucción del complejo areola pezón de la mama derecha y (iii) la mamoplastia de reducción sod de la mama izquierda[2].

Según consta en el expediente, las dos primeras intervenciones fueron autorizadas por la EPS accionada[3]. Sin embargo, se negó la reducción de su mama izquierda, al estimar que se trata de un procedimiento NO POS que tiene carácter estético.

- En relación con lo expuesto, la señora Sofía señala que requiere la cirugía de reducción del seno sano para lograr la simetrización con respecto a la mama intervenida, ya que después de los procedimientos a los que se ha visto sometida en razón del cáncer, los mismos presentan tamaños diferentes y ello le genera fuertes afectaciones emocionales.

1.3. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los citados hechos, la señora Sofía solicita el amparo de su derecho a la salud, para lo cual pide que se ordene a la Nueva EPS S.A. que autorice el procedimiento quirúrgico denominado: mamoplastia de reducción contra lateral en mama izquierda, el cual fue ordenado por el médico tratante.

1.4. Contestación de la Nueva EPS S.A.[4]

En criterio de la Nueva EPS, la intervención de reducción de un seno para lograr la simetría de ambos es un procedimiento de carácter estético o de embellecimiento, que sólo pretende mejorar la apariencia física y no restablecer alguna función orgánica. Por ello, al tratarse de un procedimiento excluido del POS, el Comité Técnico Científico se encontraba facultado para negar su autorización, ya que lo solicitado no pretende corregir defectos funcionales u orgánicos, según lo previsto por el Acuerdo 008 de 2009[5], la Resolución 5261 de 1994[6], el parágrafo del artículo 6 de la Resolución 3099 de 2008[7], el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013[8] y la Sentencia T-760 de 2008. En definitiva, a partir de lo expuesto, la Nueva EPS pide que se niegue la tutela, pues no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

1.5. Intervención del médico tratante[9]

A partir del requerimiento del a-quo, el médico tratante expuso que la reconstrucción mamaria es un procedimiento necesario para lograr una recuperación adecuada tanto funcional como estética de la accionante. Dicha intervención debe adelantarse en distintas etapas, las cuales pueden variar en cada situación particular. En concreto, respecto del caso de la tutelante, resalta que “se realizó reconstrucción de volumen de seno derecho con un expansor prótesis y reconstrucción de isla de piel de seno derecho con colgajo dorsal ancho, en el caso del seno reconstruido la siguiente etapa consiste en reconstruir el complejo areola pezón, y el retiro de la válvula de la prótesis expansora para que de ahí en adelante se comporte como una prótesis definitiva, además la paciente requiere una reducción del volumen mamario contralateral, ya que por su volumen es imposible llevar el seno reconstruido al mismo tamaño del seno sano.”[10]

En este contexto, el médico tratante trae a colación que la diferencia de volumen y peso

entre los dos senos, en términos de salud, puede ocasionar (i) problemas de tipo mecánico en la columna vertebral y (ii) repercusiones psicológicas por las molestias que se generan al momento de vestirse para tratar de disimular la disparidad que se presenta.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

En sentencia del 11 de septiembre de 2014, el Juzgado Segundo de Menores de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca) decidió negar el amparo deprecado, al estimar que la cirugía solicitada no se requiere “para recuperar la forma o una función perdida o mejorar una dolencia o curar una enfermedad, tal como lo exige la jurisprudencia constitucional, pues se pretende intervenir el órgano sano de la paciente solo para hacerlo simétrico con la prótesis del órgano intervenido (...) por lo que no se trata entonces de corregir defectos funcionales u orgánicos que afecten directamente la vida y salud de la paciente, sino de un procedimiento estético que no puede ser sufragado con recursos públicos”. De igual modo, el *a-quo* señala que no existe constancia de que la actora se encuentre afectada psicológicamente.

III. PRUEBAS

- Copia de la orden proferida el 2 de julio de 2014 por el médico tratante adscrito a la Nueva EPS S.A., en la que se prescriben tres intervenciones quirúrgicas requeridas por la paciente, a saber: (i) “extracción de cuerpo extraño de mama por masectomía”, (ii) “reconstrucción del complejo areola pezón” y (iii) “mamoplastia de reducción sod”[11].

- Copia de la pre-autorización de servicios que realiza el 23 de julio de 2014 la Nueva EPS, particularmente, en relación con los siguientes procedimientos: (i) la “reconstrucción del complejo areola pezón” y (ii) la “extracción de cuerpo extraño de mama por masectomía”[12].

- Copia de un documento en el que se transcriben apartes tomados de la historia clínica de la paciente, emitido con fines administrativos por la IPS ESENSA -Especialistas en salud- el 2 de julio de 2014[13].

- Copia del formulario de justificación de actividades, insumos y procedimientos NO POS, diligenciado por el médico tratante el 2 de julio de 2014, en el que se solicita el

reconocimiento de la cirugía denominada mamoplastia de reducción sod. En este documento se justifica la necesidad de la intervención, específicamente, en la medida que no existe una alternativa POS para completar el tratamiento[14].

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

La Sala de Selección de Tutelas Número Uno, mediante Auto del 27 de enero de 2015, dispuso la revisión de la citada sentencia de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

4.2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

4.2.1. La señora Sofía fue diagnosticada con cáncer de seno, razón por la cual -previo a iniciar el tratamiento de quimioterapia- tuvo que ser intervenida quirúrgicamente para extirparle la totalidad de su mama derecha. Luego de llevarse a cabo la citada cirugía fue remitida a un profesional especialista en medicina estética, con el fin de iniciar el proceso de reconstrucción de su seno, cuyo trámite se somete a distintas etapas según cada caso concreto. En el asunto sub-judice, se tiene que el médico tratante ordenó específicamente tres procedimientos quirúrgicos para la recuperación integral de la paciente, a saber: (i) la extracción de cuerpo extraño de mama por masectomía, (ii) la reconstrucción del complejo areola pezón de la mama derecha y (iii) la mamoplastia de reducción sod de la mama izquierda[15].

Según consta en el expediente, las dos primeras intervenciones fueron autorizadas por la EPS demandada. No obstante, se negó la reducción de tamaño del seno sano, al considerar que se trata de un procedimiento para mejorar la apariencia, el cual no pretende corregir defectos funcionales u orgánicos de la paciente. En este sentido, se consideró que se trata de una cirugía NO POS.

En oposición de lo expuesto, el médico tratante señaló que la reducción mamaria es necesaria, pues la diferencia de volumen y peso entre los dos senos puede generar problemas de tipo mecánico en la columna vertebral de la accionante. Ante este panorama,

señala que no basta con reconstruir la mama derecha, ya que ante la imposibilidad de llevarla al mismo volumen de la izquierda, se debe proceder a una disminución de esta última a fin de lograr la simetrización entre ambas. Por lo demás, expone que dicha falta de asimetría, por lo general, produce depresiones y miedo al rechazo.

4.2.2. A partir de los hechos y elementos probatorios allegados al proceso, le corresponde a esta Sala de Revisión, determinar si la negativa de la Nueva EPS de autorizar el procedimiento denominado mamoplastia de reducción sod de la mama izquierda, específicamente ordenado por el médico tratante, con el fin de llevar a cabo el proceso de reconstrucción mamaria derivado de la extirpación del seno derecho, conculca su derecho fundamental a la salud.

4.2.3. Para resolver el citado problema jurídico, inicialmente (i) esta Sala se pronunciará sobre la necesidad de garantizar el acceso efectivo a la salud, de acuerdo con el principio de integralidad que lo rige; luego de lo cual (ii) abordará el examen de las reglas aplicables a los procedimientos estéticos y funcionales, conforme al marco normativo y jurisprudencial vigente. Por último, con sujeción a los temas expuestos, (iii) se resolverá el caso concreto.

4.3. Del acceso efectivo a los servicios de salud y del principio de integralidad

4.3.1. La Constitución Política en el artículo 49 establece el carácter dual de derecho y servicio público de la salud, garantizando a todas las personas el acceso a su promoción, prevención y recuperación; y endilgando al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de dicho servicio.

Por virtud de dicha dualidad, la salud adquiere características distintas frente a los dos escenarios en los cuales se desarrolla. Así, al tratarse de un derecho, el mismo deberá garantizarse de manera oportuna[16], eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad e integralidad[17]; y en lo que respecta a su rol de servicio público, éste deberá regirse por los tres principios establecidos por la Constitución (CP art. 48), a saber: eficiencia, universalidad y solidaridad. Estos últimos son desarrollados por la Ley 1751 de 2015 en la que además se adiciona el principio de integralidad[18].

4.3.2. Paralelo a lo anterior, cabe anotar que en la jurisprudencia la salud como derecho ha

sido tratada de distintas maneras. En principio, se le atribuyó un carácter prestacional, en virtud del cual se podía invocar su protección por vía de tutela sólo en el caso de que se estuviese vulnerando un derecho fundamental. Esta doctrina fue conocida como la teoría de la conexidad, a partir de la cual debía probarse que el desconocimiento del derecho aludido incidía directamente en una garantía iusfundamental.

Sin embargo, en años recientes, la salud ha sido categorizada como un derecho fundamental, al considerar que contribuye –desde una perspectiva subjetiva– a la realización de las funciones y actividades propias del ser humano, lo que genera a su vez mayores probabilidades de alcanzar un proyecto de vida, como garantía directamente vinculada con los derechos de libertad. En este orden de ideas, en una de las sentencias más importantes sobre el tema, se señaló que:

“Así pues, considerando que ‘son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo’, la Corte señaló en la Sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.”[19]

Este reconocimiento del carácter iusfundamental del derecho a la salud también fue adoptado por el legislador en la citada Ley 1751 de 2015, en la que se regula su marco genérico de protección. Sobre el particular, se dispone que:

“Artículo 2. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las

personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

4.3.3. Ahora bien, la Corte ha destacado que el derecho a la salud se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional[20].

Más allá de que cada uno de estos elementos identifica aspectos esenciales del derecho y que constituyen la fuente de las obligaciones del Estado y de otros actores del sistema, no deben entenderse como parámetros independientes, pues de su interrelación depende la efectiva garantía del derecho a la salud. Específicamente, en relación con cada uno de ellos, se ha dicho que: (i) la disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; (ii) la aceptabilidad hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.

Por su parte, (iii) la accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información.

Finalmente, (iv) la calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

4.3.4. Teniendo en cuenta el contenido constitucional del derecho a la salud y los elementos que lo rigen de acuerdo con su nueva regulación, se observa que la accesibilidad no sólo fue prevista como uno de sus componentes esenciales, sino que, además, se le otorga expresamente el carácter de derecho particular del paciente, en lo que tiene que ver con la prestación misma del servicio de salud, tal y como lo dispone el literal a) del artículo 10 de la aludida Ley 1751 de 2015[21].

Bajo este panorama, con miras a salvaguardar el derecho de accesibilidad y teniendo en cuenta los principios de universalidad[22] y de sostenibilidad[23], existen en el ordenamiento jurídico unos planes de cobertura impuestos de forma obligatoria por la ley. La inclusión en estos planes se basa en el perfil epidemiológico de la población colombiana y comprende aquellos medica-mentos y tratamientos que son requeridos con mayor intensidad y frecuencia por parte de los asociados. De ahí que, la garantía en la cobertura de los servicios de salud se encuentra sujeta, en principio, al suministro de los servicios y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS)[24].

En todo caso, la Corte también ha indicado que la protección a la salud no se circunscribe simplemente a lo que expresamente disponga el POS, sino que también incluye los casos en que otro servicio o medicamento es necesario para el paciente, esto es, cuando el médico tratante lo ordena, bajo el entendido de que el procedimiento es indispensable para conservar su vida, salud o integridad personal[25]. Precisamente, en la Sentencia T-760 de 2008[26], se dijo que: “toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo”, siempre que la persona no tenga la capacidad económica para su asumir su costo.

4.3.5. A partir del reconocimiento de la existencia de planes de cobertura y de la exigibilidad del derecho a la salud conforme con el criterio de necesidad, la jurisprudencia constitucional ha establecido que su protección procede por vía de tutela[27], entre otras circunstancias, (i) cuando hay una falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios de salud y la negativa no tiene un fundamento estrictamente médico[28]; (ii) cuando existe una dilación o se presentan barreras injustificadas en la entrega de los medicamentos a los que tiene derecho el accionante[29]; (iii) excepcionalmente, en los casos en los cuales se solicita el reconocimiento de un

tratamiento integral para una patología[30]; y (iv) cuando no se reconocen prestaciones excluidas de los planes de cobertura que son urgentes y la persona no puede acceder a ellas por incapacidad económica[31].

En varias oportunidades, esta Corporación ha manifestado que, por regla general, cuando una prestación se encuentra excluida del plan de coberturas, el usuario deberá adquirirla con cargo a su propio peculio, pues de esta manera se asegura el equilibrio financiero del sistema, en vista de que los recursos económicos para la prestación del servicio de salud son limitados y deben ser asignados cuidadosamente[32]. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal también ha inaplicado dicha regulación y ha ordenado la entrega de medicamentos o la realización de procedimientos por fuera del POS, cuando su falta de reconocimiento por parte de una entidad promotora de salud tiene la entidad suficiente de comprometer la eficacia y la intangibilidad de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, en respuesta básicamente al citado criterio de necesidad, siempre que, como ya se dijo, la persona no tenga la capacidad económica para su asumir su costo.

Para determinar aquellas situaciones específicas en las que la entidad promotora de salud deberá otorgar la prestación requerida, aun cuando se encuentre excluida del POS, esta Corporación ha establecido los siguientes requisitos:

- (i) [Que] la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
- (ii) [Que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
- (iii) [Que] el interesado no pueda costearlo directamente, (...) y [que] no pueda acceder a [dicho] servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y
- (iv) [Que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio[33].

En este orden de ideas, con sujeción al criterio de necesidad, siempre que se verifique el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela debe ordenar a una entidad promotora de salud la entrega del medicamento o la prestación del servicio excluido del

POS, con el fin de brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios, sin perjuicio de que su financiamiento no recaiga directamente sobre ella, como ocurre, por ejemplo, en el régimen contributivo, en donde dicha obligación está a cargo del FOSYGA[34].

Finalmente, el análisis previo acerca del otorgamiento de un tratamiento que no se encuentra incluido en el POS, respecto de su pertinencia, necesidad e imposibilidad de reemplazarlo por otro previsto en el plan de coberturas, se debe realizar inicialmente a través del Comité Técnico Científico, como lo dispone el artículo 4 de la Resolución 3099 de 2008[35]. En caso de que la EPS persista en su negativa o que se trate de una hipótesis de urgencia, el usuario puede acudir directamente a la acción de tutela, siempre que se acrediten los requisitos previamente expuestos[36].

4.3.6. En relación lo expuesto, es preciso resaltar que la Ley Estatutaria de Salud le dedica un artículo especial al principio de integralidad, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación de este servicio[37]. Este mandato implica que el sistema debe brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

En este orden de ideas, resulta relevante indicar que, en atención del principio pro homine, en caso de que existan dudas en torno a si el servicio se halla excluido o incluido dentro de aquellos previstos en el régimen de coberturas, ha de prevalecer una hermenéutica que favorezca la prestación efectiva del mismo. En efecto, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispone que: “En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Ahora bien, en el artículo 15 de la citada Ley 1751 de 2015, se establecen unos criterios tendientes a determinar aquellos servicios que no serán financiados por los recursos

públicos asignados a la salud, cuya reglamentación se realizará en un lapso de dos años por el Ministerio de Salud y Protección Social, a partir de la entrada en vigencia de la ley en cita. Sobre el particular, la norma en cita dispone que:

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

Parágrafo 3°. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.”

Como se observa de lo expuesto, a futuro, como regla general, se entenderá que todo está cubierto por el plan de salud a excepción de aquellas prestaciones que cumplan con los criterios establecidos en la norma en cita, pues la restricción para la financiación de ciertos servicios resulta legítima dentro de una dinámica donde la exclusión sea la excepción. Sin embargo, en virtud del principio pro homine, en caso de cumplirse con las cuatro condiciones previamente expuestas (afectación de un derecho fundamental, ausencia de sustituto, imposibilidad económica y orden del médico tratante)[38], aun cuando el servicio esté excluido podrá ordenarse su suministro, básicamente en aplicación del criterio de “requerir con necesidad”, cuando ello se torne forzoso para asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, en la Sentencia C-313 de 2014[39], esta Corporación indicó que: “al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud (...)”[40].

Desde esta perspectiva, es claro que el principio de integralidad no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna[41]. En este orden de ideas, por vía de la acción de tutela, el juez puede ordenar la entrega de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente,

siempre que, como ya se dijo, la persona no tenga la capacidad económica para su asumir su costo y no existan sustitutos. Por lo demás, también es importante que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante[42].

Por esta razón, en sede de tutela, se ha considerado que el suministro del tratamiento integral se sujeta a las siguientes condiciones, en primer lugar, que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio, y en segundo lugar, que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente, la cual se convierte en un límite para la actuación del juez constitucional, a partir de la aplicación de los criterios de responsabilidad y especialidad[43].

4.4. De los procedimientos estéticos y los procedimientos funcionales en el POS

4.4.1. Conforme se señaló en el acápite anterior, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece el marco normativo para la prestación del servicio de salud, a partir de su consagración como derecho fundamental. Así, en primer lugar, la norma se refiere a la trascendencia que existe en la prestación de todos los servicios de salud, a partir de la aplicación del principio de integralidad consagrado en el artículo 8 de la ley en mención, en aras de lograr la garantía efectiva del citado derecho[44]. Y, en segundo lugar, consagra algunas reglas expresas y precisas de exclusión, por virtud de las cuales se suprime el deber de financiar con recursos públicos determinados procedimientos, servicios, medicamentos o tratamientos.

En lo que respecta a la materia objeto de examen, se especifica que: “(...) los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; (...)”

4.4.2. Al momento de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma en cita, en la Sentencia C-313 de 2014[45], este Tribunal declaró su exequibilidad al entender que “se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicado en los casos y con las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado”. Lo anterior significa que, al igual que lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, por mandato legal se deberán prestar con cargo al Estado los procedimientos que sean considerados estéticos, siempre que los

mismos no se limiten a un propósito meramente suntuario o cosmético y, por el contrario, se dirijan a lograr la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, en un contexto acorde con la garantía de la dignidad humana de quien presenta el padecimiento[46].

Ahora bien, en la medida que el párrafo 1° del citado artículo 15 establece un plazo de dos años para que el Ministerio de Salud y Protección Social reglamente la materia descrita, se tiene que con el fin de procurar la efectividad del derecho fundamental a la salud, la reglamentación anterior a la expedición de la nueva Ley Estatutaria continua vigente, en lo que no sea contrario a sus disposiciones. En este entendido y tomando como marco regulatorio lo descrito hasta el momento, la Sala pasará a precisar los criterios para determinar cuándo un procedimiento de naturaleza estética debe ser cubierto por las EPS.

4.4.3. Al respecto, la Resolución No. 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, por virtud de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, establece en los artículos 129 y 130 respectivamente, las exclusiones generales y específicas del POS, y de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, se observan las “tecnologías en salud consideradas como cosméticas, estéticas, suntuarias o de embellecimiento, así como la atención de sus complicaciones, salvo la atención inicial de urgencias” (artículo 129, numeral 1), de igual forma se excluye la “cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética, o suntuaria” (artículo 130, numeral 1).

Por su parte, el artículo 8 de la citada Resolución realizó una distinción entre cirugía cosmética o de embellecimiento y cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

“8. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos.

9. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones,

reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.”

En adición a lo expuesto, el artículo 39 del mismo régimen normativo, indica que todos aquellos tratamientos o procedimientos de carácter reconstructivos, que tengan finalidad funcional de conformidad con el criterio del médico tratante, se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud y deben ser asumidos por el sistema. La disposición en cita establece que:

“Artículo 39. Tratamientos reconstructivos. En el POS están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el Anexo 02 que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.”

4.4.4. Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que existen dos modalidades distintas de cirugías plásticas que persiguen propósitos disímiles[47]. Así, por una parte, se encuentran los procedimientos cosméticos o de embellecimiento, cuando lo que se busca es mejorar tejidos sanos para cambiar o modificar la apariencia física de una persona; y por la otra, los procedimientos funcionales o reconstructivos, que apuntan a corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o a impedir afecciones psicológicas que le impiden a una persona llevar una vida en condiciones dignas. Por mandato regulatorio, en el primer caso, es claro que los procedimientos meramente cosméticos o suntuarios que persigan fines de embellecimiento, no están cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud; mientras que, en el segundo, por tratarse de un problema funcional, es procedente su realización a través de las EPS, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera.

Respecto de la diferencia entre una cirugía con fines estéticos y una con fines reconstructivos, en la Sentencia T-392 de 2009[48], se indicó que:

“[Desde] un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente ‘estéticos’ o ‘cosméticos’ cuando, ‘es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente’, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando ‘está enfocada en disimular y reconstruir los

efectos destructivos de un accidente o trauma'. La Cirugía Reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas."

De este modo, las entidades promotoras de salud deben analizar en cada caso en concreto si la cirugía plástica prescrita es calificada como "cosmética" o si se trata de una cirugía "reconstructiva". No obstante, para determinar su funcionalidad, es necesario contar con el criterio del "profesional en salud tratante", como lo indica el artículo 39 de la Resolución No. 5521 de 2013, por lo que no basta la simple afirmación por parte de la EPS para catalogar un procedimiento de cosmético o funcional, pues la misma debe estar acompañada de los respectivos conceptos médicos y argumentos científicos.

4.4.5. En conclusión, si bien las cirugías plásticas o estéticas se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando solamente buscan mejorar un aspecto físico con el cual las personas no están conformes, no ocurre lo mismo en aquellos casos en que tienen fines funcionales o de mantenimiento de la capacidad vital, caso en el cual se entienden incluidas en el POS y tendrán que ser prestadas por las EPS. Para negar dichos tratamientos, se deberá demostrar -con fundamento en conceptos médicos- que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no responden a criterios funcionales reconstructivos. Esta obligación se deriva del principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al cual, es de su esencia, amparar todas las contingencias que afectan la salud de una persona y en general las condiciones de vida de la población[49].

4.5. Caso concreto

4.5.1. La señora Sofia fue diagnosticada con un tipo de cáncer de mama, razón por la cual debió someterse a una extirpación total del seno derecho -masectomía radical modificada unilateral y colgajo local de piel compuesto de vecindad- e iniciar un tratamiento de quimioterapia y radioterapia. Como consecuencia de lo anterior, fue remitida a un médico cirujano para iniciar la reconstrucción del órgano afectado.

Tal como lo dictaminó el médico tratante, los procesos de reconstrucción deben realizarse a través de etapas que pueden variar dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso. En este sentido, en el asunto sub-judice, después de realizar un diagnóstico de la

situación actual de la tutelante, se concluyó que para su recuperación integral era necesario realizar los siguientes procedimientos: (i) extracción de cuerpo extraño de mama por masectomía, (ii) reconstrucción de complejo areola pezón de la mama derecha y (iii) mamoplastia de reducción sod de la mama izquierda. Es preciso resaltar que los dos primeros procedimientos ya fueron aprobados por la Nueva EPS S.A., no obstante, el último fue negado al estimar que se trataba de una intervención cuya finalidad principal es cosmética o suntuaria.

En relación con la cirugía no autorizada, el médico tratante explicó durante el trámite del proceso de tutela las razones por las que se requiere y, en concreto, sostuvo que la diferencia de volumen y peso entre los dos senos puede generar problemas de tipo mecánico en la columna vertebral de la paciente, además de posibles depresiones y miedo de ser rechazada. Frente a lo anterior, la accionante expresamente manifestó en la acción de amparo que la citada asimetría entre sus senos le produce afectaciones emocionales y una situación de temor en el desarrollo de sus relaciones afectivas[50].

En este orden de ideas, la señora Sofia interpone la presente acción con el fin de solicitar la protección inmediata de su derecho fundamental a la salud, el cual considera fue vulnerado por la negativa de la entidad accionada de autorizar la realización del procedimiento reclamado. Con este propósito, solicita que se ordene a la Nueva EPS autorizar la intervención denominada mamoplastia de reducción sod de la mama izquierda, la cual fue previamente prescrita por su médico tratante.

4.5.2. Como se observa del contexto descrito hasta el momento, la Sala encuentra que la controversia que da lugar a la presente acción de tutela, de acuerdo con lo expresado por el médico tratante, se relaciona con la solicitud de autorización de una cirugía que hace parte del tratamiento integral que ha venido recibiendo la señora Sofia, como consecuencia de haberse visto afectada por un cáncer de mama. En efecto, se trata de un procedimiento expedido en el marco del proceso de reconstrucción del seno afectado, cuya última etapa implica corregir la asimetría que existe con el órgano sano, con miras a evitar que se presenten problemas mecánicos en la columna vertebral de la paciente, así como afectaciones emocionales surgidas del miedo a ser rechazada.

En este entendido la acción de tutela resulta procedente en el caso concreto, pues lo que se

busca es garantizar el derecho fundamental a la salud, a partir de la necesidad de finalizar el tratamiento integral ordenado por el médico tratante, conforme al deber de promover una atención que permita preservar un nivel de vida acorde con los mandatos de la dignidad humana, en lo referente a la prestación de los servicios necesarios para lograr la rehabilitación frente a la patología padecida. En este sentido, como en otras ocasiones lo ha señalado la Corte, esta acción es procedente para amparar la integralidad de un tratamiento, cuando “con ello se garantiza la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, previamente determinadas por su médico tratante.”[51]

4.5.3. Una vez determinada la procedencia de la acción[52], pasa esta Sala de Revisión a determinar si la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de la tutelante, cuando se negó a autorizar la mamoplastia de reducción sod en el seno sano, al considerar que se trata de una intervención cosmética que se encuentra excluida del plan de coberturas.

Para empezar es importante recordar que la salud ha sido categorizada como un derecho fundamental, circunstancia por la cual se derivan obligaciones especiales en cabeza del Estado y de las entidades encargadas de su prestación como servicio público. De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de integralidad, se entiende que la cobertura del citado derecho incluye el otorgamiento de los servicios y tecnologías necesarias para que un paciente mantenga el nivel más alto de salud posible o al menos padezca el menor sufrimiento posible. No obstante, para procurar la sostenibilidad del sistema, se ha señalado expresamente un régimen de exclusiones, por virtud del cual algunos procedimientos no pueden ser financiados por recursos públicos.

“Artículo 39. Tratamientos reconstructivos. En el POS están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el Anexo 02 que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.”[54]

Lo anterior guarda plena concordancia con lo dispuesto en el citado artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en el que más allá de señalar un plazo de dos años para implementar el nuevo régimen de coberturas y de expresas y precisas exclusiones, consagra que hacia

futuro se seguirán prestando con cargo al Estado los procedimientos que sean considerados estéticos, siempre que los mismos no se limiten a un propósito meramente suntuario o cosmético y, por el contrario, se dirijan a lograr la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, en un contexto acorde con la garantía de la dignidad humana de quien presenta el padecimiento. En este sentido, se dispone que: “(...) los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas”[55].

En el asunto bajo examen, de acuerdo con la intervención escrita realizada por el médico tratante en el proceso de tutela, la diferencia de volumen y peso entre ambos senos, que actualmente tiene la señora Sofia, puede generar problemas mecánicos en su columna vertebral hacia futuro. De igual manera, su situación física puede desbordar en afectaciones emocionales surgidas del miedo a ser rechazada, como lo sugiere la accionante en el escrito de amparo. A partir de lo anterior, estima la Sala que la prescripción de la reducción del seno sano constituye una cirugía plástica con carácter funcional, por cuanto la misma fue ordenada por el médico tratante en el marco del proceso de reconstrucción del seno comprometido, con el propósito de evitar que se generen afectaciones funcionales en su columna vertebral o que se produzcan daños psicológicos como derivación de los cambios producidos en su apariencia física. De ahí que, en criterio de esta Sala de Revisión, se entiende que el móvil que justifica la reducción del seno izquierdo no es de embellecimiento, por lo que –a partir de las normas que regulan la materia– no puede entenderse que el referido procedimiento este excluido del POS.

4.5.4. En conclusión, la Sala considera que la entidad demandada no estaba facultada para negar la autorización del procedimiento denominado mamoplastia de reducción del seno izquierdo, en la medida en que el mismo se concibe como una cirugía plástica reparadora o funcional, la cual no se incluye dentro del régimen actual de exclusiones. De igual manera, se entiende que dicha cirugía hace parte del tratamiento integral que ha venido recibiendo la accionante en razón de su padecimiento, por lo que la negativa de su prestación genera un fraccionamiento injustificado del servicio de salud, con repercusiones en su integridad física y psicológica. Por lo anterior, de acuerdo con el criterio médico-científico emitido en el caso concreto, la Sala ordenará a la Nueva EPS S.A. que autorice la

realización del procedimiento solicitado, conforme a la prescripción del médico tratante del pasado 2 de julio de 2014.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del 11 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Segundo de Menores de Guadalajara de Buga, en la cual se negó la solicitud de amparo impetrada por la señora Sofia contra la Nueva EPS S.A. En su lugar, CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la salud de la accionante.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva EPS S.A., a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que en el término máximo de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice la realización del procedimiento denominado mamoplastia de reducción sod de la mama izquierda, ordenada por el médico tratante de la señora Sofia el día 2 de julio de 2014.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Ley 1581 de 2012, art. 5.

[2] En el folio 5 del cuaderno 2 del expediente, se encuentra una copia de la orden médica proferida el 2 de julio de 2014 por el profesional tratante, en la que se advierte la necesidad de realizar: (i) “extracción de cuerpo extraño de mama por masectomía”, (ii) “reconstrucción del complejo areola pezón” y (iii) “mamoplastia de reducción sod”. Tal como lo explica el médico tratante en la respuesta al requerimiento realizado por el juez de instancia, la primera de las intervenciones referidas es, específicamente, “el retiro de la válvula de la prótesis expansora para que de ahí en adelante se comporte como una prótesis definitiva” (Cuaderno 2, folio 20).

[3] En el folio 4 del cuaderno 2, existe copia de la pre-autorización de servicios para (i) “la reconstrucción del complejo areola pezón” y (ii) la “extracción de cuerpo extraño de mama por masectomía”, expedida el 23 de julio de 2014.

[4] Cuaderno 2, folios 22 a 25.

[6] “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

[7] “Artículo 6º. Criterios para la evaluación, aprobación o desaprobación. (...) Parágrafo. En ningún caso el Comité Técnico-Científico podrá aprobar tratamientos experimentales ni aquellos medicamentos que se prescriban para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme al artículo 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994 y demás normas que la adicionen, modifiquen o deroguen.”

[8] “Artículo 130.- Exclusiones específicas. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación -UPC- y son las siguientes: 1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica, cosmética, o suntuaria. (...)”.

[9] Cuaderno 2, folios 20 y 21.

[10] Cuaderno 2, folio 21.

[11] Cuaderno 2, folio 5.

[12] Cuaderno 2, folio 4.

[13] Cuaderno 2, folios 6 y 7.

[14] Cuaderno 2, folio 8.

[15] En el folio 5 del cuaderno 2 se encuentra una copia de la orden médica otorgada el 2 de julio de 2014 por el profesional tratante, en la que se advierte la necesidad de realizar: (i) “extracción de cuerpo extraño de mama por masectomía”, (ii) “reconstrucción del complejo areola pezón” y (iii) “mamoplastia de reducción sod”.

[16] En la Sentencia T-073 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se indicó que esta característica implica “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”

[17] Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual cita la Sentencia T-760 de 2008.

[18] Ley 1751 de 2015, art. 8.

[19] Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[20] En relación con cada uno de ellos, la norma en cita establece que: “a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y

comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

[21] El artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 consagra los “derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud”. Específicamente, vale la pena resaltar que se tiene como derecho de los pacientes: “a) Acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.”

[22] El principio de universalidad aparece descrito en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los siguientes términos: “Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida”.

[23] En lo relativo a la prestación del servicio de salud, el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 define el principio de sostenibilidad de la siguiente manera: “El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal”.

[24] Sentencia T-520 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[25] Ibídem.

[26] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[27] Sentencia T-763 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[28] Sentencia T-736 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[29] Sentencia T-1167 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[30] Sentencia T-322 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[31] Sentencia T-392 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; en la cual a su vez se cita la Sentencia T-576 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[32] Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Véanse, entre otras, las Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-883 de 2003.

[33] Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[34] En Sentencia T-760 de 2008, se dijo que: “No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS”.

[35] La norma en cita dispone que: “Artículo 4°. Funciones. El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones: 1. Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS.”

[36] En Auto 066 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se señaló que: “[Esta]

Corporación ha entendido que hay ciertos eventos en los que el acceso a los servicios de salud debe ser garantizado de manera inmediata. En este orden de ideas, en la Sentencia C-936 de 2011, indicó que en caso de urgencia el suministro de los servicios de salud y/o medicamentos excluidos del POS, expresamente o no, no debe supeditarse ni a la aprobación del Comité Técnico Científico -CTC-, ni al de la Junta Técnico Científica de Pares -JTCP-. (...) Lo anterior es una reiteración del criterio jurisprudencial según el cual las EPS deben autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, esto es, sin someter su suministro a previa autorización del CTC o del JTCP, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante se requieran para salvaguardar la vida y/o la integridad personal del afectado”.

[37] El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece que: “La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

[38] Véase, al respecto, el acápite 4.3.5.

[39] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[40] En pertinente indicar que en la aludida sentencia el término “necesidad” fue declarado inexecutable en múltiples artículos, entre otras razones, porque resultaba indeterminado y, por lo mismo, incidía negativamente en el acceso a la salud. Sin embargo, es claro que el párrafo citado en su totalidad es esclarecedor sobre lo qué entiende esta Corporación por el criterio de “requerir con necesidad”, pues cubre las exclusiones del sistema y no corresponde a una regla que abarque los tratamientos, insumos o medicamentos que se hallen incluidos en él. De manera general, en la sentencia en cita, se dijo que: “Como se puede apreciar, la providencia transcrita incorpora todos los elementos de lo que la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal Constitucional ha denominado, refiriéndose a

las tecnologías o servicios en materia de salud, como “requerido con necesidad”. Si bien es cierto, en esta decisión, al estudiarse la constitucionalidad de preceptos como los contenidos en el literal e) del inciso 2º. del artículo 6º, en el párrafo 1º del inciso 2 del artículo 10, la Corte aclaró que “requerido con necesidad” no podía entenderse en el sentido acuñado por la jurisprudencia, igualmente, resulta cierto que al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como “requerido con necesidad”, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud, pero, también se advierte cuál es su lugar y, en cuales circunstancias opera.// La precisión inmediatamente referida resulta importante, pues, la expresión en comento no tiene el mismo significado a lo largo del texto expedido por el legislador estatutario. En suma, al momento de resolverse la aplicabilidad o inaplicabilidad de alguna de las exclusiones, el intérprete correspondiente, habrá de atender lo considerado por la jurisprudencia en las numerosas decisiones de tutela en las cuales ha tenido oportunidad de proteger el derecho a la salud acorde con las exigencias indicadas en la providencia antes transcrita”

[41] Al respecto, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 reconoció que: “Principio de integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

[42] Sentencias T-702 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-727 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[43] Sentencias T-320 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, y T-433 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. No sobra aclarar que estos requisitos deben ser examinados con menor rigurosidad en aquellos casos en que una persona padezca enfermedades catastróficas.

[44] El inciso 1º del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece que: “El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. (...)”

[45] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[46] En la citada Sentencia C-313 de 2014 se advierte que: “Por ello, encuentra la Corte que lo estipulado en el literal analizado se ajusta a la Constitución, siempre y, cuando dada las particularidades del caso concreto, no se trate de situaciones que reúnan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento. Por ende, acorde con las precisiones hechas se declarará la constitucionalidad del mandato evaluado, pues, se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicado en los casos y con las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado.”

[47] Sobre este tema se pronunció recientemente la Corte en las Sentencias T-570 de 2013, T-022 de 2014, T-142 de 2014 y T-381 de 2014.

[48] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[49] Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015.

[50] En el folio 2 del cuaderno 2, se afirma que: “Es de anotar que mi tratamiento aún no ha culminado, hace falta una serie de procedimientos que son vitales para mi restablecimiento tanto físico como síquico, pues el sentirme sin mis mamás totalmente restablecidas, siento temores en cuanto hace referencia en mi relación afectiva pensando en tener algún tipo de rechazo por parte de mi compañero al verme en esta situación.”

[51] Sentencia T-322 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[52] No sobra aclarar que el amparo no presenta problemas de legitimación, pues el mismo es propuesto directamente por la persona interesada contra un particular que presta un servicio público, como lo señala el artículo 86 del Texto Superior.

[54] Énfasis por fuera del texto original.

[55] Subrayado y resaltado por fuera del texto original.