

CIRUGIAS FUNCIONALES Y ESTETICAS-Diferencias

CIRUGIA PLASTICA O ESTETICA-Comprende aspectos como el bienestar emocional, social y psíquico

Ciertas cirugías plásticas, aun cuando no son reparadoras, de forma tal que tengan un carácter estético, deben ser cubiertas por el sistema de salud, cuando la finalidad principal no es el embellecimiento superfluo sino la recuperación de la dignidad de las personas. De esta manera, ha enfatizado en que “el derecho a la salud y a la vida digna no se limita únicamente al carácter funcional y físico sino que abarca el aspecto psíquico, emocional y social de la persona”.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Concepto

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR CIRUGIA PLASTICA DE SENOS-Improcedencia por cuanto no tiene carácter funcional y no se comprobó riesgo de consumación del daño a la salud

Referencia: Expediente T-7.264.458

Acción de tutela instaurada por Liliana Margarita Rodríguez del Hierro en contra de E. P. S. Sanitas.

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos. La accionante Liliana Margarita Rodríguez del Hierro es afiliada, en calidad de beneficiaria amparada del señor José Fernando Rivera Posada, de la E.P.S. Sanitas, en la ciudad de Popayán[1].

2. De acuerdo con los documentos que obran en el expediente[2], desde el mes de abril de 2018, la accionante fue diagnosticada con quistes mamarios en la mama derecha.

3. El 18 de septiembre de 2018, la accionante acudió a control con el médico tratante, Dr. Hernando Aníbal Romero, en la Clínica la Estancia. En esa oportunidad, el médico le ordenó a la accionante una ecografía mamaria para evaluar el plan y manejo de la enfermedad[3]. El resultado del examen médico reveló un nódulo sólido en la mama derecha de características benignas[4]. Para su plan y manejo, el médico ordenó, (i) procedimiento no quirúrgico, consistente en biopsia de mama con aguja; (ii) imágenes diagnósticas, consistentes en ultrasonografía diagnóstica de mama para toma de biopsia eco dirigida de masa en mama derecha; (iii) muestras de laboratorio, consistentes en estudio de coloración básica en biopsia de masa en mama derecha, y (iv) remisión por interconsultas, por cirugía general y control para resección de quistes en mama bilateral.

4. Adicionalmente, el resultado del examen médico citado reveló ruptura de la prótesis mamaria izquierda. Por lo tanto, el médico ordenó la evaluación y manejo de la ruptura de manera prioritaria.

5. El 2 de octubre de 2018, luego de ser remitida por datos ecográficos de ruptura de prótesis mamaria izquierda de 13 años de evolución[5], la accionante acudió a consulta con el Dr. Rodrigo Noguera Ramos. El mismo día, este médico ordenó, como plan y manejo por otros signos y síntomas relativos a la mama izquierda, el procedimiento quirúrgico de “Reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y retiro de expansor tisular [único o múltiple] SOD”, consistente en el retiro de las prótesis de gel de silicona y el cambio de estas por unas nuevas[6]. El mismo día, la accionante radicó ante la E.P.S. Sanitas la solicitud para que le autorizaran el citado procedimiento, sin que a la fecha de presentación de la tutela la entidad accionada hubiera autorizado el procedimiento[7].

6. Solicitud de tutela[8]. El 5 de diciembre de 2018, Liliana Margarita Rodríguez del Hierro presentó acción de tutela en contra de la E. P. S. Sanitas. Según indicó, esa entidad vulneró sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana al negar la autorización para la “reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y retiro de expansor tisular [único o múltiple] SOD”, la cual, según el plan de manejo y la historia médica, consistía en el retiro de las prótesis de gel de silicona –como consecuencia de la ruptura de la prótesis mamaria izquierda– y su sustitución por otras nuevas[9].

7. Respuesta de la entidad accionada[10]. En escrito radicado el 11 de diciembre de 2018, Mónica Jaramillo Arango, directora de la Oficina de E.P.S. Sanitas en la ciudad de Popayán, señaló que esta entidad había realizado las gestiones necesarias para brindar todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por la accionante, de acuerdo con las coberturas del Plan de Beneficios en Salud (PBS). Afirmó que había remitido a la accionante para valoración con el Dr. Romero, cirujano general de la Clínica la Estancia, a fin de evaluar el caso frente a los quistes mamarios en la mama derecha y definir los requerimientos en su salud. No obstante, precisó que la solicitud de “reconstrucción de mama bilateral con dispositivo, con retiro de prótesis y cambio de las mismas”, como consecuencia de la ruptura de la prótesis mamaria izquierda, era un procedimiento de carácter estético que no podía ser cubierto con cargo a la unidad de pago por capitación.

8. Sentencia de tutela de primera instancia[11]. El 18 de diciembre de 2018, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, Cauca, resolvió “[n]egar la tutela interpuesta [...] en contra de SANITAS EPS”. Concluyó que, “no se advierte la necesidad de intervención del juez constitucional respecto a la orden de protección integral porque no se verifica por parte de la entidad vulneración de derecho fundamental alguno”.

9. Actuaciones en sede de revisión. Mediante el auto del 16 de mayo de 2019, el magistrado sustanciador ordenó: (i) oficiar a la accionante para que informara si, desde la fecha en que interpuso la acción de tutela había recibido algún tipo de atención médica, respecto de la situación expuesta en los hechos de la tutela, y (ii) oficiar a la E.P.S. Sanitas para que informara si el procedimiento de reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y retiro de expansor tisular [único múltiple] SOD era de carácter funcional o reconstructivo y, determinara la prioridad de este. Asimismo, le solicitó a la entidad que remitiera copia completa de la historia clínica de la accionante y una relación detallada de

los procedimientos médicos que se le hubieren practicado hasta la fecha.

10. Respuesta al auto de pruebas. El 29 de mayo de 2019, la Secretaría General de esta Corte informó que el citado auto había sido comunicado por medio de los oficios OPT-A-1144/2019 y OPT-A-1146/2019 del 22 de mayo de la presente anualidad, y que vencido el término de traslado no se había recibido respuesta alguna[12].

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

11. De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto-ley 2591 de 1991, esta Sala es competente para decidir el presente asunto.

2. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

12. De manera preliminar, debe la Sala valorar si la acción de tutela, en el caso en concreto, satisface los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela: legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad.

13. Legitimación en la causa. En el presente asunto, los requisitos de legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva se satisfacen. De un lado, la tutela fue presentada por Liliana Margarita Rodríguez del Hierro, titular de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana, presuntamente vulnerados. De otro lado, la tutela se presentó en contra de la E.P.S. Sanitas, entidad promotora de salud pública a la que se encuentra afiliada la accionante y que no autorizó el procedimiento quirúrgico solicitado por esta, al considerar que se trataba de un procedimiento estético que se derivaba, a su vez, de una cirugía estética previa[13].

14. Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela puede interponerse “en todo momento y lugar”. De esta manera, la Sala reconoce que no es posible establecer un término de caducidad de la acción de tutela[14]. Sin embargo, esta condición no es absoluta. Una facultad absoluta para presentar la acción de tutela en cualquier tiempo sería contrario al principio de seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción concebida como un amparo de aplicación urgente que demanda una protección

efectiva y actual de los derechos invocados[15].

15. Corolario de lo anterior es que la Corte haya resuelto, a partir de la ponderación entre la prohibición de caducidad, por un lado, y la naturaleza de la acción, por otro, que la acción de tutela se debe presentar en un término razonable[16].

16. No obstante, la definición acerca de cuál es el término “razonable” que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como prima facie, pues su valoración concreta está sujeta a, (i) la situación personal del peticionario, en especial a su condición de vulnerabilidad; (ii) el momento en que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de vulneraciones permanentes a los derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, es decir, la relación entre la demora en la presentación de la tutela y la situación de vulneración de derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige, en especial del derecho que se estima vulnerado o amenazado, y (v) los intereses jurídicos creados a favor de terceros, por la actuación que se cuestiona y la jurisprudencia constitucional en casos análogos[17].

17. Con base en esos criterios, la Sala evaluará la inmediatez de la tutela en el caso sub judice. La Sala advierte que el término entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela es razonable toda vez que, (i) fue breve, desde la fecha en que la accionante radicó la solicitud para que la E.P.S. autorizara el procedimiento quirúrgico que le fue ordenado por el médico tratante y la presentación de la tutela transcurrieron no más de dos (2) meses, (ii) tuvo en cuenta el término usual que demora la E. P. S. en tramitar las órdenes correspondientes para programar (a) los exámenes previos al procedimiento quirúrgico y (b) el procedimiento quirúrgico, y (iii) la presunta afectación de sus derechos fundamentales subsistía a la presentación de la tutela.

18. En consecuencia, a juicio de la Sala, en el caso sub judice, el término entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela es razonable y cumple con el requisito de inmediatez.

19. Carácter subsidiario de la acción de tutela. La Corte ha precisado, en reiterada jurisprudencia[18], que la acción de tutela es procedente cuando quiera que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, lo suficientemente idóneo y eficaz, para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados.

20. Aun existiendo otro medio de defensa judicial, de no ser idóneo y eficaz para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, la Corte debe otorgar el amparo constitucional como mecanismo transitorio -hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio correspondiente, de manera definitiva[19]- para evitar la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable. Este corresponde al riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, a los derechos fundamentales -que pueden no corresponder, de manera necesaria, a los alegados por el accionante- y que debe ser conjurado por el juez constitucional, debido a la alta probabilidad de su ocurrencia, siempre que las evidencias acerca del acaecimiento del riesgo sean altamente fiables y de pronto acaecimiento (inminentes). En efecto, según la jurisprudencia constitucional, aquel se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, se trata de una amenaza que está por suceder; (ii) grave, es decir, que el daño material o moral en el haber jurídico de la persona es de gran intensidad; (iii) urgente, en el sentido de que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio son inminentes; e (iv) impostergable, que exige la intervención del juez constitucional[20].

21. De acuerdo con la solicitud incoada por la accionante, la E.P.S. accionada habría vulnerado, presuntamente, entre otros, su derecho fundamental a la salud, al haber negado la autorización para que se le realizara el procedimiento quirúrgico consistente en la “reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y retiro de expansor tisular [único o múltiple] SOD”.

22. De conformidad con las leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011 y 1949 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para decidir algunas controversias entre las entidades prestadoras de servicios de salud y sus afiliados. Entre otras, le corresponde resolver, de manera breve, asuntos en los que se encuentra comprometido o amenazado el derecho a la salud de las personas[21]. Por tanto, al menos prima facie, la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, preferente y expedito, para la protección de sus derechos fundamentales. Así lo dispone el artículo 41 de la Ley

1122 de 2007[22], según el cual,

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

23. La existencia de otro medio de defensa judicial es una condición necesaria pero no suficiente para garantizar la protección de los derechos fundamentales. Para ese propósito, conviene reiterar, es imprescindible que el medio de defensa sea eficaz.

24. En el caso sub judice existen elementos que permiten inferir, (i) la falta de eficacia del mecanismo de defensa judicial a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, para la garantía del derecho a la salud alegada por la accionante, y (ii) el posible riesgo de acaecimiento de un perjuicio irremediable, dadas las circunstancias médicas de esta.

25. En primer lugar, la Corte ha precisado que tratándose de casos en los que se solicita el reconocimiento de prestaciones de salud, estudios empíricos recientes han demostrado que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud no ha logrado cumplir con el término legal de diez días con el que cuenta para proferir sus decisiones[23]. Por tanto, el trámite legal previsto para “garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud”[24] actualmente no es eficaz. Esta circunstancia es relevante en el caso sub judice, toda vez que de la orden del médico tratante, según la cual la evaluación y manejo de la ruptura de la prótesis mamaria izquierda es prioritaria, se puede inferir, de manera abstracta y previa, la necesidad impostergable de una decisión, breve, sobre la autorización del citado procedimiento quirúrgico, dada la condición de salud de la accionante.

26. En segundo lugar, la Sala no cuenta con medios probatorios suficientes para descartar que el procedimiento ordenado por el médico tratante sea necesario prima facie para evitar la consolidación de un daño a la salud de la accionante[25]. De esto se sigue, por tanto, que deba la Corte pronunciarse de fondo acerca de las pretensiones de protección de los derechos fundamentales alegados por esta.

3. Problema jurídico

27. Dado que la acción de tutela satisface los requisitos generales de procedibilidad, esta Sala debe determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana de la accionante, al haber negado la autorización para que se le realizara el procedimiento quirúrgico de “reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y retiro de expansor tisular [único o múltiple] SOD”, consistente en el retiro de las prótesis de gel de silicona (como consecuencia de la ruptura de la prótesis mamaria izquierda) y su sustitución por otras nuevas.

28. Para resolver este problema jurídico, la Sala deberá evaluar si, en concreto, existe un riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, de los derechos fundamentales que amerite la intervención del juez constitucional para conjurarlo.

4. Análisis del caso concreto

29. Habida cuenta de los medios probatorios que obran en el expediente, la Sala no puede descartar, en abstracto, que el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante no sea necesario para evitar la consolidación de un daño a la salud de la accionante. Esa circunstancia implica el deber de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de las pretensiones de protección de los derechos fundamentales alegados. Solo en la medida en que las evidencias acerca del acaecimiento del riesgo de consumación del daño a la salud de la accionante sean altamente fiables e inminentes, la Sala deberá amparar los derechos fundamentales alegados por esta. Para ese propósito, deberá determinar si los recursos públicos asignados a la salud pueden cubrir cirugías plásticas, tanto (i) estéticas, cosméticas o de embellecimiento, como (ii) reparadoras o funcionales. A fin de llevar a cabo esta tarea, la Sala tendrá en cuenta la regulación en torno a la cobertura de procedimientos quirúrgicos de carácter estético y/o funcional, a la luz del principio de integralidad del servicio de salud.

30. Cobertura de procedimientos quirúrgicos de carácter estético y/o funcional a la luz del principio de integralidad del servicio de salud. De acuerdo con la Resolución 5857 de 2018, por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en

Salud, existen dos tipos de cirugías plásticas: (i) estéticas, cosméticas o de embellecimiento, y (ii) reparadoras o funcionales. Las primeras se realizan “con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente, sin efectos funcionales u orgánicos”[26]. La segunda, “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”[27].

31. Esta distinción es fundamental. Mientras que las cirugías plásticas estéticas, cosméticas o de embellecimiento están excluidas del Plan de Beneficios de Salud (PBS), las cirugías plásticas reparadoras o funcionales están cubiertas por este y tienen cargo a la unidad de pago por capitación (UPC), siempre y cuando el médico tratante hubiere catalogado el procedimiento como tal[28]. Corolario de esto es que los recursos públicos asignados a la salud no pueden destinarse a financiar servicios o tecnologías en las que se advierta que la finalidad principal sea meramente cosmética o suntuaria, no relacionada con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

32. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha reiterado, en profusa jurisprudencia[29], que ciertas cirugías plásticas, aun cuando no son reparadoras, de forma tal que tengan un carácter estético, deben ser cubiertas por el sistema de salud, cuando la finalidad principal no es el embellecimiento superfluo sino la recuperación de la dignidad de las personas. De esta manera, ha enfatizado en que “el derecho a la salud y a la vida digna no se limita únicamente al carácter funcional y físico sino que abarca el aspecto psíquico, emocional y social de la persona”.

33. Para la Corte[30], la salud, como derecho, no se limita únicamente a la protección respecto de la inminencia de un hecho extremo como la muerte. Por el contrario, comprende la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando estas condiciones se encuentren debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien una existencia digna.

34. Ahora bien, para ese propósito, es requisito sine qua non el concepto del médico

tratante. Así lo ha previsto la Corte al afirmar que ante la negativa de aprobar un determinado procedimiento quirúrgico, la Entidad Promotora de Salud,

35. En los términos del artículo 17 de la Ley Estatuaria de Salud[32], los profesionales de la salud son autónomos para adoptar las decisiones que estimen convenientes sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes a su cargo, dado que este es el agente más importante del sistema. Por tanto, no es posible garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud sin el diagnóstico del médico tratante.

36. En este contexto, la Corte Constitucional ha conceptualizado el diagnóstico médico como una faceta del derecho fundamental a la salud consistente en la garantía que tiene el paciente de,

“exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”[33].

37. Para la Corte[34], un diagnóstico médico efectivo pasa por las siguientes etapas: (i) identificación, que consiste en la práctica de los exámenes médicos previos a partir de los síntomas del paciente; (ii) valoración oportuna y completa, y (iii) prescripción, que consiste en la orden de los procedimientos médicos que se requieren para atender el cuadro clínico del paciente.

38. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte que el concepto médico solo adquiere relevancia en la medida en que el sistema les garantice autonomía para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. De allí que la Ley Estatuaria de Salud[35] prohíba todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente, y que su vulneración sea sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los órganos de inspección, vigilancia y control, en el ámbito de sus competencias.

39. En todo caso, la Sala advierte que esa autonomía profesional debe ser ejercida bajo criterios de autorregulación ética, racionalidad y evidencia científica[36]. Esta exigencia supone, al menos prima facie, relaciones de tensión entre la autonomía y los esquemas de autorregulación que impone el sistema a los profesionales de la salud. No obstante, esta se supera a partir de la distinción entre las competencias asignadas a cada uno de los agentes en el citado sistema.

40. Para la Sala, la autonomía de los profesionales de la salud opera respecto del diagnóstico y del tratamiento de la enfermedad, mientras que el esquema de autorregulación –que estipula la ley– se refiere a las prestaciones del sistema de salud (esto es, aquello que los recursos públicos asignados a la salud pueden financiar).

41. En consecuencia, aun cuando el profesional de la salud es autónomo en sus decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento que debe recibir el paciente, el Estado conserva la facultad para establecer los servicios que pueden ser financiados con los recursos públicos destinados a la salud.

42. A primera vista, los recursos públicos asignados a la salud no pueden financiar los servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes usos:

“(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; y (f) Que tengan que ser prestados en el exterior”[37].

43. Los servicios o tecnologías que se enmarquen en alguno de tales usos pueden ser explícitamente excluidos ex ante por el Ministerio de Salud y Protección Social, según lo previsto por el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud.

44. No obstante, la Sala advierte que esa facultad no es absoluta. La concepción integral de la salud impone considerar que la atención de la enfermedad, su paliación y la rehabilitación de sus secuelas, puede cobijar servicios que prima facie han sido excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS), cuando su finalidad esté relacionada con la recuperación

o el mantenimiento vital de las personas.

45. En este contexto, quien acude a una intervención quirúrgica con fines estéticos debe comprender y asumir los efectos secundarios derivados de esta[38], sin perjuicio de que en eventos de enfermedad o accidente el Estado deba garantizar la atención integral para la promoción, protección y recuperación de la salud[39]. Así lo prevé el artículo 8 de la ley estatutaria en cita[40], según el cual le corresponde al servicio público de salud suministrar los servicios y tecnologías, de manera completa, para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia de su origen o de la condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.

46. Es bien cierto que en el ámbito de la salud “existe una cadena lógica de responsables que asegura el pleno goce del derecho a la salud”[41]. El individuo, como afiliado y paciente, es el primer responsable en procurar su salud, “sin embargo, y en el evento en que existan cambios físicos y/o funcionales que se produzcan de manera natural (crecimiento, madurez, vejez, etc.) o que los mismos obedezcan de manera directa o indirecta, a situaciones ajenas a su voluntad, como la enfermedad, o los accidentes [...] el sistema de salud deberá asistirlo a través de sus tres ámbitos de atención (preventiva, asistencial y paliativa)”.

47. En consecuencia, aun cuando es cierto que los afiliados asumen los riesgos derivados de la colocación de implantes o prótesis mamarias, por circunstancias tales como su ruptura o el desgaste propio del paso del tiempo[42], también es cierto que, en eventos comprobados de enfermedad, como consecuencia de su ruptura, el Sistema de Salud está en el deber de suministrar un servicio integral para prevenir, paliar o curar cualquier enfermedad que afecte la condición de salud.

48. Solo en este contexto es plausible concluir que los recursos públicos asignados a la salud no pueden destinarse a financiar servicios en los que se advierta que la finalidad principal obedezca a un propósito cosmético o suntuario, a menos que el procedimiento ordenado esté relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas[43]. En estos casos, el sistema de salud debe propender por la atención integral de la enfermedad o accidente en los términos prescritos por el médico tratante.

49. Por lo anterior, aunque el goce efectivo del derecho fundamental a la salud depende, en cierta medida, del cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los afiliados, en procura del cuidado integral de su salud y la de su comunidad[44], en ningún caso su incumplimiento puede ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a los servicios de salud requeridos[45].

50. Dicho esto, la Sala pasa a valorar, en concreto, el riesgo de consumación de un daño a los derechos fundamentales alegados por la accionante a partir de la revisión de las pruebas que obran en el expediente, la historia clínica y sus anexos.

51. De acuerdo con la historia clínica que obra en el expediente, la Sala observa que, por un lado, la accionante tiene un nódulo sólido de características benignas en la mama derecha y, por otro lado, una ruptura de la prótesis de gel de silicona en la mama izquierda. Respecto al diagnóstico de la mama derecha, se evidencia que la entidad accionada le ha brindado todas las prestaciones del servicio de salud que ha requerido. Respecto del diagnóstico de la mama izquierda, consistente en la ruptura de la prótesis de gel de silicona, se evidencia que la entidad accionada remitió a la accionante para su valoración y plan de manejo, pero no aprobó la autorización para el procedimiento quirúrgico de “Reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y retiro de expansor tisular [único o múltiple] SOD”, consistente en el retiro de las prótesis rotas de gel de silicona y su cambio por unas nuevas. La entidad accionada estimó que este procedimiento no estaba cubierto por el Plan de Beneficios en Salud (PBS), por ser un procedimiento estético. De ello da cuenta la respuesta de la entidad accionada a la acción de tutela.

52. A pesar de la orden del médico tratante, su diagnóstico no permite inferir, de manera necesaria, que (i) la cirugía plástica solicitada por la accionante sea de carácter funcional o reparadora[46], y (ii) que el riesgo de consumación del daño a su salud sea altamente fiable y de pronto acaecimiento.

53. En relación con la mama izquierda -en la que se produjo la ruptura de la prótesis de gel de silicona-, la historia clínica de la accionante da cuenta de lo siguiente: (i) no se observan masas, quistes, nódulos ni hematomas, contrario sensu (ii) se observan regiones retroareolares normales, sin dilatación de los conductos, (iii) así como, región axilar sin lesión focal, y (iv) planos musculares y TCS normal bilateral, (v) sin datos de infección, sin

adenomegalias y sin pérdida de la cobertura cutánea[47].

54. Estas circunstancias permiten inferir que, (i) el acaecimiento del riesgo de consumación del daño a la salud de la accionante no es (a) altamente fiable ni (b) inminente, y (ii) que el procedimiento médico ordenado, consistente en el retiro de las prótesis de gel de silicona y cambio de estas por unas nuevas, corresponde a una cirugía plástica de carácter estético no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de la accionante.

55. Habida cuenta de que los recursos públicos asignados a la salud no pueden destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta que la finalidad principal tenga un propósito estético no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán.

56. Síntesis de la decisión. De manera previa y abstracta, la Sala consideró, de un lado, que los medios probatorios que obraban en el plenario no permitían descartar prima facie –como ocurre a instancias del análisis de procedibilidad de la acción de tutela, en el que se valora, en términos de probabilidad, el riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, a los derechos fundamentales de la accionante– que el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante fuese necesario para evitar la consolidación de un daño a la salud de la accionante. De otro lado, que solo en la medida en que las evidencias concretas acerca del acaecimiento del riesgo de consumación del daño a la salud de la accionante fuesen altamente fiables e inminentes, la Sala debía amparar los derechos fundamentales alegados.

57. Para ese propósito, estimó necesario examinar, en concreto, y mediante un pronunciamiento de fondo, (i) si la finalidad del procedimiento quirúrgico solicitado por la accionante estaba relacionada o no con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de esta, (ii) a fin de establecer si los recursos públicos asignados al sistema de salud podían financiarlo.

58. La Sala encontró que de las pruebas que obraban en el expediente no era posible inferir, de manera necesaria, que, (i) la cirugía plástica solicitada por la accionante fuera de carácter funcional, ni (ii) que el riesgo de consumación del daño a la salud de la accionante

fuese altamente fiable y de pronto acaecimiento (inminente). Por tanto, consideró adecuado confirmar la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, Cauca, que resolvió “[n]egar la tutela interpuesta [...] en contra de SANITAS EPS”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- LIBRAR, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cno. de Revisión fls. 2 y 37.

[2] Cfr. Cno. de Revisión, fls. 11, 12, 26 y 27.

[3] Cno. de Revisión, fl. 11.

[4] Cno. de Revisión, fl. 12.

[5] Cno. de Revisión, fl. 20.

[6] Cno. de Revisión, fls. 3, 16 a 29 y 37 a 38.

[7] La accionante afirma que el 2 de octubre de 2018 radicó en las oficinas de la E.P.S. Sanitas – Popayán, solicitud para que se realizara todo el procedimiento y el manejo médico, tal como lo había manifestado el médico tratante (Cno. de Revisión, fl. 3).

[8] Cno. de Revisión, fls. 2 al 10.

[9] Cno. de Revisión, fls. 3, 8, 9 y 10.

[11] Cno. de Revisión, fls. 54 a 57.

[12] Cno. 1, fls. 62 a 72.

[13] Cdno. 1, fls. 37 a 50.

[14] Cfr., sentencias C-543 de 1992 y SU-391 de 2016.

[15] Sentencia SU-391 de 2016.

[16] Cfr., Sentencia SU-961 de 1999.

[17] Cfr., entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-158 de 2006, T-033 de 2010, T-246 de 2015, T-060 de 2016 y SU-391 de 2016.

[18] Cfr., entre otras, las sentencias T-177 de 2011, T-397 de 2017, T-036 de 2017, T-579 de 2017 y T-218 de 2018.

[19] Sentencia T-150 de 2016.

[20] La Corte Constitucional, a partir de la Sentencia T-225 de 1993, reiterada, entre otras, en las sentencias T-765 de 2010, T-293 de 2011, T-814 de 2011, T-370 de 2016, T-786 de 2008 y T-218 de 2018 ha considerado estas cuatro características como determinantes de un supuesto de perjuicio irremediable.

[21] Sentencias T-579 de 2017 y T-218 de 2018.

[22] Este artículo fue modificado por las leyes 1438 de 2011 y 1949 de 2019 respectivamente.

[23] Sentencia T-218 de 2018. En esta sentencia se hace referencia a la investigación “Facultad jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud para Servicios POS, no POS y exclusiones del POS”, realizada en el año 2016, por Natalia Arce Archbold, en el que se estudiaron 150 procesos adelantados por la Superintendencia Nacional de Salud en desarrollo de su función jurisdiccional. En este, la investigadora encontró lo siguiente: “De los 150 fallos de los que se obtuvo la información completa, se tiene que desde la fecha en que se avocó conocimiento o desde que se admitió la solicitud de trámite hasta el momento en que profirió fallo: 1. El promedio fue de 271 días. 2. El menor tiempo que se tomó la delegada para proferir fallo fue de 35 días. 3. El mayor tiempo que se tomó la delegada para proferir fallo fue de 881 días.” p. 7. Información autorizada por la investigadora para divulgación. La monografía fue elaborada en la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia y puede ser consultada en dicha institución académica.

[24] Fin establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

[25] Cno. de Revisión, fls. 3, 16 a 29 y 37 a 38.

[26] Ibídem., artículo 8.7.

[27] Ibídem., artículo 8.8.

[28] Cfr., sentencia T-397 de 2017.

[29] Cfr., sentencias T-1176 de 2008, T-026 de 2011 y T-159 de 2015.

[30] Cfr., sentencias T-076 de 1999, T-956 de 2005, T-038 de 2007 y T-159 de 2015.

[31] Sentencia T-159 de 2015.

[32] Ley 1751 de 2015, “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[33] Sentencias T-1181 de 2003 y T-027 de 2015.

[34] Cfr., las sentencias T-100 de 2016, T-725 de 2007, T-717 de 2009, T-047 de 2010, T-050 de 2010 y T-020 de 2013.

[35] Cfr. Ley 1751 de 2015, artículo 17.

[36] Ibid.

[37] Cfr. Ley 1751 de 2015, artículo 15.

[38] Sentencia T-579 de 2017.

[39] Sentencia T-059 de 2018.

[40] El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispone: “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”.

[41] Sentencia T-579 de 2017.

[42] Sentencia T-579 de 2017. En esta sentencia se hace referencia a las investigaciones

realizadas por grupos independientes, como el Instituto de Medicina en Estados Unidos –National Academy of Medicine, NAM, por su sigla en inglés), <https://nam.edu/>. Al respecto, la Corte destacó: “no se han encontrado vínculos comprobados entre implantes mamarios y enfermedades autoinmunes u otras afecciones sistémicas [...] Tras estas explicaciones, ha de inferirse que uno de los riesgos propios de la colocación de los implantes se encuentra que estos puedan presentar rotura y que ello pueda ocurrir ya sea por compresión, o incluso por el desgaste que el mismo implante sufre al permanecer más tiempo de lo adecuado en el cuerpo, pues debe anotarse que estos deben ser objeto de recambio si se quiere, o ser retirados en un tiempo prudencial, tal y como lo mencionaba la misma Sociedad Colombiana de Cirugía Estética, Plástica y Reconstructiva, no debe sobrepasar los 10 años [...] Ante este panorama, y en tanto los implantes que tiene la accionante en sus pechos se encuentran al límite del tiempo alojados en su cuerpo, la posibilidad de que estos se hayan deteriorado, y/o que se rompan por cualquier compresión, no pasa de ser una situación previsible en este tipo de cirugías estéticas”.

[43] Ley 1751 de 2015, artículo 15.

[44] De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes: “a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad; b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención; c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios de salud; e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema; f) Cumplir las normas del sistema de salud; g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud; h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio; i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.”

[45] Ibid.

[46] En la respuesta al auto de pruebas proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, por medio del cual se le solicitó a la IPS Clínica la Estancia que informara por

intermedio de un profesional de la salud si el procedimiento quirúrgico era de carácter estético o funcional, informó que el procedimiento quirúrgico solicitado era de carácter estético. Cfr. Cdo 1, fls, 31 y 37 a 52.

[47] Cfr. Cno. de Revisión, fls, 20, 21, 26 y 27.