

Sentencia T-539/07

ACCION DE TUTELA-Procedencia para evitar un perjuicio irremediable contra la calidad de vida

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA-Solicitud cirugía de mamoplastia reductora sugerida por el médico tratante y que se encuentra fuera del POS

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para ordenar cirugía de mamoplastia reductora por cuanto no se cumplen los requisitos exigidos para el amparo de los derechos invocados

No obra en el expediente prueba que indique que la intervención quirúrgica impetrada sea el único medio para aliviar las dolencias presentadas, ni que la salud y la calidad de vida de la peticionaria dependan de esa reducción mamaria, ni que exista un riesgo inminente y grave, que clame atención urgente e impostergable y requiera la determinación del Estado, a través de la tutela, para evitar un perjuicio irremediable. El ISS, EPS, no ha conculcado los derechos fundamentales cuyo amparo reclama la accionante, por cuanto la cirugía instada se encuentra excluida del POS y no fue prescrita por el médico tratante, quedando de más que no se haya demostrado la incapacidad económica de la demandante para pagar la intervención, ni que para el dolor que sufre medie un tratamiento de 15 sesiones de terapia.

Referencia: expediente T-1587586

Acción de tutela instaurada por Amanda Niño Arango, contra el Instituto de Seguros Sociales, EPS.

Procedencia: Tribunal Superior de Buga, Sala Penal.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., trece (13) de julio de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, dentro de la acción de tutela promovida por Amanda Niño Arango, contra el Instituto de Seguros Sociales, EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del mencionado Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 4 de la Corte, el día 26 de abril de 2007 eligió, para efectos de su revisión, el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

La demanda fue incoada el 18 de agosto de 2006, contra el Instituto de Seguros Sociales, EPS, solicitando tutelar los derechos a “la seguridad social, la salud, la dignidad humana y conexo con estos la vida misma”, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

Amanda Niño Arango nació el 16 de junio de 1947 (f. 22 cd. inicial), está jubilada el Instituto de Seguros Sociales desde hace 9 años y viene recibiendo \$1'962.223, de los cuales \$480.000 son descontados mensualmente debido a un crédito que adquirió de \$14'000.000 y \$317.000 de otro crédito de \$7'000.000 que utilizó para remodelar su casa; está divorciada y tiene 4 hijos, una de ellos a su cargo, aunque “trabaja temporalmente”.

Padece “artrosis y una cervicopatía crónica”, lo cual le genera mucho dolor en la espalda, los brazos y los hombros; el médico traumatólogo de la Clínica Santa Ana de Tulúa, adscrita al Instituto de Seguros Sociales, EPS, Seccional Valle, le “sugirió que lo único que me aliviaba... era una reducción de mamas”; la remitió al cirujano plástico en Cali, quien la valoró con otros tres médicos y le dijeron que no, pero no le notificaron la razón.

Manifiesta que su estado de salud es delicado debido a las enfermedades diagnosticadas y que el ISS, EPS, no le ha solucionado el problema, con lo cual le está conculcando sus

derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y la dignidad humana, en conexidad con la vida.

En tal virtud, pide que se ordene a dicho Instituto, Seccional Valle del Cauca, la intervención quirúrgica de reducción de mamas, “que bajo ningún punto de vista persigue un mejoramiento simplemente estético de mi persona ya que se trata de un problema ya detectado y formulado por los respectivos galenos de la institución en tutelada”.

B. Respuesta de la entidad demandada al juez de tutela.

Mediante oficio de fecha agosto 25 de 2006, el ISS, EPS, Seccional Valle, a través de su Directora Jurídica, solicita no acceder a la acción de tutela, por cuanto la evaluación y manejo para cirugía plástica de reducción de mamas se encuentra fuera POS, “según lo contemplado por la Resolución 5261 de 1994 mediante la cual se expidió el manual de Actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” y la “cirugía es de carácter estético y ella debe ser asumida directamente por el usuario.”

Agrega que la no realización de tal cirugía plástica no atenta contra el derecho a la vida y que “el artículo 28 parágrafo 1 del Decreto 806 de 1.994”, establece que cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS, deberá financiarlos directamente.

C. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Histórica clínica, donde consta que la accionante padece y ha sido tratada por “artrosis” y “cervicopatía”, con dolor cervical crónico (fs. 3 a 15 cd. inicial).

1. Carné de afiliación de Amanda Niño Arango al ISS (f. 23 ib.).

1. Declaración de Amanda Niño Arango (septiembre 4 de 2006), ante el Juzgado 1° de

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga (fs. 26 y 27 ib.).

D. Sentencia de primera instancia.

Mediante fallo de septiembre 4 de 2006, el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga no amparó los derechos deprecados en la acción de tutela, al apreciar que “el médico tratante TULIO CRUZ, le sugirió que al reducir el tamaño de las glándulas mamarias, disminuiría el dolor, esto es, sin garantizar que el dolor de espalda, hombros y caderas desaparecería con dicha cirugía; razón por la cual la remitió al cirujano plástico, y este a la Junta Médica de Cirugía Plástica en Cali, para determinar su procedencia, donde al parecer de acuerdo al informe de la accionada, su negativa se centro en el hecho de la cirugía de reducción de mamas no está dentro del PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, es decir, no se prescribió la necesidad de la cirugía de reducción de mamas”. Además, la accionante “puede sufragar el costo con su propio pecunio”.

E. Impugnación.

La actora anotó “impugno”, al notificarse del fallo antes referido (f. 33 ib.).

F. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, mediante sentencia de “septiembre veintiocho (28) de diciembre de dos mil seis (2006)” (sic, ciertamente corresponde a septiembre), resolvió confirmar el fallo apelado, denotando que no aparece probado que la falta de la cirugía de reducción de mamas amenace los derechos fundamentales de la actora, ni se cumplen los requisitos jurisprudenciales establecidos en casos como el que se estudia.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Es competente la Corte Constitucional para analizar, en Sala de Revisión, la decisión tomada dentro de la presente acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de estudio.

Como la actora aduce que la reducción de mamas que le fue “sugerida” por el médico tratante, le disminuye el dolor causado por la “artrosis” y la “cervicopatía crónica” que padece, corresponde a esta Sala observar si se está en presencia de un eventual perjuicio irremediable, que le de vía a la acción ante otros medios de defensa judicial, y luego decidir si se ha debido conceder la tutela invocada, de cumplir con los requisitos establecidos al efecto.

Tercera. Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable contra la calidad de vida, aunque exista otro medio de defensa judicial.

En reiterada jurisprudencia¹, la Corte Constitucional ha expresado que un elemento esencial para que se deba proteger por vía de tutela el derecho a la salud, en cuanto presente conexidad con la vida, emana de la existencia de un perjuicio irremediable que la justifique como mecanismo transitorio, según consagran los artículos 86 (inciso 3°) de la Constitución y 6° (numeral 1°) y 8° del Decreto 2591 de 1991.

Para establecer si existe o no un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha concretado que éste ha de ser inminente y grave, que demande la aplicación de medidas urgentes e impostergables para contrarrestarlo (véase, por ejemplo, sentencia T-225 de junio 15 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Conforme con lo determinado sobre el perjuicio irremediable, se concluye que en ciertas ocasiones, si se tiene que acudir a acciones ordinarias tradicionalmente lentas, no sería evitable el quebrantamiento de un derecho fundamental, que requiere una protección inmediata para oponerla contra dicho perjuicio, que de otra manera no podrá ser evitado y que en el caso del derecho a la salud, de no ser atendido a tiempo, derivaría en un atentado contra la calidad y la extensión de la vida.

Cuarta. Requisitos para acceder a la realización de tratamientos e intervenciones quirúrgicas en casos excluidos del POS.

También es doctrina de la Corte Constitucional, en nutrida jurisprudencia² sobre el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, que vulnerar el primero suele conllevar colateralmente la conculcación del otro, por cuanto aquél comprende la calidad y duración del otro (artículos 11 y 49 Const.).

Ha reiterado esta corporación que el amparo constitucional para el suministro de medicamentos, tratamientos u operaciones que se encuentren fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), debe reunir y cumplir los siguientes presupuestos³:

“i. Se ha de probar que el solicitante esté afiliado a la Entidad Promotora de Salud a la que está accionando ...

ii. Que el medicamento, tratamiento o procedimiento haya sido ordenado por un profesional adscrito a la entidad prestadora de salud a la que está afiliado el accionante ...

iii. En igual forma, se demostrará que la vida del usuario se pone en peligro si no se aplica el medicamento, tratamiento o procedimiento médico ordenado ...

iv. De la misma manera, se debe demostrar la incapacidad económica del accionante para sufragar los gastos del medicamento prescrito y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud, como el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.⁴...”

Quinta. Caso concreto.

Amanda Niño Arango padece de “artrosis” y “cervicopatía crónica”, testificando que su médico tratante le “sugirió” que se realizara “intervención quirúrgica de reducción de mamas”, con lo cual conseguiría que “merme un poquito el dolor” (f. 27 cd. inicial). Por lo anterior solicitó al ISS, EPS, la realización de la cirugía.

La actora expresa que, una vez presentada la solicitud, fue a un comité médico del Instituto, que nada le resolvió. En el expediente obra la respuesta del ISS, donde el ISS explica que la evaluación y manejo para cirugía plástica de reducción de mamas se encuentra fuera POS, “según lo contemplado por la Resolución 5261 de 1994 mediante la cual se expidió el manual de Actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, cirugía cuya no realización carece de implicaciones

contra la vida y por ser carácter estético “debe ser asumida directamente por el usuario”.

Una vez estudiadas por esta Sala las pruebas allegadas al proceso y cotejadas con lo establecido jurisprudencialmente para que pueda prosperar una acción de tutela con la finalidad que acá se busca, puede concluirse lo siguiente:

5.1. La intervención quirúrgica de reducción de mamas solicitada por Amanda Niño Arango no fue ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS accionada, lo cual tiene consecuencias jurídicas insoslayables⁵. Lo apreciado es que el motivo por el cual la actora pidió esa operación surgió, según ella afirma, de que su médico tratante le “sugirió...una reducción de mamas” para disminuir el dolor, sugerencia verbal que no tuvo acogida cuando la interesada la planteó ante un comité médico del ISS en Cali (fs. 1 a 3 cd. inicial).

Respecto a este punto, para citar un ejemplo de la importancia de la prescripción del tratamiento o medicamento solicitado por vía de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-566 de julio 19 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, resolvió “no tutelar” frente a la solicitud de un medicamento, denotando que “la acción no está llamada a prosperar por cuanto el accionante no aportó al expediente ninguna prueba de la prescripción médica del mismo. De esta manera, frente a la ausencia de respaldo probatorio a la afirmación del demandante, en el sentido de necesitar el citado medicamento, mal podría esta Corporación ordenar el suministro del mismo, sin existir orden de prescripción del medicamento” (no está negrilla en el texto original).

5.2. Aunque el aspecto anterior es, por sí solo, concluyente para denegar el amparo pretendido, es de observar que tampoco obra en el expediente prueba que indique que la intervención quirúrgica impetrada sea el único medio para aliviar las dolencias presentadas, ni que la salud y la calidad de vida de Amanda Niño Arango dependan de esa reducción mamaria, ni que exista un riesgo inminente y grave, que clame atención urgente e impostergable y requiera la determinación del Estado, a través de la tutela, para evitar un perjuicio irremediable⁶.

La Sala colige lo anterior, entre otros aspectos, de la misma declaración que rindió Amanda Niño Arango al Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, donde anotó la sugerencia – que no prescripción – del médico sobre la cirugía de reducción de busto para que “merme un poquito el dolor”. Además, para disminuir el dolor “me mandaban

mucho anti inflamatorio y terapias” (f. 26 cd. inicial), lo que evidencia que sus malestares han sido tratados, con resultados favorables según se lee en la historia clínica que en fotocopia aportó la accionante (f. 15 ib.):

“Julio 26-06 Escaso dolor en cadera derecha. A nivel cervical normal sin dolor.

Julio 27-06 Termina 15 sesiones en buenas condiciones...cervical completo sin dolor. A nivel de cadera derecha sin dolor, sin medicamento.”

Puede deducirse entonces que existe un tratamiento efectivo para eliminar el padecimiento, que fue disminuyendo paulatinamente con la realización de terapias, desplazando la necesidad de acudir a la reducción quirúrgica, que para la EPS accionada es “de carácter estético” (f. 25 ib.).

5.3. También está de más efectuar consideraciones sobre la capacidad económica de la demandante, quien dice devengar pensión de “\$1.962.233” mensuales y goza de crédito financiero, situación que fue adicionalmente argumentada por el a quo para denegar el amparo (“sin lugar dudas se establece que la accionante cuenta con ingresos suficientes para sufragar el costo de la cirugía requerida, más aún, no cuenta con personas a cargo, pues sus cuatro hijos son mayores de edad, aunque uno de ellos viva con la accionante”, f. 32 ib.).

5.4. Esta Sala concluye que la determinación revisada se ajusta a lo consagrado por la Constitución Política y que tutelar los derechos a la seguridad y la salud, en conexidad con la vida, sin el lleno de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para la procedencia de esta acción en situaciones como la que se revisa, sería ir en contra de lo sustentado en ésta y las demás Salas de Revisión, que en múltiples pronunciamientos⁷ han confirmado providencias que niegan el amparo impetrado, por no reunir los presupuestos exigidos.

En síntesis, el ISS, EPS, no ha conculcado los derechos fundamentales cuyo amparo reclama Amanda Niño Arango, por cuanto la cirugía instada se encuentra excluida del POS y no fue prescrita por el médico tratante, quedando de más que no se haya demostrado la incapacidad económica de la demandante para pagar la intervención, ni que para el dolor que sufre medie un tratamiento de 15 sesiones de terapia. Observado así que no están

cumplidos los requisitos constitucionales exigidos para el amparo de los derechos invocados, no queda más que refrendar lo decidido en las instancias.

Por todo lo anteriormente expresado, se confirmará el fallo proferido el 28 septiembre de 2006 por el Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, el cual confirmó la decisión de no amparar los derechos fundamentales aducidos.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de septiembre 28 de 2006, dictado por el Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, que confirmó la decisión adoptada el 4 de septiembre de 2006 por el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, en el sentido de no amparar los derechos fundamentales invocados por Amanda Niño Arango.

SEGUNDO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-043 de febrero 1 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón; T-093 de febrero 27 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-987 de julio 13 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería; entre otras.

2 Cfr. T - 201 del 4 de marzo de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T - 1097 del 4 de noviembre de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T - 1162 del 18 de noviembre de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T - 1112 del 8 de noviembre de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería.

3 Véase por ejemplo la sentencia T-806 de septiembre 28 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

4 “De la misma manera consultar, entre otras, la sentencia SU - 089 del 20 de octubre de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis.”

5 Cfr. T-001 de enero 13 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1125 de diciembre 12 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

6 En sentencia T-155 de febrero 12 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz, se negó un amparo solicitado, porque “en este caso no se cumplen todas las condiciones que se han mencionado anteriormente, por cuanto la necesidad de los medicamentos se encuadra dentro del ámbito meramente prestacional del derecho a la salud, porque estos no son necesarios para asegurar el derecho a la vida del demandante”.

7 Ver sentencia T-1125 de diciembre 12 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, que resolvió “confirmar la decisión proferida por el Juzgado 4 Penal Municipal de Medellín, en cuanto negó los medicamentos solicitados al actor por no haber sido prescritos por un médico adscrito a Cruz Blanca EPS”. Así mismo, sentencias T- 704 de julio 29 de 2004, T-001 de enero 13 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; y T-951 de noviembre 16 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.