

Sentencia T-744/10

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE VIH-Caso en que se niega relleno facial con ácido hialuránico a paciente porque no se evidencia pérdida de funcionalidad

DERECHO A LA SALUD-Derecho constitucional y servicio público esencial

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Imposibilidad de interrumpir de manera intempestiva servicio médico cuando no se ha logrado el restablecimiento pleno de la salud del paciente

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE INTEGRIDAD-Exigencia de satisfacer todas las dimensiones que integran el concepto de salud y la obligación de asegurar todas las prestaciones relacionadas con la patología que aqueja a un mismo paciente

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE VIH-Tratamiento integral

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE VIH-Orden a la entidad accionada de realizar procedimiento de relleno facial con ácido hialurónico, cada vez que el organismo del paciente absorba el ácido que le es inyectado

Referencia: expediente T-2280252

Acción de tutela instaurada por Jesús Alirio Girón Grass contra la Unión Temporal Médico Salud (antes Fersalud).

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luís Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo emitido por Juzgado Segundo Penal Municipal dentro del proceso de tutela iniciado por Jesús Alirio Grass contra la Unión Temporal Medicol Salud (antes Fersalud).

I. ANTECEDENTES

Hechos.

Jesús Alirio Grass, a través de apoderada judicial, reclama la protección de los derechos a la salud y a la vida digna, que afirma vulnerados con base en los hechos que a continuación se exponen:

1. El actor está afiliado al régimen de seguridad social en salud del Magisterio -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, que suscribió contrato para la prestación de servicios médicos con la Unión Temporal MEDICOLSALUD, por intermedio de la Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A., administradora de dicho Fondo.

1. De acuerdo con sendos diagnósticos médicos expedidos en agosto y noviembre de 2008 por especialistas en cirugía plástica e infectología adscritos al Hospital de San José, el paciente presenta “hiperlipidemia por anti-retrovirales, fracaso terapéutico por B 208 multirresistente, lipoatrofia y lipodistrofia, diabetes mellitas tipo 2 y cardiopatía + hipertensión pulmonar”.¹ De manera expresa, de acuerdo con el dictamen médico efectuado el día 25 de noviembre de 2008 por médico internista especialista en infectología del Hospital de San José de Bogotá, el examen médico arrojó los siguientes resultados: “paciente estable clínicamente, afebril, vigil [sic], orientado, eupneico, no signos meníngeos, no foco motor (...) cara: lipoatrofia mejillas (lipoinyectado), además giba de búfalo.”² De otra parte, en el expediente obran varias órdenes médicas formuladas el día 26 de agosto de 2008 por la doctora Carolina Granados, especialista en cirugía plástica y reconstructiva, que diagnosticó infección por B208 y lipoatrofia tipo IV para cuyo tratamiento se ordenó relleno facial con ácido hialurónico así como el suministro de doce (12) ampollitas de ácido hialurónico x 2.5 ml. Además, se informa en el formulario para la solicitud de un servicio de cirugía

ambulatorio, que el paciente “ha recibido en 2 oportunidades manejo por lipoinyección en 2007” (Subrayas por fuera del texto original)³

1. El paciente solicitó a FERSALUD, el día 13 de noviembre de 2008, la autorización “de forma inmediata de la cirugía plástica que necesit[o] para corregir los efectos secundarios que se [le] han presentado con ocasión al tratamiento de [su] enfermedad, dicha enfermedad [le] ha ocasionado una lipoatrofia IV, cuyos efectos se pueden mejorar con la intervención solicitada”.⁴

1. En diciembre de 2008, la Dirección Médica del Consorcio FERSALUD respondió de forma desfavorable a las peticiones elevadas por el paciente respaldándose, en primer lugar, en su naturaleza privada y su constitución bajo la forma de unión temporal, razón por la cual las condiciones para la prestación de los servicios reclamados por la accionante “dependen de lo que se haya pactado en el contrato celebrado entre el Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio y FERSALUD UT., a través de la Fiduciaria ‘La Previsora’ S.A.”. Igualmente, se dijo que el Comité Técnico determinó, en relación con el caso del paciente, que “no se evidencia pérdida de funcionalidad por la patología diagnosticada lipoatrofia facial, lo cual trunca la posibilidad de conceder un tratamiento no incluido en el POS. Finalmente, se replicó que en otras ocasiones el procedimiento en cuestión ha sido practicado al paciente pero sus resultados son transitorios, toda vez que su piel, pasado un periodo de tiempo, absorbe la totalidad del relleno. En últimas, se negó la solicitud efectuada por el petente bajo el argumento de que el tratamiento reclamado no buscaba recuperar el funcionamiento de un órgano o la superación definitiva de los efectos provocados por la patología sufrida por éste. Así pues, no se encontró argumento para autorizar su procedimiento pese a estar excluido del plan del magisterio.”⁵

Solicitud.

La apoderada del actor reclama a su nombre la garantía de los derechos a la salud y a la vida digna para que, en consecuencia, se autorice a favor suyo la práctica de una cirugía plástica con ácido hialurico que permita atenuar las consecuencias de la lipoatrofia facial tipo IV que

presenta. Se aspira a que su realización favorezca al mejoramiento del contorno facial del paciente. En palabras suyas, dicha intervención “se hace necesaria para mitigar los efectos secundarios que le han ocasionado sus padecimiento de salud”.⁶

Respuesta de la Unión Temporal Medicol Salud – Fersalud.

El apoderado especial de la Unión Temporal Medicol Salud (antes Fersalud) contestó, en relación con la pretensión del actor, que su denegación no lo pone en riesgo inminente de muerte o de alteración médica; que de acuerdo con prescripción de la especialista en cirugía plástica que lo valoró, el procedimiento pedido puede generarle problemas como “infecciones, pequeñas deformidades, cicatrices, asimetrías hasta problemas mayores como (...) cardiopulmonares (...) que pueden incluir pérdida del órgano o incluso la muerte; que ésta no tendría el resultado esperado pues “en nada mejora o beneficia la patología que padece el accionante (...), pues no hay medicamento ni tratamiento en el mundo que de tal garantía”; y por último, que los efectos de ese tratamiento pueden degenerar en deformidades estéticas que, al final, le harían inocuo. Todo lo anterior lleva a afirmar la improcedencia de la acción de tutela para el caso sub iudice.⁷

Decisión Judicial objeto de revisión.

El Juzgado Segundo Penal Municipal, mediante sentencia proferida el día 01 de abril de 2009, resolvió no acceder al amparo del derecho en vista de que, por una parte, no se encontró probado que la entidad prestadora del servicio se hubiera opuesto a la autorización de los medicamentos requeridos por el paciente; y de otra parte, tampoco se acreditó que el procedimiento en cuestión fuera indispensable para la superación de la enfermedad de base padecida por el actor; igualmente, se predicó que la concesión de dicho servicio no tiene estrecha vinculación con la vida del actor, lo que hace improcedente la tutela; para concluir, se arguyó que no estuvo probado el agotamiento del recurso ante la administración, en particular, la solicitud reemplazo de los medicamentos prescritos para el tratamiento de su enfermedad principal, B208, por otros que no le causaran las secuelas que producen las alegadas variaciones en su contorno facial.

Actuaciones surtidas en sede de tutela.

Con el propósito de conocer de manera más próxima la magnitud de la enfermedad que

aqueja al petente y la proyección que alcanza sobre su estado de salud física, emocional y social, el Magistrado Sustanciador libró el día 4 de noviembre de 2009 un auto de pruebas por medio del cual se resolvió:

“Primero. Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se oficie al ciudadano Jesús Alirio Gross para que remita a este Despacho fotografías que den cuenta de lo afirmado por éste en relación con la lipoatrofia facial que padece.

Segundo. Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se oficie a la especialista en cirugía plástica, estética y reconstructiva, Carolina Granados, o en su defecto, el especialista tratante del paciente para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, realice al ciudadano Jesús Alirio Gross una valoración clínica como resultado de la cual se responda al cuestionario que a continuación se relaciona y que debe ser remitido a este Despacho:

1. ¿Cuál es el diagnóstico completo que presenta actualmente el paciente? Explique brevemente en qué consiste cada una de las enfermedades que éste padece y los efectos de las mismas.
2. ¿Cuáles son las causas que generan la lipoatrofia facial que aqueja al paciente?
3. ¿Existe un procedimiento o un servicio médico alternativo a la cirugía con ácido hialurónico, ampollas x 2.5 ml. para la superación de la lipoatrofia facial que afecta al paciente y que resulte igual o más eficiente que ésta?
4. ¿La falta de dicho procedimiento puede afectar la salud psíquica, emocional y social del paciente?”

El día 24 de noviembre de 2009 se hicieron llegar al Despacho del Magistrado Sustanciador tres (3) fotografías remitidas a esta Corporación por el ciudadano Jesús Alirio Gross en respuesta al Oficio OPTB-374/2009 que, a su vez, se libró en cumplimiento del precitado Auto. Durante el término probatorio, no se recibió en el Despacho respuesta alguna al requerimiento hecho a la especialista en cirugía Carolina Granados. Por tal razón, y en vista de la trascendencia de los referidos informes para la determinación del estado de salud del

paciente -entendido éste como un concepto amplio que engloba los aspectos relativos a “un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona”⁸- además de la necesidad de vincular a todos los sujetos o terceros con eventual interés en el proceso ⁹, se dictó Auto fechado el 24 de marzo de 2010, mediante el cual se decretaron una serie de órdenes que serán transcritas in extenso:

“Primero. Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se REITERE la ORDEN dirigida a la médica especialista en cirugía plástica, estética y reconstructiva, Carolina Granados, o en su defecto, a algún otro especialista adscrito a la Sociedad de Cirugía de Bogotá-Hospital de San José (Bogotá D.C., Calle 10 # 18-75) para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, realice al ciudadano Jesús Alirio Grass (quien recibe notificaciones en la ciudad de Tunja, Boyacá en la Carrera 20 N° 8-53) una valoración clínica como resultado de la cual se responda al cuestionario que a continuación se relaciona y que debe ser remitido a este Despacho:

1. ¿Cuál es el diagnóstico completo que presenta actualmente el paciente? Explique brevemente en qué consiste cada una de las enfermedades que éste padece y los efectos de las mismas.
2. ¿Cuáles son las causas que generan la lipoatrofia facial que aqueja al paciente?
3. ¿Existe un procedimiento o un servicio médico alternativo a la cirugía con ácido hialurónico, ampolletas x 2.5 ml. para la superación de la lipoatrofia facial que afecta al paciente y que resulte igual o más eficiente que ésta?
4. ¿La falta de dicho procedimiento puede afectar la salud psíquica, emocional y social del paciente?

Segundo. Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se oficie al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Oriente (Calle 49 # 13-33, Bogotá D.C.), para que para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se realice al ciudadano Jesús Alirio Grass sendas valoraciones médica y psiquiátrica con base en las cuales, en el primer caso, se responda al cuestionario previamente relacionado, y en relación con la valoración psiquiátrica, se informe si la lipoatrofia facial que sufre el paciente y las secuelas de la misma le generan una afectación a

su salud psíquica, mental y emocional y social.

Tercero. Solicitar, a través de la Secretaría General de esta Corporación, a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional que en un término de cinco (5) días hábiles ilustre a la Corte Constitucional sobre los siguientes asuntos:

1. ¿Cuáles son las causas que pueden generar una lipoatrofia facial?
2. ¿Existe un procedimiento o un servicio médico alternativo a la cirugía con ácido hialurónico, ampollas x 2.5 ml que resulte igual o más efectivo para la superación de esta enfermedad?
3. ¿La falta de dicho procedimiento puede afectar la salud psíquica, emocional y social de un paciente que padece lipoatrofia facial?

Cuarto. Disponer que la Secretaría de la Corte Constitucional ponga en conocimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A. el contenido de la solicitud de tutela interpuesta por Jesús Alirio Grass contra la Unión Temporal Medicol Salud (antes Fersalud), para que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente Auto, expongan los criterios que a bien tengan en relación con los hechos sometidos al conocimiento de los jueces constitucionales de instancia y sobre las pretensiones del accionante.”

De manera subsiguiente, la Secretaría General de esta Corporación expidió los oficios OPTB-056 a 060/2010, por medio de los cuales se comunicaron las órdenes dadas en la precitada providencia a la doctora Carolina Granados, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Oriente, a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria FIDUPREVISORA S.A.

En atención al Oficio OPTB-056/2010, el jefe del servicio de cirugía plástica del Hospital de San José envió respuesta al cuestionario dispuesto en el Auto de la referencia con base en la historia clínica del paciente, mas no en su valoración efectiva pues, según consta en dicho escrito, “el señor Jesús Alirio Grass fue citado al consultorio de cirugía plástica del Hospital de

San José el día 15 de marzo del presente año a las 9:30 a.m., no asistiendo a dicha junta. Se volvió a citar para el día de hoy, sin asistir, por lo que los miembros de la junta decidimos contestar el cuestionario enviado, con base en la historia clínica el mencionado paciente en nuestra institución.”¹⁰

En sí, a la primera pregunta, es decir, la relativa al diagnóstico completo del paciente, se expresó que éste “presenta actualmente atrofia de la grasa facial de la cara, secuela o consecuencia de la toma de medicamentos retrovirales para el tratamiento de su enfermedad de base, que es el SIDA, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, causado por el virus del VIH. Estos medicamentos retrovirales que tienen como finalidad disminuir la concentración de dicho virus en los pacientes, causan atrofia de la grasa facial por alteración en el metabolismo del tejido graso, debido a la reacción adversa que tienen sobre las enzimas que intervienen en la síntesis de la grasa a nivel de todo el organismo.”¹¹

En cuanto al interrogante: ¿cuáles son las causas que generan la lipoatrofia facial que aqueja al paciente?, se recalcó que “dicha atrofia grasa o lipoatrofia que se presenta en los pacientes que toman medicamentos retrovirales para el tratamiento del SIDA, se presenta no solamente en la cara sino en todo el organismo y se debe a la alteración en el metabolismo de la grasa por reacción adversa cruzada con la misma (...)”¹²

En tercer lugar, en relación con los procedimientos alternos a la cirugía con ácido hialurónico con ampolletas por 2.5 ml. se indicó que “el otro tratamiento alternativo es el manejo de dicho volumen con lipoinyección o inyección de tejido graso tomado del abdomen por lipoaspiración, el cual no se puede realizar en este paciente debido a la lipoatrofia generalizada que presenta por la toma de medicamentos retrovirales para el tratamiento del SIDA, por lo que la única alternativa que nos queda es el manejo con la inyección de ácido hialurónico en las áreas afectadas en la cara. Este no es un tratamiento definitivo a su problema, debido a que el ácido hialurónico se metaboliza y tiene por lo tanto una vida media en el organismo entre 6 y 18 meses, dependiendo de la densidad del medicamento que se utilice para el tratamiento, siendo necesario repetir el mismo cada 6 o cada 18 meses, de acuerdo con la respuesta metabólica del paciente frente al ácido hialurónico.”¹³

Finalmente, en cuanto a la pregunta sobre la incidencia que podría tener la falta de dicho procedimiento sobre las dimensiones psíquica, emocional y social del paciente, se expuso

que “sí la puede afectar, ya que la población en general ha aprendido a reconocer este signo en los pacientes, como signo de que dicho paciente tiene SIDA, produciéndose discriminación de las personas que presentan esta sintomatología, con la consecuente depresión y problemas de socialización que la misma trae; por eso se ha instaurado la mejoría en la volumetría facial con el ácido hialurónico, con el fin de esconder este signo físico y favorecer al paciente en su relación con los demás.”¹⁴ (Negrillas por fuera del texto original)

De otra parte, en respuesta al Oficio OPTB-058/2010, el doctor Giovanni Montealegre, docente de la Unidad de Cirugía Plástica del Departamento de Cirugía de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, respondió textualmente:

“¿Cuáles son las causas que pueden generar una lipoatrofia facial?”

RTA: Esta se puede producir por varias causas: primero, como una secuela de un accidente facial en el cual se adelgaza la piel y el tejido celular subcutáneo, por una retracción cicatrizal. En segundo lugar, como resultado de algunas alteraciones del tejido conectivo como enfermedad de Perry Romberg, en la cual se produce una atrofia hemifacial progresiva, como resultado de un proceso autoinmune localizado. En tercer lugar, por el uso de fármacos retrovirales, como los utilizados en el tratamiento de el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (HIV), los cuales como efecto colateral ocasionan la atrofia grasa de la cara o lipoatrofia facial”

¿Existe un procedimiento o un servicio médico alternativo a la cirugía con ácido hialurónico, ampollitas x 2.5 ml que resulte igual o más efectivo para la superación de esta enfermedad?

RTA: se ha ensayado la lipoinyección (inyección de grasa) del mismo individuo, tomada de otra zona del cuerpo, pero esta grasa está [sic] expuesta a la acción farmacológica de los retrovirales que el individuo consume, por lo tanto, también se atrofia. Es necesario aclarar que la inyección de ácido hialurónico es un procedimiento con menos riesgos para el paciente, pero que este ácido hialurónico inyectado se reabsorbe del organismo en un tiempo que varía [sic] entre cuatro y ocho meses.

¿La falta de dicho procedimiento puede afectar la salud psíquica, emocional y social de un paciente que padece lipoatrofia facial?

RTA: si bien es cierto que las alteraciones en la forma y simetría de la cara, como resultado de la lipoatrofia facial, ocasionan alteraciones en la salud psíquica, mental y emocional del paciente, la magnitud de las mismas y el impacto sobre el paciente varían con cada individuo y solo pueden ser determinadas mediante una valoración psicológica o psiquiátrica.”¹⁵

Por último, el día 01 de junio de esta anualidad se recibió en el Despacho del Magistrado Sustanciador historia clínica del paciente que contiene, entre otras, una valoración psicológica efectuada el día 27 de mayo de 2010 por la profesional Judith Rivera Guevara que señal, en relación con el actor, lo siguiente:

“EXAMEN MENTAL

Alerta, hipervigilante, orientado global, afecto triste, no alteración sensoperceptiva, no ideas delirantes, no ideación suicida. Vestido de acuerdo a la edad, limpio.

(...)

DIAGNOSTICO GLOBAL

Paciente en buen estado general, con autoestima baja, ansiedad generalizada y problemas sociales debido a su lipoatrofia.”¹⁶

Respuesta de la Fiduciaria La Previsora S.A.

Frente al Oficio OPTB-060/2010, remitido por la Secretaría General de esta Corporación a la Fiduciaria La Previsora S.A. en acatamiento de la orden dada mediante Auto de 24 de marzo de 2010, se recibió comunicación mediante la cual dicha entidad propugnaba por la improcedencia de la tutela. Las razones esenciales fueron la supuesta intangibilidad de los derechos fundamentales invocados y la falta de legitimación pasiva en la medida en que ésta, la Fiduciaria demandada, está encargada de la administración de los Fondos de la Nación, no de la promoción del servicio de salud.

Se puntualizó que, de conformidad con la Ley 91 de 1989, esta fiduciaria sería creada como una entidad encargada de la administración de los recursos propios del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial de la Nación “con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados

por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tengo más del 90% del capital.”¹⁷ Para el efecto la Nación, representada en el Ministerio de Educación Nacional, y la Fiduciaria La Previsora suscribieron contrato de fiducia mercantil contenido en escritura pública N°. 0083 del 21 de junio de 1990 registrado en la Notaría 44 de Bogotá D.C. y vigente a la fecha.

También se reconoció que el Fondo demandado está encargado de la prestación de los servicios médico asistenciales en beneficio de los docentes -activos o pensionados- nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989 y con posterioridad a la misma.¹⁸ Dicha prestación se haría conforme al régimen dispuesto en la mencionada Ley y en el contrato de fiducia mercantil, que sustentan la prestación del servicio como régimen exceptuado del sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993.¹⁹

Las razones para solicitar la improcedencia de la tutela frente al caso concreto fueron condensadas de la siguiente forma: i) la Fiduprevisora NO OSTENTA calidad de EPS ni de IPS, por tanto, no está encargada de la prestación del servicio de salud; ii) su obligación, en contraste, es asumir el costo de las obligaciones contractuales suscritas para ese propósito; iii) los tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad están expresamente excluidos de las coberturas cuyo aseguramiento fue pactado entre contratante y contratista, en particular, el contrato de prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-02-2009, del que son partes la Fiduciaria y COSMITET LTDA; iv) los costos de los procedimientos o servicios que rebasen las contingencias cubiertas en el plan de beneficios serán cubiertos por el paciente. En este caso, la cirugía plástica que reclama el accionante, a juicio de la Fiduciaria, no conduce a la superación de su patología de base, puesto que “los efectos secundarios continuarán siendo la causa de la lipoatrofia. Entiéndase así que este tratamiento (la cirugía solicitada) no aumenta ni la supervivencia del paciente ni es un tratamiento definitivo para su patología de base.”²⁰

Elementos probatorios relevantes que obran en el expediente.

Obran como medios probatorios relevantes en el expediente los relacionados a continuación:

* Copia de solicitud para autorización de una intervención para el relleno facial prescrita por la doctora Carolina Granados a nombre del paciente Jesús Grass.

* Copia de formulario para la solicitud y justificación de servicios médicos no POS suscrita por la especialista en cirugía, doctora Carolina Granados, el 26 de Agosto de 2008 en la que se diagnostica “infección por b08 y lipoatrofia facial”. En el espacio relativo al resumen de la historia clínica se informa que se trata de un “paciente en ‘tto -tratamiento-’ para infección por B208 con antirretrovirales, presenta como secuela lipoatrofia facial que causa deformidad”. En el recuadro en el que se cuestiona sobre la existencia de una alternativa médica incluida en la Ley 100 para el tratamiento del paciente se responde no hay. En cuanto al servicio médico solicitado se prescribe ácido hialuronico amp. X 2.5 m cantidad 12; como efectos adversos y riesgos derivados del medicamento se presenta hematoma-infección; y por último, se afirma que el efecto terapéutico esperado es la mejoría en el volumen facial después de un (1) mes de utilización.22

* Respuesta a la solicitud de autorización del procedimiento efectuada por el paciente en la que se le informa sobre su negativa. 23

* Valoración psicológica efectuada por la profesional Judith Rivera Guevara el día 27 de mayo de 2010.24

II. CONSIDERACIONES

Competencia.

1. Esta Corporación es competente para revisar la presente acción de tutela, de conformidad con los artículo 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, los artículo 33, 34,

35 y 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento y formulación del problema jurídico.

El actor está afiliado a la Unión Temporal MEDICOLSALUD, entidad que contrató con la Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A. la prestación de servicios médicos para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. De acuerdo con diagnóstico formulado por especialistas en cirugía plástica e infectología, éste presenta “hiperlipidemia por anti-retrovirales, fracaso terapéutico por B 208 multirresistente, lipoatrofia y lipodistrofia, diabetes mellitas tipo 2 y cardiopatía + hipertensión pulmonar”.²⁵ (negrillas por fuera del texto original)

La referida lipoatrofia afecta notoriamente la apariencia de su rostro, razón por la cual le fue prescrito un procedimiento de “relleno facial con ácido hialuránico” que la entidad demandada ha autorizado y practicado a su favor en un par de ocasiones previas, no obstante lo cual, desde agosto de 2008, ante una nueva orden médica en este sentido, el actor ha solicitado de manera infructuosa la autorización de dicha intervención.²⁶

La negativa de la entidad demandada se funda en su naturaleza privada, sujeta a las condiciones fijadas en el contrato celebrado con el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por intermedio de la Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A. También se arguye la ausencia, en el caso concreto, de los criterios sentados por la jurisprudencia de esta Corporación para la concesión de servicios médicos excluidos del listado del Plan Obligatorio de Salud. De manera específica, se replicó que “no se evidencia pérdida de funcionalidad por la patología diagnosticada lipoatrofia facial”. Se alega igualmente que el tratamiento reclamado por el paciente resulta ineficiente para la superación de la lipoatrofia facial tipo IV, pues con anterioridad se comprobó que su piel termina por absorber el relleno que le es introducido.²⁷ Como último argumento se aduce que de acuerdo con prescripción de la especialista plástica que valoró al actor, el procedimiento requerido tiene la potencialidad de traerle dificultades como “infecciones, pequeñas deformidades, cicatrices, asimetrías hasta problemas mayores como (...) cardiopulmonares (...) que pueden incluir pérdida del órgano o incluso la muerte [o] (...) deformidades estéticas.²⁸

El Juez de instancia denegó el amparo tras estimar que no existe tal vulneración, pues no se encontró prueba de la negación de los medicamentos requeridos para el tratamiento de la

afección de base que presenta el petente, fin para el cual la cirugía reclamada no tiene efecto alguno. Su práctica no tiene incidencia en la vida del paciente y, además, el actor no demostró haber solicitado la prescripción de medicamentos alternos para el tratamiento de su enfermedad principal, los cuales no trajeron los resultados que estos provocan en su rostro.

El problema jurídico consiste, pues, en dilucidar si la Unión Temporal MEDICOLSALUD amenaza o pone en riesgo la salud del actor, concebida como concepto integral, al negarle la práctica del procedimiento “relleno facial con ácido hialuránico” prescrito por especialista tratante con el fin de brindarle una mejor apariencia a su rostro que muestra las secuelas de una lipoatrofia facial tipo IV a consecuencia de los medicamentos que consume para el tratamiento del virus del VIH. Con miras a la resolución de ese cuestionamiento, la Sala tocará los siguientes tópicos: i) la salud como derecho fundamental y servicio público, punto en el cual se hará referencia a los subtemas a) el principio de continuidad y b) el principio de integralidad para, finalmente, abordarse ii) el caso concreto.

La salud como derecho fundamental y servicio público.

La salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 en el artículo 49 de la Carta Política como un concepto que goza de una doble connotación: como derecho fundamental y como servicio público. Esta norma atribuye al Estado la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, al tiempo que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que le integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

Este mandato tiene una relación estrecha con los fines del Estado Social de Derecho que en nuestro contexto aparecen consignados en el artículo 2° de la Constitución Política vigente. En sí, la norma sugiere que “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”²⁹

En relación con el deber estatal de asegurar la salud de los habitantes, el artículo 49 admite

que la atención en salud y el saneamiento ambiental son componentes de la salud como servicio público, cuyo disfrute debe ser garantizado por el Estado a la totalidad de los habitantes en los ámbitos de promoción, protección y recuperación de la salud. En este orden de ideas, son tareas del Estado: organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.³⁰

Como ingrediente del servicio público esencial de seguridad social,³¹ la salud en el país, al tenor de la Ley 100 de 1993, debe regirse en igual medida por los principios que caracterizan el sistema, a saber: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.³²

En tanto derecho fundamental, calidad que no deriva de forma expresa de la categorización trazada en el texto de la Carta, su designación ha resultado de la evolución jurisprudencial que, a la par de la doctrina y los instrumentos internacionales en la materia, ha conducido a la superación de la clasificación que en antaño se hacía respecto de los derechos -en derechos civiles y políticos de un lado y económicos, sociales y culturales de otro- y a la correspondiente variación de la perspectiva que se tiene sobre los medios para su exigibilidad.

Previamente, la etiqueta de fundamental era asignada al derecho a la salud dependiendo de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental de acuerdo con la clasificación expuesta en la Constitución -tesis de la conexidad- o de la calidad de los sujetos que participaran en el debate expuesto a consideración de la Corte - el derecho a la salud era adjetivado como fundamental cuando se trataba de sujetos de especial protección constitucional, como las niñas y los niños, las personas con discapacidad o las que pertenecen a la tercera edad-.

Recientemente se ha entendido que los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios propios de la forma de Estado que nos identifica, el Estado Social de Derecho, mas no por su positivización o la designación expresa

del legislador de manera tal que “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”.³³ Bajo esta mirada renovada, los derechos edificados en el marco de este modelo son fundamentales y susceptibles de tutela, declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.

A nivel internacional, son varios los instrumentos que se refieren a este derecho desde esta nueva perspectiva que le define como un derecho humano –y que, por ende, adquiere categoría fundamental al trasladarse al ámbito del derecho interno.-

Por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el día 18 de diciembre de 1979, sobre la base de que los Estados Parte en los tratados internacionales en materia de derechos humanos deben asegurar el goce igualitario de los derechos sociales, económicos y culturales, les obliga a adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”, propósito para el cual se menciona, entre otros fines, el “acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”³⁴, así como el derecho a la protección de la salud, a la seguridad e incluso la salvaguardia de la función de reproducción en el contexto laboral.³⁵

De otro lado, el artículo 12 de la precitada Convención reza:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al

parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”³⁶

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados Parte a proporcionar a los niños y niñas “el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”³⁷ mandato que vuelve sobre la definición planteada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito el 16 de diciembre de 1966, en el que se exhorta a los países contratantes a reconocer a sus habitantes el goce de condiciones de salud física y mental en igual medida –el más alto nivel posible-, objetivo para el cual se promueve la implementación de planes como:

“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.”³⁸

Es éste –el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales- el instrumento internacional más destacado en la materia por su exhaustiva definición del derecho a la salud, razón por la cual se hace ineludible la referencia a la Observación General 14 adoptada por el Comité DESC en el año 2000 para efectos de facilitar la labor de este organismo en la vigilancia del cumplimiento del Pacto. Esta Observación rechaza la visión de la salud como un concepto limitado a la idea de sanidad. Reconoce, por el contrario, que la salud debe ser asumida “como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”³⁹ Esta medida plantea una ponderación entre las exigencias para el establecimiento de plenas posibilidades para el disfrute de todas las dimensiones que integran el derecho a la salud y los recursos con los que cuenta el Estado para su garantía, circunstancia que es

apropiadamente atendida por el Comité al exigir de los estados el cumplimiento de las obligaciones propuestas en la mayor medida de sus potencialidades. En este sentido también se plantea que “un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona.”⁴⁰

Se pregona además la progresividad del concepto⁴¹ al definirle como “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”⁴². Asimismo, dentro de las obligaciones atribuidas a los contratantes se dispone el deber de asegurar la aplicación progresiva de este derecho, en la medida de las posibilidades económicas, con miras a la concreción de lo ordenado en el artículo 12 del Pacto, es decir, el goce del nivel más alto de salud física y mental por parte de todos los habitantes. La comprensión en cuanto a la existencia de ciertos obstáculos financieros no obsta, sin embargo, para la infracción de algunas obligaciones que demandan un cumplimiento inmediato y que en la Observación son enunciadas así: i) la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y ii) la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12.⁴³

De la misma forma, el Comité especifica los elementos esenciales para la formulación de las medidas conducentes al aseguramiento del derecho a la salud, que son:

a) Disponibilidad: exigencia que implica que los Estados parte aseguren la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios públicos y programas de salud para el cubrimiento de los factores determinantes básicos de este derecho.

b) Accesibilidad: este elemento hace referencia a las posibilidades de acceso generalizado de la población a los elementos previamente anunciados, lo cual presupone: i) la no

discriminación, ii) la accesibilidad física y geográfica, iii) la accesibilidad económica o asequibilidad y iv) el acceso a la información.

c) Aceptabilidad: se conceptúa como la obligación, de parte de las instituciones que integran el sistema, de cumplir con criterios de ética médica y de respeto a la identidad cultural y de género de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades que se pretenda atender.

d) Calidad: este requisito exige de los establecimientos, bienes y servicios su estructuración adecuada en cuanto a criterios culturales, científicos y médicos. Esto se ve reflejado en la presencia de personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.⁴⁴

La jurisprudencia de esta Corporación ha delineado el asunto de la accesibilidad en el sentido de especificar que el cumplimiento de este criterio se supedita a la aparición de algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud. Al respecto, en sentencia T-760 de 2008 se precisó que “toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”⁴⁵

Así las cosas, el derecho a la salud es tutelable, *prima facie*, en lo que respecta a su núcleo esencial que está comprendido por la enunciación fijada en el Comité de Regulación de la Salud -CRES- en los listados que constituyen el POS y POS-S, los cuales contienen una formulación de las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que permiten su autorización en todo momento frente a cualquier tipo de contingencia médica. Sin embargo, este Alto Tribunal ha aceptado que en ciertas ocasiones el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, espectro que excede el asentado en los listados del POS y POS-S. En términos generales, en un primer momento, toda persona tiene derecho al acceso a un servicio de salud que i) se encuentre contemplado en el POS -o el plan de

beneficios respectivo, en lo que respecta a regímenes exceptuados como el del Magisterio-; ii) es ordenado por médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio⁴⁶; iii) es indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente y iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud, es decir, se agotó el recurso a la administración.⁴⁷

Empero, tratándose de prestaciones excluidas del correspondiente plan de beneficios, las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional para la tutelabilidad del derecho son: i) la falta del servicio médico vulnera el derecho a la salud; ii) éste no puede ser sustituido por uno previsto en el POS, POS-S o el respectivo plan obligatorio de salud; iii) la cancelación del servicio no puede ser asumida personalmente por el sujeto interesado; iv) éste fue ordenado por médico tratante adscrito a la empresa demandada regla que, como fue anteriormente señalado, admite ciertas excepciones. En líneas siguientes se sostuvo en la precitada providencia que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”⁴⁸

La verificación de primero y el segundo criterio depende de la valoración hecha por el profesional de la salud que conozca del caso, por tanto, la determinación del juez está supeditada a la manifestación que al respecto haga el profesional que le trate. En contraposición, el asunto de la incapacidad económica está condicionado a la sana crítica que de las pruebas haga el juez, factor que debe nutrirse de las reglas en la materia, las cuales parten de un principio general de inexistencia de una tarifa legal al respecto y la ubicación de la carga de la prueba en cabeza de la EPS o EPS-S correspondiente. Las subreglas sentadas en la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la valoración probatoria de la incapacidad económica han sido concretadas de la siguiente forma:

“ (i) Sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al

sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.” 49

Para determinar si un servicio médico es requerido o no por un paciente, esto es, si es vital para la salud del mismo, el concepto del médico tratante resulta el criterio principal, dado que éste es quien conoce a plenitud el estado de salud de la persona y está suficientemente instruido desde el punto de vista técnico y científico. La exigencia en este sentido es que el médico haya prescrito el servicio, mas no que lo haya sugerido⁵⁰. La valoración del médico tratante es de tal relevancia que en eventos en los cuales se ha presentado una discrepancia entre el concepto del médico tratante y el del Comité Técnico Científico se ha dado preferencia al primero, justamente por su pericia y su mayor conocimiento de la evolución médica del paciente. De manera textual se ha dicho:

“[A]hora bien, la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la EPS, prevalece respecto de la que niega la entrega, de modo que no basta que el Comité Técnico Científico aduzca que el medicamento tiene sustitutos,⁵¹ pues en todo caso es necesario que el médico tratante sea el que determine dentro de las posibilidades de servicio, la que más convenga a la salud del paciente y en tal sentido, la EPS inexcusablemente suministrará la droga que señale la orden de servicio dada por aquél.

Lo anterior, en cuanto el médico tratante es la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicio, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. De manera que al juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar a dicho concepto, como quiera que es fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras a

restablecer o mejorar su estado de salud.”⁵²

Inicialmente fue admitida únicamente la valoración hecha por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, sin embargo, con base en un ingrediente reconocido recientemente como constitutivo del derecho a la salud, el derecho al diagnóstico, se ha flexibilizado el cumplimiento de este requisito cuando. Su aplicación se exige en eventos en los cuales, por causa de conflictos administrativos, el usuario se ve obligado a acudir a un médico particular, lo que ha viabilizado la consideración del diagnóstico efectuado por profesional externo a la empresa promotora de salud en cuestión. 53

El derecho a la salud, se insiste, goza de fundamentalidad autónoma, lo que no implica, sin embargo, su amparabilidad absoluta en lo atinente a la posibilidad de disfrutar a plenitud la totalidad de los servicios que, en algún momento, sean ordenados por el médico tratante. Como se dijo, la autorización de los servicios médicos está limitada, originalmente, a las coberturas dispuestas en el plan obligatorio de beneficios correspondiente. Sin embargo, es posible que algunos servicios excluidos del plan de beneficios obligatorios sean concedidos so pretexto de su requerimiento y necesidad para el logro de la salud del paciente. Es el caso de los tratamientos considerados cosméticos, estéticos o suntuarios, los cuales son usualmente descartados de forma inmediata debido a su exclusión de estos planes. Con todo, se podrá acceder al servicio siempre que se logre acreditar el lleno de los requisitos previstos para la autorización de un procedimiento excluido del POS, especialmente, la vulneración del derecho a la salud que, se reitera, debe concebirse como bienestar físico, psíquico y social.

A modo de ejemplo, mediante sentencia T-307 de 2006 se autorizó en beneficio de un niño de siete años la práctica del procedimiento quirúrgico otoplastia bilateral con el fin de reestablecer la salud integral del mismo, menguada por el hecho de que presentaba un defecto en sus orejas que impactaba en su bienestar psíquico y mental. Como sustento de la orden proferida, se hizo referencia profunda al sentido que el Comité DESC ha dado al derecho a la salud, del cual se pregona una concepción amplia, comprensiva de factores físicos, mentales y sociales.

Ese mismo año, aunque sin apelar a nueva perspectiva del derecho a la salud, se reconoció el grado de afectación que podría generar la negación de un tratamiento estético a la

existencia digna de un ser humano, por su impacto en la integridad personal y la propia imagen. Para el caso concreto se trataba de una ciudadana de 34 años de edad que padecía acné modulo quístico, para cuyo tratamiento se había prescrito el suministro de los medicamentos Ronccutatal X 250 Mgs., Suntel Emulsión, Bálsamo Labial y Acuanova Hidratante, excluidos del POS. Verificado el cumplimiento de los requisitos para la autorización de servicios por fuera de este listado, se procedió a ordenar su entrega.

Con posterioridad, en sentencia T-1176 de 2008 se ordenó la práctica de una mastectomía bilateral a favor de una paciente que, con motivo de una reconstrucción mamaria con prótesis practicada como respuesta a un cáncer bilateral de seno, había perdido la apariencia y funcionalidad normal de esta zona. En aquella ocasión se sostuvo:

“(…) La salud no equivale únicamente a disponer de un estado de bienestar físico o funcional. Debe a un mismo tiempo garantizarse el bienestar psíquico, emocional y social pues todos estos factores contribuyen a procurar a las personas una vida en condiciones de dignidad y calidad. Tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.

(…) Luego de las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que el procedimiento ordenado a la ciudadana María Consuelo Vargas Ramírez por su médico tratante no es suntuario. No se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas originados por la intervención a la que se sometió para curar el cáncer que padeció. Una cirugía, en suma, vinculada con posibilidad de que la actora recupere su apariencia normal, restablezca de manera integral su salud y pueda llevar una vida en condiciones de calidad y de dignidad.”⁵⁵

De otro parte, a través de sentencia T-454 de 2008, se estudió el caso de una paciente de 31 años de edad que padecía una aplasia cutis malar derecha (sic), afección que se manifiesta como una depresión o atenuación de la dermis de la cara. La accionante solicitó y logró el amparo de su derecho a la salud en sus dimensiones emocional y psíquica. Con ese propósito y a falta de prescripción de profesional vinculado a la empresa demandada, se dispuso “una

evaluación médica por especialista adscrito a la EPS Coomeva S.A., dejando establecido que Coomeva deberá autorizar el tratamiento que éste prescriba para la enfermedad aplasia cutis de la peticionaria (...)” Se concluyó en aquel momento que la enfermedad sufrida por la accionante “sí vulnera[ba] sus condiciones de vida dignas, por cuanto las lesiones en la cara son especialmente delicadas para la salud emocional y psicológica de quien las padece, debido a que se imponen a la apariencia de la persona, e inciden en su forma de relacionarse con otros seres humanos (...)” 56

En contraste, la autorización de procedimientos estéticos ha sido negada en cuando no se vislumbra una afectación cierta de este derecho, por ejemplo, en caso en los que se ha solicitado una cirugía de quiste sobre ceja porque realmente no tocaba la salud del paciente (T-757 de 1998); así como una cirugía reconstructiva mamaria para el mejoramiento de la apariencia de los senos (T-749 de 2001); e incluso una pseudofolocolitis, enfermedad que consiste en que los vellos de la barba se incrustan en la piel (T-490 de 2006), por las mismas razones.

Así las cosas, la respuesta favorable a la solicitud de un servicio excluido del plan obligatorio de salud negado por su naturaleza estética, cosmética o suntuaria, está subordinada al impacto que éste genere sobre la salud del paciente, como se ha dicho, bajo su entendido como concepto que hace referencia a un estado global de bienestar físico, mental y social.

Para finiquitar, es oportuno recalcar que la salud como servicio demanda el seguimiento de ciertos principios que guían su proporción, lo que asegura, a su vez, su satisfacción plena como derecho. En efecto, todo servicio en general, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política, debe ser prestado de manera eficiente y con cobertura generalizada –a todos los habitantes del territorio nacional-. En particular, de la salud como servicio público la Constitución reclama su prestación con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (artículos 48 y 49), mientras que la ley 100 de 1993 amplía esta gama de mandatos y clama, además, el seguimiento de los principios de integralidad, unidad y participación.

El principio de continuidad.

La jurisprudencia de esta Corporación ha erigido a la continuidad como principio que, igualmente, debe orientar la prestación del servicio de salud. De manera uniforme éste ha

sido concebido como una manifestación de los principios de eficiencia en la promoción de un servicio y buena fe en las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas. Consiste, esencialmente, en que las entidades prestadoras del servicio de salud están obligadas a no suspender su promoción, una vez iniciado, hasta tanto no se logre la estabilización o recuperación plena del paciente, a menos que se acredite que otra entidad se ha encargado de su prestación cierta. En este sentido, la prestación del servicio debe perpetuarse, bajo el anterior condicionamiento, en condiciones progresivas.

De acuerdo con el literal a) del artículo 2° de la Ley 100, la eficiencia es “la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.” Este mandato apoya al de continuidad en la medida en que la prestación adecuada y suficiente de un servicio debe conducir a la superación de la afectación que motiva a su suministro. Así pues, si la prestación de un servicio médico es interrumpida de manera abrupta sin importar el riesgo que ello genere a la salud del paciente, se ocasiona una afrenta al principio de eficiencia en su prestación.

Igualmente, es posible encontrarle asidero al principio de continuidad en los de buena fe y confianza legítima. El principio de confianza legítima propugna por la edificación de un ambiente de tranquilidad en las relaciones que construyen los asociados frente a las autoridades públicas o los particulares, de forma tal que puedan esperar, de buena fe, que sus actuaciones no sean variadas de manera escabrosa a menos de que prime un fin constitucionalmente legítimo.

En concepto de J.P. Muller, citado por Silvia Calmes, la confianza legítima implica que ciertas expectativas generadas por un sujeto de derecho frente a otro en razón a un comportamiento específico produzcan resultados uniformes en un ambiente de confianza que sólo puede ser quebrantada para dar paso al interés público.⁵⁷

En el marco de la relaciones entre la administración y los administrados, la doctrina ha definido la confianza legítima como un valor ético que integra la buena fe y que comprende “la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona.” (...) “La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más

de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuada, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida.” 58

Así las cosas, la confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.”⁵⁹ Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación⁶⁰, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello.⁶¹

Bajo este entendido, la continuidad en la promoción del servicio de salud implica que iniciado un procedimiento éste no sea interrumpido ni prestado parcialmente hasta tanto desaparezca la amenaza que activó la asistencia primaria. La jurisprudencia ha hecho una distinción a este respecto que reconoce la existencia de dos relaciones en el contexto, una jurídico-material, dada por la necesidad de que la prestación del servicio se materialice en una obligación de medio o de resultado según el caso, y otra relación jurídica-formal, que obliga al mantenimiento del vínculo entre la institución y el usuario, en ambos casos, con el objetivo de que la salud del paciente se mantenga incólume.⁶²

La regla es, entonces, la imposibilidad de interrumpir de manera intempestiva la ya iniciada promoción de un servicio médico⁶³ si no lo exigen así las condiciones de salud del paciente y no se ha logrado su reestablecimiento pleno.⁶⁴ Las subreglas pueden ser sintetizadas de la siguiente forma:

“(i) Las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera

eficaz, regular, continua y de calidad.

(ii) Las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos.

(iii) Los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”⁶⁵

Finalmente, cabe precisar que éste, como cualquier otro principio, carece de entidad absoluta y requiere su aplicación ponderada frente a otros mandatos que igualmente tengan incidencia en el caso concreto.

Principio de integralidad.

Otro de los principios que debe orientar la prestación de este servicio es la integralidad que se relaciona, de un lado, con el concepto mismo de salud en el sentido de exigir la satisfacción de todas las dimensiones que le integran, en particular, el cubrimiento de necesidades preventivas, educativas, fisiológicas, psicológicas, sociales, entre otras.⁶⁶ Y de otra parte, desde la dimensión que se ve reflejada en la obligación de asegurar todas las prestaciones relacionadas con la patología que aqueja a un mismo paciente. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que se necesite para conjurar la situación particular de un paciente.⁶⁷

Por su parte, la Ley 100 de 1993 reconoce a este principio un lugar en la enunciación de los que deben guiar el sistema y le define como “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población.” Igualmente, es consagrado en el numeral 3° del artículo 153 al disponer: “el sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De manera armónica, el literal c) del artículo 156 dispone que “todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con

atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

En términos prácticos, esto implica que se avale la autorización de las prestaciones que, de forma conjunta, sean ordenadas por un profesional de la salud en relación una misma condición médica. 69 Así las cosas, “cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, ante la existencia de un criterio determinante de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto de prestaciones en materia de salud en relación con dicha condición, siempre que sea el médico tratante quien lo determine, es deber del juez o jueza de tutela reconocer la atención integral en salud.”70

En un primer momento, serán autorizadas todas las prestaciones cobijadas dentro del respectivo plan obligatorio de beneficios; sin embargo, dentro de los criterios exceptivos perfilados por la jurisprudencia de esta Corporación se encuentra el hecho de que se trate de: (i) sujetos de especial protección constitucional71 (menores, adultos mayores, población víctima del desplazamiento forzada, grupos étnicamente minoritarios, entre otros) y (ii) personas que presenten enfermedades catastróficas72 (sida, cáncer, entre otras). Frente a estos casos, que constituyen hipótesis enunciativas73, resulta clara la viabilidad de la atención integral en salud con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas del plan obligatorio respectivo.

Para finiquitar, es oportuno anotar que el sentido del tratamiento integral en casos de enfermedades crónica consiste en un intento por proporcionar al enfermo “el mayor bienestar posible mientras se produce la muerte, y a paliar las afecciones inevitables de los estados morbosos crónicos, que muchas veces son también degenerativos”74, pretensión que armoniza con las recomendaciones elevadas por la OMS en relación con los patrones para el tratamiento del SIDA y el VIH, que en términos globales, propende por el suministro de un tratamiento holístico o comprensivo a los pacientes que padecen la precitada enfermedad o virus.75 El cuidado de una persona que sufre una enfermedad de este tipo debe enfocarse a la mejoría de su calidad de vida, e incluso, a la de su familia. De manera precisa, la idea de un cuidado comprensivo hace referencia justamente a la proporción de un tratamiento apropiado a todas las necesidades que en general se originen en una contingencia, lo que demanda variedad de información, recursos y servicios conducentes a la

atención de todos los requerimientos que le rodeen. Estas exigencias claramente exceden las que resuelvan problemáticas meramente físicas. De manera específica, de acuerdo con dicha organización, un cuidado comprensivo -comprehensive care- para la atención del VIH y el SIDA incluye estos servicios básicos: diagnóstico; tratamiento; remisión al especialista; cuidado de enfermería; orientación psicológica; y apoyo para la atención de las necesidades psicológicas, espirituales, sociales y jurídicas. 76

Caso concreto.

El actor, afiliado a la Unión Temporal MEDICOLSALUD, presenta un diagnóstico de “hiperlipidemia por anti-retrovirales, fracaso terapéutico por B 208 multirresistente, lipoatrofia y lipodistrofia, diabetes mellitas tipo 2 y cardiopatía + hipertensión pulmonar”.77

Por causa de esa lipoatrofia, las facciones de su rostro han adquirido un talante inusual debido a la alteración en el metabolismo del tejido graso que trae consigo el consumo de los antiretrovirales prescritos para el tratamiento de su enfermedad de base: el VIH. En virtud de ello, en previas ocasiones le fue ordenado un procedimiento de “relleno facial con ácido hialuránico”; no obstante, desde agosto de 2008, ante una nueva orden médica en este sentido, la entidad demandada decidió negar su autorización.78

La negativa de la entidad demandada se funda en su naturaleza privada, sujeta a las condiciones fijadas en el contrato celebrado con el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por intermedio de la Fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A., para la promoción del servicio de salud a los docentes activos y pensionados afiliados a dicho Fondo79. También se arguye el incumplimiento de un presupuesto para la autorización de un servicio excluido del plan de beneficios del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cual es que “no se evidencia pérdida de funcionalidad por la patología diagnosticada lipoatrofia facial”. Se alega igualmente que el tratamiento reclamado por el paciente resulta ineficiente para la superación de la lipoatrofia facial tipo IV, pues con anterioridad se comprobó que su piel termina por absorber el relleno que le es introducido.80 Como último argumento se aduce que, de acuerdo con prescripción de la especialista plástica que valoró al actor, el procedimiento requerido tiene la potencialidad de traerle dificultades como “infecciones, pequeñas deformidades, cicatrices, asimetrías hasta problemas mayores como (...)

cardiopulmonares (...) que pueden incluir pérdida del órgano o incluso la muerte [o] (...) deformidades estéticas.⁸¹

De acuerdo con el dicho del paciente, que concuerda con el informe rendido por el jefe de cirugía plástica del Hospital de San José y la valoración psicológica que obra en su historia clínica, la lipoatrofia le ha generado un malestar emocional y social en vista de que la apariencia de su rostro resulta desagradable y además la forma que ha adoptado es entendida justamente como un resultado propio del padecimiento de su enfermedad de base, el VIH.⁸² De hecho, en palabras de la psicóloga tratante, el actor presenta un diagnóstico global de “autoestima baja, ansiedad generalizada y problemas sociales debido a su lipoatrofia.”⁸³ En paralelo sentido, el jefe de cirugía plástica del Hospital de San José respondió de manera afirmativa a la pregunta sobre la incidencia de dicho procedimiento sobre las dimensiones psíquica, emocional y social del paciente. Textualmente expuso: “sí la puede afectar, ya que la población en general ha aprendido a reconocer este signo en los pacientes, como signo de que dicho paciente tiene SIDA, produciéndose discriminación de las personas que presentan esta sintomatología, con la consecuente depresión y problemas de socialización que la misma trae; por eso se ha instaurado la mejoría en la volumetría facial con el ácido hialurónico, con el fin de esconder este signo físico y favorecer al paciente en su relación con los demás.” ⁸⁴

Su pretensión se orienta a lograr la autorización del procedimiento relleno facial con ácido hialurónico y el suministro de doce (12) ampolletas de ácido hialurónico x 2.5 ml, prescrito por la doctora Carolina Granados, especialista en cirugía plástica y reconstructiva adscrita al Hospital de San José. Este mismo procedimiento ya había sido practicado al paciente en un par de ocasiones previas en relación con la misma patología, “infección por B208 y lipoatrofia tipo IV.

Dicha solicitud fue remitida al Comité Técnico Científico, que respondió de manera desfavorable bajo el argumento de que “no se evidencia pérdida de funcionalidad por la patología diagnosticada lipoatrofia facial, lo que aunado a la comprobación de la transitoriedad en los efectos de la cirugía reclamada, sustentó la determinación de descartar su práctica. Igualmente, se sostuvo que el procedimiento en cuestión tiene la potencialidad de ocasionarle al actor problemas tales como “infecciones, pequeñas deformidades, cicatrices, asimetrías hasta problemas mayores como (...) cardiopulmonares (...) que pueden

incluir pérdida del órgano o incluso la muerte.”⁸⁵

Bajo este panorama, el problema jurídico consiste en dilucidar si la Unión Temporal MEDICOLSALUD amenaza o pone en riesgo la salud del actor, concebida como concepto integral, al negarle la práctica del procedimiento “relleno facial con ácido hialuránico”, prescrito por especialista tratante con el objetivo de brindarle una mejor apariencia a su rostro que muestra las secuelas de una lipoatrofia facial tipo IV, resultante del consumo de retrovirales para el tratamiento del virus VIH.

Como fue expuesto en las consideraciones, la salud debe ser entendida como un derecho en titularidad de todos los habitantes al tiempo que como un servicio público esencial y obligatorio. Como derecho debe ser asociado con la idea de disfrute de todo un conjunto de bienes, servicios, prestaciones y condiciones dispuestos para lograr el más alto nivel posible de bienestar físico, psicológico, emocional y social.⁸⁶ Precisamente estas son las dimensiones que nutren este concepto, lo que hace posible predicar la violación del derecho fundamental a la salud frente al desconocimiento de cualquiera de esas facetas.

Para la concreción de este supuesto se requiere, como se ha dicho, que la violación se origine en la denegación de un servicio médico necesario para la salud del paciente, aspecto al que debe sumarse la verificación de otros requisitos cuando se trata de prestaciones excluidas del plan obligatorio de beneficios.⁸⁷ La determinación de la necesidad de una prestación es un asunto que compete de manera primaria al médico tratante quien, en el caso concreto, ordenó la práctica de la cirugía solicitada.

Con el propósito de contraponer esa valoración, la entidad demandada acude al concepto librado por el Comité Técnico Científico que pregona la falta de funcionalidad de esa cirugía para el tratamiento de la enfermedad de base que sufre el paciente y, por el contrario, la virtualidad de la operación en cuestión en provocarle problemáticas como infecciones y cicatrices. A esto se opone, además de la orden dada por la especialista tratante, que constituye una reiteración de las prescritas y practicadas de manera segura y satisfactoria con anterioridad al paciente, los informes allegados por el jefe del servicio de cirugía plástica del Hospital de San José y el doctor Giovanni Montealegre, docente de la Unidad de Cirugía Plástica del Departamento de Cirugía de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, quienes presentan la cirugía en cuestión como la más idónea alternativa para la superación

de la mencionada lipoatrofia. Es más, en palabras del docente, “la inyección de ácido hialurónico es un procedimiento con menos riesgos para el paciente, pero que este ácido hialurónico inyectado se reabsorbe del organismo en un tiempo que varia [sic] entre cuatro y ocho meses.”⁸⁸

Finalmente, frente a este argumento se debe recalcar que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta alta Corporación, el concepto del médico tratante prevalece sobre el emitido por el Comité Técnico Científico en vista de que éste tiene la pericia y mayor aproximación a las condiciones de salud del paciente, lo cual confiere más fuerza a su concepto.⁸⁹

De otro lado, tenemos que la lipoatrofia padecida por el paciente está haciendo mella en su estado de salud emocional, psíquico y social. Para convalidar esa apreciación, nos remitiremos a los informes allegados al expediente de tutela, tales como la valoración psicológica que obra en la historia clínica del paciente, de cuyo texto se extrae: “paciente en buen estado general, con autoestima baja, ansiedad generalizada y problemas sociales debido a su lipoatrofia (Negrillas por fuera del texto original).”⁹⁰ A ello se aúna la explicación que consta en el oficio OPTB-056/2010, remitido por el jefe del servicio de cirugía plástica del Hospital de San, que alega que el padecimiento de la lipoatrofia tiene la potencialidad de traer efectos negativos sobre las dimensiones psíquica, emocional y social del paciente, pues “la población en general ha aprendido a reconocer este signo en los pacientes, como signo de que dicho paciente tiene SIDA, produciéndose discriminación de las personas que presentan esta sintomatología, con la consecuente depresión y problemas de socialización que la misma trae; por eso se ha instaurado la mejoría en la volumetría facial con el ácido hialurónico, con el fin de esconder este signo físico y favorecer al paciente en su relación con los demás (Negrillas por fuera del texto original).”⁹¹

En efecto, sobrellevar una enfermedad de esta naturaleza, cuyos síntomas resultan tangibles para la población que le asocia con el padecimiento del VIH o el SIDA, es una carga que puede tocar seriamente la estabilidad social y psíquica de un paciente. Sufrir la apariencia inusual que resulta de esta atrofia en el metabolismo de la grasa del rostro es, en sí misma, un factor perturbador de la salud emocional, psíquica y social, lo que se maximiza en tratándose de personas que padecen una enfermedad de esta entidad y que soportan, por tal motivo, la frecuente discriminación social. Sumado el diagnóstico positivo de VIH o de SIDA, que ya una causa de exclusión social, a la perturbación morfológica de la cara, es una

circunstancia que merece la atención especial del Estado a fin de que, en armonía con el mandato del artículo 13 de la Constitución, se favorezca la inclusión de quienes se encuentran en esta penosa situación.

Igualmente, cabe apuntar que la salud en su dimensión como servicio público exige el seguimiento de ciertos principios primarios. Al respecto el Comité DESC, al especificar los elementos esenciales para la formulación de las medidas dirigidas al aseguramiento de este derecho, introduce la aceptabilidad como criterio esencial y se refiere al término como la obligación, por parte de las instituciones que integran el sistema, de cumplir con parámetros de ética médica.

De hecho, como fue expuesto en líneas anteriores, la confianza legítima puede ser entendida como un valor ético que emana del principio de buena fe y que exige el respeto de las expectativas que un sujeto de derecho genera a otro por el curso que, de manera expresa o tácita, le ha dado a una situación de hecho o de derecho.

Proyectada en este contexto y en el caso objeto de estudio, la observancia del principio de confianza legítima demandaría, por parte de la entidad prestadora del servicio de salud, el mantenimiento uniforme de las condiciones de promoción del servicio y también del suministro de las prestaciones que de manera particular se han autorizado. Es decir, que en este evento, la continuidad se debe predicar tanto de la relación jurídico-formal, en cuanto a la prestación misma del servicio, como de la relación jurídico-material, en el sentido de no variar de manera brusca las condiciones y la calidad de un tratamiento que por implicar una prestación continuada, requiere su constante provisión. Como resulta de las pruebas y el recuento fáctico, el tratamiento para la lipoatrofia que aqueja al actor requiere la constante reproducción de la operación de relleno facial con ácido hialurónico que se reclama.

Ahora, si la entidad demandada había autorizado a favor del actor la práctica de ese mismo procedimiento en un par de ocasiones previas, no es aceptable que ahora, so pretexto de razones extrañas y contradichas, se objete la falta de idoneidad y necesidad del mismo. Sobre el actor se creó una expectativa con la autorización repetida de este procedimiento que ahora no debería ser truncada sin que sean alegadas y acreditadas razones de mayor fortaleza constitucional y sustento médico. En sí, la falta de conexidad entre la materialización de la cirugía solicitada y la salud del paciente, así como el supuesto riesgo

que la misma representa a su estabilidad física, son argumentos que, además de haber sido vencidos por los informes allegados al expediente, carecen de sustento constitucional pues, como se ha afirmado sólidamente, la efectividad de una cirugía estética puede tener impacto favorable en la salud de un paciente.

Se vislumbra, en esta medida, un desconocimiento cierto del principio de confianza legítima en vista de que la entidad demandada decidió, de forma injustificada -o no suficientemente justificada desde el punto de vista médico y constitucional-, suspender súbitamente la prestación de un tratamiento que desde hacía rato se estaba proveyendo para sopesar los efectos de la lipoatrofia que resulta del consumo de antiretrovirales. Negar ahora su práctica es un comportamiento totalmente opuesto a este mandato.

Para culminar, sea hace esencial recalcar que quien presenta una enfermedad de las catalogadas catastróficas requiere, al tenor de la jurisprudencia de esta Corte, el reconocimiento ineludible de un tratamiento integral, esto es, la proporción de todos los servicios ordenados por el médico tratante para, no sólo paliar los efectos de la enfermedad padecida, sino asegurar un estado pleno de bienestar físico, mental y social, elementos constitutivos del estado de salud. Aterrizado al caso sub examine, el principio de integralidad fuerza a la entidad encargada a autorizar y diligenciar todas las labores necesarias para sobrellevar los efectos propios de esta enfermedad crónica y reconocer, a su vez, la totalidad de elementos y condiciones médicas que favorezcan a la consolidación de este estado de bienestar hasta tanto fenezca el paciente. Naturalmente, esto incluye la práctica de los procedimientos requeridos para tratar las enfermedades que se derivan de la patología de base, como es del caso, pues que la lipoatrofia surge de los esfuerzos dirigidos a atender el virus del VIH.

Superado el debate sobre la necesidad del procedimiento en cuestión para el aseguramiento de la salud integral del actor -lo cual comprende los asuntos relativos a su conexidad con este derecho, la prescripción por médico tratante⁹² y la imposibilidad de sustituir el servicio reclamado por uno incluido en el plan obligatorio de salud-, se dejarán de lado consideraciones sobre la imposibilidad del actor para auto proveerse el servicio, en vista de que ya éste había sido autorizado por la empresa accionada, circunstancia que constituye un hecho indicador que conduce al indicio de su incapacidad económica. Si se tiene en cuenta, además, que la entidad accionada no demostró o siquiera alegó la capacidad del actor para

obtener directamente el servicio, se concluye que este punto no es objeto de debate.

Así las cosas, se ordenará a la entidad accionada, Unión Temporal Medicol Salud, que autorice a favor el actor, Jesús Alirio Grass, el procedimiento relleno facial con ácido hialurónico y el suministro de doce (12) ampollitas de ácido hialurónico x 2.5 ml. para el tratamiento de la lipoatrofia tipo IV provocada en el rostro del accionante por el consumo de los antiretrovirales prescritos para manejar el virus del VIH. La práctica de este procedimiento deberá ser asegurada cada tanto el organismo del paciente absorba el ácido que le es inyectado, en consonancia con el principio de continuidad en la prestación de un servicio de salud de naturaleza continuada. Así mismo, se obligará a la entidad demandada a autorizar en beneficio del accionante todos los servicios que su médico tratante ordene para el tratamiento del VIH y de las secuelas que este genere, lo cual comprende las prestaciones directamente relacionadas con el manejo de su enfermedad de base y las secundarias, originadas en este padecimiento.

III. DECISIÓN

La Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión del término decretado dentro del trámite de revisión de la acción de tutela

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida el día 01 de abril de 2009 por el Juzgado Segundo Penal Municipal en el trámite de la tutela iniciado por Jesús Alirio Grass contra la Unión Temporal Medicol Salud (antes Fersalud).

Tercero. CONCEDER a favor del actor, Jesús Alirio Grass, el amparo del derecho a la salud y, en consecuencia, ordenar la autorización y práctica del procedimiento relleno facial con ácido hialurónico y el suministro de doce (12) ampollitas de ácido hialurónico x 2.5 ml. para el tratamiento de la lipoatrofia tipo IV provocada en el rostro del accionante por el consumo de los antiretrovirales prescritos para manejar el virus del VIH.

Cuarto. ADVERTIR a la entidad accionada que la práctica de este procedimiento deberá ser

asegurada cada tanto el organismo del paciente absorba el ácido que le es inyectado y en atención a una orden médica en este sentido. Así mismo, se obligará a la entidad demandada a autorizar en beneficio del accionante todos los servicios que su médico tratante ordene para el tratamiento del VIH y de las secuelas que este genere, lo cual comprende las prestaciones directamente relacionadas con el manejo de su enfermedad de base y las secundarias, originadas en este padecimiento.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNERTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folios 2 a 10, cuaderno 2.

2 Folios 3 y 4, cuaderno 2.

3 Folios 5 a 10, cuaderno 2.

4 Folio 2, cuaderno 2.

5 Folios 11 y 12, cuaderno 2.

6 Folio 14, cuaderno 2.

7 Folios 34 a 39, cuaderno 2.

8 Sentencia T-760 de 2008.

9 Cf. Auto 099A de 2006, Auto 170 de 2005, Auto 073A de 2005.

10 Folio 47, cuaderno 1.

11 Folio 47, cuaderno 1.

12 Ibidem.

13 Folio 48, cuaderno 1.

14 Ibidem.

15 Folios 51 a 52, cuaderno 1.

16 Folio 60, cuaderno 1.

17 Folio 35, cuaderno 1

18 Artículo 2º de la Ley 91 de 1989.

19 El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 se refiere a las excepciones al régimen integral de seguridad social estatuido en la misma y, en particular, se refiere al sistema de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la siguiente manera: “Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.”

20 Folio 38, cuaderno 1.

21 Folios 4 y 5, cuaderno 2.

22 Folio 7 y 8, cuaderno 2.

23 Folios 11 y 12, cuaderno 2.

24 Folio 60, cuaderno 1.

25 Folios 2 a 10, cuaderno 2.

26 Folio 2, cuaderno 2.

27 Folios 11 y 12, cuaderno 2.

29 Artículo 2° de la Constitución Política.

30 Artículo 49 de la Constitución Política.

31 De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 100 de 1993, “el Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.” (Negritas por fuera del texto original)

32 Artículo 2° de la Ley 100 de 1993.

33 Esta propuesta teórica fue inicialmente elevada em sentencia T-573 de 2005 que fue posteriormente desarrollada por sentencia T-016 de 2007.

34 Artículo 10, literal h) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

35 Artículo 11, literal f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

36 Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

37 Artículo 24, numeral 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño

38 Artículo 12 del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

39 Punto 9 de la Observación.

40 Ibidem.

41 En el punto 31 de la Observación se precisa que “la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12”

42 Ibidem.

43 Punto 30 de la Observación.

44 Punto 12 de la Observación.

45 Fundamento Jurídico 4.4.1. de la Sentencia

46 Ver, entre otras, la sentencia T-760 de 2008. En esta providencia se señaló que para poder negar un servicio bajo el argumento de que no se trata de uno prescrito por médico adscrito a la entidad respectiva, debe corroborarse que:“(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente. Así pues, “en estos casos, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión, y si no desvirtúa el concepto del médico externo, entonces atender y cumplir lo que éste prescribió.”

47 Ello concuerda con lo dicho en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993

48 Fundamento Jurídico N° 4.4.3.2.2. de la sentencia. Para la concreción de estas reglas se volvió lo dicho en sentencias como la T-1204 de 2000 reiterada posteriormente en fallos como las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007,

T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

49 En la sentencia T-683 de 2003 fueron sintetizadas las subreglas aplicables a la determinación de la incapacidad económica, las cuales han sido reiteradas con posterioridad.

50 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001 y T-344 de 2002.

51 Cfr. Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Se pueden consultar entre otras, las sentencias T-480 y T-666 de 1997 y T-179 de 2000.

52 Sentencia T-926 de 2004 reiterada en sentencias T-1311 de 2005 y T-464A de 2006.

53 Ver, entre otras, las sentencias T-956 y T-1092 de 2004, T-304, T-835 y T-1149 de 2005, T-1041/06.

55 Sentencia T-1176 de 2008.

56 Sentencia T-454 de 2008.

57 Müller, J.P. Vertrauensschutz im Völkerrecht, Berlin, 1971, texto citado por Calmes, Silvia en Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français. París, 2002. Ed. Dalloz, página 567.

58 González Pérez, Jesús. El Principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág 43.

59 Sentencia C-4352 de 2010, expediente D-7946.

60 Sentencia C- 478 de 1998.

61 Ver al respecto, entre otras, las sentencia C-800 de 2003, T-064 de 2006 y T-438 de 2007.

62 Posición adoptada en sentencia T-597 de 1993 y reiterada recientemente en sentencia T-760 de 2008.

63 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el Hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el estado social de derecho y con el trato que éste dispensa al ser humano”.

64 Corte Constitucional, sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

65 Sentencia T-1198 de 2003.

66 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007 y la T-1177 de 2008.

67 Sentencia T-1177 de 2008.

68 Ley 100 de 1993, artículo 156 literal c)

69 Al respecto, entre otras, las sentencias T-581 de 2007 y T-398 de 2008

70 Sentencia T-1177 de 2008.

71 Ver Sentencia T-459 de 2007.

72 Ver Sentencias T-581 y T-584 de 2007 así como la T-1234 de 2004.

73 Esta enunciación no debe ser entendida de forma excluyente pues, de existir criterios razonables, se debe ordenar la autorización de todas las prestaciones ordenadas por el médico tratante en relación con la enfermedad que aqueja a un paciente. Sobre este supuesto se ha ordenado la atención integral en esta sede, por ejemplo, en casos como los

resueltos mediante sentencias T-160 y T-459 de 2007 en los que se trataba personas en condiciones de extrema pobreza y precariedad, sin que se tratara de sujetos pertenecientes a los grupos categorizados como de especial protección constitucional o que padecieran una enfermedad catastrófica.

74 Sentencia T-926 de 1999.

75 UNAIDS. Handbook on access to HIV/AIDS-related treatment: A collection of information, tools and resources for NGOs, CBOs and PLWHA groups. English original version (May 2003). En www.oms.org. Página visitada el día 30 de junio de 2010.

76 De manera textual se preceptúa al respecto:

“Comprehensive care, an important part of care and support, is about responding to the needs of a person living with HIV/AIDS in a holistic (or ‘whole’) way. It involves a variety of information, resources and services to address a range of needs – not just medical needs.

(...)

Comprehensive care includes the following important basics:

- diagnosis
- treatment
- referral and follow-up
- nursing care
- counselling
- support to meet psychological, spiritual, economic, social and legal needs.”

77 Ibidem, folios 2 a 10, cuaderno 2.

78 Ibidem, folio 2, cuaderno 2.

79

80 Folios 11 y 12, cuaderno 2.

81 Folios 34 a 39, cuaderno 2.

82 Ibidem, folio 14, cuaderno 2.

83 Ibidem, folio 60, cuaderno 1.

84 Ibidem, folio 48, cuaderno 1.

85 Ibidem.

86 Punto 9° de la Observación General 14.

87 Como fue expuesto en los antecedentes, el régimen del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es uno de los exceptuados del sistema edificado por la Ley 100 de 1993 -artículo 297 de esta Ley-. Se regirá por la Ley 91 de 1989, de conformidad la cual los recursos del Fondo serían manejados por La Fiduciaria La Previsora, encargada de contratar la prestación de los servicio de salud. Para el efecto, el contratante y contratista - la fiduciaria y COSMITET LTDA, respectivamente - suscribieron el contrato de prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-02-2009 en el cual, de manera expresa, aparecen excluidos los tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad.

88 Folios 51 a 52, cuaderno 1.

89 Op. Cit., sentencias T-926 de 2004, T-1311 de 2005 y T-464A de 2006.

90 Op. Cit., folio 60, cuaderno 1.

91 Op. Cit., folio 48, cuaderno 1.

92 Punto que, como se dijo, constituye una regla general susceptible de excepción.