

{p}

Expediente T-2698721

Sentencia T-793/10

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA ESTETICA-Caso en que se solicita práctica de cirugía de cambio de prótesis mamaria bilateral, procedimiento sugerido por médico tratante

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

DERECHO A LA SALUD-Límites respecto a la práctica de cirugías con fines estéticos

DERECHO A LA SALUD-Improcedencia por cuanto la naturaleza de la cirugía es eminentemente estética y no se encuentra cubierta por el Plan Obligatorio de Salud

Referencia: expediente T-2698721

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Doce Civil Municipal de Manizales (Caldas) y el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad, en la acción de tutela instaurada por Natalia Caicedo Botero contra la E.PS, Servicio Occidental del Salud (S.O.S) .

I. ANTECEDENTES.

La señora Natalia Caicedo Botero interpone acción de tutela el día 24 de marzo de 2010, en

contra de la EPS, Servicio Occidental de Salud (S.O.S), al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social. Solicita que se ordene a la entidad demandada que autorice el cambio de prótesis mamarias, se haga entrega de las mismas y se practique la intervención correspondiente. Además, que se garantice la atención integral y, en consecuencia, se practiquen los procedimientos, controles y las evaluaciones médicas que requiera para el reestablecimiento de su salud.

1. Hechos.

Para fundamentar su solicitud la demandante relata los siguientes hechos:

1. Manifiesta que en el mes de noviembre y diciembre de 2009, le fueron practicadas una ecografía mamaria bilateral y una resonancia magnética de mamas simple, que el 26 de febrero del año 2010, el médico tratante luego de realizar un estudio de los exámenes practicados, estableció que la demandante tenía ruptura de prótesis mamarias bilateral. Para contrarrestar la situación ordenó como procedimiento la “cirugía- cambio de prótesis mamarias” y advirtió que de no practicarla se podrían presentar complicaciones.

1.2. Por encontrarse el procedimiento fuera del Plan Obligatorio de Salud el médico tratante diligenció el formato de solicitud ante el Comité Técnico Científico, el cual decidió no autorizar el servicio sugerido por el galeno.

1.3 Como consecuencia de lo anterior, solicita mediante acción de tutela que se ordene como medida previa que la EPS demandada autorice, gestione, cambie y entregue las prótesis mamarias solicitadas por ella, así como que se “practique la cirugía requerida para evitar el riesgo que la misma fallezca en cualquier momento”.

2. 2. Traslado y contestación de la demanda.

Mediante auto de 25 de marzo de 2010, el Juzgado Doce Civil Municipal, avocó el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, en el cual decidió: (I) librar oficio al médico tratante para que informara sobre los hechos de la demanda y sobre la no autorización inmediata de la cirugía -cambio de prótesis mamarias-, ordenada a la señora Natalia Caicedo Botero puede colocarla en riesgo de perder la vida, (II) requerir a la entidad

accionada para que indicara, si la demandante se encontraba afiliada a la EPS y con qué tipo de vinculación, asimismo, si la señora se encuentra recibiendo algún tratamiento médico y si ya le fue autorizada la cirugía requerida, de no ser así, solicitó que se advirtieran las razones para la negativa, (III) recepcionar la declaración de la demandante con el fin de establecer su capacidad económica y (IV) vincular a la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Sobre la situación médica de la demandante, el galeno informó que de la situación médica de la demandante no se deriva la pérdida de su vida, sin embargo, manifestó que debía realizarse el cambio de las prótesis en un tiempo prudencial, dado que se podrían generar consecuencias patológicas a futuro.

2.2 Respuesta de Servicio Occidental de Salud- EPS.

2.2.1 El Director de la Sede Manizales Caldas, en respuesta de la acción de tutela informó que la demandante se encuentra afiliada al Plan Obligatorio de Salud "POS" en calidad de cotizante, rango A.

2.2.2 Asimismo, se opuso a la prosperidad de la acción, por considerar que la demandante se realizó un procedimiento de carácter estético hace cinco años, sin que existiera previa autorización por parte de la EPS. Asimismo, que la reintervención solicitada es consecuencia natural y directa de la cirugía inicial y por ello practicarla iría en contravía de la normativa que regula la materia; toda vez que según el artículo 17 del Acuerdo 008 de 2009, de la Comisión de Regulación en Salud, estas reintervenciones, sólo proceden en algunos casos, entre ellos que el procedimiento inicial no haga parte de las exclusiones del POS según las condiciones particulares de cada régimen y que se hubiera efectuado con autorización de la EPS.

1. Estima la entidad que al no correr riesgo la vida de la paciente y al haber asumido un riesgo inicial al practicarse una cirugía estética de manera particular, le corresponde asumir los gastos que con ocasión de ella se generen.

1. En consecuencia, solicita que la petición de la demandante sea declarada improcedente

dado que la entidad no está vulnerando derecho fundamental alguno. Adiciona que de concederse la pretensión por parte del juez le sea autorizado el recobro del 100% de los gastos que se generen como consecuencia de la orden impartida.

1. Respuesta de la Dirección Territorial de Salud de Caldas:

La entidad solicita en el escrito de la contestación de la demanda que sean desestimadas las pretensiones en su contra ya, que estima que los gastos derivados del tratamiento que llegare a requerir la señora Natalia Caicedo Botero deben ser asumidos por la EPS a la cual se encuentra afiliada en calidad de cotizante.

1. Audiencia de ampliación de tutela:

2.4.1 El 8 de abril de 2010, se recibió la declaración de la señora Natalia Caicedo Botero, en esta manifestó que tiene 26 años de edad, que es economista y actualmente labora en una empresa como encargada del manejo de personal, trabajo por el cual percibe un salario mínimo; a la pregunta realizada por el juzgado referente al número de personas que integraban el núcleo familiar de la peticionaria, ésta contestó: “-Mi núcleo familiar está compuesto por 4 personas que son: mi madre, mis dos hermanas y yo”; posteriormente se le preguntó cuántas de las personas reseñadas trabajan y cuales son los ingresos: “- Mi papá no vive con nosotros pero trabaja en el Seguro Social devengando un salario de \$3.000.000, y mi mamá trabaja en la avícola Santagueda en el cargo de administradora, devengando un salario de \$6.180.000 mensuales, mi hermana trabaja en Bancolombia, no sé cuanto gana”(…), el despacho preguntó, cuáles fueron las razones para realizarse procedimiento, -implante de prótesis mamarias, en qué fecha fue realizado, la entidad y el cirujano, además si se hizo esta solicitud a la EPS, pregunta a la cual contestó: “-Más que todo por razones psicológicas me sentía mal por mi apariencia física, hace 6 años me la hizo el cirujano Diego Naranjo, ya falleció por lo tanto no puedo solicitar la garantía, el procedimiento fue realizado particularmente, en esta época no consulté a la EPS S.O.S respecto del procedimiento que me quería realizar (...)”.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Primera Instancia.

1.2 Consideró que si bien la vida de la accionante no corre un riesgo inminente, esta situación si puede generar consecuencias a futuro, asimismo, estimó que la historia clínica y los exámenes médicos practicados a la accionante, más la orden del médico tratante permiten concluir que no se está solicitando un tratamiento estético.

1.3 Determinó que: “el procedimiento quirúrgico apunta esencialmente a poner fin a los dolores que le produce una prótesis que se encuentra deteriorada y que puede causar consecuencias patológicas a futuro. Para nadie es un secreto que una desproporción de índole corporal en una mujer, particularmente en sus pechos es causa de acomplejamiento y por consiguiente no le permite desarrollarse en el medio social como una mujer normal, al punto que no pocos casos conocidos, ha afectado de manera seria y grave la vida conyugal y familiar de quien acusa dicho problema.”

1.4 En este sentido ordenó a la EPS accionada que autorizara y procediera a realizar la cirugía CAMBIO DE PRÓTESIS MAMARIAS BILATERAL dictaminada por el médico tratante, además de brindar un tratamiento integral. Asimismo, aclaró que la cirugía solicitada está incluida en el POS-C, al tratarse de una cirugía reconstructiva, situación que no ocurre con las prótesis, sobre este punto consideró que de la manifestación realizada por la demandante, se desprende que no cuenta con los recursos necesarios para pagarlas, por ello, se ordenó el recobro o reembolso frente al Fosyga por las prótesis y lo que necesitare la demandante que no se encuentre en el POS-C.

1.5 Facultó a la EPS para que ejerciera la acción de reembolso ante el Fosyga en un 100% de lo que se encuentre excluido del POS, incluido el costo de las prótesis mamarias.

Impugnación.

La EPS presentó escrito de impugnación, por considerar que la orden del tratamiento integral, de un procedimiento de carácter estético realizado hace más de 5 años de manera particular y que además se encuentra excluido del POS, atenta contra el equilibrio del sistema, dado que no se trata de una intervención de carácter funcional sino estética.

Asimismo, manifiesta que acoge la decisión del juez de instancia en cuanto a la intervención ordenada, por tratarse de salvaguardar y estabilizar el estado de salud de la demandante.

Sin embargo, aclara que “la EPS no es totalmente responsable de las decisiones o riesgos que asuman los usuarios al someterse a este tipo de métodos, práctica, procedimientos, técnicas estéticos (sic) , a las cuales se somete el usuario bajo criterio y riesgo propio solo por querer verse más agradable , atractiva o encantadora, por lo tanto no aceptamos el que se haya ordenado por el juez el tratamiento integral a un padecimiento que fue consecuencia de su decisión personal y aprobada al disponer su cuerpo a técnicas o procedimientos como este.”

Es consecuencia, estima que si bien el juez de instancia amparó el derecho invocado y ha ordenado la práctica de la cirugía, es necesario estudiar de fondo las implicaciones de conceder un tratamiento integral, dado que de este tipo de intervenciones “se desprenden un sinnúmero de servicios no cobertura POS los cuales generan un costo que no deben estar a cargo del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

2. Segunda Instancia.

Mediante sentencia del 19 de mayo de 2010, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales (Caldas), decidió confirmar el fallo de primera instancia, por considerar que la prestación del derecho a la salud debe ser integral, con el fin de garantizar la efectiva recuperación de quien busca el amparo.

4. Pruebas aportadas en el expediente de acción de tutela.

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

* Copia de la Cédula de la demandante con fecha de nacimiento 2 de marzo de 1984.2

* Copia del carné de afiliación al sistema de salud.3

* Copia de la ficha médica realizada por el médico Francisco Javier Mejía Mejía.4

* Copia de la historia clínica, en la cual a manera de conclusión se dice: “Alteración en la

morfología y egogenicidad de ambas prótesis mamarias con signos que sugieren posible filtración de silicona en cuadrantes superiores e inferiores de ambas mamas. (fecha noviembre 17 de 2009).”5

* Autorización de servicios de salud -resonancia nuclear magnética de mama.6

* Formato de solicitud de servicio no POS, en la cual se determina que existió ruptura de prótesis y se solicita su cambio.7

* Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos del Comité Técnico Científico, en la cual se niega por ser una complicación de una cirugía estética realizada hace 5 años de forma particular y que se encuentra excluida del POS. La decisión se fundamenta en la Resolución 5261 de 1994, Decreto 128 de 2010, Resolución 548 de 2010.8

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el asunto materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico.

2.1 La señora Natalia Caicedo Botero, acude al mecanismo de la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales que considera vulnerados por la E.P.S., Servicio Occidental de Salud, por no autorizarle la cirugía de cambio de prótesis mamarias; procedimiento que fue sugerido por el médico tratante al haberse dañado las prótesis que de manera particular y sin autorización de la E.P.S., la demandante se había implantado. Por su parte la entidad accionada negó la solicitud por considerar que se trataba de un procedimiento estético y que además, hace parte de una reintervención quirúrgica que no cumple con los requisitos legales para ser autorizada.

En este sentido, corresponde a esta Sala determinar si, la E.P.S., Servicio Occidental de Salud, vulnera los derechos fundamentales de la señora Natalia Caicedo Botero, al negarle la cirugía de cambio de prótesis mamarias bilateral -procedimiento sugerido por el médico

tratante-, por considerar que (I) es un procedimiento estético y (II) la cirugía inicial de implante se practicó sin previa autorización de la E.P.S..

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, la Sala estima pertinente reiterar algunos aspectos como: a) el derecho a la salud como derecho fundamental b) los límites de derecho a la salud c) estudio del caso concreto.

3. El derecho a la salud como derecho fundamental.

3.1 El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 constitucional, allí se estableció que es un servicio público a cargo y de responsabilidad del Estado, con pretensión de universalidad, que incluye el acceso, la promoción, la protección y la recuperación de la salud.

Esta garantía implica la obligación en cabeza del Estado de diseñar políticas públicas encaminadas a la materialización del derecho, cumpliendo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad.⁹

3.2 Asimismo, la jurisprudencia ha resaltado la importancia de este derecho y en consonancia, es considerado como un derecho de rango fundamental y autónomo, en tanto que su garantía se hace prioritaria para el goce y disfrute efectivo de los otros derechos fundamentales.

3.3 Este estatus está otorgado en virtud de la integración del sistema normativo y en la comprensión que el derecho a la salud es un derecho humano de especial importancia y, en consecuencia, es obligación del Estado la garantía del mismo a todos los niveles de la población mediante la premisa del mayor nivel posible de protección.

3.4 Por consiguiente, esta obligación implica para los Estados, diseñar políticas públicas que permitan la efectivización de este derecho de manera progresiva y, que además tengan la garantía de universalidad y eficiencia.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al desarrollar el artículo 12 de la Observación Número 14, del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, resaltó que “para lograr el pleno ejercicio del derecho a la salud, “es necesario adoptar una estrategia nacional”, “basada en los principios de derechos

humanos” y que tenga en cuenta “los recursos disponibles”, con base en la cual se formulen políticas y se establezcan los indicadores y las bases de referencia correspondientes del derecho a la salud.¹⁰ La formulación de la política que se implemente, debe contar con la participación de las personas, en especial de aquellas que se verían afectadas por la decisión. El Estado debe garantizar la participación de las personas en (i) la fijación de prioridades, (ii) la adopción de decisiones, (iii) la planificación, (iv) la aplicación y (v) la evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud.”¹¹

4. Los límites del derecho a la salud y la práctica de cirugías con fines estéticos (Reiteración de jurisprudencia).

4.1 Los derechos fundamentales no ostentan un carácter absoluto, toda vez que esta naturaleza no significa que todos los elementos del derecho sean susceptibles de ser protegidos por vía de acción de tutela; primero por cuanto estos pueden ser limitados siguiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad y segundo, porque la facultad de poder exigir todas las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y la procedencia de esta acción son elementos diferentes y separables.¹²

4.2 Así lo resaltó la sentencia T-760 de 2008 al desarrollar dentro de sus temas, los límites del derecho a la salud:

4.3 En esta sentencia se citan algunos casos en los que la acción de tutela no ha resultado procedente, luego de que el juez de tutela determinó que la vida en condiciones dignas y la integridad de los demandantes no corrían peligro y que las intervenciones y procedimientos no buscaban fines terapéuticos¹³ sino estéticos.

“Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad. La lista de ejemplos de servicios de salud que la Corte ha admitido que sean excluidos del POS - y no autorizados, así el médico tratante los haya prescrito - podría continuar; pero no es necesario describir exhaustivamente todos los tipos de casos en los cuales se ha admitido que el derecho a la salud tiene límites, razonables y justificados constitucionalmente”. ¹⁴

4.4 El juez de tutela tiene la obligación de determinar con base en las pruebas aportadas y los presupuestos del tratamiento, si la cirugía prescrita obedece a fines estéticos o si por el

contrario ésta tiene fines reconstructivos y funcionales y hace parte de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud.¹⁵

4.5 Para poder determinar el objeto del procedimiento, en materia reglamentaria el Acuerdo 289 de 2005¹⁶, aclaró “Que de conformidad con la práctica médica, por cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales se entienden aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema, lo cual se debe prestar en los términos del Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones contenido en la Resolución 5261 de 1994”.

4.6 Además, en el citado Acuerdo en el artículo 1° se estableció que:

“En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo”.

- Cirugías Reparadoras de Seno.
- Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.
- Tratamiento para gran quemado.

Los anteriores procedimientos se encuentran incluidos en los términos y condiciones de cada régimen establecidos en las normas que definen el plan de beneficios correspondiente, sin que en ningún caso implique un incremento en las coberturas actuales”.(Negritas y subrayas fuera del texto).

4.7 Sumado a lo anterior, en el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, se presenta la lista de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud:

“ARTICULO 18. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan

obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

a. Cirugía estética con fines de embellecimiento.

(...)”.

4.8 En el mismo sentido, el Acuerdo 008 de 2009¹⁷ de la Comisión de Regulación en Salud excluyó dentro de la lista de procedimientos autorizados en el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo, aquellos relacionados con cirugías estéticas con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética¹⁸.

4.9 También se ha reglamentado que las consecuencias médicas derivadas de la práctica de un procedimiento o intervención estética se encuentran igualmente excluidas de los Planes Obligatorios de Salud. Así en el artículo 17 del precitado Acuerdo, establece:

Artículo 17- Reintervenciones: el Plan Obligatorio de Salud contributivo o subsidiado según el caso cubre las reintervenciones que sean necesarias conforme a la prescripción profesional, sin perjuicio de la atención inicial de urgencias, o que implique peligro para la vida, siempre y cuando se trate de los siguientes casos:

1. Que el procedimiento inicial o primario no haga parte de las exclusiones del plan Obligatorio de Salud, según las condiciones de cada régimen y que se hubiera efectuado con autorización de la EPS.

2. En caso de que la segunda intervención implique un pronunciamiento diferente al inicial o primario, el mismo debe estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud del régimen respectivo y se sujeta a la autorización de los servicios establecidos en la normativa vigente, salvo la atención inicial de urgencias. (Negrillas fuera del texto).

4.10 Sobre este punto, la sentencia T-676 de 2002 la cual negó los derechos invocados, estudió el caso de una mujer que ingresó a una clínica con el fin de practicarse una cirugía

plástica de aumento de senos, lipectomía abdominal y lipoinyección glútea, luego de realizada la cirugía se presentaron una serie de complicaciones como trombosis arterial, isquemía severa e insuficiencia renal, estando en peligro la integridad de sus miembros inferiores, uno de los cuales al momento de la presentación de la acción ya había sido amputado desde la cadera y en el otro se le amputaron parcialmente los dedos; además tuvo complicaciones en su sistema respiratorio y riñones. Frente a esta situación, el médico ordenó la práctica de un tratamiento de Hemodiálisis y recuperación vascular, la cual fue negada por la EPS con el argumento de que los tratamientos requeridos son consecuencia de una cirugía plástica los cuales están excluidos del POS. El peticionario de dicha acción, solicitó la práctica de los procedimientos requeridos y atención médica integral.

La Sala en dicha oportunidad, resaltó que no existía negativa de la prestación de los servicios, toda vez que se estaban llevando a cabo todos los procedimientos requeridos en cuidados intensivos. Luego, al realizar el análisis de la capacidad económica del demandante concluyó que no existe prueba que demuestre incapacidad económica y adiciona que:

“A más de lo anterior, en el presente caso la Sala observa que las actividades y procedimientos médicos requeridos por la señora Luz Amparo Tobón Giraldo en su calidad de beneficiaria del régimen contributivo al cual se encuentra afiliado su cónyuge, se han derivado de las consecuencias o complicaciones de una cirugía estética a la que se sometió libre y voluntariamente y excluidas del Plan Obligatorio de Salud”. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Además resaltó que “de conformidad con el inciso final del artículo 49 de la Constitución Política toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad, en desarrollo del cual debe adoptar las medidas necesarias para prevención de la enfermedad y evitar situaciones de riesgo para su salud”.

Estimó que: “En derecho, nadie puede invocar su propia culpa para beneficiarse y menos aún para pretender que el Estado asuma los gastos por concepto de atención médica requerida por la situación de riesgo en que la misma persona se ha colocado por imprudencia, pues debió prever las consecuencias que traería el sometimiento a este tipo de cirugías, cuyas complicaciones y desenlaces fatales para la vida, son hoy por hoy, de público conocimiento. De asumir el estado dichos costos, ello implicaría a su vez una disminución de los recursos

destinados a atender la salud de la población pobre y vulnerable”.19

4.11 En consecuencia, según la jurisprudencia de esta Corporación estos límites del derecho a la salud implican “que los tratamientos estéticos deben ser costeados por el interesado, así ello represente una carga económica elevada20”.21

5. Estudio del caso concreto

5.2 Por su parte la entidad demandada se opuso a la prosperidad de la acción por considerar que se trata de una intervención de carácter estético. Además manifestó que la cirugía de implante mamario realizada a la señora Natalia Caicedo Botero hace 5 años se practicó sin previa autorización de la E.P.S., y en consecuencia, se está solicitando una reintervención que no puede ser asumida por la entidad sino por la demandante, dado que la práctica de dicha cirugía traía consigo un riesgo que le corresponde asumir.

5.3 Dentro de las pruebas aportadas y obtenidas en sede de revisión se pudo establecer que la demandante se practicó de manera particular una cirugía estética de mamoplastia de aumento hace aproximadamente (6) años, asimismo, queda probado que se practicó unos exámenes en los cuales se determinó que presenta ruptura de las prótesis mamarias, asimismo que el médico tratante estableció que el procedimiento a adelantar era el de cirugía de cambio de prótesis mamarias y por consiguiente, diligenció el formato de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; el cual fue negado.

5.4 Vistas las circunstancias del caso concreto y las precedentes consideraciones le corresponde a la sala determinar si la E.P.S., - Servicio Occidental de Salud, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la demandante, al negar la práctica del procedimiento “cambio de prótesis mamarias”, por considerar que es de carácter estético y se encuentra excluido del POS.

5.5 La jurisprudencia ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, que debe ser garantizado por el Estado, siguiendo principios como los de eficiencia y universalidad. En este sentido, le corresponde adelantar una política pública encaminada a brindar el máximo nivel de prestación posible.

5.6 También se ha sostenido que este derecho no es absoluto y, en consecuencia, la

protección del derecho por vía de tutela tiene ciertos límites, entre ellos está la realización de tratamientos y procedimientos estéticos y cosméticos, las cuales se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

5.7 Sin embargo, en algunos casos se ha concedido un procedimiento que en principio es estético, por considerar que se trata de una intervención necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad y a la integridad humana de quien solicita el amparo.

5.8 En el presente caso, el procedimiento que solicita la señora Natalia Caicedo Botero mediante acción de tutela es una cirugía de cambio de prótesis mamaria bilateral por presentar ruptura. Es de resaltar que las prótesis de esta naturaleza tienen una vida útil y en este sentido, en la mayoría de los casos se hace necesario el cambio periódico de las mismas por ello “no se garantiza que los implantes mamarios duren toda la vida y es probable que sea necesaria una cirugía en el futuro para reemplazar uno o los dos implantes”.²²

5.9 Asimismo, se establece que de esta cirugía se puede derivar algunos riesgos que son de conocimiento por parte de quien se practica el procedimiento entre estos se encuentran:

- * cicatrización desfavorable;
- * hemorragia (hematoma);
- * infección;
- * mala cicatrización de las incisiones;
- * cambios en la sensibilidad de los pezones o los pechos, temporales o permanentes;
- * contracción capsular, que es la formación de tejido de cicatrización firme alrededor del implante;
- * fruncimiento de la piel sobre el implante;
- * complicaciones de la anestesia;
- * acumulación de líquidos;

- * coágulos de sangre;
- * dolor, que puede persistir;
- * trombosis venosa profunda, complicaciones cardíacas y pulmonares;
- * posibilidad de cirugía de revisión.²³

5.10 Por consiguiente, puede deducirse que el procedimiento solicitado mediante acción de tutela- cambio de prótesis mamarias-, obedece a una consecuencia propia de la vida útil de los implantes mamarios que lleva por consiguiente a una reintervención quirúrgica, situación que es de conocimiento para quienes deciden practicarse esta cirugía estética.

5.11 Así, es posible afirmar que la demandante desde el momento en el cual decidió de manera voluntaria y con un criterio estético, someterse a este procedimiento, sin previa autorización por parte de la E.P.S., asumía las consecuencias emanadas de su decisión, además; dispuso de una parte de su presupuesto económico para realizarse el implante y por ello es posible afirmar que cuenta con recursos económicos suficientes para sufragar los gastos médicos derivados de éste.

5.12 Sin embargo, según los documentos aportados y las manifestaciones realizadas en la acción de tutela queda probado que la demandante padece una aflicción en su salud por la ruptura de las prótesis mamarias y, que según concepto del médico tratante, la no extracción de éstas podría generar problemas en su integridad física, a pesar que el riesgo de su vida no sea inminente. Por ello le corresponde a la E.P.S., brindar la atención requerida, no obstante, en relación al costo del procedimiento, tanto de extracción como de reimplante de prótesis mamaria, considera la Sala que no puede el Sistema de Salud asumir este costo, toda vez que es de naturaleza eminentemente estética y al tratarse de una reintervención en la que no se cumplen los presupuestos del artículo 17 del Acuerdo 008 de 2009, no se encuentra cubierta por el Plan Obligatorio de Salud.

5.13 Frente al tratamiento integral, estima la Sala que tampoco puede ser de recibo, toda vez que de concederse el tratamiento como fue previsto por los jueces de instancia, se generaría a favor de la demandante una prestación casi indefinida, que va en perjuicio de la cobertura universal en la prestación del servicio, ya que como quedó claro el implante de prótesis

mamarias derivará diversas consecuencias; por ello es posible afirmar que se hará necesario su cambio en varias oportunidades y, al tener naturaleza estética no pueden ser amparadas por vía de tutela, ni pueden ser cargadas al Sistema de Salud.

5.14 En cuanto a la capacidad económica de la accionante, puede afirmarse que si bien contó con los medios económicos para la práctica de la cirugía inicial y no manifestó una variación en sus ingresos desde el momento de la cirugía hasta la actualidad, es posible concluir que puede asumir las consecuencias derivadas de la misma, además sobre este punto es importante resaltar que según la manifestación realizada por ella ante el juez de primera instancia, su madre devenga un salario de \$6.180.000 y su padre de \$3.000.000, así es posible afirmar que puede existir solidaridad familiar, en relación con los gastos que la demandante manifiesta no poder asumir; se suma además que la accionante no es madre cabeza de familia ni tiene a su cargo niños menores de edad que la hagan ser sujeto de especial protección y presumir un estado de debilidad manifiesta.

5.15 En consecuencia, la Sala decidirá revocar la sentencia proferida el 19 de mayo de 2010 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales (Caldas), que a su vez confirmó la del 13 de abril de 2010 dictada por el Juzgado Doce Civil Municipal de la misma ciudad, el cual concedió el amparo y, en este sentido negará la tutela de los derechos invocados, bajo el entendido de que esta pretensión desborda los límites establecidos para el derecho a la salud y el amparo por vía de acción de tutela y, que además los gastos derivados de una cirugía estética no pueden ser asumidos por el Sistema de Salud.

Por consiguiente se ordenará: (I) revocar el fallo de 19 de mayo de 2010, proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales Caldas y por tanto negar la “cirugía de cambio de prótesis mamarias bilateral” (II) asimismo se revocará la decisión del juez en el sentido de conceder el tratamiento integral y el recobro del valor de las prótesis al Sistema de Salud. Sin embargo si la cirugía de implante de prótesis mamaria ya se hubiere practicado, se facultará a la E.P.S., Servicio Occidental de Salud el recobro ante el Fosyga y, (III) se ordenará a la Nación - Ministerio de Protección Social - Fidufosyga, que en un término que no podrá superar 1 mes contado a partir de la notificación de este fallo, inicie las acciones administrativas, judiciales y las demás a que haya lugar, tendientes a recuperar el monto de los dineros utilizados para cubrir los gastos relacionados con el procedimiento que se practicó a la señora Natalia Caicedo Botero, ordenado mediante las providencias revocadas

en el presente pronunciamiento y que hubiesen sido cobrados a cargo del Fosyga, teniendo en cuenta que dicho monto deberá ser pagado por la accionante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Segundo: NEGAR la tutela solicitada por la señora Natalia Caicedo Botero, en el sentido de no autorizar el reimplante de prótesis mamaria bilateral y la atención integral con cargo al Fosyga.

Tercero: De haberse realizado el procedimiento -cirugía de cambio de prótesis mamaria bilateral-, ORDENAR a la Nación-Ministerio de Protección Social - Fidufosyga, que en un término que no podrá superar 1 mes contado a partir de la notificación de este fallo, inicie las acciones administrativas, judiciales y las demás a que haya lugar, tendientes a recuperar el monto de los dineros utilizados para cubrir los gastos relacionados con el procedimiento que se practicó a la señora Natalia Caicedo Botero, ordenado mediante las providencias revocadas en el presente pronunciamiento y que hubiesen sido cobrados a cargo del Fosyga, teniendo en cuenta que dicho monto deberá ser pagado por la accionante.

Cuarto: LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En el la respuesta dada al juez de instancia se establece que el médico es cirujano plástico.

2 Expediente Folio 1, cuaderno 2.

3 Expediente Folio 2, cuaderno 2.

4 Expediente Folios 3 y 4, cuaderno 2.

5 Expediente Folio 5, cuaderno 2.

6 Expediente Folio 6, cuaderno 2.

7 Expediente Folio 7, cuaderno 2.

9 Ver sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

10 La Observación sostiene que “el objetivo de los indicadores debe consistir en vigilar, en los planos nacional e internacional, las obligaciones asumidas por el Estado Parte en virtud del artículo 12. (...) Los indicadores del derecho a la salud requieren un desglose basado en los motivos de discriminación prohibidos.” Además indica que una vez identificados los pertinentes indicadores del derecho a la salud, “los Estados Parte que establezcan las bases nacionales de referencia apropiadas respecto de cada indicador.” Observación General N°14 (2000).

11 Ver Sentencia T-760 de 2008.

12 Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007; en este caso la Corte señaló que “(...) una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin.”

13 Ver Sentencia T-476 de 2000

14 Ver Sentencia T-760 de 2008.

15 Ver Sentencia T-017 de 2008.

16 Acuerdo 289 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud: "Por medio del cual se aclara la cobertura de servicios en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado".

17 Acuerdo 008 de la Comisión de Regulación en Salud: "Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regimenes Contributivo y Subsidiado".

18 Artículo 54 del Acuerdo 008 de la CRES.

19 Ver Sentencia T-676 de 2002.

20 En sentencia T-117 de 2005, la Corte negó los medicamentos Seserum Gel y Umbrella Gel solicitados por una mujer que padecía de melasma en su cara, enfermedad que le producía manchas blancas y envejecimiento en su piel. La Corte consideró que la accionante cuenta con los recursos necesarios para procurarse el suministro de dichos productos, en consideración a que los mismos no tienen un alto costo, que en principio, afecte su mínimo vital. En efecto, conforme a lo demostrado la accionante cuenta con una asignación mensual que una vez realizados los descuentos asciende a \$510.468 mientras los productos no superan la suma de \$50.000. De otra parte, en el presente caso tampoco están acreditados los presupuestos que permitan verificar la existencia de un perjuicio irremediable en cabeza de la accionante por la no entrega de dichos productos, ni se ha desvirtuado la naturaleza cosmética de los mismos, lo cual, en principio, no evidencia una afectación al derecho a la vida de la accionante.

21 Ver Sentencia T-760 de 2008.

22 Este concepto médico fue tomado de la Biblioteca Nacional de Medicina de E.E.U.U .Institutos Nacionales de Salud, http://www.plasticsurgery.org/Patients_and_Consumers/Procedures/Plastic_Surgery_Procedur

es_in_Spanish/Aumento_de_Senos.html.

23 Este concepto médico fue tomado de la Biblioteca Nacional de Medicina de E.E.U.U .Institutos Nacionales de Salud, http://www.plasticsurgery.org/Patients_and_Consumers/Procedures/Plastic_Surgery_Procedures_in_Spanish/Aumento_de_Senos.html.