

## Sentencia T-579/17

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

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

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

DERECHO A LA SALUD-Elementos esenciales para su satisfacción

El derecho fundamental a la salud es un derecho de contenido cambiante, que exige del Estado una labor de permanente de actualización, ampliación y modernización en su cobertura, por lo que no es aceptable considerar que ya se ha alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía. Para ello, es fundamental que el Estado garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud como son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad e idoneidad profesional, siempre estén interrelacionados y que su presencia sea concomitante pues, a pesar de la independencia teórica que cada uno representa, la sola afectación de uno de estos elementos esenciales es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar en forma negativa la protección del derecho a la salud.

DERECHO A LA SALUD-Bloque de constitucionalidad e instrumentos internacionales de protección

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO

El principio de integralidad contenido en el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, señala de manera puntual, que para que el derecho a la salud pueda alcanzar su más alta y efectiva protección, debe asegurarse una oferta de servicios en salud para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de todas aquellas patologías que afecte a la persona. Ello le permitirá al usuario de tales servicios, reclamar la prestación y atención

requerida para lograr restablecer su salud, o en su defecto para reducir su nivel de sufrimiento.

#### PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Alcance

La prestación de salud debe darse en todos los ámbitos que el derecho requiere, iniciando con la atención previa a la enfermedad (etapa preventiva), durante la misma (etapa curativa) y con posterioridad a esta (etapa paliativa), y siempre ligada a un cubrimiento integral y continuo.

EXCLUSION DE SERVICIOS O ATENCION EN SALUD-Distinción entre procedimientos estéticos y procedimientos funcionales en el Plan de Beneficios en Salud

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Requisitos

PRINCIPIO PRO HOMINE EN MATERIA DE SALUD-Interpretación más favorable a la protección de los derechos de la persona

CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON CARACTER FUNCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

TEMERIDAD-Concepto/TEMERIDAD-Configuración

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO A LA ATENCION INTEGRAL DE SALUD DE MUJER QUE PRESENTA COMPLICACIONES POR CIRUGIA ESTETICA-Orden a EPS generar autorizaciones médicas que permitan que la accionante sea asistida y reciba una atención integral frente a la alojenosis iatrogénica en glúteos producida por inyección de biopolímeros

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE MUJER-No vulneración por cuanto no se probó que la rotura de implante mamario se produjo como consecuencia del examen de

mamografía y no se demostró falta de medios económicos para asumir los servicios médicos que reclama la accionante

Referencia: Expedientes T-6.074.003 y

T-6.182.278

Acciones de tutela instauradas por María contra E.P.S. SANITAS y Isabel contra Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- E.P.S.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, y los magistrados Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos en primera y segunda instancia que resolvieron las acciones de tutela incoadas por María contra E.P.S. SANITAS<sup>1</sup> y por Isabel contra Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- E.P.S.<sup>2</sup>

### Aclaración preliminar

En la medida en que las acciones de tutela que son objeto de revisión en el presente fallo, involucran información sensible que puede comprometer datos relativos a la salud y a la intimidad de estas personas,<sup>3</sup> la Sala considera que en aras de asegurar la protección de su privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, se emitirán dos copias del mismo fallo. En la copia que será publicada en la Gaceta de la Corte Constitucional y en los medios electrónicos se suprimirá toda referencia que pueda conducir a dicha identificación y se sustituirán los nombres reales por unos ficticios. En razón a ello, la Sala en la parte resolutive de esta sentencia ordenará que la Secretaría de esta Corporación y los jueces de

instancia guarden estricta reserva en estos procesos.

En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia el nombre de la accionante en el expediente T-6.074.003 será reemplazado por el de María y en el expediente T-6.182.278 por el de Isabel.

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), las Salas de Selección Número Cinco y Seis de la Corte Constitucional escogieron para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia.<sup>4</sup> De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

## 1. Expediente T-6.074.003

### Hechos y solicitud

La señora María<sup>5</sup> promovió acción de tutela contra la E.P.S. SANITAS por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social a la dignidad humana, a la igualdad y al trabajo. Sustenta su reclamación en los siguientes hechos:

1. Hace aproximadamente cinco años<sup>6</sup> (año 2011) la señora María se practicó un procedimiento estético en sus glúteos, consistente en la inyección del producto Hyalucorp, según le fue informado, el cual presume era a base de ácido hialurónico, pues le aseguraron que esta sustancia contaba con los permisos del INVIMA<sup>7</sup> y avales internacionales por lo que no tenía contraindicaciones. Por tal motivo, atendiendo a la facilidad del procedimiento y al bajo costo del mismo comparado con el valor que suponía una cirugía estética, optó por la inyección de la referida sustancia.

1. Un año después de realizado el tratamiento estético, iniciaron las complicaciones médicas

las cuales se agravaron al segundo año. Dentro de los diferentes síntomas y dolencias, la accionante se ha visto afectada por fiebre, pérdida de cabello, calambres, taquicardia, sensación permanente de calor en espalda y glúteos, dolor de espalda, dolor de piernas, dolor en articulaciones y dolor en los glúteos lo cual le impide permanecer mucho tiempo sentada y acostada, y en algunas ocasiones le molesta estar de pie.

1. En vista del deterioro de su salud, la accionante acudió el 13 de abril de 2016 a la E.P.S. SANITAS en donde le fue realizada una ecografía de tejidos blandos.<sup>8</sup>

1. El 24 de mayo de 2016, el médico cirujano plástico de la E.P.S. SANITAS, Erick Figueroa, la valoró y confirmó que la sustancia introducida en el cuerpo de la accionante era realmente metracrilato (biopolímero), el cual ha originado las afectaciones estéticas ya mencionadas. En el mismo dictamen, el citado médico es informado por la accionante, que al tercer año de haberse inyectado el biopolímero, es decir dos años atrás de esta valoración, fue intervenida quirúrgicamente en Cali, con el fin de extraerle dicha sustancia, sin alcanzarse un resultado satisfactorio.<sup>9</sup> Con todo, la irritación de la piel y dolor en caderas persiste, según advierte la actual valoración médica.

1. En consideración a dicha situación, el médico Erick Figueroa determinó que para tratar la patología denominada alojenosis iatrogénica<sup>10</sup>, se requiere la extracción del biopolímero por medio de una cirugía video asistida, procedimiento que no se realiza en la institución, por lo cual recomendó a la paciente consultar al médico Carlos Alberto Ríos García<sup>11</sup> en la ciudad de Cali, quien además de ser cirujano plástico, conoce la citada técnica quirúrgica. Afirma la accionante que su EPS no la remitió a consulta con el especialista Carlos Alberto Ríos García en la ciudad de Cali, pero que a pesar de ello debió acudir a posteriores consultas médicas para ser atendida por los síntomas ya referidos.

1. Por lo anterior, el día 6 de agosto de 2016 la actora radicó un derecho de petición ante la

E.P.S. SANITAS, en el que solicitó (i) la autorización de cita médica en la ciudad de Cali con el mencionado especialista en cirugía reconstructiva, y (ii) la realización de cirugía reconstructiva de retiro de biopolímeros con la técnica de video endoscopia, todo ello en razón a su diagnóstico de síndrome de ASIA12 y alojenosis iatrogénica.

1. El 26 de agosto de 2016, la E.P.S. SANITAS dio respuesta negativa al derecho de petición y explicó que de conformidad con el numeral 5° del artículo 132 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud<sup>13</sup> y Protección Social, el cual remite al artículo 154 de la Ley 1450 de 2011<sup>14</sup> concerniente a prestaciones no financiadas por el sistema, no existe posibilidad de hacer cobertura alguna a la petición de la señora María, dado que su reclamación corresponde a una complicación derivada de un procedimiento estético.<sup>15</sup>

1. Ante tal negativa, la accionante asumió por su cuenta el costo de trasladarse a la ciudad de Cali para ser valorada por el médico Carlos Alberto Ríos García. Así, en examen realizado el 31 de agosto de 2016 por el referido médico, éste dictaminó que padecía “alogenosis iatrogenica en glúteos, síndrome de ASIA, deformidades y degeneración de tejidos”<sup>16</sup>

1. De otra parte, a pesar de su difícil situación económica, la actora afirma estar haciendo un gran esfuerzo para pagar su aseguramiento en salud. Por ello, aclara que el medico Ríos García no le cobró la consulta de diagnóstico, pero si le recordó que de aceptar el procedimiento extractivo por él sugerido, éste se adelantaría en varias intervenciones o momentos quirúrgicos, cuyo costo podría superar los treinta millones de pesos.

1. Finalmente, la accionante confirma que tiene varios hijos, entre ellos una hija de 4 años, los cuales dependen exclusivamente de ella, lo que la motiva a mejorar su salud para asumir plenamente el cuidado de estos. Por tal motivo, solicita que se ordene a la EPS SANITAS lo siguiente:

a. Practicar la cirugía estética reconstructiva o reparadora de tejidos y órganos para la extracción segura de biopolímeros con la técnica de video endoscopia, y que esta sea realizada por el cirujano plástico Carlos Alberto Ríos García en la ciudad de Cali.

a. Suministrar los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y todo componente que el médico tratante considere necesario para el restablecimiento pleno de su salud y para mitigar las dolencias que han impedido llevar una vida en mejores condiciones.

a. Para todo lo anterior, la entidad accionada dispondrá de un plazo máximo de un mes para la preparación y realización de los exámenes necesarios para la cirugía plástica ya mencionada.

Intervención de las partes vinculadas al proceso

Al momento de admitir la presente acción de tutela, el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta decidió vincular a la EPS SANITAS, y a las entidades IPS IDIME, Clínica San José y Santuario Medical Center S.A.S.<sup>17</sup>

EPS SANITAS<sup>18</sup>

En documento suscrito el 20 de octubre de 2016, la EPS SANITAS dio respuesta a la presente acción en los siguientes términos:

1. Confirmó que la señora María se encuentra afiliada a la E.P.S. SANITAS como cotizante dependiente, con una antigüedad en el sistema de 1385 semanas para la fecha de esta respuesta.

1. Frente al diagnóstico de alojenosis iatrogenica glútea, que la accionante presentó a esta EPS para que le fuese practicada una “cirugía plástica reconstructiva o reparadora de tejidos y órganos para la extracción segura de biopolímeros con la técnica quirúrgica de video endoscopia, tratamiento integral”, la EPS SANITAS informó que ha autorizado los siguientes servicios médicos:

- a. Consulta por una vez por cirugía plástica (11/03/2016).
- b. Ultrasonografía de tejidos blandos en extremidades inferiores con transd. de 7MHZ o más (11/04/2016).
- c. Consulta de control por cirugía plástica (13/05/2016).

1. Como fundamento jurídico de su negativa a asumir la prestación médica en cuestión, la EPS señala que de conformidad con el artículo 132 de la Resolución 5592 de 201519, y el literal a) del artículo 15 de la Ley 157120 del mismo año, se establece que el plan obligatorio de salud no contempla la asunción de los costos de cirugías estéticas y de las complicaciones que de ellas se deriven. Explica que en sentencias T-476/00, T-749/01, T-676/02, T-198/04 y T-490/06, la Corte Constitucional ha negado la cobertura de este tipo de intervenciones quirúrgicas y de sus complicaciones con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-. Sobre este mismo tema, señala que, así como la accionante dispuso de sus recursos económicos para practicarse dicho procedimiento estético, ha debido hacer una reserva para asumir los costos de las posibles complicaciones derivadas del mismo. Además, anota que para el momento de emitirse esta respuesta, la accionante no había presentado su caso ante la EPS para ser estudiado por el Comité Técnico Científico.

1. Recuerda la EPS que uno de los pilares del SGSSS es la solidaridad, en virtud del cual el manejo de los recursos económicos dispuestos para la atención de los usuarios debe hacerse



de manera racional y medida. Por ello, el Ministerio de Salud y Seguridad Social, mediante Nota Externa No. 201333200296233 señaló que no procede el recobro al sistema respecto de cirugías estéticas, y de ocurrir, ello solo podría darse por orden judicial.

1. Al referirse de manera puntual a la cirugía plástica reconstructiva que reclama la accionante, la EPS hizo relación de los aspectos técnicos y científicos de dicho procedimiento, advirtiéndole para ello lo siguiente:

1. El procedimiento quirúrgico denominado cirugía de extracción de biopolímeros en glúteos por video endoscopia no es un procedimiento que pueda realizarse como una práctica médica de urgencia, pues por lo general requiere de varios tiempos quirúrgicos y de múltiples procedimientos.

“El procedimiento denominado CIRUGÍA PLÁSTICA RECONSTRUCTIVA O REPARADORA DE TEJIDOS Y ÓRGANOS PARA LA EXTRACCIÓN SEGURA DE BIOPOLÍMEROS CON LA TÉCNICA QUIRÚRGICA DE VIDEOENDOSCOPIA no cuenta con evidencia científica, así como de la literatura médica que confirme la efectividad de dicho procedimiento.”(Mayúsculas originales).

1. Someter a la señora María a un tratamiento que no es basado en la evidencia científica, es exponerla a riesgos mayores, pues no se conocen las indicaciones, contraindicaciones, efectos secundarios. Por el contrario, podrían alcanzarse los resultados deseados, por vía de otros tratamientos convencionales ya probados científicamente, y que se encuentran cubiertos por la EPS SANITAS S.A., la cual cuenta con el personal médico capacitado y con el suficiente reconocimiento nacional e internacional para asumir dicha prestación en salud. Por esta razón, no puede la accionante afirmar sin contar con las pruebas que así lo corroboren, que los tratamientos recibidos por los médicos adscritos no lograrían su recuperación, pretendiendo hacer ver por el contrario, que la única técnica quirúrgica por la cual alcanzaría su recuperación, es la reclamada por vía de esta acción de tutela. Además, el procedimiento

por ella solicitado no cuenta con el aval del sistema de salud de Colombia.

1. En relación con la insistencia en la realización de un específico procedimiento de extracción de biopolímeros, EPS SANITAS advierte, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 2015 dispuso en un caso similar, que no era aceptable pretender que el sistema de salud asumiera este tipo de procedimientos. Por esta razón, si bien en dicho caso ordenó la atención médica, dispuso que los servicios médicos fuesen prestados por medio de alguno de los tratamientos que se encuentre incluidos en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial al cual se encontraba afiliada la accionante.

1. Ahora bien, a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha señalado que el dictamen del médico tratante prima al momento de ordenarse algún tipo de atención médica, éste puede ser controvertido con base en una opinión científica de expertos de la respectiva especialidad, todo ello a la luz del estudio de la historia clínica del paciente y de las particularidades relevantes del caso. De esta manera, se podría desvirtuar el concepto inicial del médico tratante al considerarlo inadecuado e impertinente, más aún cuando se encuentra en riesgo la vida e integridad personal del paciente.

1. Por ello, y ante la insistencia de la accionante en que la EPS SANITAS asuma la realización del procedimiento quirúrgico por ella reclamado, la entidad accionada hizo las siguientes precisiones:

a. No es cierto que la extracción de biopolímeros con la técnica de video endoscopia sea la única opción quirúrgica por la que se pueda llevar a cabo dicho procedimiento de manera segura y exitosa.

b. Por el contrario, la extracción de biopolímeros está indicada para daños irreversibles, con

complicaciones muy avanzadas (abscesos, fistulas, etc.) o cuando estas sustancias están migrando a otras áreas vecinas, lo cual no está documentado en este caso particular.

c. El procedimiento reclamado por la accionante debe ser valorado en las IPS de forma detallada, pues todas las partes involucradas en el proceso deben garantizar la seguridad de la paciente y calidad del servicio que asegure una atención médica idónea, en tanto ésta, busca principalmente, salvaguardar la salud de la usuaria, por lo que es preciso analizar el procedimiento planteado previo a aceptar la práctica del mismo.

d. La extracción de este tipo de sustancias supone un procedimiento complejo y que frecuentemente deja lesiones irreparables en la zona en la que se inyectaron los biopolímeros.

e. Se recuerda que la decisión de inyectarse biopolímeros en los glúteos fue voluntaria y con la intención de mejorar el aspecto estético de alguna parte del cuerpo, por lo que claramente no tiene relación con aspectos de salud ni de definiciones técnicas ni fisiológicas.

f. Dentro del espectro de los diferentes tipos de biopolímeros se encuentran los polinucleótidos, los polipéptidos y los polisacáridos, que son usualmente utilizados por los médicos estéticos para fines de relleno. Aun así, ninguna de estas sustancias tiene aprobación de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica para ser usadas en el aumento de glúteos, razón por la cual, no son utilizados por los cirujanos plásticos, dada la tasa de complicaciones y contraindicaciones que presenta su uso.

g. En el último Congreso de Cirugía Plástica realizado en Cartagena en el año 2015, se realizó un panel de expertos en manejo de estas sustancias ante el auge de pacientes con este tipo de complicaciones estéticas, y se llegó a la conclusión que “la única técnica para el retiro de los mismos es el abordaje abierto, la lipectomía y la extirpación gradual de los mismos con todas sus consecuencias.”(Negrilla del texto original)

h. Frente a la experiencia de expertos en otras técnicas se evidencio que ninguna de las técnicas mencionadas de manera empírica son efectivas. El uso de endoscopio no tiene ningún soporte científico para la extracción de los polímeros en glúteos. De hecho estas sustancias tienen la capacidad de migrar en el tejido celular subcutáneo y alojarse en diferentes planos de la grasa o el músculo, siendo este un riesgo conocido por quien elige

practicarse este tipo de intervención.

i. La endoscopia por principio debe tener la capacidad de generar una cavidad óptica para la exploración médica, y es así como se logra su uso en el abdomen o la cara entre otras partes. Sin embargo, dentro del tejido celular subcutáneo no hay cavidad para la endoscopia, pues se tendrían que realizar múltiples túneles con un resultado final no deseado. Además, no existe literatura científica con niveles de evidencia suficiente que definan que esta técnica sea adecuada para el retiro de este tipo de sustancias.

j. Se advierte igualmente que la EPS SANITAS tiene juntas médicas de Cirugía Plástica para el análisis de este tipo de casos, y el consenso de 21 cirujanos plásticos fue que ninguno de ellos utiliza la técnica de video endoscopia para la extracción de biopolímeros por no ser la adecuada.

l. Llama la atención el hecho que usuarias de otras ciudades están acudiendo a la ciudad de Cali a donde el médico Carlos Alberto Ríos García, mismo al cual hace mención la accionante. Por ello, se desea poner en conocimiento la situación actual de una paciente de la ciudad de Bucaramanga, quien tiene una historia clínica de iguales características de la aquí accionante, a quien el citado médico le realizó el tratamiento de extracción por la técnica de video endoscopia, en cumplimiento de lo ordenando en una decisión de tutela, muy a pesar de que la EPS le había advertido previamente sobre los riesgos de dicho procedimiento, y luego de haberle ofrecido otra opción terapéutica. En la actualidad la paciente presenta dehiscencia o ruptura de suturas quirúrgicas de sus heridas, por lo que ha requerido manejo con curaciones permanentes y cierre por segunda intención. Desafortunadamente, ha tenido una evolución desfavorable por presentar infección y necrosis de tejido. Para el momento de emitirse esta respuesta, la EPS había confirmado que dicha paciente se encontraba desde el mes de julio de 2016 en la ciudad de Cali, pues debió ser reintervenida quirúrgicamente para la realización de desbridamiento y colgajo, encontrándose actualmente en control de curaciones y seguimiento de heridas.

m. Con el fin de consolidar una respuesta adecuada a la presente acción de tutela, la EPS SANITAS solicitó a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva - SCCP- un concepto sobre la pertinencia, evidencia científica y riesgos de seguridad del procedimiento de video endoscopia para la extracción de biopolímeros. Fue así, como en

escrito de fecha 24 de agosto de 2016, dicha sociedad de profesionales ratificó que no existían artículos que tuviesen la evidencia médica de la suficiente entidad científica que demostrasen la superioridad de la técnica endoscópica sobre otras técnicas, y que en la actualidad la SCCP no tiene un protocolo definido para el manejo de la alojenosis iatrogénica.

n. Ante este supuesto, la EPS SANITAS no encuentra aceptable exponer a la señora María a un procedimiento médico que podría acarrearle serias complicaciones a sus órganos, más aún, cuando los artículos 10 a 12 de la Ley 23 de 1981, son claros al señalar que el médico no podrá exigir al paciente, exámenes innecesarios, ni someterla a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen, debiendo por el contrario, utilizar los medios de diagnóstico debidamente aceptados por las instituciones legalmente reconocidas.

o. Entendido así, la EPS SANITAS no puede disponer de recursos del SGSSS para prestar la atención médica reclamada por la accionante, en especial, en los términos que ella misma plantea, pues ello supondría exponerla a un mayor riesgo para su salud. Tampoco resulta aceptable someterla a la atención de un profesional de la salud no adscrito a la entidad, tal y como lo dispone el artículo 9 de la Resolución 5592 de diciembre 24 de 2014<sup>21</sup>. En virtud de ello, no le corresponde a E.P.S. SANITAS asumir una atención en salud por fuera de la red de prestadores adscritos a ella, más aún cuando ha ofrecido a la accionante los servicios médicos a través de las IPS adscritas que hacen parte de su red autorizada por la respectiva Secretaría de Salud, y con el personal médico especializado para tal efecto.

1. En consideración a lo anterior, la EPS SANITAS advierte que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante, pues frente a todos los servicios requeridos y autorizados a ella, se ha dado la efectiva prestación de los mismos.

1. Finalmente, si a pesar de las anteriores explicaciones, se accede a la solicitud de la accionante, EPS SANITAS pide que de manera explícita se disponga en la orden judicial, que la asistencia médica corresponda a una cirugía plástica reconstructiva o reparadora de tejidos y órganos para la extracción segura de biopolímeros con la técnica quirúrgica de

video endoscopia, tratamiento integral. Igualmente, se pide que de manera explícita se indique que la EPS SANITAS podrá recobrar ante el FOSYGA el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en salud NO POS que en virtud de la orden de tutela se suministre a la accionante.

Instituto de Diagnóstico Médico IDIME S.A.

1. En escrito recibido por el juzgado de conocimiento el día 21 de octubre de 2016, IDIME S.A. explicó su objeto social como entidad que presta servicios de diagnóstico en las áreas de imageneología, laboratorio clínico y electrodiagnóstico.

1. Verificado su sistema de información, explicó que esa institución atendió a la señora María desde el año 2012, siendo los servicios prestados los siguientes:

| Fecha:   | Estudio practicado                       | Autorizado por |         |          |
|----------|------------------------------------------|----------------|---------|----------|
| 08/03/16 | Radiografía de columna dorso-lumbar      | EPS            | SANITAS | 13/04/16 |
|          | Ecografía de tejidos blandos             | EPS            | SANITAS | 10/09/16 |
|          | Radiografía de columna torácica          | VIP CLUB       |         |          |
| 10/09/16 | Tomografía axial computarizada           |                |         |          |
|          | de columna cervical                      |                |         | VIP CLUB |
| 28/09/16 | Resonancia magnética del cerebro         |                |         | VIP CLUB |
| 28/09/16 | Resonancia magnética de columna cervical |                |         | VIP CLUB |

1. En vista de lo anterior, y atendiendo al hecho que IDIME S.A. solo es un prestador de servicios de diagnóstico médico que ha cumplido con las necesidades requeridas por la

accionante, no existe en consecuencia, conducta activa u omisiva que permita concluir que ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales.

Médico Carlos Alberto Ríos García<sup>22</sup>

1.22 Como ampliación del dictamen médico realizado a la señora María, el médico Ríos García presentó escrito en el trámite de la tutela, en el cual manifestó lo siguiente:

a. La alogenosis iatrogénica consiste en la inyección de una sustancia extraña al organismo, la cual causa un problema autoinmune que se denomina Síndrome ASIA<sup>23</sup>, por lo que su extracción debe hacerse con urgencia. Por esta razón, el procedimiento no corresponde a una cirugía estética sino a una cirugía plástica reconstructiva. El efecto inicial de esta sustancia en el cuerpo es un daño local en la zona de los tejidos donde fue inyectada, y en tanto la misma no está contenida o encapsulada, suele desplazarse o migrar a otras zonas cercanas al lugar de aplicación. En el caso de los glúteos, dichas sustancias tienden a desplazarse a la región lumbar, sacra y espalda, así como a las caderas, muslos, región inguinal, hacia la parte interna de los muslos, invadiendo incluso las fosas anatómicas de los genitales. Finalmente, también se desplaza a las piernas. Posterior a esta etapa inicial de migración, la sustancia también viaja a lugares distantes como ganglios linfáticos, extremidades, pulmones y cerebro.

a. En el desarrollo del síndrome de ASIA el cuerpo reacciona contra sus células en presencia de la sustancia extraña, y como cualquier respuesta inmune la afección se torna crónica. En el caso de presencia de biopolímeros, los síntomas causados son los siguientes: a) alteraciones en el estado de ánimo, depresión y/o irritabilidad frecuentes; b) pérdida de memoria, c) síndrome de colon irritable; d) dolores musculares y articulares; e) sensación quemante en los miembros y zonas afectadas; f) fatiga crónica; g) trastornos neurológicos; h) trastornos digestivos; i) dificultad respiratoria; j) cambios de coloración y textura de la piel; k) reacciones alergias de la piel, entre otros.

a. Si el paciente no encuentra atención médica adecuada, se enfrenta a la degeneración de tejidos con un daño irreversible y por lo mismo irreparable, por lo que es común someter al paciente a posteriores cirugías mutilantes. Sumado a ello, el paciente debe asumir las secuelas negativas a nivel de auto estima, de relación de pareja, de dolor, de vergüenza, de abstinencia para interactuar en sociedad y de autolimitación para ir al trabajo, entre otras.

a. Se podría llevar una vida normal si la atención médica adecuada corresponde a una resección quirúrgica por video endoscopia para extracción de los biopolímeros. Con todo, esta técnica médica no resuelve el tema de dolor, como tampoco reemplaza la ingesta de medicamentos antiinflamatorios.

a. Sobre el tema de la toma de medicamentos antiinflamatorios como cortisona y sus derivados, estos no tienen efecto positivo alguno, si en el organismo persiste la presencia del biopolímero causante de la afección. En el caso de la señora María, ella ha recibido antiinflamatorios no esteroideos por un tiempo prolongado, lo que resulta riesgoso, pues puede conducir a una falla renal o a un daño medular.

a. Por lo anterior, la técnica más segura para retirar los biopolímeros del cuerpo es por vía de la cirugía endoscópica o por cirugía con técnica abierta en aquellos casos de mayor compromiso. Aclara que una técnica es segura cuando en el procedimiento quirúrgico los médicos no rompen las esferas de biopolímero, evitando exponer al paciente a nuevo contacto con la sustancia o a que la misma migre a otra zona del cuerpo. (Énfasis agregado)

a. Por lo anterior, considera que la señora María debe ser sometida a alguna de las técnicas seguras de retiro de biopolímeros, en varios tiempos operatorios. Otros procedimientos como



la lipoaspiración convencional, la lipoaspiración asistida por luz (laser), o la asistida por ultrasonido (vaser) no demostraron su eficacia tal y como se explicó en múltiples congresos y cursos nacionales e internacionales. Situación diferente es la que presenta el procedimiento de video endoscopia cuya efectividad ya fue expuesta en esta respuesta.

a. Finalmente, se explica que la accionante requiere atención pre y pos-operatoria consistente en tratamientos para mejorar el estado de los tejidos afectados. Además, la atención profesional por él prestada solo se haría en la ciudad de Cali, y dada la complejidad del cuadro médico de la paciente, no recomienda que deba desplazarse por periodos de tiempo superiores a 20 minutos en razón al dolor que le causa permanecer sentada, por lo que desaconseja su movilización a otras ciudades. De tener que darse dicho traslado, este se haría en caso de urgencia, y deberá hacerse en ambulancia a efectos de no agravar su cuadro clínico. En el caso de someterse a la cirugía propuesta, la paciente deberá estar siempre acompañada. Por último, la valoración brindada a la paciente se hizo de manera particular en tanto no existe convenio con la EPS SANITAS.

Pruebas que obran en el expediente

1. Folios 1 a 21 del cuaderno No. 1, historia clínica de Sanitas EPS que comprende los diferentes servicios médicos prestados a la señora María en el periodo de tiempo comprendido entre el 20 de febrero de 2016 y el 12 de mayo del mismo año. En su historia clínica obran consulta de carácter general, y remisión a cirugía estética por hipertrofia mamaria. Igualmente, refiere dolores lumbares y de espalda. En varios de los folios se hace mención a la presencia de masas de bordes definidos y correspondientes a sustancias alógenas en ambos glúteos, y concluye con la afirmación de la paciente en el sentido de sentirse en regular condición de salud.

1. Folio 22 del cuaderno No. 1, informe de resonancia magnética de glúteos de enero 6 de 2014 realizado por Cremagsa, en el que se observa una alteración difusa en la intensidad de

señal del tejido celular subcutáneo de la región glútea de modo bilateral, con aspecto macronodular difuso, con migración a la fosa isquiorrectal izquierda, con aumento de intensidad de señal de los planos musculares, con colecciones líquidas organizadas, en aparente relación con probable alojenosis idiopática.

1. Folio 23 del cuaderno No. 1, resultado de examen de imagen realizado por IDIME del 7 de junio de 2013 en la ciudad de Cúcuta, en el cual se concluye que existe una alteración de la intensidad de la señal de tejido en ambos glúteos siendo mayor en el izquierdo. Confirma igualmente la migración del material a la zona lumbosacra y a la grasa del pliegue glúteo medial en ambos glúteos, pero con mayor compromiso en el lado derecho, donde el material se extiende a la grasa profunda de la fosa isquiorrectal, todo ello debido probablemente a la inyección de un material exógeno.

1. Folios 24 y 25 del cuaderno No. 1, dictamen médico realizado en la Clínica San José de Cúcuta el día 24 de mayo de 2016, y suscrito por el médico cirujano plástico Erik Orlando Figueroa Guerra adscrito a la EPS SANITAS en el cual confirma los problemas en los glúteos de la señora María, por asimetría en su forma, coloraciones en la piel de la misma zona, delgadez de la piel, tumefacción, dolor a la palpación. Concluye que la paciente debe buscar la extracción de biopolímero por el método video asistido, procedimiento que no se realiza en esa institución, por lo que sugiere sea valorada y consulta por el cirujano plástico Carlos Ríos en la ciudad de Cali.

1. Folios 26 y 27 del cuaderno No. 1, derecho de petición presentado por la accionante a la E.P.S. Sanitas el 6 de agosto de 2016, en la cual solicita la realización de cirugía reconstructiva tras habersele diagnosticado síndrome de ASIA y alojenosis iatrogénica causada por biopolímeros aplicados en sus glúteos hace 5 años, de acuerdo a dictamen del médico Erick Figueroa.

1. Folio 28, del cuaderno No. 1, con fecha 26 de agosto de 2016, la E.P.S. SANITAS dio respuesta al derecho de petición referido anteriormente, en el que niega la atención médica solicitada por la afiliada María, por considerarse que se trata de una complicación derivada de un procedimiento estético, el cual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución 5592 de 2015, que remite al artículo 154 de la Ley 1450 de 2011, no puede asumir con cargo a los recursos del sistema de salud.

1. Folios 29 a 31 del cuaderno No. 1, resumen de historia clínica elaborado el 31 de agosto de 2016 por el médico Carlos Alberto Ríos García en la institución médica Santuario Medical Center S.A.S, en Cali. Esta valoración médica define la alogenosis iatrogénica y una serie de complicaciones físicas y funcionales a consecuencia del biopolímero inyectado en los glúteos de la paciente. Confirma igualmente, que la paciente tiene síndrome de ASIA, alteraciones, físicas, funcionales y psicológicas como depresión debido a su estado de salud y al permanente dolor en diferentes partes del cuerpo.

1. Folios 32 a 44 del cuaderno No. 1, copias de historias médicas de distintas instituciones correspondientes a consultas realizadas en las fechas 25 de julio, 1, 8, 21 y 22 de agosto, todas de 2016. Estas refieren a diferentes valoraciones por problemas de ansiedad, depresión, alteraciones de ánimo, vértigo y otras patologías, para lo cual se dan órdenes para control con especialistas médicos y se generan recetas de medicamentos.

## Decisiones judiciales

### Primera instancia

1. En sentencia del 31 de octubre de 2016, el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta negó el amparo constitucional solicitado por la señora María.

1. Explicó el a quo que si bien uno de los principios fundamentales del derecho a la salud impone a su titular unos derechos y obligaciones, el deber de solidaridad a cargo del sistema

de salud, no es absoluto y solo se traslada a los prestadores cuando el grupo familiar y/o el paciente no tengan los recursos económicos suficientes para su traslado, o que en el supuesto de no efectuarse la remisión del paciente, se ponga en peligro su vida, integridad física o el estado de salud del mismo.

1. En virtud de ello, y atendiendo al hecho de que no existe orden médica relativa a una cirugía pendiente y que la misma hubiese sido impartida por un médico de la EPS, se concluye, que no existe vulneración de derecho fundamental alguno. Por ello, el juez constitucional tampoco puede entrar a hacer suposiciones sin que obre orden médica que valide las afirmaciones hechas. Por el contrario, se advierte que la EPS SANITAS ha prestado a la accionante todos los servicios médicos que le han sido autorizados.

### Impugnación

1.34 La señora María impugnó la decisión de primera instancia con base en similares argumentos a los expuestos en su demanda de tutela.

### Segunda instancia

1. En sentencia del 7 de diciembre de 2016, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta revocó la decisión de primera instancia. En su lugar, amparo los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida y a la dignidad humana de la accionante.

1. Se verificó que la accionante se encuentra afiliada a la EPS Sanitas, y fue valorada por un médico especialista en cirugía plástica adscrito a la EPS, quien le diagnosticó la alojenosis iatrogénica. En dicho dictamen se recomendó la realización de una cirugía de carácter reconstructivo. En tal medida, el que la EPS se niegue a prestar dicho servicio en salud, supone la vulneración del derecho a la salud de la paciente, quien reclama la atención médica de quien tiene la responsabilidad de prestarla. Igualmente, revisados los medios probatorios aportados en primera instancia, la EPS no demostró que alguno de ellos hacía

referencia a un procedimiento estético o con fines de embellecimiento. Por el contrario, ateniendo el concepto médico emitido por el secretario de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, la condición que aqueja a la accionante se denomina alojenosis iatrogénica en glúteos, es producto de la inyección de biopolímeros, y corresponde a una patología de base que se pretende corregir quirúrgicamente a efectos de controlar los efectos físicos y psicológicos.

1. Además, el que los servicios médicos requeridos no se encuentren incluidos en el POS, no puede convertirse en un obstáculo para el afiliado, pues ello supondría trasladarle una carga de índole administrativa o económica, como excusa de las empresas promotoras de salud para librarse de su responsabilidad de atención, más aún, cuando saben que en los eventos en los que no les corresponda asumir su cubrimiento, podrán acudir de manera directa al FOSYGA para su recobro.

1. En consideración a lo anterior, se revocó la decisión de primera instancia, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora María. Para su protección, se ordenó a la EPS accionada, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice la realización del procedimiento médico denominado cirugía reconstructiva de extracción de biopolímeros video asistida, la cual deberá realizarse en una institución prestadora de servicios de salud que haga parte de la red prestadora de servicios de la entidad accionada.

1. Expediente T- 6.182.278

Hechos y solicitud

La señora Isabel interpuso acción de tutela contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- al considerar que ésta vulneró sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, para lo cual expone los siguientes hechos:

1. Afirma, que más recientemente, en el trámite de un examen de mamografía, los implantes se rompieron, al parecer por la presión ejercida por el equipo de diagnóstico. A consecuencia de ello, afirma tener diferentes malestares representados en dolores, chuzones y lesiones cutáneas.

1. Explica, que la médica de la IPS Comfandi que la valoró, señaló en la historia clínica, que la paciente había sido remitida a causa de rotura de implantes mamarios colocados hace aproximadamente 10 años. A pesar de los dolores y lesiones cutáneas que la paciente afirma tener, al realizársele el examen físico solo se advirtieron mamas ptosicas con cicatriz periareolar en buen estado, con implantes retropectores bien posicionados, sin presencia de alteración alguna de carácter cutáneo, ni signos de infección.

1. Por esta razón, se explicó a la actora que al no haber alteración alguna que pusiera en riesgo su vida, la EPS no asumiría los costos por atención de ninguna complicación o efectos secundarios derivados de un procedimiento estético, al cual, la paciente se sometió bajo su propia responsabilidad y con cargo a sus propios recursos económicos. Aun así, se le hizo una recomendación médica en el sentido de que debía retirar los implantes para evitar que la silicona se riegue en su cuerpo, y que si deseaba conservar un aspecto natural de sus senos, podía realizarse una mastopexia<sup>24</sup> de carácter estético.

1. Ante los hechos expuestos, la accionante considera que la atención médica que reclama corresponde a una cirugía plástica reparadora o funcional y no simplemente estética, cosmética o de embellecimiento, tal y como así lo ha diferenciado el artículo 54 del Acuerdo 08 de 2009.

1. Por lo anterior, solicita que se ordene a la entidad aquí accionada, que a la mayor brevedad posible realice el procedimiento quirúrgico de retiro de los dos implantes rotos, y realice una mastopexia de carácter estético, con el fin de evitar que se riegue la silicona y conservar así un aspecto adecuado.

Intervención de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.-

1. Notificada la entidad accionada, esta no dio respuesta en el término indicado por el juez de conocimiento de la tutela.<sup>25</sup>

Pruebas que obran en el expediente

1. Folios 5 y 6. Historia clínica general correspondiente a consulta médica hecha por la IPS Comfandi el 30 de noviembre de 2016, en la que se le hace una valoración general por las molestias presentadas en los senos por la accionante. Se valora y se le informa que la EPS no cubrirá ninguna complicación derivada de un procedimiento estético que hubiere sido asumido por cuenta del paciente y con cargo a sus propios recursos. Se recomienda el retiro de los implantes y la realización de una mastopexia de carácter estético.

Decisiones judiciales

Primera instancia

1. Como consideraciones de su fallo, el a quo expuso que si bien la legislación y reglamentación del sistema de salud estableció el Plan Obligatorio de Salud –POS- como un mecanismo para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema, dicha regla no es absoluta, pues ha sido la misma Corte Constitucional la que en reiterada jurisprudencia ha considerado, que no se puede negar un servicio en salud por simple hecho de no estar incluido en el POS, pues debe hacerse un estudio previo del caso concreto, y a partir de

conceptos médicos y científicos, determinar si procede o no a autorizarse el servicio de salud o el medicamento reclamado, cuando quiera que con ello se busque preservar, conservar o superar la circunstancia que suponga una amenaza o afectación del derecho a la salud. Ello, por cuanto negar un servicio médico por el simple hecho de no estar contemplado en el POS, atenta directamente contra dicho derecho.<sup>26</sup>

1. Por esta razón, a pesar que la Resolución 5521 de 2013 establece los parámetros para la prestación de los servicios de salud y señala de manera puntual en su artículo 8° la diferencia entre cirugías estéticas o de embellecimiento y las reparadoras o funcionales, es claro, que las entidades prestadoras de salud no pueden, tener una interpretación de estas normas de manera ritualista, obviando la primacía de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, como en el presente caso.

1. Por ello, y atendiendo al acervo probatorio obrante en el expediente, y al hecho de que la entidad accionada no controvertió los hechos allí narrados<sup>27</sup>, es claro advertir, que si bien la accionante presenta un estado de salud aceptable, no se puede desconocer que ya un médico de dicha institución, recomendó la realización de un procedimiento quirúrgico para evitar a futuro, consecuencias irreversibles. Por estas razones, es que se encuentran conculcados los derechos fundamentales a la salud y al acceso efectivo a los servicios de seguridad social en salud de la accionante.

## Impugnación

1. La E.P.S. Servicios Occidentales de Salud –S.O.S.- señaló que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5592 de 2015, las cirugías con un fin meramente estético se encuentran expresamente excluidas para su financiación con cargo a la UPC. Además, de la valoración médica realizada a la paciente, no se advierte que exista alguna afectación funcional.



1. Explica que han sido varias las decisiones dictadas por la Corte Constitucional<sup>28</sup> en las cuales se han negado los procedimientos médicos de carácter estético.

1. Expone de otra parte que si bien el principio de integralidad en materia de salud ha sido desarrollado jurisprudencialmente a partir de un marco legal, para alcanzar mayores y más diversos servicios en salud, se hace de todos modos necesario, que las atenciones en salud que imparta el médico tratante, deben ser determinables y concretas para lograr dar cumplimiento a las mismas.

Si ello no fuere así, será el juez constitucional el encargado de exigir que la atención médica sea delimitada.

1. Explica que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) son limitados, razón por la cual estos deben ser orientados para su uso en asuntos prioritarios.

1. Finalmente, considera que esa entidad de salud no ha vulnerado derecho alguno de la accionante. Pero, pide, que en el caso de ser concedido el amparo solicitado, se ordene de manera explícita, la posibilidad de recobrar ante el FOSYGA el ciento por ciento de todos los costos que no estaban obligados a asumir, y en los que incurrieron en cumplimiento de la orden judicial.

## Segunda instancia

1. En sentencia del 9 de febrero de 2017, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar negó la tutela.

1. Explicó el ad quem que si bien el derecho a la salud es un derecho fundamental, la responsabilidad inicial para procurar el cuidado integral de éste derecho corresponde a cada persona, por lo que se debe adoptar las medidas para la preservación de la misma. Por ello, al momento en que la accionante decidió someterse de manera voluntaria a una cirugía de implantes mamarios, debió informarse acerca de los riesgos previsibles que una intervención de estas características comporta, riesgos que debieron haberle sido puestos en conocimiento al firmar el respectivo formato de consentimiento informado.

1. De esta manera, y atendiendo al hecho que este tipo de intervenciones quirúrgicas tienen múltiples riesgos previsibles como puede ser la ruptura de los implantes, los que a su vez tienen una vida útil, se puede concluir que la intervención quirúrgica por ella reclamada (mastopexia) para retirar los implantes dañados corresponde a una cirugía con fines estéticos, tal y como se advirtió en una sentencia de la misma Corte Constitucional. De otra parte, no se observa que la accionante haya demostrado que no cuenta con los medios económicos para solventar una cirugía de estas características.

1. Finalmente, de la revisión de la historia clínica aportada se observa que hasta el momento no hay ninguna alteración cutánea, ni signos de infección que comprometa la salud de la actora, por lo que sin embargo, se le recomendó la realización de la mastopexia, pudiéndose concluir que no se negó la atención médica.

1. Actuaciones surtidas en sede de revisión

3.1 Acumulación de procesos

3.2 Autos de pruebas expediente T-6.182.278

## 1. Auto del 18 de julio de 2017

3.2.1.1 La magistrada ponente consideró que en el expediente T-6.182.278 de Isabel contra Servicio Occidental de Salud EPS -S.O.S.-, debía practicarse una prueba, pues del relato de los hechos, así como de las pruebas obrantes en el plenario, no se tenía claridad sobre si en efecto se había dado la ruptura del o de los implantes mamarios de la accionante. Por ello, se solicitó a la E.P.S. accionada que remitiera a esta Corporación el resultado de alguna valoración médica especializada y/o un diagnóstico por imágenes que permitiera confirmar la ocurrencia del hecho aquí mencionado, y la actual situación médica de la paciente. Se consideró igualmente, que en el eventual caso de no disponer de los citados documentos, dicha EPS, debía en el término máximo de cinco (5) días contados a partir de la recepción del auto de pruebas, citar a la accionante, y practicarle una valoración médica especializada para lo cual debía utilizar la técnica médica más adecuada, para finalmente emitir el correspondiente diagnóstico.

### Respuesta de Servicio Occidental de Salud EPS -S.O.S.-

1. En oficio del día 11 de agosto de 2017, la Secretaría General de la Corte remitió al despacho de la magistrada sustanciadora las siguientes pruebas enviadas por la Empresa Servicios Occidental de Salud S.O.S. E.P.S., en las que se advierte lo siguiente:

a. De la lectura de la documentación recibida, se observa que la entidad accionada hace referencia a dos acciones de tutela, y de su redacción se infiere que la respuesta remitida hace relación a la segunda acción de tutela conocida por dicha EPS. Al revisar las copias de las dos acciones de tutela que se remitieron a esta Sala, ambas son exactamente iguales (mismas partes y mismos hechos), por lo que los documentos relativos a la primera acción de tutela coinciden con los aportados a la segunda acción de tutela.

a. Al revisar el contenido de dichos documentos se observa, que la accionante ya tiene una patología establecida según la cual el origen de los síntomas que expone se debe a la ruptura

de un implante de carácter estético en el seno izquierdo. Si bien se confirma la ruptura del mencionado implante, no se encuentra probado que ello haya sido consecuencia del examen de mamografía al cual la paciente se sometió.

a. Explica la EPS, que para la realización de un examen de mamografía existe un protocolo establecido consistente en alojar la mama entre dos placas entre las cuales se dispara un haz de rayos X con el fin de obtener una imagen. Su simplicidad y el nivel nulo de invasión al tejido mamario lo convierte en el método adoptado en la actualidad para diagnosticar las posibles lesiones y/o afecciones de las mamas en mujeres mayores de 50 años.

a. No existe actualmente ninguna contraindicación para la realización de una mamografía a partir de esta tecnología. Incluso, este procedimiento se utiliza en el caso de pacientes con implantes mamarios los cuales están diseñados y tienen entre sus características las de resistencia y flexibilidad para la realización de un examen de mamografía.

a. En el caso de la accionante, ésta lleva al menos 10 años con los mismos implantes, por lo que recuerda que lo recomendado es su recambio a los 5 años. En consecuencia, resulta difícil determinar si el daño del implante fue con ocasión de la mamografía, o al natural desgaste sufrido del implante al excederse el tiempo recomendado de uso.

a. Confirma igualmente, que los estudios mamográficos y ecográficos de la accionante confirman la ruptura de implante izquierdo con contención de material de silicona, sin expansión ni desubicación de la prótesis.

a. Con todo, no está demostrado el nexo causal entre la ruptura del implante y el examen de mamografía.

a. Concluye señalado, que ya existe una decisión judicial sobre este mismo caso, el cual si bien fue concedido la tutela en una primera instancia, esta fue revocada y negada.

a. De los documentos que se anexan a estas pruebas se halla la demanda de la segunda acción de tutela, así como copia de una demanda penal presentada por la señora Isabel contra el representante legal de la EPS Servicios Occidentales de Salud -S.O.S-. por el delito de lesiones culposas de las cuales afirma haber sido víctima en el año 2015, a consecuencia de un examen de mamografía indebidamente realizado, causando la rotura del implante de su seno izquierdo.

a. En este primer auto de pruebas, no se obtuvo respuesta por parte de la accionante.

#### 1. Auto de pruebas del 11 de agosto de 2017

1. La magistrada sustanciadora consideró necesario insistir a la señora Isabel para que remitiera a esta Corporación los resultados de los exámenes médicos concernientes a la mamografía en la cual presumiblemente ocurrió la ruptura de sus implantes, así como la lectura o interpretación de dichas imágenes. Se le solicitó adicionalmente, que de tenerlos, remitiera igualmente a esta Corporación, exámenes posteriores que le hubiesen sido realizados por la E.P.S. Servicios Occidentales de Salud -S.O.S.- o por otro centro médico, en los que confirmase la ruptura de sus implantes, y su estado actual de salud.

1. Así, en respuesta recibida por este despacho el 30 de agosto de 2017, la accionante aportó los siguientes documentos:

1. Examen realizados el 11 de diciembre de 2015 en la IPS Comfandi, en el que se observa el siguiente diagnóstico:

“HALLAZGOS:

Indicación: Estudio de tamizaje. Control anual.

Estudios previos: mamografía de abril de 2013 (Bi-rads II).

Antecedentes: Niega antecedentes personales o familiares de CA de mama. Refiere antecedente de implantes mamarios bilaterales.

Se realizaron proyecciones Cráneo Caudal, Medio Lateral Oblicua, y Eklund de ambas mamas, observando:

Se identifica prótesis bilateral de ubicación subpectoral. La prótesis mamaria derecha no presenta signos mamográficos de ruptura. La prótesis mamaria izquierda presenta inmediatamente externo a su superficie material radiopaco que puede corresponder a ruptura de la prótesis y amerita valoración ecográfica.

Se identifican escasas calcificaciones de aspecto benigno en ambos cuerpos mamarios.

El tejido mamario es de distribución fibroglandular dispersa. ACR tipo B.

No se visualizan lesiones espiculadas, distorsiones de la arquitectura, asimetría ni microcalcificaciones sospechosas de malignidad.

No se observan adenomegalias ni ganglios sospechosos en ambas regiones axilares.

No se identifican cambios notorios en el parénquima mamario respecto de la mamografía previa. Los hallazgos de la prótesis izquierda no se visualizaban en la mamografía previa.

CONCLUSIÓN:

CLASIFICACIÓN: BI-RADS II

RECOMEDACIÓN: CONTINUAR SUS ESTUDIOS DE TAMIZAJE ANUAL.

Nota: dados los hallazgos en la prótesis mamaria izquierda es adecuado valoración ecográfica de las prótesis.” (Negrillas originales del texto)

1. En examen de ecografía mamaria realizado el 21 de junio de 2016, y suscrito por el médico radiólogo William Ortiz, se da la siguiente explicación:

“Con transductor de 7.5 a 10 Mhz, se realizó estudio ecográfico de ambos senos, cuadrante a cuadrante y en forma comparativa con los siguientes hallazgos:

Datos clínicos: Ausencia de datos clínicos.

“Prótesis mamarias bilaterales, retropectorales, observándose de contorno lobulado en el cuadrante ínfero (sic) interno de la prótesis mamaria izquierda.

Material como cuerpo extraño ecogénico rodeando la prótesis mamaria izquierda, predominantemente en los cuadrantes internos y de estos en el cuadrante ínfero interno en relación con filtración o ruptura.

Predominio del tejido fibroglandular que por lo demás es de características ecográficas normales.

Patrón graso ecogeneticamente normal.

No hay masas sólidas ni quísticas en ambas mamas.

Piel y pezones sin alteraciones

Regiones retroareolares libres.

No se observan adenopatías en las pirámides axilares.

OPINIÓN:

SIGNOS DE FIULTRACIÓN O RUPTURA DE LA PRÓTESIS MAMARIA IZQUIERDA.

CATEGORÍA BI-RADS 3.” (Negrillas originales del texto)

Se anexaron 9 folios correspondientes a imágenes diagnósticas.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

### 1. Problema jurídico

En consideración a los antecedentes planteados, y visto que en ambos procesos, las partes accionantes reclaman de sus respectivas E.P.S. la prestación de un servicio médico que les garantice el goce efectivo y pleno de sus derechos a la salud y la vida en condiciones dignas, debe la Sala plantearse el siguiente cuestionamiento:

¿Desconocen las E.P.S. aquí accionadas los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las accionantes María y Isabel, al negarles la autorización de los procedimientos médico quirúrgicos y de atención en salud por ellas reclamados, al considerar que en ambos casos, dichas atenciones médicas se encaminan a resolver complicaciones de salud derivadas de procedimientos quirúrgicos de carácter estético a los que las accionantes se sometieron de manera consciente y voluntaria, y respecto de los cuáles la normatividad vigente considera que no pueden ser cubiertas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por estar expresamente excluidos de su cobertura?

Para resolver el cuestionamiento planteado, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas hará el siguiente análisis: primero, establecerá el concepto normativo y jurisprudencial del derecho a la salud; segundo, hará referencia concreta a la regulación actual en torno a la cobertura o no de procedimientos quirúrgicos de carácter estético y/o funcional a la luz del principio de



integralidad del servicio de salud; y tercero, se analizarán los casos concretos.

Como la misma Constitución Política lo señala en su artículo 49, la atención en salud y el saneamiento ambiental son una responsabilidad a cargo del Estado, en cuanto a su organización, dirección y reglamentación para la adecuada prestación del servicio público de salud<sup>29</sup>, y que dicha responsabilidad debe prestarse de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad. Como se observa, la norma constitucional es muy explícita en cuanto a la primera connotación jurídica de la salud en tanto servicio público<sup>30</sup>. Es por ello, que en los términos del artículo 4° de la Ley 1751 de 2015 el sistema de salud “es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”<sup>31</sup>.

En cuanto a su connotación jurídica como derecho, la salud ha tenido una marcada evolución jurisprudencial, pues inició como un derecho de desarrollo progresivo, que era amparable por vía de la acción de tutela cuando quiera que el mismo estuviese en conexidad con el derecho a la vida. Sin embargo, el progreso jurisprudencial de las decisiones de la Corte, advirtió que la fundamentalidad de un derecho no podía depender de la manera en que éste se pudiese materializar. Es por ello, que fue la jurisprudencia constitucional la que le dio su reconocimiento como un derecho fundamental per se<sup>32</sup>, y por tal motivo podría ser protegido a través de la acción de tutela ante la simple amenaza o vulneración del mismo, sin que estuviese comprometida o amenazada la vida. Es así como en sentencia T-016 de 2007<sup>33</sup> se sostuvo lo siguiente:

“... la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

Posteriormente, en sentencia T-760 de 2008<sup>34</sup> en la que la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud,

se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015<sup>35</sup>, el Legislador materializa en una norma la interpretación jurisprudencial del derecho fundamental a la salud. Es así, como en su artículo 2°, aterriza muchos de los aspectos que ya habían sido consagrados en la Constitución, como es su irrenunciabilidad y dispone que su prestación estaría a cargo del Estado o de particulares autorizados para tal efecto, bajo estrictos lineamientos de oportunidad, eficacia y calidad.

Pero la norma que más estructura jurídica imprime al derecho fundamental a la salud, es el artículo 6° de la referida Ley 1751 de 2015. En efecto, en dicha norma se condensan de la mejor manera, las características que debe tener el derecho a la salud, así como los principios que estructuran su faceta como servicio público.

Así, el derecho fundamental a la salud es un derecho de contenido cambiante, que exige del Estado una labor de permanente de actualización, ampliación y modernización en su cobertura, por lo que no es aceptable considerar que ya se ha alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía. Para ello, es fundamental que el Estado garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud como son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad e idoneidad profesional<sup>36</sup>, siempre estén interrelacionados y que su presencia sea concomitante pues, a pesar de la independencia teórica que cada uno representa, la sola afectación de uno de estos elementos esenciales es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar en forma negativa la protección del derecho a la salud.<sup>37</sup>

Dentro del marco de regulación internacional es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) sobre el alcance del derecho a la salud. De manera textual, el aludido instrumento internacional prescribe lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el

derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental / Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”

Por su parte, y atendiendo el mismo tema, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece en su artículo 10, lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”

Se puede afirmar entonces, que la salud “es un derecho humano fundamental e

indispensable para el ejercicio de los derechos humanos”.<sup>38</sup> Y ello tiene sentido, pues el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano<sup>39</sup>. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible.<sup>40</sup> Por tal motivo, la protección y garantía del derecho a la salud, impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida, entre otros.

Ahora bien, como se dijo al comienzo de éste acápite, el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine<sup>41</sup>, universalidad, equidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros.

Adicional a los anteriores principios, resalta otro que se ha identificado como el de integralidad, y cuya relevancia valió para que el Legislador dispusiera de su explicación en norma aparte y que se pasa a explicar.

#### Principio de integralidad en el derecho a la salud

El principio de integralidad contenido en el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, señala de manera puntual, que para que el derecho a la salud pueda alcanzar su más alta y efectiva protección, debe asegurarse una oferta de servicios en salud para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de todas aquellas patologías que afecte a la persona. Ello le permitirá al usuario de tales servicios, reclamar la prestación y atención requerida para lograr restablecer su salud, o en su defecto para reducir su nivel de sufrimiento.

Ello supone en consecuencia, que la prestación de salud debe darse en todos los ámbitos que el derecho requiere, iniciando con la atención previa a la enfermedad (etapa preventiva), durante la misma (etapa curativa) y con posterioridad a esta (etapa paliativa), y siempre

ligada a un cubrimiento integral y continuo. En efecto, la norma legal dispone lo siguiente:

“Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

En atención a la referida norma, la importancia del principio de integralidad, radica en que cualquier norma que reglamente el derecho a la salud y las prestaciones que de éste se deriven, deberán interpretarse en el sentido de asegurar la mayor protección y garantía al titular de tal derecho. Sin embargo, no siempre esta interpretación normativa o regulatoria resulta fácil, y es frente a estas situaciones de duda, que interviene el principio pro homine, del cual ya se hizo mención. La importancia de éste principio, radica en que ante cualquier duda respecto a la interpretación de las normas que regulan la prestación de los servicios de salud ofrecidos a los usuarios, siempre se optará por aquella en la que prevalezca la garantía y protección del derecho, incluso en los casos en los que se presuma que la atención médica reclamada pueda no estar cubierta por el sistema de salud. En efecto, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispone que: “En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Ahora bien, en el evento en que el juez constitucional imparta una orden de atención integral con el fin de proteger el derecho a la salud de una persona, sus contenidos deberán ser claros, expresos, puntuales y concretos.<sup>42</sup> De lo contrario, cualquier otro tipo de orden podría llevar a considerar que la entidad promotora de salud no tendría voluntad de cumplimiento, y todo ello a consecuencia de una orden judicial que por sus características resultaría imposible de dar por cumplida en cualquier supuesto.<sup>43</sup> Además, una providencia judicial en la cual se impartan órdenes puntuales y concretas con el fin de asegurar una

atención integral y protección del derecho a la salud, supone igualmente la prestación de un servicio público de salud bajo los estrictos lineamientos de necesidad, especialidad, responsabilidad, y proporcionalidad<sup>44</sup>.

Exclusiones de servicios o atenciones en salud. Distinción entre los procedimientos estéticos y los procedimientos funcionales en el Plan de Beneficios en Salud.

Con todo, como ya se alcanzó a mencionar, pueden existir servicios no incluidos en el sistema de salud, tal y como lo dispone el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, el que establece exclusiones expresas a ciertas prestaciones de salud, entre ellas las estéticas o de embellecimiento, tema que se pasa a explicar.

En efecto, la norma en comento dispone lo siguiente

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

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

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

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de

expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. (...)”

Como se advierte de la lectura de la norma transcrita, es claro, que el Legislador consideró que a efectos de poder asegurar una mayor cobertura de los servicios de salud, y dadas las restricciones de orden económico y/o financiero del propio Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, el cubrimiento contendrá, como regla general, todas las prestaciones que requiera el usuario en salud, excepto las que cumplan con los criterios establecidos en la norma en cita.

Sin embargo, como ya se señaló al explicarse el principio de la integralidad del derecho a la salud, si en un caso en particular se advierte que una persona (i) encuentra afectado su derecho fundamental a la salud, (ii) no existe un sustituto dentro de las prestaciones en salud incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, (iii) no cuenta con los recursos económicos para asumir por su cuenta los servicios médicos que requiere para restablecer su salud, y (iv) existe ya una orden médica que determina la atención reclamada, ha de considerarse que a pesar que el servicio se encuentre expresamente excluido, se podrá por vía de la interpretación pro homine de las normas reguladoras del servicio o la atención médica, ordenar su prestación o suministro, aun cuando la misma encaje dentro de alguna de las causales de expresa exclusión.

Ciertamente, deberá entenderse que la prestación reclamada se requiere por extrema necesidad, al punto que sin ella no se podría asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales. Y este planteamiento encuentra su justificación jurisprudencial en la misma sentencia C-313 de 201445, que indicó que: “al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud (...)”<sup>46</sup>

Ahora bien, como se observa, la primera exclusión expresa de los beneficios en salud que no podría ser cubierta con cargo a los recursos del Plan de Beneficios en Salud, son todos

aquellos servicios médicos con fines cosméticos o suntuarios que no tengan relación alguna con la recuperación, restablecimiento o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas. En este punto, resulta de vital importancia hacer claridad en torno a las diferencias existentes entre una atención médica con fines cosméticos o de embellecimiento y aquellas de carácter funcional.

Así, con la expedición de la Resolución No. 6408 de 2016<sup>47</sup> del Ministerio de Salud y Protección Social, por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Beneficios en Salud<sup>48</sup>, se contempla que entre las tecnologías no financiadas con cargo a la UPC, se encuentran aquellas “cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad.”, y los “Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de no financiación con recursos del SGSSS señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011”. (Art. 132, núm. 1 y 5)<sup>49</sup>.

En desarrollo de esta premisa, el artículo 8 de la Resolución en cita consagra una distinción entre la cirugía cosmética o de embellecimiento y la cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

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

8. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.”

En adición a lo expuesto, el artículo 36 de la Resolución 6408 de 2016, es claro en indicar que todos aquellos tratamientos o procedimientos de carácter reconstructivos que tengan una finalidad funcional, de conformidad con el criterio del médico tratante, se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud y deben ser asumidos por el sistema. La disposición en cita establece que:



“ARTÍCULO 36. TRATAMIENTOS RECONSTRUCTIVOS. En el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el anexo 2 ‘Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC’, que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.”

A partir de este tipo de lineamientos se puede advertir que en el tema concreto de las cirugías plásticas existen dos tipos de intervenciones quirúrgicas muy distintas<sup>50</sup>. Por una parte, las consideradas de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias, cuya finalidad última es la de modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza. Por otra parte, se encuentran aquellas intervenciones quirúrgicas cuyo interés es el de corregir, mejorar, restablecer o reconstruir la funcionalidad de un órgano con el fin de preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna, así como también con el fin contrarrestar las afecciones psicológicas que atentan también contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Es entendible en consecuencia que las cirugías plásticas con fines meramente estéticos no pueden estar cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud (antes Plan Obligatorio de Salud), como en efecto así se contempla. Incluso en este tipo de cirugías plásticas, los efectos secundarios que de ellas se deriven tampoco se podrán asumir con cargo al PBS. Ciertamente, la norma se refiere a todos aquellos efectos previsibles de acuerdo a las técnicas utilizadas y los diferentes factores científicos y humanos que si bien puede ser calculados no se pueden prevenir.

Aunado a lo anterior, habrá de tenerse en cuenta que una cirugía será considerada como estética o funcional a partir de una valoración o dictamen científico debidamente soportado, y no en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención. Queda claro entonces, que las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del PBS, mientras que las reconstructivas o funcionales si entienden incluidas y a cargo de las EPS.

Expuestos los anteriores argumentos, se entra en la discusión de si las reintervenciones

plásticas también se encuentran excluidas de la atención en salud, cuando quiera que estas se soliciten con el fin de corregir efectos secundarios o complicaciones derivadas de previas cirugías estéticas o de embellecimiento.

En este punto, cabría señalar dos aspectos importantes. Por una parte, resulta coherente tener por excluidas aquellas reintervenciones plásticas derivadas de una previa cirugía estética, cuando las complicaciones que se pretenden atender son consecuencias que fueron previsibles y contempladas científicamente desde un principio y que las mismas fueron explicadas al paciente al momento de su primera intervención quirúrgica. Ciertamente, problemas de cicatrizaciones difíciles o defectuosas, procesos inflamatorios o infecciosos, o la misma inconformidad del paciente con el resultado obtenido, no tendrían la posibilidad de ser asumidas con cargos a los recursos de la UPC.

Sin embargo, cuando los efectos secundarios o las complicaciones derivadas de una cirugía estética, comprometen muy gravemente la funcionalidad de los órganos o tejidos originalmente intervenidos o de otros órganos o tejidos del cuerpo que no fueron objeto de dicha cirugía inicial, esa circunstancia desborda el alcance de lo que podría entenderse como efectos secundarios o complicaciones previstas científicamente para cada tipo de cirugía estética, en cuyo caso se impone la necesidad dar una interpretación a la norma que excluye la atención en salud a la luz de los principios pro homine y de integralidad del servicio de salud.

El supuesto que se acaba de plantear corresponde al caso en que se encuentra severamente comprometida la funcionalidad de la parte del cuerpo que originalmente fue intervenida con fines netamente estéticos, pero cuyos complicaciones impactan gravemente su funcionalidad y la de otros órganos que no fueron objeto del tratamiento estético inicial, y que de no ser atendidos médicamente de manera oportuna y eficaz, podría llevar al compromiso serio de la salud o de la vida misma.

## 6. El concepto de temeridad en la acción de tutela

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, dispone que existe temeridad cuando, “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. Con todo, se configurará la temeridad solo cuando

concurran los siguientes elementos: (i) identidad fáctica con otra acción de tutela; (ii) identidad de demandante y de accionado; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción<sup>52</sup>. Esta situación supone un desgaste al sistema judicial por capricho del accionante y por desconocimiento del principio de buena fe. Con todo, la temeridad debe ser plenamente acreditada y no puede ser inferida tras una simple revisión formal de las acciones de tutela que llevan a suponer que se ha configurado dicha conducta.

Si hay concurrencia de los elementos citados, el juez podrá, rechazar de plano la tutela o decidir negativamente la petición, cuando advierta que la actuación (i) envuelva una actuación amañada, en la que se reservan para cada acción los argumentos o pruebas que convaliden las pretensiones; (ii) denote un interés desleal de alcanzar un beneficio individual al perseguir una interpretación judicial favorable; (iii) evidencie el abuso del derecho al actuar abiertamente de mala fe; (iv) pretenda asaltar la buena fe de los administradores de justicia.<sup>53</sup>

Con todo, a pesar de la posible concurrencia de los citados elementos que dan estructura a la figura de la temeridad, debe verificarse las circunstancias particulares del caso concreto, en especial cuando se pueda advertir alguna de las siguientes circunstancias: (i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.<sup>54</sup>

De esta manera queda establecido el marco constitucional aplicable a los casos objeto de revisión en esta providencia, por lo que se pasará ahora a resolver el problema jurídico

planteado.

## 7. Caso concreto

### 7.1 Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

#### 7.1.1 De la legitimación en la causa por activa

El artículo 86 de la Constitución dispone que cualquier persona pueda recurrir a la acción de tutela cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales, y no disponga de otro medio judicial idóneo y efectivo para la protección de los mismos. De esta manera quien promueva la acción de tutela lo podrá hacer ya sea de manera directa, como titular de los derechos conculcados, o excepcionalmente a nombre de otra persona, en calidad de agente oficioso “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.<sup>55</sup>

En los casos objeto de revisión, se advierte que las acciones de tutela fueron promovidas en forma directa por las señoras María y Isabel como personas que alegan la vulneración de sus derechos a la salud y a la vida digna. De esta manera no existe duda alguna en que se cumple a plenitud con el requisito de la legitimación por activa, dando alcance de esta manera, al principio de autonomía que rige su interposición.

#### 7.1.2 De la legitimación en la causa por pasiva

El mismo artículo 86 Superior dispone que la acción de tutela pueda ser promovida contra (i) autoridades públicas o (ii) contra aquellos particulares previstos por la Constitución y la ley<sup>56</sup>, cuando quiera que estos por su acción u omisión vulneren o amenacen los derechos fundamentales de una persona.

Así, para acreditar el cumplimiento del requisito de la legitimación por pasiva deben verificarse dos condiciones: (i) que la acción de tutela se promueva contra uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión<sup>57</sup>.

De esta manera, en el caso del expediente T-6.074.003 la tutela fue promovida contra la E.P.S. SANITAS, a la cual se encuentra afiliada la accionante, y que corresponde a una entidad de carácter privado autorizada para la prestación de un servicio público como es la salud. De esta manera se cumple con el primero de los requisitos mencionados. En cuanto al segundo requisito, se observa que dicha entidad de salud, en respuesta a un derecho de petición presentado por la accionante, le negó la autorización de cirugía plástica reconstructiva necesaria para el retiro de polímeros, al advertir que ésta corresponde a una complicación derivada de un procedimiento estético.<sup>58</sup> Sin embargo, como se desprende de los hechos expuestos en este caso, la compleja situación médica que afecta a la accionante debe ser atendida de manera urgente, pues la negativa en la prestación de los servicios médicos requeridos, tiene la potencialidad de agravar la condición de salud de la accionante, al punto de llegar a comprometer hasta su propia vida. En ese orden de ideas, a juicio de la Sala, se entienden satisfechos los requisitos de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

En cuanto al proceso de tutela T-6.182.278, este se promovió contra la E.P.S. Servicios Occidentales de Salud -S.O.S.-, entidad particular autorizada para la prestación del servicio de salud (primer requisito), la cual negó la realización de una intervención quirúrgica a la accionante en la cual debía retirar los implantes mamarios de la paciente, por la ruptura de uno de ellos, presuntamente a consecuencia de realización de un examen de mamografía, lo cual afectó su salud, y compromete el goce pleno de tal derecho (segundo requisito). Como se observa en el presente caso, la Sala encuentra igualmente cumplidos el requisito de la legitimación por pasiva.

### 7.1.3 De la inmediatez

Otro de los requisitos esenciales de procedibilidad de la acción de tutela, es su interposición dentro de un término razonable, contado a partir del momento en que se generó la vulneración o amenaza, o desde que ésta fue conocida por la parte afectada. Ello se debe al hecho que éste mecanismo de protección constitucional es un instrumento cuya aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), asegura la efectividad concreta y actual del derecho cuyo ejercicio pleno se ha visto conculcado o amenazado<sup>59</sup>. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez<sup>60</sup>. Por ello, al acudir a la acción de tutela, ha de hacerse de manera oportuna, pues una reclamación tardía desvirtuaría por

completo el nivel de efectividad jurídica que le caracteriza. En efecto, la utilización inoportuna de la acción de tutela, vicia la necesidad de una protección urgente, efectiva e inmediata, pudiendo incluso convertirse en un factor de inseguridad jurídica, que puede comprometer derechos de terceros<sup>61</sup>.

En el caso de la señora Isabel, (T-6.182.278), debe anotarse que gracias a las pruebas practicadas la Sala pudo concluir lo siguiente: (i) si bien la prestación médica que presumiblemente causó la ruptura de uno de los implantes mamarios de la accionante, se dio el 11 de diciembre de 2015, la verificación de tal hecho, solo se vino a dar con ocasión de posteriores exámenes médicos: el primero, realizado por una entidad particular el día 21 de junio de 2016, y el segundo, practicado por la EPS aquí accionada, el día 30 de noviembre de 2016, fecha en la cual la accionante acudió para ser atendida por molestias en su seno izquierdo. Si bien al realizársele en esta última fecha, el examen físico, no se advirtió irregularidad alguna. Sin embargo, es en ese momento en el que la médica le advierte a la accionante, que de confirmarse la rotura de uno de sus implantes mamarios, la EPS no asumiría la atención médica respectiva por considerar que esta situación correspondía a una complicación derivada de una cirugía de carácter estético.

Entendido entonces, que el 30 de noviembre de 2016 es el momento en que la E.P.S. Servicios Occidentales de Salud -S.O.S.- negó los servicios que podría requerir la accionante, esta interpuso la acción de tutela el 20 de diciembre de 2016, es decir, menos de un mes después. Como se advierte, la brevedad del tiempo transcurrido entre las dos actuaciones, permite dar por cumplido el requisito de inmediatez.

#### 7.1.4 De la subsidiariedad

Tanto el artículo 86 de la Constitución, como el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, así como la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>63</sup>, han dispuesto, que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección excepcional de derechos fundamentales, de carácter subsidiario y residual, cuya procedencia solo es viable si (i) no existe otro medio judicial para proteger el derecho fundamental alegado como vulnerado o amenazado; (ii) si a pesar de existir otros medios o acciones judiciales de protección, éstos no resulten eficaces o idóneos para la protección del derecho reclamado; y (iii) si teniendo estas acciones judiciales ordinarias la posibilidad de dar una solución integral, resulta de todos modos necesaria la

intervención transitoria del juez constitucional, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.<sup>64</sup>

En virtud de lo anterior, no resulta aceptable para esta Corporación que se haga una valoración genérica de la eficacia e idoneidad de un mecanismo ordinario de defensa judicial, pues a este nivel de análisis, todos los mecanismos judiciales ofrecen una garantía mínima de protección a los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la eficacia en la protección ofrecida por un medio ordinario de defensa judicial debe mirarse a la luz de las exigencias propias del caso concreto, para determinar de esta manera, si éste puede brindar una protección integral e inmediata de los derechos fundamentales cuya protección se reclama en cada caso en particular<sup>65</sup>.

En consideración a lo anterior, las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir algunas controversias entre las entidades prestadoras de servicios de salud, o entre estas y sus afiliados, permitiéndole resolver de manera breve y con atribuciones similares a las de un juez, asuntos en los que se encuentre comprometido o amenazado el derecho a la salud de una persona.<sup>66</sup>

Si bien existe dicha opción por vía de la Superintendencia Nacional de Salud, en algunos casos la acción de tutela surge como el mecanismo judicial más idóneo y eficaz para asegurar la protección material de los derechos fundamentales.<sup>67</sup>

Así, en el expediente T6.074.003, la gravedad en el compromiso funcional de algunos de los órganos y partes del cuerpo de la accionante, e incluso el riesgo que puede estar corriendo su vida, conducen a que la acción de tutela sea el mecanismo judicial más eficaz e idóneo en este caso.

En el supuesto del expediente T-6.182.278, a pesar que de la valoración médica hecha a la accionante se advierte que no existe condición médica que demuestre gravedad o urgencia para su atención, hecho que llevaría al envío del caso para su trámite por vía de la Superintendencia Nacional de Salud, esta Sala de Revisión, considera que por razones que más adelante se explicarán, el caso será resuelto en esta sede de revisión.

## 7.2 Presentación del caso del expediente T-6.074.003

La accionante de 47 años de edad, quien de acuerdo a la historia médica presenta un complicación derivada de una cirugía estética en sus glúteos, reclama de su EPS la realización de una cirugía reconstructiva con el fin de recuperar su salud, y el nivel de funcionalidad de su cuerpo en las condiciones normales, afectada por la migración de la sustancia (biopolímero) que introdujo en su cuerpo a otras partes diferentes de los glúteos.

Si bien la presente acción de tutela fue negada en primera instancia, en segunda instancia se revocó y se ampararon los derechos accionados, ordenando la realización de la cirugía plástica reclamada. Se consideró que la actora estaba afectada por una enfermedad de base, y si bien el servicio médico reclamado no estaba incluido en el POS ello no puede constituirse en un obstáculo para acceder a la salud por parte del afiliado, más aún cuando la EPS podía recobrar ante el FOSYGA.

### 7.3 Vulneración de los derechos

Sea lo primero en señalar que en el ámbito de la garantía del derecho a la salud, existe una cadena lógica de responsables que asegura el pleno goce del derecho a la salud. En este sentido, es el individuo, como titular del derecho, el primer responsable por su salud, en el entendido que si bien no es un experto en el conocimiento científico que le permita tener una comprensión amplia y profunda de las conductas, hábitos y cuidados que aseguren mantener una óptima salud, lo que si se le puede exigir es que al menos asuma conductas propias o instintivas de conservación de la misma en un nivel medianamente razonable. En efecto, el individuo debe entender que frente a su salud física, síquica y funcional de su cuerpo debe asumir conductas responsables que no pongan en peligro o afecten de manera negativa la plenitud de su corporeidad. Sin embargo, y en el evento en que existan cambios físicos y/o funcionales que se produzcan de manera natural (crecimiento, madurez, vejez, etc.) o que los mismos obedezcan de manera directa o indirecta, a situaciones ajenas a su voluntad, como la enfermedad, o los accidentes, será en este momento en el que el sistema de salud deberá asistirlo a través de sus tres ámbitos de atención (preventiva, asistencial y paliativa).

En el presente caso, la entidad cumplió cabalmente con su labor de diagnosticar la condición médica de la accionante a través de la valoración hecha por uno de sus cirujanos plásticos, el cual estableció el complejo panorama al cual se encuentra expuesta la paciente -alogenosis iatrogénica-. Sin embargo, la solución médica reclamada por la misma accionante, y que



corresponde a la propuesta quirúrgica de la video endoscopia, que le fuera hecha por médico no adscrito a la EPS, podría no ser muy apropiada para tratar de manera efectiva esa específica patología, además de que en los términos de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, el método en cuestión no cuenta con la literatura científica suficiente que lo pueda catalogar como un procedimiento médico comprobado y seguro, que ofrezca niveles mínimos de recuperación adecuada en términos de calidad de vida digna de la paciente. De igual manera, visto el diagnóstico médico de la accionante, la atención médica que requiere, puede suponer otras intervenciones quirúrgicas adicionales a la ya ordenada por el juez de segunda instancia en la presente tutela, así como la prestación de otros servicios médicos complementarios.

En vista de ello, la Sala encuentra que el caso de la señora María, corresponde al supuesto aquí planteado, en el que una cirugía estética deriva en graves complicaciones médicas con alto compromiso funcional de las partes del cuerpo intervenidas y de otros órganos y tejidos que se han visto severamente afectados. En este caso, atendiendo a los principios pro homine, e integralidad, resulta de vital importancia, que la accionante sea atendida por su EPS, máxime cuando, ha sido clara en señalar desde un principio, que carece de los recursos económicos para asumir por su cuenta las atenciones médicas requeridas.

En consideración a lo anterior, y entendiendo que dadas las circunstancias particulares del presente caso, en el que la situación médica funcional supera ampliamente el aspecto estético que originó la patología actual, la accionante habrá de entender, que la atención en salud que se ordenará por esta vía, se orientará esencialmente, a restablecer la funcionalidad de su cuerpo y órganos, y que en el desarrollo de estas, deberá afrontar posibles resultados o secuelas tanto estéticas como funcionales que no puedan ser corregidas en su totalidad, y respecto de las cuáles no podrá exigir resultados a todas luces imposibles de alcanzar.

Finalmente, teniendo en cuenta que el aspecto estético que la accionante buscaba mejorar, no solo no va a volver a su normalidad sino que el mismo puede llegar a tener secuelas irreparables, la Sala considera de vital importancia que la accionante sea atendida respecto del compromiso a nivel celular, muscular y de piel al que se encuentran expuestas todas las partes del cuerpo que se encuentren afectadas por el biopolímero.

Por lo anterior, esta Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta en el expediente T-6.074.003, en tanto amparó los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida de la señora María. Se adicionará el fallo en el sentido de ordenar a la E.P.S. SANITAS que en el término de cuarenta (48) horas contadas a partir de la comunicación del presente fallo, proceda a generar las autorizaciones médicas que permita que la accionante sea asistida por un equipo multidisciplinario de profesionales de la salud, para que con apoyo en todos los procedimientos, servicios médicos y medicamentos pertinentes, se pueda impartir una atención integral que pueda hacer frente de la mejor manera posible, al problema de la alojenosis iatrogénica y de todas las complicaciones medico funcionales derivadas de esta patología, todo ello, con el único fin de procurar el restablecimiento de su salud y de su vida en condiciones de dignidad.

En la medida en que varios de los procedimientos que deban realizarse con ocasión de la atención requerida por la accionante se encuentran expresamente excluidos del plan de beneficios en salud, la E.P.S. SANITAS podrá recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. -ADRES-, la totalidad de los gastos en que debió incurrir respecto de los servicios médicos no incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud -PBS-.

#### 7.4 Presentación del caso del expediente T-6.182.278

En el presente caso la señora Isabel de 53 años de edad, manifiesta que se sometió por su cuenta y con cargo a sus recursos económicos a una cirugía estética de implantes mamarios, procedimiento que se hizo hace aproximadamente 10 años.

Explica que en un examen de mamografía realizado por la EPS Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- a la cual se encuentra afiliada, el implante de su seno izquierdo se rompió, según afirma ella, a consecuencia de la presión ejercida al seno al momento de realizarse dicho examen de control. Si bien, del relato de los hechos no se sabía el momento en que ocurrió dicho evento, de las pruebas aportadas por la accionante así como por la E.P.S., se pudo establecer que la presunta rotura del implante mamario pudo haber ocurrido el 11 de diciembre de 2015 fecha de la mamografía. Si bien esta situación no era muy clara, a pesar de posteriores exámenes que fueron realizados el 21 de junio de 2016 por un médico particular y luego con la valoración hecha por su IPS el 30 de noviembre del mismo año, se

pudo confirmar la rotura de dicho implante, lo cual sin embargo, no permite afirmar de manera alguna, que la causa u origen de la rotura del implante mamario hubiese sido el examen de mamografía hecho en el mes de diciembre de 2015.

Ante esta situación, en la consulta médica del 30 de noviembre de 2016, se le advirtió a la accionante, luego del examen físico que concluyó con que no se veía alteración en su salud y condición física, que cualquier atención médica que tuviese que ver con los implantes y su posible retiro no sería asumida por la EPS, por corresponder a una situación derivada de una cirugía estética.

La accionante interpuso acción de tutela, la cual fue concedida en una primera instancia la protección a la salud de la accionante. No obstante, dicha orden fue revocada por el juez de segunda instancia, y en su lugar negó la tutela con el argumento que la reclamación correspondía a un servicio médico o procedimiento expresamente excluida del Plan de Beneficios en Salud.

Siendo éste el planteamiento del caso, debe la Sala hacer una breve consideración al hecho de que al momento de practicarse pruebas, la E.P.S. Servicios Occidental de Salud -S.O.S.-, al responder al requerimiento probatorio formulado por la magistrada sustanciadora, emitió una respuesta de cuya redacción y lectura se podía inferir claramente que se tenía el convencimiento de que se trataba de la segunda acción de tutela que la accionante había promovido por los mismos hechos en contra de esa EPS. Si bien se pudo verificar que en ese segundo intento la decisión judicial también negó la protección constitucional pretendida por la accionante, es evidente que la conducta adelantada por la accionante desconoce por completo los postulados que rigen el trámite de la acción de tutela, incurriendo por el contrario, en la conducta denominada como actuación temeraria. Pero aunado al citado comportamiento temerario, se conoció que la accionante había igualmente iniciado acciones penales en contra de su EPS, por las presuntas lesiones culposas sufridas a consecuencia del referido examen de mamografía.

Conocidos estos nuevos hechos y conductas judiciales iniciadas por la accionante, la Sala debe manifestarle que las acciones de tutela iguales, que ella promoviera con el fin de alcanzar una decisión favorable, suponen no solo un desgaste del sistema judicial sino un fraude a las decisiones judiciales que sobre un mismo asunto se pretenden obtener con tal

de satisfacer sus propios interés, conducta que no solo no es aceptable, sino que puede generar sanciones en contra de quien las promuevan si se determina que las mismas se hicieron de manera consiente y voluntaria. Sin embargo, considera la Sala que el actuar de la actora responde más a la preocupación que le genera la posible afectación de su salud por la rotura de uno de sus implantes, lo que desdibujaría la mala intención o el dolo en su actuar.

Ahora bien, entrando al tema de fondo, la Sala debe señalar inicialmente que la situación en que se encuentra la actora, no puede ser objeto de la protección constitucional por las razones que se pasan a explicar.

En primer lugar, la accionante en ninguna de sus intervenciones, ni en las pruebas aportadas en sede de revisión, manifestó no tener capacidad económica alguna para asumir los servicios médicos que reclama, factor que resulta importante, pues es uno de los elementos que llevarían en un momento dado a que una prestación en salud expresamente excluida del cubrimiento por parte del SGSS, pueda ser ordenada de todos modos.

De otra parte, debe la Sala señalar que consultada la página electrónica de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, al revisar la información concerniente a las cirugías de implantes mamarios se pudo constatar que la mamoplastia de aumento, es un procedimiento bastante seguro.

Aun así, señala dicha página, que ocasionalmente los implantes se pueden romper o producir filtraciones, debido a traumatismos, compresión fuerte o el propio desgaste del implante por el roce con el seno. Si el implante tiene en su interior solución salina esta será reabsorbida por el organismo sin complicaciones. Si el implante es de gel de silicona, éste puede quedar contenido por la cápsula del implante. Cualquier ruptura del implante requiere la remoción y cambio de este. Es por esta razón que es fundamental el seguimiento con su cirujano de cabecera.

En este punto resulta importante diferenciar entre los actuales implantes de gel cohesivo o suero salino y los antiguos implantes de aceite de silicona, los cuales deben ser cambiados como máximo a los 10 años. Esto se debe a que las prótesis de aceite de silicona al romperse, llevan a que el aceite de silicona se derrame dentro de la cápsula (cavidad que rodea el implante) o fuera de ella.

En este sentido la American Society of Plastic Surgeons<sup>68</sup>, señala que el cirujano plástico y/o su personal explicarán en detalle los riesgos asociados con la intervención quirúrgica, luego de lo cual le pide a la paciente firmar el respectivo formulario de consentimiento informado a efectos de garantizar que comprende completamente el procedimiento al que se someterá y cualquier riesgo o complicaciones potenciales. En relación con el tema de riesgo, dicha sociedad es clara en señalar como posibles complicaciones previsibles en este tipo de intervenciones quirúrgicas, las siguientes:

- \* hemorragia (hematoma);
- \* infección;
- \* mala cicatrización de las incisiones;
- \* cambios en la sensibilidad de los pezones o los pechos, temporales o permanentes;
- \* contracción capsular, que es la formación de tejido de cicatrización firme alrededor del implante;
- \* implante con pérdida o rotura;
- \* fruncimiento de la piel sobre el implante;
- \* complicaciones de la anestesia;
- \* acumulación de líquidos;
- \* coágulos de sangre;
- \* dolor, que puede persistir;
- \* trombosis venosa profunda, complicaciones cardíacas y pulmonares;
- \* posibilidad de cirugía de revisión.

Finalmente, aclara que los implantes no dañan la salud de los senos. En el análisis cuidadoso

de estudios científicos realizados por grupos independientes como el Instituto de Medicina en Estados Unidos<sup>69</sup> no se han encontrado vínculos comprobados entre implantes mamarios y enfermedades autoinmunes u otras afecciones sistémicas.

Tras estas explicaciones, ha de inferirse que uno de los riesgos propios de la colocación de los implantes se encuentra que estos puedan presentar rotura y que ello pueda ocurrir ya sea por compresión, o incluso por el desgaste que el mismo implante sufre al permanecer más tiempo de lo adecuado en el cuerpo, pues debe anotarse que estos deben ser objeto de recambio si se quiere, o ser retirados en un tiempo prudencial, tal y como lo mencionaba la misma Sociedad Colombiana de Cirugía Estética, Plástica y Reconstructiva, no debe sobrepasar los 10 años.

Ante este panorama, y en tanto los implantes que tiene la accionante en sus pechos se encuentran al límite del tiempo alojados en su cuerpo, la posibilidad de que estos se hayan deteriorado, y/o que se rompan por cualquier compresión, no pasa de ser una situación previsible en este tipo de cirugías estéticas. Razón por la cual al no poder el juez de tutela entrar a probar de manera certera que la rotura del implante se produjo a consecuencia del examen de mamografía, y teniendo por el contrario, que esta situación es uno de los múltiples riesgos inherentes a este tipo de cirugías estéticas, no resulta viable otorgar el amparo constitucional solicitado.

Pero todo ello, obedece además, a que de los hechos narrados, así como de las pruebas obrantes en el plenario, la accionante no demostró de manera alguna que dicha situación haya comprometido su derecho a la salud, al punto que permita al juez constitucional intervenir con el fin de protegerlo. En el mismo sentido vale la pena citar la sentencia T-793 de 2010<sup>70</sup> en la cual esta Corte negó una tutela similar, en la que una accionante reclamaba de su EPS<sup>71</sup> el cambio bilateral de sus implantes mamarios por presunta ruptura.

Por lo anterior, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali en el expediente T-6.182.278 en cuanto negó la acción de tutela promovida por la señora Isabel contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta en el expediente T-6.074.003, en tanto amparó los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida de la señora María.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia en el sentido de ORDENAR a la E.P.S. SANITAS que en el término de cuarenta (48) horas contadas a partir de la comunicación del presente fallo, proceda a generar las autorizaciones médicas que permita que la accionante sea asistida por un equipo multidisciplinario de profesionales de la salud, para que con apoyo en todos los procedimientos, servicios médicos y medicamentos pertinentes, se pueda impartir una atención integral que pueda hacer frente de la mejor manera posible, al problema de la alojenosis iatrogénica y de todas las complicaciones medico funcionales derivadas de esta patología, todo ello, con el único fin de procurar el restablecimiento de su salud y de su vida en condiciones de dignidad.

TERCERO.- En la medida en que varios de los procedimientos que deban realizarse con ocasión de la atención requerida por la accionante, se encuentran expresamente excluidos del plan de beneficios en salud, la EPS SANITAS podrá recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. -ADRES-, la totalidad de los gastos en que debió incurrir respecto de los servicios médicos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud -PBS-.

CUARTO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali en el expediente T-6.182.278 en cuanto negó la acción de tutela promovida por la señora Isabel contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-.

QUINTO.- ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de las accionantes.

SEXTO.- LIBRAR por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 En decisión del 31 de octubre de 2016 el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta negó la tutela. En segunda instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta revocó, y en su lugar, concedió el amparo, en providencia del 7 de diciembre de 2016.

2 En decisión del 30 de diciembre de 2016, el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, tuteló los derechos de la accionante. En sentencia del 9 de febrero del mismo año, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar, negó el amparo constitucional solicitado.

3 Ley 1581 de 2012, “Artículo 5°. Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos,



organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.”

4 El expediente T-6.074.003 no fue seleccionado para su revisión por Auto del 17 de abril de 2017 proferido por la Sala Cuarta de Selección de Tutelas de la Corte Constitucional. Sin embargo, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez e Iván Escrucería Mayolo, en Auto del 30 de mayo de 2017 aceptó la insistencia presentada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado quien argumentó, que si bien los derechos fundamentales de la accionante fueron amparados en la decisión de segunda instancia, la orden judicial allí impartida podría exponerla a afectaciones a su salud, en tanto se garantiza su derecho a la salud por vía de un procedimiento quirúrgico judicialmente ordenado, el cual está excluido del POS, por ser de carácter experimental, y cuya práctica se ordena a pesar de existir otras alternativas igualmente eficientes que sí están incluidos en el POS.

En cuanto al Expediente T-6.182.278, este fue seleccionado para su revisión mediante Auto de junio 16 de 2017 proferido por la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Diana Fajardo Rivera.

5 A folio 20 del cuaderno principal del expediente, obra fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María, en la cual se puede verificar que la accionante nació el 6 de septiembre de 1969, por lo que para la fecha de interposición de esta acción de tutela contaba con 47 años de edad.

6 Atendiendo la fecha de presentación de la acción de tutela y la admisión para su trámite – octubre 14 de 2016 (folio 60 del cuaderno principal de la acción de tutela).

8 Folio 15 del cuaderno principal del expediente de tutela, obra valoración médica hecha el día 12 de mayo de 2016 en la IPS NORTESALUD de la ciudad de Cúcuta. En dicha historia clínica se confirma que la ecografía de tejidos blandos se tomó el 13 de abril de 2016 y se concluyó que “el rastreo practicado en ambas regiones glúteas presenta extensas imágenes hiperecogénicas que no permite la transmisión sónica característica de un cuerpo extraño tipo silicona líquida.”.

9 Si bien el citado médico Figueroa no pudo obtener de la paciente mayor detalle del procedimiento que ya le fue practicado para extraer el biopolímero, en la historia clínica que elaboró el médico Carlos Alberto Ríos García en la ciudad de Cali el 31 de julio de 2016, se observa que en octubre de 2013, el cirujano Juan Carlos Castilla le realizó una extracción del biopolímero con la técnica de láser, con resultados desfavorables en tanto el dolor aumentó y quedaron deformidades en sus glúteos (folio 29).

10 En 2008, el médico Felipe Coiffman Profesor (emérito) de Cirugía Plástica, Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia, Miembro de la Academia Colombiana de Medicina, Jefe del Laboratorio Quirúrgico de Adiestramiento e Investigación. Facultad de Medicina Universidad de los Andes, Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, acuñó el término de alojenosis iatrogénica, pero ya Ortiz Monasterio había discutido sobre la enfermedad humana por modelantes en 1972. Esta información fue obtenida de: Castaño DA, Ricaurte AI, Castro JA, De Paz DA. Alojenosis iatrogénica vs. alojenosis secundaria en Cali, Colombia. A propósito de 12 casos. Colomb Forense. 2016; 3(2): 61-72. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/cf.v3i2.1778>.

11 En la página electrónica de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, se constató que el médico Carlos Alberto Ríos García es un miembro de número de dicha sociedad, y tiene su sede en la ciudad de Cali. Consulta hecha en <https://www.cirugiaplastica.org.co/miembros-de-la-sccp/miembros-de-numero/464-rios-garcia-carlos-alberto/view-details.html>, el 29 de junio a las 14.50 pm.

12 En la revistas REVISTA MÉDICA MD, Año 7, número 3, febrero-abril 2016, es una publicación trimestral editada por Roberto Miranda De La Torre, Sierra Grande 1562 Col. Independencia, Guadalajara, Jalisco, C.P. 44340. [www.revistamedicamd.com](http://www.revistamedicamd.com), [md.revistamedica@gmail.com](mailto:md.revistamedica@gmail.com), se señala que en 2011 Shoenfeld y Agmon-Levin acuñaron el término “Síndrome Autoinmune/autoinflamatorio Inducido por Adyuvantes” (ASIA por sus siglas en inglés) para describir un conjunto de condiciones que son el resultado de una respuesta inmune a los adyuvantes.

Consultado en [PDF]Síndrome autoinmune/autoinflamatorio inducido por adyuvantes (ASIA)

[www.medigraphic.com/pdfs/revmed/md-2016/md163j.pdf](http://www.medigraphic.com/pdfs/revmed/md-2016/md163j.pdf), junio 30 2017 a las 16.34 pm

13 “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones.”

14 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.”

15 Ver folio 28 del cuaderno principal de la tutela.

16 Ver folio 30 del cuaderno principal de la tutela. En el dictamen del 31 de agosto de 2016, el médico Ríos García encontró como hallazgos clínicos, alteraciones en color y textura de la piel de los glúteos; estrías y asimetría en forma y tamaño de los glúteos, así como depresiones y elevaciones con aumento de temperatura local, aumento de volumen en glúteos en región lumbo sacra y múltiples nódulos subcutáneos, así como áreas induradas extensas desde región lumbo sacra hasta pliegue de glúteo inferior, todo acompañado de dolor e incomodidad a la palpación. Igualmente, encontró adenopatías (enfermedad de los ganglios linfáticos) inguinales bilaterales y aumento de volumen en labio mayor derecho. Los hallazgos con imágenes encontró compromiso extenso de diferentes tejidos: infiltración de dermis, tejido celular subcutáneo superficial, fascias (tejido conectivo que rodea los músculos), tejido celular subcutáneo profundo, aponeurosis muscular (membrana muscular que envuelve los músculos y los fija a otras partes del cuerpo), parénquima muscular (tejido esencial), migración cefálica a región sacra y lumbar hasta L2, así como migración lateral y caudal. Fosas isquiorescales e isquianales severamente comprometidas. Migración a labio mayor de la vulva. Finalmente, adenopatías en cadenas inguinales.

17 Al respecto, ver auto admisorio de fecha 14 de octubre de 2016. Folios 60 y 60 visto.

18 Ver folios 66 a 84 del cuaderno principal del expediente de tutela.

19 Artículo 132 del Título VII de la Resolución 5592 de 2015:

“CONDICIONES DE NO COBERTURA DE TECNOLOGÍAS CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN.

ARTÍCULO 132. TECNOLOGÍAS NO FINANCIADAS CON CARGO A LA UPC. Sin perjuicio de las aclaraciones de cobertura del presente acto administrativo, en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, deben entenderse como no financiadas con la Unidad de Pago

por Capitación, aquellas tecnologías que cumplan con las siguientes condiciones:

Tecnologías cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad”.

20 Artículo 15 de la Ley 1571 de 2015:

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a. Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas”.  
(Negrillas del texto de respuesta).

21 “ARTÍCULO 9. GARANTÍA DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD. (...) Las EPS o entidades que hagan sus veces, deberán garantizar a los afiliados al SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud cubiertas en el presente acto administrativo a través de su red de prestadores de servicios de salud.”

22 Tras vincularse a esta tutela a la Clínica Santuario Medical Center S.A.S., se revisó su página electrónica, se pudo constatar que en ella labora el médico Carlos Alberto Ríos García. (ver <http://santuario.com.co/retiro-de-biopolimeros-2/>). Consulta realizada el 16 de agosto de 2017).

23 Autoimmune-inflammatory –Syndrome Induced for Adjuvants, por su sigla en inglés.

24 Según la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, la mastopexia, mamopexia, pexia mamaria es un procedimiento para corregir la caída o ptosis del seno. Consultar esa definición en la página

<https://www.cirugiaplastica.org.co/procedimientos/cirugias-plasticas-esteticas/cirugias-corporales/pexia-mamaria.html>, (Consulta hecha el julio 24 de 2017).

25 El día 20 de diciembre de 2016, el juez de primera instancia expidió el correspondiente auto vinculando a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.–, y dándole un (1) día hábil para dar su respuesta. Dicha comunicación fue recibido por esta entidad el día 23 del mismo mes, tal y como consta a folio 28 del expediente. Sin embargo, el escrito de respuesta a la tutela fue recibido el día 2 de enero de 2017, tal y como se advierte a folio 18 del expediente.

26 Se señala que en la sentencia SU-480 de 1997 la Corte Constitucional que resolvió un caso en el que se señalaron los presupuestos para inaplicar las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. En esta disponiendo que (i) la ausencia del medicamento o procedimiento, amenace o vulnere los derechos a la vida o integridad física del paciente; (ii) que no exista dentro del plan obligatorio de salud un medicamento o tratamiento que supla al excluido desde el punto de vista de su efectividad, y que garantice el mínimo vital de afiliado o beneficiario; (iii) que el paciente no cuente con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de la atención en salud requerida, o que no pueda asumirlos a través de planes complementarios en salud; y, (iv) que el medicamento o tratamiento excluido hubiese sido ordenado por el médico tratante y que éste sea parte de la entidad prestadora en salud a la cual se le reclama la atención médica.

27 Debe anotarse que la respuesta a la tutela por parte de la Empresa Servicios Occidentales de Salud –S.O.S.– se hizo de manera tardía el 2 de enero de 2017, pues el juzgado profirió la sentencia el 30 de diciembre de 2016.

28 Se citan entre otras, las sentencias T-760 de 2008 y T-009 de 2014.

29 Ver entre otras sentencias T-134 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

30 Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

31 Artículo 4° de la Ley 1751 de 2015.

32 Sentencias C-463 de 2000, T-016 de 2007, T-1041 de 2006, T-573 de 2008, entre otras.

33 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

34 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

35 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Esta ley tuvo su control previo de constitucionalidad a través de la sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

36 En relación con cada uno de ellos, la norma en cita establece que:

“a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

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

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

37 Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

38 Observación general número 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”  
Párrafo 1.

39 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer

injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

40 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, párrafo 4.

41 Este principio ha de entenderse como lo señala la norma en el sentido de que “las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas”.

42 Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014. Sobre estos criterios se ha dicho lo siguiente: “En este orden de ideas, en aquellos casos en que se invoca la protección del derecho a la salud, el juez de tutela tiene el deber de revertir o impedir el actuar lesivo, siempre que se evidencie la existencia de una vulneración. No obstante, al momento de proferir una orden, debe ser respetuoso de los criterios médico-científicos que rodean un asunto en particular. En efecto, la administración de justicia no debe desbordar su experticia y suplantar el conocimiento o *lex-artis* de los profesionales de la salud. En este sentido, en reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que los jueces constitucionales no son competentes para ordenar medicamentos, procedimientos o servicios que no hayan sido prescritos por el médico tratante, excepto en aquellos casos en los cuales los insumos requeridos, sean evidentemente necesarios a la luz del sentido común o del simple análisis de la situación particular” (Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

43 “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

44 Este límite del juez constitucional se soporta en cuatro criterios: necesidad, responsabilidad, especialidad y proporcionalidad. // El primero de los mencionados criterios, esto es, el criterio de necesidad, hace referencia a que el concepto del médico tratante justifica el reconocimiento de un servicio, lo que a su vez garantiza el uso y aprovechamiento adecuado de los recursos del Sistema General de Salud, es decir, el juicio del profesional de

la salud proporciona seguridad sobre la pertinencia de un tratamiento. Por su parte, el criterio de responsabilidad radica en el compromiso que asumen los galenos frente a los procedimientos que prescriben a sus pacientes y las consecuencias que ello genera en su salud. Dicho compromiso está dado por el conocimiento que les da la ciencia médica. // El criterio de especialidad advierte que los conceptos médicos no pueden reemplazarse por el discernimiento jurídico, pues se atentaría contra la efectividad de los tratamientos y la recuperación de los pacientes, así como, eventualmente, contra su vida misma. Por último, el denominado criterio de proporcionalidad, recomienda que, si bien el juez deberá en todo momento procurar la mayor protección a los derechos fundamentales, en caso de conflicto, el concepto médico está llamado a prevalecer.” Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

45 Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

46 En pertinente indicar que en la aludida sentencia el término “necesidad” fue declarado inexecutable en múltiples artículos, entre otras razones, porque resultaba indeterminado y, por lo mismo, incidía negativamente en el acceso a la salud. Sin embargo, es claro que el párrafo citado en su totalidad es esclarecedor sobre lo qué entiende esta Corporación por el criterio de “requerir con necesidad”, pues cubre las exclusiones del sistema y no corresponde a una regla que abarque los tratamientos, insumos o medicamentos que se hallen incluidos en él. De manera general, en la sentencia en cita, se dijo que: “Como se puede apreciar, la providencia transcrita incorpora todos los elementos de lo que la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal Constitucional ha denominado, refiriéndose a las tecnologías o servicios en materia de salud, como ‘requerido con necesidad’. Si bien es cierto, en esta decisión, al estudiarse la constitucionalidad de preceptos como los contenidos en el literal e) del inciso 2º. del artículo 6 o, en el párrafo 1º del inciso 2 del artículo 10, la Corte aclaró que ‘requerido con necesidad’ no podía entenderse en el sentido acuñado por la jurisprudencia, igualmente, resulta cierto que al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud, pero, también se advierte cuál es su lugar y, en cuales circunstancias opera.// La precisión inmediatamente referida resulta importante, pues, la expresión en comento no tiene el mismo significado a lo largo del texto expedido por el legislador estatutario. En suma, al



momento de resolverse la aplicabilidad o inaplicabilidad de alguna de las exclusiones, el intérprete correspondiente, habrá de atender lo considerado por la jurisprudencia en las numerosas decisiones de tutela en las cuales ha tenido oportunidad de proteger el derecho a la salud acorde con las exigencias indicadas en la providencia antes transcrita”.

47 “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

48 Esta Resolución se expidió teniendo, entre otras consideraciones, el que de acuerdo con el artículo 2 del Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012, a este Ministerio le corresponde modificar el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y definir y revisar como mínimo una vez al año el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de dicho plan, a cuyo cumplimiento estricto instó la Corte Constitucional en la orden décimo octava de la Sentencia T-760 de 2008.

49 El presente acto administrativo rige a partir del 1° de enero de 2017 y deroga las Resoluciones 5592 de 2015, 001 de 2016 y demás disposiciones que le sean contrarias.

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

51 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

52 Ver entre otras, sentencias: SU-154 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-986 de 2004 M.P. Humberto Sierra Porto, T-410 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas

53 Sentencia T-001 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

54 Sentencia T-1104 de noviembre 6 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

55 Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

56 Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 2: “la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de

salud”.(Énfasis agregado)

57 Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

58 Folio 28 del cuaderno principal del expediente de tutela.

59 Precisamente, el artículo 86 dispone que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

61 Sentencia T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

62 A folio 60 del cuaderno principal del expediente, obra auto que admite y da trámite a la acción de tutela.

63 Al respecto, puede consultarse la sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

64 En lo pertinente, las normas en cita disponen que: “Artículo 86.- (...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. “Artículo 6.- La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

65 Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-646 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

66 Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.” Ver artículo 41.

67 En la Sentencia C-119 de 2008 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte indicó que analizaría la idoneidad del citado mecanismo, dejando como regla que ese juicio dependería de las circunstancias concretas de cada caso.

68 <https://www.plasticsurgery.org/cosmetic-procedures/>. Página consulta el 24 de agosto de 2017.

69 Conocida como la National Academy of Medicine (NAM, por su sigla en inglés). <https://nam.edu/>

70 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. En dicha oportunidad, la accionante se había practicado una cirugía de mamoplastia de aumento unos 5 años atrás, momento para el cual actuó sin consultar a su EPS y con cargo a sus propios recursos. Revisada la legislación vigente al momento de dicha sentencia, y atendiendo el entorno fáctico del caso, la Corte negó el amparo solicitado, advirtiéndole que se trataba de una reintervención con fines estéticos, siendo ese, un clásico caso de procedimientos médicos expresamente excluidos del POS. Se explicó igualmente, que la rotura de los implantes era un riesgo inherente a ese tipo de cirugías. Finalmente, se señaló que en ningún momento la accionante insinuó que su situación económica hubiese variado de tal manera que no pudiese asumir el costo de la nueva intervención quirúrgica que reclama.

71 En dicha acción de tutela la entidad accionada fue la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-