

Sentencia T-468/12

(Bogotá D.C, junio 22)

ACTUACION TEMERARIA EN TUTELA-Presentación de varias tutelas conlleva al rechazo o decisión desfavorable conforme al art. 38 del Decreto 2591/91

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Caso en que no se presenta por existir un hecho nuevo

El juez constitucional debe valorar, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, si el actor obró libre de intenciones maliciosas al interponer con duplicidad el mecanismo de amparo. Esto, por cuanto la actuación temeraria, se puede descartar, cuando se invoque la protección de los derechos fundamentales basados en hechos nuevos, no conocidos o cuando persista la afectación de los mismos, pues pueden existir razones objetivas que justifiquen la interposición de diversas acciones de tutela

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Protección constitucional

Tratándose del derecho a la salud, debe evitarse la generación de perjuicios que puedan afectar de modo irremediable la estabilidad corporal, mental o emocional de las personas, razón por la cual se considera la acción de tutela el instrumento jurídico eficaz para la protección del derecho invocado

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD Y A LAS CIRUGIAS PLASTICAS RECONSTRUCTIVAS COMO PARTE DE SU CONTENIDO-Caso en que se niega la realización de un proceso de reconstrucción postbariátrica

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA RECONSTRUCTIVA POST BYPASS GASTRICO-Orden a EPS autorice la realización de reconstrucción postbariátrica

Referencia: expediente T-3.390.970

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali,

del veinticinco (25) de noviembre de 2011 que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Once Penal Municipal de Cali, del diez (10) de octubre de 2011, que negó el amparo constitucional.

Accionante: Luz Elena López Ramírez.

Accionado: Sanitas E.P.S.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Adriana Guillén (e) y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

1. Demanda del accionante:

La señora Luz Elena López basa su pretensión de amparo constitucional en los siguientes hechos y consideraciones¹:

1.1.1 Derechos fundamentales invocados: salud, vida digna.

1.1.2 Conducta que causa la vulneración: la negativa de la entidad accionada de realizar procedimientos quirúrgicos posteriores a la cirugía bariátrica.

1.1.3 Pretensión: se autorice la reducción de tejido adiposo sobrante en la pared abdominal y extremidades inferiores.

1.2 Fundamentos de la pretensión:

1.2.1 La señora Luz Elena López Ramírez se encuentra afiliada al régimen contributivo en calidad de beneficiaria, a través de Sanitas EPS2.

1.2.2 El 11 de julio de 2011 el médico tratante le prescribió la realización de los procedimientos médicos: “abdominoplastia, herniovalia umbilical, dermolipectomia de muslos bilateral”³ de reducción de tejido adiposo de pared abdominal por liposucción o lipectomia.

1.2.3 Lo anterior, tras considerar que la accionante presenta dermatitis y otras complejidades médicas derivadas de la pérdida de peso después de que se le practicará una cirugía de bypass gástrico hace cuatro años⁴, procedimiento quirúrgico que fue ordenado por el Juzgado 33 Civil Municipal de Cali, mediante providencia del veintisiete (27) de febrero de 2007⁵.

1.2.4 La accionante solicitó a Sanitas EPS la realización de los procedimientos quirúrgicos prescritos, petición que fue resuelta desfavorablemente el 25 de julio de 2011, bajo la justificación de existir “limitación en la cobertura (de la) EPS,” y estar excluidos del POS⁶.

1.2.5 Afirmó que dichas molestias han afectado su salud física y su autoestima, razón por la cual, la entidad vulnera sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna.

2. Respuesta de la entidad accionada⁷.

El administrador de la EPS Sanitas, solicitó que se denegara el amparo de los derechos fundamentales invocados. Informó que la señora Luz Elena López presentó una solicitud de suministro de procedimientos quirúrgicos post operatorios de cirugía bariátrica, por lo cual la EPS procedió a convocar una Junta Médica para analizar su caso, quien determinó que el procedimiento de “reducción de tejido adiposo de pared abdominal, por liposucción o lipectomia era de carácter estético”. Además, resaltó que dichos procedimientos se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con el artículo 54 del Acuerdo 008 de 2009.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión:

3.1 Decisión de Primera Instancia: Juzgado Once Penal Municipal de Depuración de Cali⁸.

Negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida digna al considerar que la acción de tutela que interpuso en el año 2007, tenía los mismos hechos, pretensiones e identidad de sujetos que en la actualidad. En este orden de ideas, estimó que el Juzgado 33 Civil Municipal mediante sentencia de febrero de 2007, ordenó “(...) que igualmente que en lo sucesivo y de acuerdo a las consideraciones finales del especialista en la materia que trate la paciente se le proteja, en toda su integridad los derechos pluricommentados (salud y vida). TERCERO: PREVENIR a la EPS SANITAS, de que en el evento futuro de que el médico internista, en concordancia científica con el especialista en la materia de qué trata la enfermedad de la accionante decida practicarle a la misma tratamientos médicos que conlleven al mejoramiento de la enfermedad que padece (OBESIDAD G III), deberá la EPS ordenar los mismos de manera perentoria y de manera integral, esto en protección al derecho a la salud y vida de la accionante”.

Así las cosas, aun cuando observó que en el caso concreto no se verificaba la actuación temeraria por parte de la accionante, pues no existía intención de defraudar la administración de justicia, ni mala fe en la interposición de una nueva acción de tutela, estimó que el Juez 33 Civil Municipal había protegido integralmente el derecho a la salud de la accionante, razón por la cual la EPS debía, en cumplimiento del fallo anteriormente descrito, ordenar los tratamientos prescritos por el médico tratante. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, se deben negar todas las pretensiones de la demanda, pues ésta ya fue objeto de debate constitucional.

1. Impugnación⁹.

Encontrándose inconforme con la decisión proferida por el Juzgado de primera instancia, la señora Luz Elena López, al momento de notificarse la decisión, impugnó la sentencia. Sin embargo, la accionante no sustentó la misma.

3.2 Decisión de Segunda Instancia: Juzgado Cuatro Penal del Circuito de Cali¹⁰.

Confirmó la decisión del a quo. Consideró que la orden emitida por el Juzgado 33 Civil Municipal en el año 2007, incluía la realización del tratamiento integral para todas contingencias derivadas de la enfermedad que padecía, es decir, obesidad mórbida, por lo

cual, las razones que aduce la accionante para interponer nuevamente una acción de tutela contra la misma entidad, no son de recibo, puesto que su pretensión es el cumplimiento de un fallo de tutela. En virtud de lo anterior, estimó que se debía solicitar un incidente de desacato, en tanto la EPS accionada “no puede abstenerse de autorizar el procedimiento ordenado por el médico tratante ni someter dicha orden a engorrosos trámites burocráticos, bajo el argumento de que es un procedimiento NO POS, sino que debe limitarse a dar cumplimiento estricto a las órdenes emitidas por el juez constitucional y las que disponga el médico tratante.”

En virtud de lo anterior, apreció que de conformidad con el artículo 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991, para el cumplimiento de órdenes impartidas por el juez de tutela, procede la interposición del incidente de desacato como instrumento idóneo para el cumplimiento de las de las decisiones proferidas y la imposición de las sanciones correspondientes. Consideró que la entidad accionada impuso barreras administrativas para efectos de suministrar un tratamiento médico necesario para la accionante, por lo cual previno a la EPS Sanitas a que cumpla el fallo proferido por el Juzgado 33 Civil Municipal del 27 de febrero de 2007, “autorizando los procedimientos ordenados por el médico tratante, en el plazo y condiciones allí dispuestas, so pena de las sanciones por desacato”. Además, decidió informar a la accionante, que ante el incumplimiento de las órdenes emitidas por el juez antes mencionado, podía acudir ante éste para iniciar el trámite por desacato.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 3611.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración del derecho a la salud y a la vida digna.

2.2 Legitimación activa. La señora Luz Elena López, titular de los derechos presuntamente

vulnerados, presentó por sí misma la protección de sus derechos constitucionales fundamentales (art. 1 D.2591/91).

2.4 Subsidiariedad. Tratándose del derecho a la salud, debe evitarse la generación de perjuicios que puedan afectar de modo irremediable la estabilidad corporal, mental o emocional de las personas, razón por la cual se considera la acción de tutela el instrumento jurídico eficaz para la protección del derecho invocado. La sentencia T-760 de 2008 reiteró al respecto: “(...) La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable (...)”¹³.

En el caso concreto, los jueces de instancia negaron el amparo de los derechos fundamentales invocados por considerar que la acción de tutela es improcedente para solicitar el cumplimiento de una orden proferida por un juez de tutela en un fallo anterior. Así, estimaron que la pretensión de la accionante se encuadraba dentro de la decisión proferida por el Juzgado 33 Civil Municipal del 27 de febrero de 2007, que decidió sobre la acción de tutela interpuesta por la señora Luz Elena López contra Sanitas EPS, pues padecía de obesidad mórbida tipo III y sufría de varios problemas médicos como consecuencia del sobrepeso. En dicha oportunidad, la entidad accionada había omitido, en primer lugar, autorizar la remisión a un médico internista de Prepago Sanitas, y en segundo lugar, ordenar la práctica de la cirugía bariátrica, al estar excluida del POS.

En efecto, el Decreto 2591 de 1991 dispone el procedimiento correspondiente para verificar el efectivo cumplimiento de las sentencias y el trámite del incidente de desacato. Así, los artículos 23 y 27 buscan la efectividad de las órdenes judiciales impartidas y de esta forma, la protección oportuna de los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 52 determina que al incumplirse una orden judicial se procederá a tramitar el incidente de desacato, cuya finalidad es imponer una sanción a la autoridad pública o al particular que no acate de manera oportuna y eficaz las órdenes que se les impartan como consecuencia de una acción de tutela fallada en su contra.

Por lo cual, la protección que se otorga a través de un fallo de tutela sería inocua si no existieran mecanismos eficaces y oportunos al alcance del juez para obligar a la autoridad

accionada a que cumpla con la orden impartida por el funcionario judicial. Esto quiere decir que corresponde al juez constitucional de primera instancia conminar a las partes vinculadas a la decisión, para que cumplan el resuelve contenido en la sentencia de tutela.

En la sentencia T-458 de 2003, proferida por esta Sala Sexta de Revisión, se estableció:

“La parte resolutive de un fallo de tutela expresamente contiene la orden que debe ser cumplida.

La autoridad que brindó la protección tiene competencia para la efectividad del amparo al derecho conculcado. Como principio general, es el Juez de primera instancia el encargado de hacer cumplir la orden impartida, así provenga de fallo de segunda instancia o de revisión, ya que mantiene la competencia hasta tanto no se cumpla la orden a cabalidad. Como corolario de incumplimiento puede surgir el incidente de desacato. Pero cumplimiento y desacato son dos instrumentos jurídicos diferentes”¹⁴.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha destacado que la autoridad judicial competente que decida sobre un desacato o una solicitud de cumplimiento de un fallo de tutela, debe verificar: “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa.”¹⁵

Igualmente, ha establecido que el juez del desacato debe verificar si se cumplieron las órdenes emitidas, pero en todo caso no pueden proferir órdenes adicionales a las que fueron en principio impartidas, en aras de garantizar el alcance de la cosa juzgada, razón por la cual no se puede reabrir el debate planteado en la anterior acción de tutela, es decir, no se puede cambiar el alcance o el contenido sustancial de las órdenes impartidas.¹⁶

Respecto a este punto, es necesario precisar que el juez que conoce del alcance de la orden impartida y ésta sea poco precisa o abstracta, deberá identificar la razón de la decisión y la regla general en la cual se fundamentó la parte resolutive¹⁷.

En este orden de ideas, en el caso concreto es necesario verificar cuál fue la orden impartida por el juez de tutela y la razón de la decisión, para efectos de poder establecer si procede la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales interpuestos en esta nueva ocasión por la accionante, bajo un presupuesto fáctico establecido. O si por el contrario, y tal como lo consideraron los jueces de instancia, el mecanismo judicial para el resguardo de sus derechos era el trámite de un incidente de desacato o la solicitud de cumplimiento.

El Juzgado 33 Civil Municipal de Cali, mediante sentencia del 27 de febrero de 2007, amparó los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna y ordenó a la entidad accionada: i) la autorización con el especialista internista, ii) prevenir a la EPS a que si el médico tratante decide sobre la necesidad de realizarse tratamientos médicos para la enfermedad que padecía, esto es, obesidad mórbida tipo III, debería ordenar los mismos de manera integral¹⁸, iii) dispuso que la EPS podría repetir contra la Subcuenta del Fosyga, sobre los costos que la entidad no esta obligada a cubrir.

En dicha ocasión, se tomó la decisión de amparar los derechos fundamentales invocados después de realizar un análisis respecto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional para el resguardo del derecho a la salud. Así, se comprobó: i) que existía una prescripción del médico tratante, adscrito a la EPS accionada, para la realización del procedimiento quirúrgico denominado cirugía bariátrica, ii) se probó que la accionante requería con necesidad la práctica del tratamiento y iii) que la negativa de la entidad accionada de ordenar la remisión al médico especialista y la cirugía que requería, afectaba de manera directa su derecho fundamental a la salud y a la vida digna.

Por lo tanto, la razón de la decisión consistió en que la entidad accionada vulneró los mencionados derechos, al negar un procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante a una afiliada de la misma, que estaba previsto en el Plan Obligatorio de Salud.

Ahora bien, aun cuando el juez de tutela, en aquella oportunidad, decidió: i) ordenar a la EPS la autorización de la cita con un especialista y la protección integral de los derechos, ii) prevenir a Sanitas EPS para que en el futuro practicará los procedimientos médicos y ordenará los tratamientos necesarios para mejorar la salud de la señora Luz Elena López,

“que conlleven al mejoramiento de la enfermedad que padece (OBESIDAD G III),” y estos debían ser ordenados de “manera perentoria y de manera integral”¹⁹. Con respecto a dichas órdenes, se debe resaltar dos situaciones diferentes: i) la primera orden fue efectivamente cumplida por la entidad accionante, tanto así, que autorizó la cita con un especialista y la práctica de la cirugía bariátrica, ii) la segunda decisión, respecto a prevenir a la EPS, ii.a) consiste en una advertencia a la entidad accionada, pero su obligatoriedad difiere al carácter de una orden impartida, ii.b) estaba circunscrita a proteger el derecho a la salud, derivado de la patología de la obesidad mórbida que en aquella ocasión padecía la recurrente.

En este orden de ideas, y tal como se analizará a continuación, la segunda acción de tutela interpuesta por la señora Luz Elena López contra Sanitas EPS, tiene un objeto y una pretensión diferente. Por lo tanto, aun cuando la patología que hoy en día afecta sus derechos fundamentales es derivada de varias afecciones como consecuencia de la pérdida de peso por el procedimiento quirúrgico que se le realizó en el 2007, producto de la orden proferida en la primera acción de tutela interpuesta, existen unos fundamentos fácticos diferentes en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, cuya protección no se encuentran enmarcadas dentro de las decisiones proferidas en aquélla oportunidad.

Así las cosas, en esta ocasión, el médico tratante diagnosticó que “actualmente presenta molestia en abdomen, por exceso cutáneo con formación de pliegue y acumulación de liquido, con dermatitis y ardor, al igual que el tejido sobrante en la entrepierna, con fricción y dermatitis.”²⁰ Ahora bien, en razón a dicha patología el médico prescribió en julio de 2011, la práctica de los procedimientos quirúrgicos: “abdominoplastia, hernovalia umbilical, dermolipectomia de muslos bilateral”. Por lo tanto, se trata de diagnósticos y prescripciones médicas que no encuadran en el alcance de la decisión proferida por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Cali en la sentencia del 27 de febrero de 2007 y que en la actualidad han sido negados por la EPS accionada, bajo la consideración que se trata de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

En síntesis, en el caso concreto, la solicitud de cumplimiento o el trámite de desacato respecto a la sentencia de tutela proferida en el 2007, no son mecanismos judiciales idóneos, ni eficaces para analizar los presupuestos fácticos y pretensiones por los cuales en la actualidad se interpone la acción de tutela por parte de la misma accionante, contra Sanitas EPS, pues hay una diferenciación fáctica entre las dos peticiones. Por lo cual, al tratarse de la

negación de un servicio quirúrgico que requiere la señora Luz Elena López, se considera procedente la demanda de tutela.

2.5. Inmediatez. La demanda de tutela fue presentada dos meses después de elevar la solicitud de servicio médico ante la entidad accionada²¹, así, se considera un término razonable para el ejercicio de la acción²².

2.6 Actuación Temeraria. El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, consagra los eventos en los cuales se configura una actuación temeraria en el trámite de la acción de tutela, cuando sin razón justificada: “la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales (...),” lo cual trae como consecuencia que se rechace o decida desfavorablemente la solicitud de amparo.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional, ha considerado que se configura una actuación temeraria cuando al presentarse dos o más tutelas, se reúnen los siguientes requisitos: (i) identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad de causa petendi²³; y (iv) ausencia de justificación para interponer la nueva acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia²⁴.

En otras palabras, existe una actuación temeraria, no sólo cuando este mecanismo sea utilizado en más de una ocasión por idénticos sujetos, invocando la protección de los mismos derechos fundamentales, basado en iguales situaciones fácticas, sino que además, se requiere que no exista una razón que justifique la interposición de la acción de tutela. Igualmente, es necesario que el tutelante actúe de mala fe, vulnerando los principios constitucionales de la buena fe, eficacia y eficiencia, al abusar del derecho al acceso a la administración de justicia interponiendo la acción de tutela en repetidas ocasiones.

Por lo tanto, el juez constitucional debe valorar, de acuerdo con las pruebas que obren en el expediente, si el actor obró libre de intenciones maliciosas al interponer con duplicidad el mecanismo de amparo. Esto, por cuanto la actuación temeraria, se puede descartar, cuando se invoque la protección de los derechos fundamentales basados en hechos nuevos, no

conocidos o cuando persista la afectación de los mismos, pues pueden existir razones objetivas que justifiquen la interposición de diversas acciones de tutela.

En este orden de ideas, el juez constitucional, al verificar que existe temeridad, debe rechazar la solicitud o decidir desfavorablemente el amparo, siempre y cuando se constatare que existió mala fe o una actuación desleal al interponer dos acciones de tutela.

En el caso concreto, la señora Luz Elena López interpuso dos acciones de tutela contra Sanitas EPS. La primera acción fue estudiada en única instancia por el Juzgado 33 Civil Municipal de Cali, quien amparó los derechos fundamentales a la salud y la vida digna. En esa oportunidad, la accionante padecía de obesidad mórbida tipo III y varios problemas médicos como consecuencia del sobrepeso, y la entidad accionada había omitido, en primer lugar, autorizar la remisión a un médico internista de Prepago Sanitas, y en segundo lugar, ordenar la práctica de la cirugía bariátrica, al estar excluida del POS.

En segundo lugar, la señora López interpuso una acción de tutela contra la misma entidad, en septiembre 27 de 2011, por la negativa de autorizar los procedimientos quirúrgicos prescritos por el médico tratante, derivados del diagnóstico de dermatitis, hernia umbilical y exceso de piel sobrante, por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud y ser de carácter estético. Acción que fue decidida en primera instancia por el Juzgado 11 Penal Municipal de Cali, desestimando las pretensiones de la accionante, y confirmada en segunda instancia por el Juzgado 4 Penal del Circuito de Cali.

En virtud de lo anterior, es necesario constatar si en el caso concreto existió un motivo válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción de tutela o si por el contrario, el actor obró con temeridad. Así las cosas, considera la Sala que en el caso concreto, no se verifican los requisitos para la configuración de una actuación temeraria, pues a pesar de que hay identidad en el accionante e identidad en el accionado; la pretensión de la accionante en la segunda acción de tutela es diferente, esto por cuanto, pretende que la entidad accionada disponga la realización de unos procedimientos quirúrgicos prescritos en el año 2011 por el médico tratante, derivados de unas afecciones a la salud y la vida digna que en la actualidad padece, que fueron negados por encontrarse excluidos del POS y considerar que son cirugías estéticas, entonces se trata de unos presupuestos fácticos disímiles a los planteados en la primera acción de tutela. Además, se pudo constatar que la accionante no interpuso la nueva

acción de tutela de mala fe o abusando del derecho al acceso a la administración de justicia, en tanto informó sobre la decisión proferida por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Cali del año 2007, incluso aportó copia del mencionado fallo y sus pretensiones, en la actualidad, distan de aquellas falladas en la primera acción de tutela. En conclusión, esta Sala pudo verificar que no se configuró una actuación temeraria por parte de la señora Luz Elena López.

3. Problema jurídico constitucional.

4. Vulneración del derecho a la salud.

4.1 El derecho al acceso a los servicios de salud.

4.1.1 En desarrollo del derecho constitucional a la salud, la Ley 100 de 1993 ha prescrito que “todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud”²⁵, siendo responsabilidad del Estado y las empresas promotoras de salud, la prestación de los servicios, medicamentos y procedimientos que requieran los usuarios para el diagnóstico, recuperación o rehabilitación de la salud²⁶.

4.1.2 En la ejecución práctica de los planes de atención previstos, las entidades prestadoras de salud no deben obstaculizar el acceso al servicio de salud imponiendo cargas administrativas desproporcionadas a los usuarios. Así lo dispone el Decreto 1703 de 2002: “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente”²⁷. Por ello, se ha considerado también vulneratorio del derecho a la salud de los usuarios, la omisión en la realización de trámites internos que corresponden a la propia entidad para la obtención de prestaciones, como por ejemplo, lo relativo a la “la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico”²⁸.

4.2 Las cirugías plásticas reconstructivas con carácter funcional, como parte del contenido del derecho a la salud.

De conformidad con el Acuerdo 289 de 2005, “Por medio del cual se aclara la cobertura de servicios en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado”, las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales, esto es, “aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema”, deben ser prestadas “en los términos del Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones contenido en la Resolución 5261 de 1994”. De la misma manera, el artículo 55 del Acuerdo 08 de 2009²⁹ definía:

1. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de alterar o mejorar la apariencia del paciente sin efectos funcionales orgánicos.
2. 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. (Subrayas fuera del texto original).

La jurisprudencia constitucional en ocasiones ha relacionado los procedimientos médicos estéticos con el concepto de “vida digna”, para amparar en fallos de tutela aquellos que buscan “aminorar un sufrimiento o facilitar un mejor modo de vida”, aun cuando legalmente estos tratamientos o procedimientos médicos se encuentren excluidos del POS, según las circunstancias de cada caso y necesidades de cada paciente³⁰. De este modo, las entidades promotoras de salud deben analizar, en cada caso, si la cirugía prescrita es calificada como “estética” o si se trata de una cirugía plástica “reconstructiva,” pues éstas tienen la capacidad técnica y científica para evaluar qué tipo de cirugía se requiere de conformidad con la historia clínica del paciente y los conceptos de los médicos tratantes³¹.

Por ejemplo, en la sentencia T-392 de 2009 se analizó un caso de una señora a quien le habían practicado la cirugía by-pass gástrico por sufrir de obesidad mórbida, quien con posterioridad a la cirugía sufrió un deterioro desnutricional y varias complicaciones físicas derivadas del exceso de piel restante tras la pérdida de peso. La Corte decidió ordenar a la entidad promotora de salud accionada autorizar la realización de la cirugía reconstructiva post-bypass gástrico que comprende los procedimientos quirúrgicos de “abdominoplastía,

mamoplastia de aumento, gluteoplastia, liftin de muslos, lipoescultura de muslos y branquitoplastia bilateral". Y lo hizo bajo las siguientes consideraciones: (i) una cirugía plástica puede tener fines reconstructivos funcionales, tendientes a resguardar los derechos a la salud y la vida en condiciones de dignidad; (ii) en razón al principio de integralidad y continuidad en la prestación de los servicios de salud, es obligación de la EPS garantizar los procedimientos quirúrgicos necesarios para obtener la recuperación del estado de salud.

Por otro lado, en la sentencia T-798 de 2010, la Corte examinó el caso de una señora a quien el médico tratante le ordenó "lipectomía circunferencial" para retirar el exceso de piel abdominal, como consecuencia de una cirugía de by-pass. En esta oportunidad, la Corte comprobó que dicho procedimiento se encontraba incluido en el POS, razón por la cual la entidad accionada debió, desde un principio, autorizar la realización de dicha cirugía, sin embargo, ya se había configurado una carencia actual de objeto por hecho superado.

En este orden de ideas, a lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional diferenció entre los tipos de cirugías estéticas y de carácter funcional para evaluar la necesidad de practicar un procedimiento quirúrgico. Razón por la cual, el Plan Obligatorio de Salud paulatinamente ha incluido ciertos procedimientos quirúrgicos necesarios para satisfacer las condiciones de salud integral de los usuarios, basado en que el estado de salud incluye no sólo aspectos físicos sino también psíquicos, emocionales y sociales.

4.3 Caso concreto.

Los procedimientos quirúrgicos prescritos a la accionante, fueron estimados por el médico tratante como necesarios para el mejoramiento de las condiciones de salud y vida digna de la accionante,³³ razón por la cual consideró necesario "iniciar proceso de reconstrucción postbariátrica (sic) por etapas"³⁴. Así, a pesar de que la Junta Médica convocada por la entidad accionada, consideró que se trataban de procedimientos meramente estéticos³⁵, la jurisprudencia constitucional ha establecido que dichos procedimientos son necesarios para la recuperación integral de la salud del paciente para efectos de amortiguar las consecuencias derivadas de la cirugía bariátrica y mejorar su estabilidad física, funcional y emocional.

Por lo tanto, la negativa de la entidad accionada de realizar los procedimientos quirúrgicos prescritos por el médico tratante que se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud

en el régimen contributivo, vulnera el derecho a la salud. Lo anterior, en tanto que el Anexo No. 2 del Acuerdo 29 de 2011 incluye los procedimientos: “REDUCCION (sic) DE TEJIDO ADIPOSEO DE PARED ABDOMINAL, POR LIPOSUCCION O LIPECTOMIA (sic)”³⁶, “REDUCCION (sic) DE TEJIDO ADIPOSEO EN MUSLOS, PELVIS, GLUTEOS (sic) O BRAZOS, POR LIPOSUCCION (sic) O LIPECTOMIA (sic)”³⁷ y “HERNIORRAFIA UMBILICAL SOD”.³⁸ Así las cosas, y tal como lo ha consagrado la jurisprudencia constitucional, negar el suministro del contenido mínimo del derecho a la salud, cual es, aquel establecido en el POS, constituye una vulneración del derecho fundamental de la señora Luz Elena López.

Por lo anterior, se ordenará a Sanitas E.P.S que en cuarenta y ocho horas siguientes, a la notificación de la presente providencia, autorice la realización de los procedimientos de reconstrucción postbariátrica, que incluye los procedimientos: “1) abdominosplastia (dermolipectomia abdominal, 2) herniorrafia umbilical, 3) dermolipectomia de muslos”, según la prescripción hecha por su médico tratante,³⁹ teniendo en cuenta que estos procedimientos se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

5. Razón de la decisión.

Constituye una vulneración del derecho a la salud, la negativa de la EPS a realizar un procedimiento quirúrgico de cirugía plástica reconstructiva o funcional ordenado por el médico tratante a una afiliada de la misma, previsto en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, procede la acción de tutela para el amparo del derecho fundamental a la salud y no el trámite incidental de desacato, cuando se verifica la existencia de nuevos fundamentos fácticos que no pretenden reabrir el debate constitucional anteriormente establecido, sino plantean un nuevo análisis sobre la vulneración o amenaza del derecho a la salud, por parte de una entidad promotora de salud que se abstiene de cumplir con los contenidos protegidos constitucional y legalmente del derecho a la salud y que se encuentran incluidos en el POS.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- TUTELAR el amparo del derecho fundamental a la salud. REVOCAR la sentencia del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali, del veinticinco (25) de noviembre de 2011 que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Once Penal Municipal de Cali, del diez (10) de octubre de 2011, que negó el amparo constitucional, en la acción de tutela interpuesta por Luz Elena López contra Sanitas EPS.

Segundo.- ORDENAR a Sanitas E.P.S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice la realización de los procedimientos de reconstrucción postbariátrica, que incluye los procedimientos: "1) abdominoplastia (dermolipectomia abdominal, 2) herniorrafia umbilical, 3) dermolipectomia de muslos", según la prescripción hecha por su médico tratante.

Tercero.- LÍBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

ADRIANA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Acción de tutela presentada el 27 de septiembre de 2011.

2 Folio 8.

3 Folio 6.

4 Folio 5.

6 Folios 3 y 4.

7 Mediante oficio del cuatro (4) de octubre de 2011 el administrador de la EPS Sanitas suministró respuesta a la acción de tutela. (Folios 20 a 22).

8 Sentencia proferida el diez (10) de octubre de 2011. Folios 24 al 39.

9 Folio 39.

10 Sentencia proferida el veinticinco (25) de noviembre de 2011. Folios 42 al 45.

11 En Auto del veintiocho (28) de febrero de 2012 de la Sala de Selección de tutela Número Dos de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

12 De conformidad con lo afirmado por el accionante en el escrito de tutela y la copia del carné de afiliación aportado. (Folios 2 y 8 respectivamente).

13 Sentencia T-595 de 2002.

14 Sentencia T-744 de 2003.

15 Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005.

16 Sentencia T-512 de 2011.

17 Sentencia SU-047 de 1999.

18 Específicamente, la orden número tres, del fallo del 27 de febrero de 2007, establece: "TERCERO: PREVENIR a la EPS Sanitas, de que en el evento futuro de que el médico internista, en concordancia científica con el especialista en la materia de que trata la enfermedad de la accionante decida practicarle a la misma tratamiento médicos (sic) que conlleven al mejoramiento de la enfermedad que padece (OBESIDAD G III), deberá la EPS ordenar los mismos de manera perentoria y de manera integral, esto en protección al derecho a la salud y la vida de la accionante."

19 Folio 16.

20 Según consta en la copia de la historia clínica. Folios 5ª 6.

21 Presentada el 27 de septiembre de 2011, mientras que la negativa de la entidad accionada de realizar los procedimientos médicos prescritos data del 25 de julio de 2011.

22 De conformidad con la Sentencia SU-961 de 1999: ““la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

23 Ver entre otras sentencias: T-951/05, T-410/05, T-1303/05, T-662/02 y T-883/01.

24 Por ejemplo, en la sentencia T-184/05 se dijo que si bien existía duplicidad en la interposición de la acción de tutela, era procedente revocar la multa impuesta al actor por considerar que no obró de mala fe.

25 Artículo 156 literal c) Ley 100 de 1993.

26 El contenido del Plan Obligatorio de Salud esta consagrado en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- (Modificado por el Acuerdo 25 y 21 de 2011). Igualmente, la Resolución 5261 de 1994 contempla el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Y mediante los Acuerdos 004 y 011 de 2010, la CRES

extendió los beneficios del POS contributivo a los niños y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado.

27 Artículo 40.

28 En este mismo se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006.

29 Derogado por el Acuerdo 029 de 2011.

30 Sentencias T-576 de 2003, T-392 de 2009.

31 Sentencia T-392 de 2009.

32 Sentencia T-684 de 2008, T-1185 de 2005, entre otras.

33 En la copia de la historia clínica de la accionante reza: “presenta molestia en abdomen, por exceso cutáneo con formación de pliegue y acumulación de líquido, con dermatitis y ardor, al igual que el tejido sobrante en la entropierna, con fricción y dermatitis (...)”³³. Fue remitida por pérdida masiva de peso.”

34 Folio 5.

35 Folio 20.

36 Código 868304 del Anexo No. 2 del Acuerdo 29 de 2011.

37 Código 868305 del Anexo No. 2 del Acuerdo 29 de 2011.

38 Código 534000 del Anexo No. 2 del Acuerdo 29 de 2011.

39 Sentencia T-392 de 2009, T-798 de 2010, entre otras.