

Sentencia T-492/04

DERECHO A LA SALUD-Comprende aspectos físicos y psicológicos/DERECHO A LA SALUD-Cirugía de reconstrucción fálica/PRINCIPIO DE AUTONOMIA EN MATERIA MEDICA-Aplicación

Al actor la IPS le ha vulnerado sus derechos fundamentales en relación con su solicitud de que se le practique la cirugía reconstructiva. Pues, una negativa para hacerlo debe ser fundada e informada en debida forma al paciente, de lo contrario, no se está dando cumplimiento al derecho a la salud en forma integral en conexidad con la dignidad del ser humano. Más en este caso en donde están comprometidos aspectos de connotación psicológica, pues involucra la percepción como ser humano y su identidad sexual, ya que se trata de la reconstrucción de órganos sexuales externos que perdió. Debe entenderse que en este sentido resulta indiferente que la cirugía no sea funcional - es decir que con ella no se recuperen las facultades sexuales o reproductivas de la persona, sino que se trate de una cirugía reconstructiva, entendida como aquella que, como su nombre lo indica, tiene por fin reconstruir una parte faltante del cuerpo para darle una apariencia similar a la que tienen las personas normales. Concepto que es sustancialmente distinto a una cirugía estética, que en este caso no lo es. En conclusión, esta Sala de Revisión concederá la tutela pedida pero en el siguiente sentido : se ordenará a la IPS que frente a la solicitud de cirugía reconstructiva del actor, se convoque a un comité interdisciplinario independiente, en el que se garantice el principio de autonomía en materia médica. Principio de autonomía entendido como el que obliga a los profesionales a actuar lo más neutral y objetivamente posible, alejado de criterios de conveniencia que alteren su imparcialidad, el actor tiene derecho a conocer el dictamen de este comité, y para tal efecto, se le debe notificar personalmente lo allí decidido.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MAYOR DE EDAD-Cirugía de reconstrucción fálica

Si el comité recomienda el procedimiento, queda en manos del actor, en uso de su autonomía, otorgar el consentimiento informado para que se le realice la reconstrucción del pene, para tal efecto, debe ser asistido por los profesionales en la salud, pues, sólo los psiquiatras pueden conocer si el paciente está apto mental y emocionalmente para dar su consentimiento. Así mismo, corresponde al equipo de cirujanos determinar si el paciente es

apto físicamente para operación. Si no concurren todos estos factores previos al procedimiento : consentimiento informado del actor, confirmación siquiátrica de la aptitud mental del paciente y confirmación de los cirujanos de la aptitud física para la operación, es obvio que la intervención no puede llevarse a cabo.

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de reconstrucción fállica no tiene carácter estético

Sólo resta señalar que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, si la intervención quirúrgica debe realizarse según lo expuesto, la Red Salud IPS no puede obstaculizar su realización con el argumento de que esta clase de intervenciones están excluidas de acuerdo con el contrato suscrito con La Previsora, porque, se repite, no se trata de una cirugía de carácter estético.

Referencia: expediente T-843411

Acción de tutela instaurada por el señor xxx y la señora yyy contra la Red Salud IPS.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004).

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

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, de fecha 12 de diciembre de 2003, en la acción de tutela presentada por el señor xxx y la señora yyy, a través de apoderado, contra la Red Salud IPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Dos de la Corte, en auto de fecha 5 de febrero de 2004 eligió, para efectos de su

revisión, el expediente de la referencia.

* Con el fin de preservar el derecho a la intimidad de los demandantes de esta tutela, sus nombres, al momento de su publicación, se mantendrán en reserva.

I. ANTECEDENTES.

El señor xxx y su esposa yyy otorgaron poder a un abogado para que presentara esta acción de tutela contra la Red Salud IPS, porque consideran que con la negativa de esta entidad de suministrar los recursos económicos y científicos necesarios para el procedimiento denominado “reconstrucción fálica, utilizando colgajo libre cubital o radial y cirugía plástica con reconstrucción peniana en micro cirugía”, intervención que requiere el señor xxx, se les violan sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud. Los hechos se resumen así :

1. Hechos.

Señala el escrito de tutela que el día 7 de julio de 2002, xxx fue atacado por delincuentes comunes que le produjeron graves lesiones : “la amputación traumática de los genitales externos, en los que comprenden sus órganos sexuales - pene, testículos y escroto”. Fue atendido inicialmente en el Hospital Tequendama y remitido al día siguiente, al Hospital Universitario de La Samaritana de Bogotá. Su vinculación con la IPS es como beneficiario, pues la afiliada y cotizante es su esposa, YYY.

Señala que los médicos del Hospital Universitario de La Samaritana de Bogotá le recomendaron esta cirugía, teniéndose como Código de Procedimiento los Nos. 15242 y 9827.

Afirma que la IPS ha negando la autorización, no obstante que esta cirugía debe realizarse a la mayor brevedad “para que su escaso desarrollo integral personal sea medianamente aceptable y pueda él sentir un beneficio personal, conyugal, familiar y social medianamente aceptable a su psiquis personal.” (fl. 103)

Señala el apoderado que presentó derecho de petición el día 8 de mayo de 2003 ante la IPS, solicitando la autorización del procedimiento, solicitud que le fue contestada el día 19 de mayo de 2003, en el sentido de que los cónyuges debían someterse a evaluaciones en el

Centro de Especialistas. A estas evaluaciones se sometieron y fueron atendidos por el médico urólogo Mauricio Vargas quien ha conceptuado desde el principio sobre la necesidad de efectuar en el menor tiempo posible la intervención.

Sin embargo, con fecha 13 de junio de 2003, la IPS les respondió que oídos los conceptos médicos se concluyó que el procedimiento quirúrgico indicado al actor “no reviste características funcional”, por lo que ratifican la negación de autorizar la intervención con cargo al presupuesto de la entidad.

Consideran que esta decisión se adoptó sin la opinión de los especialistas o no tienen copia de la misma. Además, al señalarse en esta comunicación que el procedimiento no se hace a cargo de la IPS, se da a entender que está fuera del POS.

El día 20 de junio de 2003 la señora YYY le solicitó a la demandada copias de los conceptos, resultados llevados a cabo por el doctor Mauricio Vargas, del acta del Comité ad hoc y de los demás documentos, pero a la fecha de interponer esta acción de tutela -11 de septiembre de 2003-, no había recibido respuesta.

Pretensiones :

Solicitan que se protejan los derechos fundamentales del actor y su familia, y se ordene a la Red Salud IPS para que autorice el procedimiento de reconstrucción fállica que requiere el actor, en cualquiera de los centros hospitalarios con los que la entidad tiene contratados estos servicios, en lo posible con el Hospital Universitario de La Samaritana. La autorización debe incluir todos los gastos de hospitalización, medicamentos, controles.

Que se declare que la IPS puede repetir contra el Fosyga o contra cualquier estamento público que esté obligado a cubrir estos gastos económicos.

Acompañó fotocopias de la historia clínica y de las comunicaciones que se han cruzado entre los actores y la IPS. (fls. 1 a 101).

2. Trámite procesal.

Es de advertir que inicialmente conoció esta acción de tutela el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, que profirió el 25 de septiembre de 2003 providencia concediendo esta acción. Esta

decisión fue impugnada.

El Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, en auto de 30 de octubre de 2003, declaró la nulidad de lo actuado en la tutela por el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, a partir del auto del 18 de septiembre de 2003, por falta de competencia funcional, en razón de la vinculación que se hizo de la Fiduciaria La Previsora S.A., y la naturaleza jurídica de la misma, en aplicación del Decreto 1382 de 2000. En consecuencia, remitió la acción de tutela a los jueces del circuito.

El Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá avocó, el 7 de noviembre de 2003, el conocimiento de esta acción contra al IPS Red Salud y la Fiduciaria La Previsora. Les solicitó a los demandados la siguiente información : a la IPS, lo concerniente a la afiliación de los actores y las razones por las que no se ha realizado la cirugía de reconstrucción. A la Fiduciaria, indicar si está facultada para autorizar a la IPS la práctica de intervenciones quirúrgicas, exámenes y suministro de medicamentos que por ley la IPS no está obligada a entregar. Así mismo, citó al urólogo Daniel Rojas del Hospital La Samaritana. Posteriormente, a petición de la entidad demandada, citó a los doctores Alvaro Rojas y Mauricio Vargas (fl. 166)

3. Respuestas de la Red Salud IPS y de La Previsora.

Las entidades demandadas se opusieron a esta acción. Sus respuestas se resumen así :

3.1 Respuesta del Director Científico de Red Salud IPS S.A.

En comunicación del 12 de noviembre de 2003, el Director informó que la IPS está regida por el artículo 185 de la Ley 100 de 1993. En razón de su objeto social licitó en unión temporal con otras instituciones y obtuvo el contrato de prestación de servicios para la atención de las necesidades de salud de los docentes del Distrito Capital de Bogotá y sus beneficiarios, con la Fiduciaria La Previsora.

Señala que la señora YYY está activa en la base de datos como docente del Distrito, desde el 23 de febrero de 1999 y tiene como beneficiario a su compañero permanente xxx, también activo en la base de datos.

Manifiesta que una vez conocida la situación de salud del actor, la IPS ha asumido la integridad de los costos que su recuperación ha requerido en el Hospital de La Samaritana de

Bogotá. En forma ambulatoria, ha continuado con la atención médica, incluidos los tratamientos psiquiátricos que la pareja necesita.

Señala que el 8 de mayo de 2003 fue radicado un derecho de petición de los actores, contestándoles que una vez reevaluado el paciente por uno de los médicos urólogos que lo atendió en su intervención inicial en La Samaritana y realizado el Comité Médico ad hoc convocado con sus médicos tratantes en urología y psiquiatría, además del concepto del servicio de cirugía plástica y reconstructiva del hospital, se encuentra que, según el Comité, el paciente está funcionalmente bien. Agrega :

“Es decir la fisiología urinaria está totalmente recuperada, su función sexual no va a ser variada con el tratamiento reconstructivo propuesto por los médicos cirujanos plásticos, pues iguales resultados se pueden lograr con prótesis externas inflables de fácil uso, evitándose procedimientos quirúrgicos prolongados, variables en número, con resultados observables en un período no inferior a dos años, de pronóstico pobre a mediano plazo.”

Dice el comité, adicionalmente, que la función mental de la pareja no va a variar con el tratamiento quirúrgico propuesto, antes por el contrario hay riesgo de agravamiento con el tratamiento quirúrgico solicitado.

Concluye el comité que el tratamiento propuesto no es funcional sino estético, pues él no busca el restablecimiento de la funcionalidad del enfermo.” (fl. 157)

Pone de presente que no quiere decir el Comité que el paciente, por su cuenta y riesgo, no pueda realizarse el tratamiento propuesto, sino que no recomienda su realización por no encontrar beneficios adicionales a los ya logrados.

Además, señaló los siguientes asuntos a tener en cuenta :

“11. Preocupó a algunos de los médicos tratantes de la pareja su situación mental, pues ella no permite evaluar la posibilidad de una lesión auto infligida por alguno de sus miembros, lo que impide descartar la duplicidad de las lesiones en caso de realizarse el tratamiento solicitado por los accionantes.

12. En medicina los procedimientos se dividen en funcionales o estéticos, considerando a los primeros como aquellos que buscan la rehabilitación de la funcionalidad del organismo, vale

decir de la actividad para la cual ha sido diseñada, y a los segundos como aquellos que no buscan tal objetivo sino que su finalidad es hacer nacer lo bello en nosotros, como lo define el diccionario.

13. La función del aparato reproductor es lograr la procreación de la especie, función que de ninguna manera se logrará restablecer en el señor xxx, por lo que los procedimientos que se pretenden realizar no pueden considerarse como funcionales.

14. Tampoco es la penetración, función para la cual se pretende la reconstrucción fálica, elemento importante en el acto sexual, pues el orgasmo se logra con las demás etapas que él supone, como ampliamente ha sido demostrado por los expertos en sexología y que seguramente también confirmarán los accionantes.

15. El órgano que se pretende reconstruir carecerá de sensibilidad, por lo que el paciente tampoco podrá disfrutar de la penetración, obteniendo los mismos resultados con prótesis externas de fácil uso y adquisición, cómoda higiene, disponibilidad inmediata, y que evita los riesgos que todo procedimiento quirúrgico supone.

16. Los procedimientos propuestos, variables en número por la complejidad que suponen, significan someter a un paciente, aquejado de serios quebrantos mentales, a caminar solitario un calvario cuyo final no puede asegurarse pues no solo puede significar la muerte física sino la muerte mental, familiar y social, y el éxito, muy lejano por cierto, amén de incomodidades físicas, no logrará los fines para los cuales se ha creado el órgano que se quiere reemplazar.” (fl. 158)

En el mismo escrito, el Director Científico de la IPS, se refirió a los derechos fundamentales presuntamente violados por la entidad Al respecto señaló que no se ha violado el derecho a la vida del actor, ni ésta se encuentra amenazada. En cambio habría riesgo que sí pudiese amenazarse por los repetitivos efectos anestésicos y las posibles complicaciones de un procedimiento como el solicitado, que no busca el restablecimiento funcional del organismo sino la estética. Tampoco ha sido violado el derecho a la salud, entendida como lo ha dicho la Corte “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional” ya que ésta fue restablecida con los tratamientos que le ha suministrado la IPS, sin costo alguno para el paciente. Ni se han vulnerado los derechos a la familia, pues la ausencia de los órganos perdidos por el actor no son recuperables funcionalmente.

En cuanto a la solicitud de recobro del costo de la cirugía al Fosyga, informó que los actores están excluidos de la Ley 100 de 1993, ya que pertenecen al régimen de excepción a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria La Previsora.

De otro lado, solicitó que se vincule a esta acción de tutela a La Previsora, pues los servicios de salud que presta la IPS se encuentran regulados en un contrato que excluye los procedimientos estéticos como el solicitado. La Fiduciaria es la única que puede autorizar la intervención y asumir los costos. Así mismo, pide que se oigan en declaración a quien suscribe esta respuesta, en su condición de Director Científico y a los doctores Mauricio Vargas, médico urólogo, y al doctor Néstor Agudelo, médico psiquiatra.

3.2 Respuesta de la Fiduciaria La Previsora S.A.

En comunicación de fecha 13 de noviembre de 2003, el Vicepresidente de Fondos de Prestaciones, Fiduprevisora S.A., señaló lo siguiente :

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la nación, sin personería jurídica y sus recursos deben ser administrados por la entidad fiduciaria, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre La Previsora y la Nación - Ministerio de Educación Nacional.

En desarrollo de sus obligaciones contractuales, suscribe la contratación de la prestación de servicios médico asistenciales en los diferentes departamentos del país, para que sean atendidos los educadores afiliados al Fondo del Magisterio.

Por tal razón suscribió, con base en los términos de referencia, el contrato de los servicios médicos asistenciales de los educadores del Distrito Capital de Bogotá con Red Salud IPS.

Manifiesta que de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Fondo del Magisterio son excepción a la aplicación del sistema integral de seguridad social.

A continuación transcribe un cuadro sobre la cobertura del contrato suscrito con la IPS, que no se considerará pues, tal vez por error mecanográfico, quedó consignada la cobertura del 0% para todos los beneficiarios. (fl. 174 vuelto). Es decir, como si no existiera tal prestación.

Afirma que el suministro de medicamentos es responsabilidad de la entidad médica, que es la que determina su viabilidad y entrega, según los términos de referencia contractual.

Concluye así :

“Como lo hemos analizado, la entidad médico asistencial encargada de prestar los servicios médicos de los educadores del Distrito Capital de Bogotá afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la Red Salud - Docentes - Distrito U.T y es quien determina el suministro de los medicamentos conforme lo ordene el médico tratante adscrito a la entidad.

Como conclusión, solicitamos del Despacho, negar la acción de tutela incoada en contra de esta entidad Fiduciaria, por no existir vulneración alguna a derecho fundamental constitucional por parte de la misma y en contra de la parte accionante, pues como lo hemos analizado, la atención médica y el suministro de medicamentos es a cargo de la entidad médica, como bien lo hemos explicado.” (fl. 175)

4. Declaraciones de los doctores Jesús Alvaro Rojas Rojas, Néstor Agudelo Valencia y Daniel Rojas Castillo.

En cumplimiento de lo ordenado por el juez, los médicos Jesús Alvaro Rojas Rojas, Néstor Agudelo Valencia y Daniel Rojas Castillo comparecieron el día 14 de noviembre de 2003, en el despacho del Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá. Sin embargo, el doctor Mauricio Vargas no asistió.

Las declaraciones se resumen así :

4.1 Declaración del doctor Jesús Alvaro Rojas Rojas, Director Científico de la Red Salud IPS. (fls. 168 y 169)

Señala que aunque no conoce al actor, sí conoce su historia clínica desde hace varios meses, por razones del cargo en la IPS. Informa que se ha reunido con los médicos tratantes y con base en sus conceptos, se decidió impropiar un procedimiento quirúrgico riesgoso que le han propuesto, creándole expectativas muy difíciles de alcanzar. Señaló que en circunstancias muy extrañas, el paciente fue emasculado (resecados y completamente extirpados los testículos, escroto y pene). Se le han practicado diversos procedimientos quirúrgicos que han

logrado que su función urinaria sea normal, pues controla esfínteres y orina por la porción de la uretra que se le logró conservar.

Sobre la intervención quirúrgica explica :

“(…) entonces se pretende, hacer una reconstrucción del pene, tomando un fragmento de costilla, piel y músculos anexos y desplazarlos en diferentes períodos hasta ocupar el lugar del pene, este proceso significa varios meses, no menos de 24 de tal manera que se asegure que al estar rotando los colgajos, estos adquieran vitalidad a través de fragmento distal de inserción para lograr poderlos desinsertar de la fracción proximal. Lograda la colocación del colgajo en el sitio correspondiente y asegurado que el tejido es viable, es decir, no se va a necrosar, entonces deberá reconstruirse la porción de uretra que llegue hasta el sitio terminal del colgajo. La terminación de la cirugía daría como consecuencia un órgano siempre rígido, sin sensibilidad alguna, y antes por el contrario creándole grandes incomodidades para su presentación personal.”

Sobre el estado físico y psíquico del paciente, dijo :

“(…) de acuerdo con su historia clínica el paciente y su cónyuge sufren serios quebrantos mentales a tal punto que no ha sido posible descartar la posibilidad de que la lesión haya sido autoinfringida pues las características del corte hacen pensar que fue producida por alguien con experiencia. Desde el punto de vista físico el paciente no presenta alteraciones de resaltar con excepción de la incomodidad que pueda producirle tener micciones en posición sentada.”

Al ser preguntado por el juez sobre el concepto del urólogo Daniel Rojas, en el sentido de que era necesario practicarle al paciente la reconstrucción que pide, el declarante manifestó :

“Este tipo de intervenciones no son frecuentes y el doctor Daniel Rojas es un médico en entrenamiento por lo que considero que encontró la oportunidad perfecta para aprender a realizar y ganar experiencia en este tipo de cirugías.”

Finalmente, reitera lo dicho en su escrito, respecto de que es una cirugía funcional, entendida como funcional “cuando busca restablecer las funciones para las cuales ha sido creada”. Es más, agrega que en su opinión ni siquiera es una cirugía estética.

4.2 Declaración del doctor Néstor Agudelo Valencia, médico psiquiatra. (fls. 170 y 171)

Manifiesta que trabaja con Red Salud y en el Seguro Social. Afirma que conoce a los actores desde hace un par de años, desde antes del accidente. Los ha atendido individualmente y como pareja, en especial a la esposa porque padece trastorno bipolar, que consiste en “períodos de pérdida del juicio de realidad con mucha euforia e inquietud que alterna con períodos depresivos”. Como pareja los trata por dificultades conyugales. Al actor lo estaba viendo por un cuadro depresivo.

Preguntado por el estado actual del paciente, responde :

“Hay que manifestar que yo los conozco a ellos desde antes del accidente sufrido por el paciente. Un día llegaron a consulta como habitualmente lo hacen y me narraron el evento en el cual le fue amputado el pene. xxx mostraba ese día una intensificación de sus rasgos depresivos con total desinterés por todo, apatía, tristeza, y por momentos deseos de no vivir. A xxx lo seguí viendo aproximadamente cada quince días con el objetivo de ayudarlo sicoterapéuticamente a manejar su situación. El paciente no ha mostrado mejoría a su estado de ánimo. Incluso después de utilizar medicamentos antidepressivos. El motivo de su depresión es la falta de su pene.”

Requerido el concepto médico sobre cómo se encuentra el paciente en cuanto a sexualidad, contestó :

“La vida sexual de pareja de ellos se deterioró casi por completo, sin embargo a través de sicoterapias, les he indicado maneras alternativas de disfrutar la sexualidad sin el acto de la penetración. Estos métodos no son de la misma efectividad, pero en algo pueden ayudar a mejorar su calidad de vida. La sexualidad humana es la interacción de factores síquicos y factores anatómicos, entonces necesariamente al no haber un pene va a ver (sic) una disminución de la calidad de la sexualidad, pero en mi concepto la cirugía que se le ofrece a él, tampoco va a mejorar significativamente la vida sexual, ya que se trata según entiendo de un pene completamente sin sensibilidad y de características completamente distintas al pene natural. A xxx se le pueden crear expectativas alrededor de la cirugía que posiblemente no se vayan a cumplir, tener un pene sin sensibilidad no genera ningún tipo de estimulación erótica.”

Al ser preguntado sobre las repercusiones síquicas que le puede traer al paciente el hecho de no tener pene, el profesional señaló :

“El hecho de no tener pene genera una baja en su autoestima y genera síntomas depresivos, pero el pene que se le pueda reconstruir, no va a cambiar significativamente su estado psicológico, ya que es muy distinto al pene natural.”

En cuanto a la posibilidad de haberse podido auto infligir la lesión, manifestó que “en las juntas médicas que hemos realizado hemos lanzado posibles hipótesis una de ellas es la automutilación, pero es una hipótesis más entre algunas otras hipótesis.”

Finalmente estimó :

“Yo opino que esta cirugía por lo prolongada, dolorosa, riesgosa, y por ofrecer un resultado no muy adecuado pueden intensificar en el cuadro depresivo y pueden eventualmente reforzar sus ideas suicidas. Pienso que el tratamiento deber ser psicológico para ayudarle a llevar su trauma y ayudarle a adaptarse a su nueva vida.”

4.3 Declaración del doctor Daniel Rojas Castillo, médico urólogo que solicitó el procedimiento de reconstrucción. (fls. 172 y 173)

Manifiesta que trabaja en el Hospital de La Samaritana de Bogotá. Señala que tiene conocimiento del tratamiento que se le ha dado al paciente, en el manejo inicial de la herida y el posterior cubrimiento del área con injertos de piel, por parte del servicio de cirugía plástica y la creación de uretostomía perineal “consistente en avocar la uretra a la piel del perineo para que pueda tener una micción”. Afirma que conoció al actor en el año 2003 cuando asistió a control y le manifestó el deseo de corregir de algún modo el defecto que tenía.

Al ser preguntado sobre el estado actual del paciente, manifestó :

“No lo conozco porque la última vez que lo vi fue hace seis meses.”

Sobre las razones por las cuales solicitó a la IPS Red Salud se le practique la cirugía de reconstrucción fálica al paciente, mediante carta del 20 de febrero de 2003, explicó :

“Lo que se solicitó fue la autorización para realizar la intervención en nuestra institución, dado que el paciente refería querer practicarse algún tipo de cirugía reconstructiva y médicamente es la única opción que se le puede ofrecer al paciente.”

En cuanto al carácter de la cirugía : estética o funcional, respondió :

“La cirugía es puramente estética, porque no va a cumplir las funciones que normalmente cumple el pene que son principalmente erecciones para el coito y la micción a través de la uretra la cual en ocasiones no se puede crear con el injerto.”

Al ser preguntado por el juez, en su condición de médico tratante, si funcionalmente el paciente quedó bien con los procedimientos que le hicieron en el Hospital La Samaritana, contestó :

“El manejo que se le hizo fue temporal, mientras se definía si se le realizaba algo reconstructivo. En cuanto a la parte funcional refiriéndonos a la micción a través del perineo lo cual no le permite una micción de pie.”

Sobre si se mejoraría la calidad de vida del paciente con la cirugía reconstructiva, opinó

“es posible que mejore su calidad de vida al mejorar en parte su percepción corporal. En cuanto a las funciones urinarias es posible que continúe orinando a través del perineo, ya que la cirugía no garantiza una micción a través del injerto.”

Respecto del procedimiento quirúrgico, explicó :

“La cirugía consiste en obtener un segmento de espesor parcial (colgajo libre) del antebrazo con el cual se va a crear una estructura que asemeje el pene con la uretra, y la cual se va a injertar en el sitio donde se encontraba el pene. Este injerto no tiene ninguna sensibilidad y por la ausencia de los cuerpos cavernosos que es el tejido eréctil no va a tener erección. En teoría es un solo tiempo quirúrgico, en teoría porque el equipo que está en este momento en La Samaritana no la ha realizado. Los riesgos de la cirugía son necrosis del injerto, infección, lo cual puede llevar a pérdida total del injerto.”

Preguntado por el apoderado de los actores sobre las causas de la mutilación, el declarante dijo que él no le realizó ninguna intervención ni se considera apto para dar el concepto de la

causa, pues conoció al paciente seis meses después de la lesión. Explicó que “inicialmente lo trataron otros médicos que le ofrecieron la reconstrucción fálica y el paciente la rechazó. Cuando yo trate el paciente manifestó su cambio de opinión con el deseo de la reconstrucción.”

Requerida su opinión sobre el carácter de la cirugía, contestó que como ya lo había dicho “este procedimiento no es funcional es estético y en mi conocimiento no hay ninguna otra opción mejor a la propuesta para mejoría de la función.”

4. Sentencia de primera instancia

En sentencia de fecha 19 de noviembre de 2003, el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá denegó esta acción. Examinó las pruebas, las disposiciones legales, sobre las exclusiones del POS, y lo dicho por los médicos en sus declaraciones. Señaló que la cirugía pedida por el paciente no está encaminada a acabar con sus dolencias o para recuperar alguna función urinaria, sino para lograr mediante un injerto la implantación de uno de los órganos de reproducción masculina. El injerto no va a servir para tener relaciones sexuales normales como las que tenía antes del insuceso.

En cuanto a la relevancia psíquica de la operación ofrecida al paciente, estimó que evidentemente la falta de un órgano genital constituye un detrimento en su personalidad, y tener que continuar su vida con un cambio en su fisonomía o impronta que lo identificaba, afecta su salud mental. Puede decirse que el implante fálico, en cierta forma ayudaría al paciente a aliviar su estado emocional. Pero, los conceptos médicos que obran en el expediente indican que el paciente era tratado antes de la emasculación por el psiquiatra, que manifestó que no recomienda la cirugía ofrecida dado que por ser la misma prolongada, dolorosa, riesgosa, puede ofrecer un resultado no muy adecuado, sin que logre mejorar su vida sexual, ni va a cambiar significativamente su estado psicológico. Además, crearle ilusiones que no se logren, puede acentuar su baja autoestima y posiblemente reforzar sus ideas suicidas.

Concluye así :

“En conclusión la cirugía de reconstrucción fálica que le ofreció el médico tratante del Hospital La Samaritana, tiene las características de cirugía estética, la cual no está

contemplada dentro del Plan Obligatorio de Salud, por lo que la IPS no está legalmente obligada a autorizar su práctica. Así pues, quedó demostrado que el paciente no está padeciendo molestias en su cuerpo, que lleven a pensar, que no sólo quiere la cirugía por embellecer su cuerpo, sino por evitar dolores en el mismo, caso en el cual, se tendría que entrar a estudiar la posibilidad de ordenar a la IPS la práctica del tratamiento quirúrgico.

No encuentra este juzgador, violación al derecho a la salud y a la seguridad social del señor xxx, ni afectación al principio de la dignidad humana, cuando la cirugía pretendida, contrario a lo deseado por él, va a traerle consecuencias más graves aun para su subsistencia, que las que ya le pudo haber ocasionado el incidente sufrido, pues según los médicos tratantes el injerto puede llegar a traerle infecciones y necrosarse.”

5. Sentencia de segunda instancia.

En providencia del 12 de diciembre de 2003, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, confirmó la decisión del a quo. Consideró que la cirugía pretendida no reviste las condiciones de necesidad requeridas para ordenarla, pues no tiene las características de funcionalidad que la hagan efectiva a las necesidades del paciente. Por el contrario, podrían derivar consecuencias psíquicas más nocivas para el peticionario, porque no tiene fines curativos ni de rehabilitación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se discute.

2.1 Se examinará la procedencia de esta acción de tutela, dirigida a que el juez constitucional ordene a la Red Salud IPS a realizar al actor una cirugía reconstructiva denominada “reconstrucción fálica con cirugía plástica”, pues la entidad de salud se niega a hacerla por ser una intervención estética y no funcional. Sin embargo, el paciente y su cónyuge consideran que esta negativa les vulneran sus derechos fundamentales a la vida, a

la igualdad, a la seguridad social y a la Salud.

2.2 La entidad demandada se opuso a la procedencia de esta acción de tutela pues no se autoriza la intervención quirúrgica por tratarse de una cirugía estética y no funcional, esto significa que la IPS no está obligada a suministrarla. Además, el comité médico ad hoc conformado con sus médicos tratantes en urología y psiquiatría conceptuó que la fisiología urinaria del paciente está totalmente recuperada, y su función sexual no va a variar con el tratamiento reconstructivo propuesto. Es decir, afirma que el comité médico no aconseja la intervención. Pone de presente que se tienen dudas sobre el origen de la mutilación (si fue autoinfligido), lo que impide descartar que se repitan las lesiones; y, señala que el resultado de la cirugía puede ser más dañino para la salud mental del actor cuando se dé cuenta que el órgano reconstruido no es igual al que perdió.

En cuanto a la violación de derechos fundamentales alegada, señala que al paciente se le han suministrado todos los tratamientos que ha requerido, asumiendo la IPS los costos correspondientes, por lo que no ha habido violación de los derechos fundamentales a la vida, ni a la salud. Ni, tampoco se han vulnerado los derechos a la familia, pues la ausencia de los órganos perdidos no son recuperables.

2.2 El a quo oyó en declaración al Director Científico de la IPS, al psiquiatra que ha tratado a la pareja y al urólogo que le prescribió la intervención quirúrgica de reconstrucción del pene, lo dicho en estas declaraciones consta en los antecedentes de esta providencia. Aunque el a quo citó también al médico urólogo Mauricio Vargas, que al parecer fue quien hizo la última reevaluación del paciente, no se hizo presente en el juzgado.

2.3 Los jueces que conocieron esta acción la denegaron con fundamento en las razones expresadas por la entidad, en cuanto al carácter estético y no funcional de la cirugía, lo que corroboraron con las declaraciones de los médicos. Además, sobre el agravamiento de los problemas que para el paciente puede implicar que el resultado de la operación como el esperado.

2.4 Planteado así el objeto de esta acción, se examinarán los siguientes asuntos: la violación de derechos fundamentales que se alegan como violados sólo serán decididos en relación con el paciente que sufrió la mutilación, es decir, no se analizarán los supuestos derechos vulnerados en relación con la cónyuge; el derecho integral a la salud comprende aspectos

físicos y psicológicos; el consentimiento informado del paciente mayor de edad excluye que la decisión sea adoptada por otras personas, incluida la de su pareja.

3. La decisión de exigir la reconstrucción de una parte del cuerpo a través de la acción de tutela, corresponde al ámbito exclusivo de la persona, más cuando se trata de un adulto que no ha sido declarado incapaz.

La Sala se refiere en primer lugar a quién o quiénes están legitimados para incoar la presente acción de tutela, pues la misma fue presentada por los cónyuges XXX y YYY, quienes consideran que la negativa de la IPS de autorizar la intervención quirúrgica de reconstrucción de pene, les viola los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la familia.

Sin embargo, debe dejar claro esta Sala de Revisión que, sin desconocer las hondas repercusiones que tiene en el grupo familiar, en especial en su pareja, la situación que atraviesa el señor xxx con la mutilación de que fue objeto, una decisión relativa a que se le practique la reconstrucción en mención y exigirlo a través de la acción de tutela, sólo le compete a él, como persona adulta, que no ha sido declarado judicialmente incapaz, ya que se trata de una intervención sobre su propio cuerpo, lo que excluye que otras personas, incluida el cónyuge, puedan exigir su realización.

Esto quiere decir que la legitimación activa de esta acción de tutela recae exclusivamente en el señor xxx, y, en consecuencia, los derechos presuntamente vulnerados se examinarán en lo que al actor respecta.

Aclarado este punto, se referirá a la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas.

4. El derecho a la salud es integral, pues comprende tanto la salud física como los aspectos psicológicos o emocionales del ser humano.

Tal como lo ha expresado ampliamente la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, de allí que el derecho a la salud que la Constitución protege es integral y no se reduce a la mera existencia biológica. Es decir, que si bien el derecho a la salud es de carácter prestacional, puede adquirir el carácter de fundamental y ser

susceptible de protección a través de la acción de tutela, cuando vulnera o amenaza vulnerar derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad del ser humano. Corresponde al juez constitucional determinar en cada caso puesto a su consideración, si se está ante un derecho prestacional o se está ante un derecho fundamental susceptible de ser protegido por vía de tutela.

Además, la Corte ha explicado que “el derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución - preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.” (sentencia T-926 de 1999, MP, doctor Carlos Gaviria Díaz).

En esta misma sentencia, se recordó que la protección del derecho a la salud cubija tanto los aspectos físicos como psicológicos, lo que quiere decir que el tratamiento que se debe proporcionar no se reduce sólo a obtener la curación, sino que el paciente tiene derecho a recibir todos los cuidados médicos dirigidos a hacer más llevaderas las afecciones que padece, en forma integral.

Estos son los lineamientos generales sobre lo que implica el derecho a la salud en la Constitución Política.

Descendiendo al objeto de la presente discusión, ésta debe ubicarse en el siguiente punto : cuándo resulta legítimo que se niegue una intervención quirúrgica reconstructiva con el argumento de que se trata de una cirugía estética, sin considerar que se puede estar afectando la dignidad del ser humano.

4. Posible violación de los derechos fundamentales a la salud integral, física y mental, y a la dignidad del ser humano, cuando se niega una intervención quirúrgica simplemente por ser estética.

Este asunto se ha analizado también en diversas oportunidades por la Corte cuando se ha solicitado la acción de tutela con el fin de que se ordene una intervención quirúrgica, que no

ha sido autorizada por la entidad de salud, en razón de que se trata de una cirugía de carácter estético y no funcional, que no está comprometida la vida de la persona, pues estos casos, de cirugía estética, están excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

La Corte ha fijado su criterio en el sentido de que si bien en estos casos no hay compromiso de la vida del paciente, si se ha probado que la no realización de la intervención compromete gravemente el aspecto emocional de quien lo requiere, la acción de tutela puede proceder. Son los eventos en que la dignidad humana se convierte en derecho fundamental, que puede ser protegido a través de la acción de tutela. Lo que adquiere especial relevancia cuando la zona del cuerpo que requiere la cirugía se relaciona directamente con la propia percepción de identidad sexual.

Como ejemplo de estas situaciones se citan las sentencias T-566 de 2001, T-659 de 2003 y la 599 de 1999, entre otras.

La sentencia T-566 de 2001, MP, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, corresponde a la situación de una menor de edad a la que no se le desarrolló el seno derecho. Según concepto médico, requería una intervención quirúrgica. La entidad de salud consideró que se trataba de una cirugía de carácter estético, no cubierta por el POS. La Corte examinó el derecho a la salud en condiciones dignas; el aspecto psicológico del individuo y el aspecto físico del adolescente. Además, señaló que la cirugía que requería la menor “a pesar de no ser funcional es reconstructiva y NO ESTETICA por cuanto se planea reconstruir una parte faltante para dar una apariencia similar, NO MEJOR a la de las personas normales” Consideró, además que “la paciente presenta problemas psicológicos por su defecto.” (las mayúsculas son del texto original).

La sentencia T-659 de 2003, de esta Sala de Revisión, corresponde a un menor de edad al que las tetillas se le desarrollaron en tamaño fuera de lo normal, por lo que requería una cirugía encaminada a extirparlas. La entidad de salud consideró que era una cirugía estética, no cubierta por el POS. La Corte reiteró su jurisprudencia sobre el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, en especial tratándose de menores de edad y la protección del aspecto físico y mental del adolescente, afectado por el miedo al rechazo que tiende a tener un varón con rasgos que corresponden a características femeninas. La Corte ordenó la realización de la intervención.

La sentencia T-572 de 1999, la Corte protegió el derecho de una mujer que había sufrido mastectomía bilateral y la entidad de salud se negaba a implantar las prótesis mamarias en razón de que se trataba de una cirugía estética. Dijo la Corte en esta oportunidad que la mutilación que sufrió la ciudadana requería no sólo la implantación de las prótesis, sino el tratamiento psicológico, pues requería reafirmación de su autoestima y carácter femenino. Señaló la sentencia:

En el caso sub examine observa la Sala, que lo que pretende la actora de esta tutela es lograr, que, mediante la autorización del implante de unas prótesis mamarias, se restablezca su integridad física, moral y psicológica, hecho que indudablemente debe analizarse desde el punto de vista de la dignidad de la actora.

En este orden de ideas, se debe preguntar la Sala, sí por el hecho de tratarse de una cirugía o rehabilitación de carácter “cosmético”, según definición de los demandados, está excluida del Plan Obligatorio de Salud, y sí esa definición lesiona o desconoce la dignidad de la actora.

Bajo los anteriores supuestos, la Sala estima que además del tratamiento quirúrgico consistente en la implantación de las prótesis mamarias que requiere la actora, se deberá ordenar el tratamiento psicológico que le garantice una reafirmación de su autoestima y carácter femenino, los cuales han resultado bastante afectados con la mutilación de la que ha sido objeto, tal como han recomendado los médicos legistas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conforma a las pruebas recaudadas dentro del expediente a folios 58 al 65.” (sentencia T-572 de 1999, MP, doctor Fabio Morón Díaz)

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, realizada entre el 7 al 22 de noviembre de 1969, e incorporada a la legislación colombiana, mediante la Ley 16 de 1972, también establece que el derecho a la integridad personal comprende no sólo lo físico, sino los aspectos psíquicos y mentales. Dice el artículo 5º lo siguiente :

“Artículo 5º. Derecho a la integridad personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y mental.

(...)"

De este breve recuento jurisprudencial, se puede concluir : la Constitución establece que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana. Una de las manifestaciones de este principio implica entender que el derecho a la salud incluye la atención integral, es decir, que los tratamientos médicos que se deben suministrar al paciente no se reducen sólo a la atención dirigida a proporcionar la curación sino que la persona tiene derecho a recibir la atención encaminada a lograr, también, el equilibrio emocional y psicológico que su padecimiento requiera.

Es decir que frente a una solicitud de una intervención quirúrgica que se denomine de carácter estético, no siempre resulta legítimo que las entidades de salud se nieguen a su realización con este argumento, porque, se repite, en algunos casos, la no realización de la intervención puede afectar en forma grave la percepción que la persona tiene sobre su propia imagen, lo que se conoce como "la representación mental que tenemos de nosotros mismos", en especial, cuando se trata de intervenciones relacionadas con la reconstrucción de los órganos sexuales externos, dada su incidencia en la identificación sexual.

Con base en lo dicho, se analizará si la negativa de la entidad de salud a realizar la intervención que solicita el actor vulnera los derechos fundamentales a la salud integral en conexidad con la dignidad del ser humano.

5. El caso concreto.

En el presente caso no se discute que al actor la IPS demandada le ha prestado la atención médica requerida con el fin de lograr su curación física. Tampoco se discute que la entidad les ha suministrado a él y a su cónyuge la atención psiquiátrica que han requerido, inclusive, como lo dice uno de los médicos declarantes en el proceso, desde antes de ocurrir la mutilación de que fue objeto el actor.

Sin embargo, surge la pregunta que originó esta acción de tutela : ¿frente a la solicitud del demandante de que se le practique la cirugía de reconstrucción del pene, la negativa de la entidad está fundada en razones científicas o en otra clase de razones, como las económicas?.

Si las razones de la negativa son científicas, desde ya se advierte que el juez de tutela no tiene competencia para desconocer esta clase de decisiones, pero, si las razones son de otra índole, como las económicas, el juez constitucional puede verificar si ha habido vulneración de derechos fundamentales.

En este caso, de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, no existe prueba de que la negativa de la entidad esté amparada en fundamentos científicos, no obstante lo afirmado en varias oportunidades por el Director Científico de la IPS.

En efecto, se recordará que el médico tratante del actor, el urólogo Daniel Rojas, del Departamento de Urología del Hospital Universitario La Samaritana de Bogotá, en comunicación del 20 de febrero de 2003, dirigida Red Salud solicitó autorización para realizar la siguiente intervención quirúrgica :

Por medio de al presente solicito a ustedes autorizar procedimiento para el señor xxx con cc. --- de ---. Quien hace 7 meses presentó emasculación traumática y quien requiere una reconstrucción fálica utilizando colgajo libre cubital o radial. Dicho procedimiento debe ser realizado por nuestro servicio en conjunto con el servicio de cirugía plástica los cuales son los que obtienen el colgajo para la reconstrucción.

Los códigos de los procedimientos son :

Colgajo libre (con microcirugía) 15242

Reconstrucción peneana 9827" (fl. 83)

La señora yyy, a través de apoderado, aduciendo su condición de cónyuge del paciente, elevó derecho de petición el día 8 de mayo de 2003, al representante de la IPS, solicitando la autorización del procedimiento formulado por el médico urólogo del Hospital de La Samaritana, ya que esta cirugía le ha sido negada.

En comunicación del 19 de mayo de 2003, suscrita por el Director Científico de la IPS y la Gerente General, le manifestaron que se requería una opinión de los expertos en el tema y la conveniencia del procedimiento, por lo que se acordó hacer una junta médica y que el doctor Mauricio Vargas le realice una evaluación del estado actual del paciente. El texto de la comunicación es el siguiente :

“Antes de aprobar o improbar la realización de un procedimiento acostumbramos solicitar la opinión de los expertos en el tema, pues con él nos hacemos una mejor idea de sus complicaciones, efectos secundarios, riesgo - beneficio, y demás situaciones que nos permitan, adicionalmente, dar recomendaciones al paciente y su familia en torno al tema.

Al examinar su derecho de petición que conocimos el 8 de mayo de 2003 indagamos sobre la conveniencia del procedimiento, sin que hayamos logrado esclarecer todos los interrogantes que el nos generó, por lo que hemos acordado hacer una junta médica con urólogos experimentados que nos permitan sacar conclusiones acertadas.

Hemos pedido al Dr. Mauricio Vargas que realice una evaluación de su estado actual, lo que hará el viernes 30 de mayo de 2003 a las 10.40 (...)" (fl. 2)

El 13 de junio de 2003, en comunicación suscrita por las mismas personas de la Red Salud, se le informó al apoderado de la señora YYY que el actor había sido valorado por los servicios de urología y psiquiatría y se escucharon los conceptos de los servicios del Hospital La Samaritana, y se presentó el caso a un comité médico, llegado a la conclusión que “el procedimiento quirúrgico indicado al señor xxx no reviste características funcional, por lo que ratificamos la negación de su autorización con cargo a nuestro presupuesto”. El texto de la comunicación dice :

“Para dar respuesta a su oficio que conocimos el 8 de mayo de 2003 hemos realizado un detenido análisis de la historia clínica del señor xxx, valorado el paciente por los servicios de Urológica y Psiquiatría, escuchados los conceptos de los servicios de Urología y Cirugía Plástica del Hospital de la Samaritana y presentado el caso en un comité Médico Ad Hoc convocado para ello.

Luego de todo ello hemos concluido que el procedimiento quirúrgico indicado al señor xxx no reviste características funcional, por lo que ratificamos la negación de su autorización con cargo a nuestro presupuesto.

Confiamos en su comprensión, pues la decisión tomada está regida en un todo al estudio de la mejor conducta a seguir con el paciente.” (fl. 3)

La señora yyy, en comunicación del 20 de junio de 2003 solicitó a la IPS el resultado del

examen y concepto del urólogo Mauricio Vargas y el acta de sustentación del comité médico ad hoc. (fl. 4)

El 2 de julio de 2003, la IPS le contestó que la documentación solicitada pertenece a los archivos de la empresa, y que la historia clínica del paciente sólo es posible suministrarla al propio paciente, según el decreto 1995 de 1999. Además, que el interesado conoce los resultados de las evaluaciones realizadas por sus médicos tratantes, y es de su discrecionalidad suministrarle esta información. (fl. 5)

Obsérvese que hasta este momento, sólo existe la afirmación de la IPS en la que dice que el comité médico no recomienda la intervención. Sin embargo, se comparten por esta Sala de Revisión las razones para no entregar la historia clínica del paciente a alguien diferente a él.

Esto motivó que el día 13 de agosto de 2003, los señores XXX y YYY confirieron poder a un abogado para que presente esta acción de tutela con el fin de que la IPS ordene la intervención quirúrgica de reconstrucción fálica dispuesta por el urólogo.

Se pensaría que frente a la acción de tutela, el Director Científico de la IPS, aportaría los fundamentos científicos en que se basó el comité médico ad hoc, al que ha hecho referencia.

Sin embargo, ni en la respuesta al juez de tutela ni en la declaración que rindió ante el juzgado aportó los documentos sobre la decisión del comité médico. Las razones de la negativa a suministrar el procedimiento siempre las ha hecho con apoyo a lo que ha dicho el comité.

Es más, solicitó que se le oyera en declaración en el juzgado, lo mismo que a los doctores Mauricio Vargas, que no compareció, y al doctor Néstor Agudelo, el médico psiquiatra. A su vez, el a quo citó al médico urólogo, doctor Daniel Rojas, que es quien solicitó que al actor se le hiciera el procedimiento reconstructivo.

Entonces, no obra en el expediente el documento producido por el comité médico convocado para examinar la situación del actor. En cambio, de las declaraciones de los especialistas citados por el juez, incluida la del Director Científico de la IPS, se destaca lo siguiente :

El Director Científico de la IPS demandada, en la declaración rendida ante el juzgado, pone en

entredicho las razones profesionales del doctor Rojas Castillo para recomendar la operación al actor. En efecto, el Director de la IPS al ser preguntado por el juzgado por qué el urólogo del Hospital La Samaritana recomendó esta operación, dijo lo siguiente : “Este tipo de intervenciones no son frecuentes y el doctor Daniel Rojas es un médico en entrenamiento por lo que considero que encontró la oportunidad perfecta para aprender a realizar y ganar experiencia en este tipo de cirugías.”(fl. 169)

Es también de resaltar que el médico psiquiatra no desconoce que el motivo de la depresión del actor es la falta de su pene, hecho que le genera una baja autoestima. No obstante, opina que la cirugía por lo prolongada, dolorosa y riesgosa, y no ofrecer un resultado muy adecuado, puede intensificar el cuadro depresivo y reforzar las ideas suicidas del paciente. (fls. 170 y 171)

Por su parte el urólogo que recomendó el procedimiento pone de presente que no obstante que se trata de una cirugía estética y no funcional, es posible que mejore su calidad de vida “al mejorar en parte su percepción corporal” y no hay ninguna otra opción mejor a esta propuesta.

De lo anterior, se concluye que sobre la conveniencia o no del procedimiento de reconstrucción sólo existen opiniones individuales de profesionales. Pero no existe en el expediente un documento proveniente de un comité médico interdisciplinario, sobre si es recomendable la cirugía o no, y por qué.

Es en este punto en donde se considera que al actor la IPS le ha vulnerado sus derechos fundamentales en relación con su solicitud de que se le practique la cirugía reconstructiva. Pues, una negativa para hacerlo debe ser fundada e informada en debida forma al paciente, de lo contrario, no se está dando cumplimiento al derecho a la salud en forma integral en conexidad con la dignidad del ser humano. Más en este caso en donde están comprometidos aspectos de connotación psicológica, pues involucra la percepción como ser humano y su identidad sexual, ya que se trata de la reconstrucción de órganos sexuales externos que perdió.

En conclusión, esta Sala de Revisión concederá la tutela pedida pero en el siguiente sentido : se ordenará a la IPS que frente a la solicitud de cirugía reconstructiva del actor, se convoque a un comité interdisciplinario independiente, en el que se garantice el principio de autonomía

en materia médica. Principio de autonomía entendido como el que obliga a los profesionales a actuar lo más neutral y objetivamente posible, alejado de criterios de conveniencia que alteren su imparcialidad, tal como lo explicó la Corte en la sentencia T-1025 de 2002.

En este comité participarán los profesionales urólogos, psiquiatras, cirujanos y cirujanos plásticos, para que se pronuncien sobre la conveniencia o no de la cirugía pedida y los aspectos que consideren pertinentes. Allí se evaluarán todos los temas que plantea el Director Científico de la IPS, tales como el origen de la mutilación, si se corre el riesgo de que se pueda repetir, los riesgos físicos y mentales del procedimiento de acuerdo con la salud mental del paciente, etc. Es de tener en cuenta que si la recomendación del comité es el de no aconsejar el procedimiento, se debe aclarar expresamente si se trata de una recomendación con carácter definitivo o que puede ser nuevamente puesta en consideración en otra oportunidad.

El actor tiene derecho a conocer el dictamen de este comité, y para tal efecto, se le debe notificar personalmente lo allí decidido.

Si el comité recomienda el procedimiento, queda en manos del actor, en uso de su autonomía, otorgar el consentimiento informado para que se le realice la reconstrucción del pene, para tal efecto, debe ser asistido por los profesionales en la salud, pues, sólo los psiquiatras pueden conocer si el paciente está apto mental y emocionalmente para dar su consentimiento. Así mismo, corresponde al equipo de cirujanos determinar si el paciente es apto físicamente para operación. Si no concurren todos estos factores previos al procedimiento : consentimiento informado del actor, confirmación siquiátrica de la aptitud mental del paciente y confirmación de los cirujanos de la aptitud física para la operación, es obvio que la intervención no puede llevarse a cabo.

Sólo resta señalar que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, si la intervención quirúrgica debe realizarse según lo expuesto, la Red Salud IPS no puede obstaculizar su realización con el argumento de que esta clase de intervenciones están excluidas de acuerdo con el contrato suscrito con La Previsora, porque, se repite, no se trata de una cirugía de carácter estético.

En tal evento, dado que debe hacerse prevalecer lo dispuesto en la Constitución, si están de por medio los principios y valores fundamentales como la dignidad humana y la calidad de

vida, como ocurre en este caso, la entidad de salud debe cubrir todos los costos que la intervención demande. Y, de acuerdo con los términos del contrato suscrito con la Fiduciaria La Previsora, podrá hacer el recobro respectivo a la Fiduciaria, o ante la compañía de seguros, si existe póliza que respalde estas contingencias.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE :

Primero : Revocar la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2003, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en la acción de tutela presentada por XXX contra Red Salud IPS y la Fiduciaria La Previsora S.A. En consecuencia, se concede la tutela pedida, con el fin de proteger los derechos a la salud en conexidad con la vida y su dignidad como ser humano.

Para el cumplimiento de esta tutela, se ordena que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el representante legal de Red Salud IPS, disponga lo necesario para que se convoque un comité interdisciplinario, con la participación de especialistas en urología, psiquiatría, cirugía y cirugía plástica, con el fin de evaluar la situación del actor y proferir la recomendación correspondiente a la viabilidad de la operación de reconstrucción que solicita el paciente, tal como se expuso en la parte motiva. De lo allí decidido, el actor debe ser debidamente notificado.

El concepto de este comité debe proferirse en un término no mayor de treinta (30) días.

Si la recomendación es la realización de la intervención, esta se hará también siempre y cuando exista el consentimiento informado del actor, ayudado por los profesionales de la salud, como se indicó en esta sentencia y dentro del término señalado por los especialistas.

Segundo : Si la intervención quirúrgica se realiza, Red Salud IPS, puede repetir contra la Fiduciaria La Previsora, por los gastos en que incurrió, si no estaba obligada a asumirlos, o acudir a la póliza de seguro si, ella existe y cubre estas contingencias.

Tercero : La Secretaría dispondrá lo necesario para que los nombres del actor y de su cónyuge se supriman al darle publicidad a esta sentencia.

Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)