

Sentencia T-888/07

DERECHO A LA SALUD-Dimensiones

ACCION DE TUTELA-Casos en que procede para proteger el derecho a la salud

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Competencia

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede

ACCION DE TUTELA-Procedencia para ordenar cirugía de mastectomía reductora por cuanto se cumplen los requisitos exigidos para el amparo de los derechos invocados

Referencia: expediente T-1649348

Acción de tutela instaurada por Luz Stella Guerrero Sánchez contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., veinticinco (25) de octubre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

La señora Luz Stella Guerrero Sánchez interpuso la presente acción de tutela en contra de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.O.S., al considerar que dicha institución le ha vulnerado su derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana. Sustenta su accionar en los siguientes hechos:

1. La señora Guerrero Sánchez indica que se encuentra afiliada a la E.P.S Servicio Occidental de Salud en calidad de beneficiaria, recibiendo atención médica a través de dicha E.P.S.1

1. El 26 de marzo del presente año, la accionante estuvo en consulta médica con la Doctora Jeannethe Cadena de Jeske, quien determinó en su dictamen médico que la accionante requería de una cirugía denominada mamoplastia reductora bilateral, por cuanto presentaba hipertrofia mamaria, lo que le venía generando problemas de salud, principalmente a nivel de la espalda.

1. Así, hecha la petición ante la E.P.S. accionada, a efectos de que autorizara los derechos de clínica, los honorarios del cirujano plástico y del cirujano ayudante así como los del anestesiólogo y de laboratorio de patología, la referida E.P.S. negó dicha petición, tal y como consta en el Formato de Negación de Servicios de Salud y/o Medicamentos de fecha 2 de abril de 2007.

1. Advierte la accionante que la petición de dicha cirugía se respalda en el hecho de que en razón al gran tamaño de sus senos, viene presentando un cuadro de dolor cervicodorsal de carácter crónico, el cual se incrementó cuando bajo de peso, pues para el mes de octubre de 2006 la accionante pesaba 90 kilogramos, y a la fecha pesa 77 kilogramos.

1. Si bien ha recibido la atención médica representada en dos sesiones de fisioterapia para

aliviar su dolor cervical y dorsal, el dolor reaparece nuevamente y éste aumenta en la noche cuando se retira el sostén.

1. Lo fuerte de estos dolores, motivaron a la médica tratante a solicitar que dicha cirugía fuera practicada lo más pronto posible, pues la afectación en la salud de la paciente, limitaba su labor diaria.

Frente a los anteriores hechos, la accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales vulnerados, y pide en consecuencia, que se ordene a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud, que le autorice y practique la cirugía denominada mamoplastia reductora bilateral.

2. Intervención de la parte accionada

* Señala que en efecto, la señora Luz Stella Guerrero Sánchez, se encuentra afiliada a dicha E.P.S. desde el 15 de marzo de 2002 en calidad de beneficiaria.

* Que según el dictamen médico, la paciente presenta mamas supernumerarias e hipertrofia mamaria, lo que genera dolores de espalda y desviación de columna, razón por la cual solicita la resección de las mamas supernumerarias y mamoplastia de reducción, procedimiento que se encuentra excluido del P.O.S. ya que se considera que es un procedimiento de orden estético y que no altera la funcionalidad.

* De esta manera, la E.P.S. no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante, pues queda claro que la cirugía por ella reclamada no se encuentra incluida en el P.O.S., pues además, a la misma paciente se le han prestado los servicios en salud que ha requerido.

* De igual manera, el apoderado judicial de la E.P.S. expone los argumentos legales y normativos según los cuales las E.P.S. como sus afiliados tienen unos derechos y obligaciones. Recuerda que en el artículo 16 del Decreto 1938 (sin año), se establece un listado de actividades, intervenciones y procedimientos para garantizar la operatividad del Plan Obligatorio de Salud y se establece el manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos que incluyen todas las actividades y procedimientos organizados por niveles de complejidad.

* Señala que la negativa en prestar la atención médica requerida por la accionante, no responde a una actitud unilateral o arbitraria de la E.P.S., pues ésta solo esta dando cumplimiento a lo fijado por el Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social.

* Anota igualmente, que según la Ley 715 de 2001 en sus artículos 42 y 43, los entes territoriales están en la obligación de asumir los servicios no asumidos por el POS, por ello solicita que se vincule a la Secretaría Departamental de Salud para que asuma lo que por ley le está obligada.

* Tampoco entiende la entidad accionada que se hubiere vulnerado el derecho a la vida de la accionante, pues la E.P.S. le ha prestado todos los demás servicios en salud, que ha requerido y que se han encontrado incluidos dentro del plan de atención.

* Advierte así mismo, que de las pruebas que obran en el expediente, que la accionante no acreditó debidamente su imposibilidad de costear el procedimiento ordenado, razón por la cual se pide que pruebe su incapacidad económica.

* Por todo lo anterior, la E.P.S. Servicio Occidental de Salud, pide:

* Negar la tutela.

* Vincular al proceso a la Secretaría Departamental de Salud, previa verificación de la incapacidad económica de la accionante para asumir el costo de dicha cirugía.

* Si la tutela fuere contraria a los intereses de la E.P.S. -S.O.S.-, autorizar el recobro correspondiente ante el FOSYGA.

3. Decisión judicial objeto de revisión

En sentencia del 9 de mayo de 2007, el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Cali, negó el amparo solicitado.

Luego de hacer varias consideraciones en relación con la procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección de alguno derechos como son la salud y la seguridad social, los cuales por su naturaleza no son derechos fundamentales sino prestacionales, el a quo consideró, que en efecto, en el presente caso no existía una prueba científica que demostrase que el derecho fundamental a la vida de la accionante se encuentre en peligro y que en conexidad con éste derecho, los derechos a la salud y a la seguridad social resulten igualmente vulnerados. Además, el procedimiento médico por ella reclamado no se encuentra incluido en el P.O.S., por lo cual será el usuario quien deberá costear, con sus propios recursos, la referida intervención quirúrgica, evitando así, el desvío de recursos económicos del sistema de salud.

Además, la accionante no aportó las pruebas de su situación económica, ya que en estos eventos como ya se indicó, será el paciente quien deba asumir los costos de dichos procedimientos. Ahora si no contará con dichos recursos económicos, la paciente podrá acudir a las instituciones públicas o aquellas privadas que tengan contrato con el estado, las

cuales estarán en la obligación de atenderla de conformidad con su capacidad de pago.

Agrega el juez de instancia que: “Aunado a lo anterior, debemos de tener en cuenta que la orden de cirugía de ‘RESECCIÓN DE MAMAS REDUCTORA’, no fue sometida ante el ‘Comité Técnico Científico de la Empresa promotora de salud S.O.S. EPS’, por lo que se desconoce cual es el concepto científico y posición de la EPS S.O.S., sobre la URGENCIA de la cirugía, la cual no esta justificada científicamente, máxime cuando la entidad accionada argumentó que este procedimiento es de ‘carácter estético’, situación que no fue desvirtuada o confirmada científicamente, y que efectivamente el despacho no puede definir por falta del conocimiento sobre aspectos científicos que están en cabeza de las partes,...”

Finalmente, reafirma el hecho de que la E.P.S. S.O.S. no ha violado ningún derecho fundamental del accionante pues le ha prestado toda la atención en salud que se encuentra dentro de la cobertura a su cargo..

4. Pruebas.

* Folio 4, fotocopia del Formato de Negación de Servicios de Salud y/o Medicamentos expedido por Servicios Occidental de Salud E.P.S. -S.O.S.- de fecha 2 de abril de 2007 y dirigido a la señora Luz Stella Guerrero Sánchez, en el cual le informan que la intervención quirúrgica por ella solicitada, se le niega por estar excluida del P.O.S.

* Folios 5 y 6, documentos suscritos por la doctora Jeannethe Cadena de Jeske, en los cuales hace el estudio completo de la condición física de la accionante, enfocada particularmente al problema de sus grandes senos, así como el dictamen médico de fecha marzo 26 de 2007, en el que solicita la autorización de los servicios y honorarios médicos requeridos para la realización de la mastectomía reductora bilateral y reconstrucción mamaria con colgajo.

* Folios 7 a 14, conceptos y consultas médicas concernientes a las diferentes patologías que aqueja a la accionante, así como también historia clínica. Se advierte los diferentes

tratamientos para bajar de peso, así como la orden de varias sesiones de terapias para aliviar el dolor de espalda. A folio 14, visto, la terapeuta de la accionante advierte que el dolor cervical y dorsal de la paciente aumenta en las noches cuando ésta se quita el sostén.

* Folio 15, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Stella Guerrero Sánchez y de su carné de afiliación a la E.P.S. S.O.S. En su documento de identidad se puede leer que la accionante nació el 22 de noviembre de 1975, con lo cual contaba con treinta y un años de edad, al momento de interponer esta acción de tutela.

* Folios 21 a 29, intervención de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

2. Problema jurídico

Trata este caso de una mujer de treinta y uno (31) años de edad que se encuentra afiliada a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- quien presenta un cuadro clínico de obesidad e cual viene siendo tratado, presentando mejoría y disminución de peso, pero padece hipertrofia mamaria, que le genera problemas en su espalda y columna, además de afectar su autoestima y condiciones normales de vida.

Así, frente a este caso, la Sala de Revisión entrará a determinar si la negativa de la E.P.S. accionada en realizar la cirugía denominada mastectomía reductora bilateral con reconstrucción mamaria con colgajo, y que fuera recomendada por la médica tratante de la señora Guerrero Sánchez, en efecto vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Para ello, la Sala de Revisión deberá analizar, i) la protección de los derechos a la salud y a la vida cuando se niega la atención médica solicitada, y cuando para ello se aduce que los servicios médicos reclamados están excluidos del P.O.S.; ii) respecto de la intervención quirúrgica solicitada por la accionante, se señalarán las circunstancias señaladas por la jurisprudencia para la procedencia de la cirugía de mamoplastia reductora.

3. El derecho a la salud y la vida en condiciones dignas. Exclusiones y limitaciones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

De la lectura del artículo 49 de la Constitución Política se advierte con claridad, que la salud tiene una doble dimensión: una como derecho en cabeza de todas las personas; y otra, que la salud es un servicio público², respecto del cual el Estado tiene la obligación de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³.

Si bien, la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho a la salud no es de aquellos derechos respecto del cual la protección por vía de tutela proceda prima facie. La garantía de este derecho impone la necesidad de reconocer que su carácter prestacional cuyo desarrollo progreso esta a cargo del Estado, y que obliga a éste último a racionalizar la asignación de inversión para el cubrimiento integral de éste derecho, respecto de la necesidad de sostenimiento que también exige la garantía y protección de otros derechos, todo ello en el entendido de que los recursos económicos para tales fines son limitados.

Asimismo, el derecho a la salud, que presenta una estructura normativa de principio – mandato al igual que otros derechos constitucionales, se caracteriza a su vez por una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante el señalamiento de las prestaciones que lo definen. Así, por una parte se debe determinar el nivel de prestación satisfactoria vista la disponibilidad de recursos con que cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud para ello, y por otra parte, se establecerán los casos en los que la protección por vía de tutela resulte ser viable.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) que la falta de reconocimiento de

prestaciones excluidas de los planes obligatorios obedezca a situaciones en las que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud puede justificarse en razón a la calidad del titular del derecho, en particular si se trata de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, personas con discapacidad, entre otros) o, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”⁴. De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente y definido cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122 de 2007, art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallos en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario o la usuaria; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por

las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.⁵

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares -en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente⁶ de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues aceptable como razón suficiente, cuando se presentan las situaciones

descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener cómo asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts. 13 y 49)"⁷. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

4. Reiteración de jurisprudencia. Cumplimiento de requisitos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional para que por vía de tutela se ordene atención médica que se encuentra excluida del P.O.S.

El Consejo de Seguridad Social en Salud, es el órgano competente dentro del Plan Obligatorio de Salud P.O.S., para señalar los servicios de salud que deben ser prestados por las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.), a sus afiliados y beneficiarios vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en el Régimen Contributivo⁸.

Así, dicho Consejo de Seguridad Social en Salud, estableció las limitaciones y exclusiones en la prestación de servicios en el P.O.S., definiendo tales restricciones como "aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos"⁹.

Con todo, vista la supremacía de la Constitución Política respecto de las demás fuentes formales del derecho, la Corte, ha procedido a inaplicar la reglamentación expedida por el CNSSS en la que se contemplan las exclusiones y limitaciones a la prestación de un servicio médico, cuando quiera que dicha "reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas"¹⁰.

Sobre el tema la Corporación ha señalado lo siguiente:

“Cuando la vida y la salud de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aun contemplados en normas legales o reglamentarias, que están supeditadas a la Constitución, cabe inaplicarlas en el caso concreto en cuanto obstaculicen la protección solicitada. En su lugar, el juez debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos superiores, que los hacen inviolables”¹¹. (Subraya la Sala).

En este sentido, para inaplicar la reglamentación sobre limitaciones o exclusiones del P.O.S., es preciso verificar el cumplimiento de una serie de requisitos que la jurisprudencia ha sintetizado de la siguiente manera¹²:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

“2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

“3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

“4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

De este modo, luego de verificar si se ha cumplido con todos los anteriores requisitos, la Corte imparte las órdenes correspondientes, es decir, ordena a la entidad de salud accionada que preste los servicios médicos reclamados por el accionante, o suministre a éste los medicamentos requeridos, en tanto correspondan a prestaciones en salud que fueron

ordenadas por el médico tratante adscrito a la respectiva E.P.S.¹³

Con todo, siempre se ha señalado en las órdenes judiciales dictadas a las E.P.S. que éstas podrán reclamar el reembolso de las sumas pagadas por los servicios prestados o los medicamentos entregados, los cuales no estaban legalmente obligadas a asumir, reclamación que podrán hacer efectiva ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA. Este recobro, lo que pretende es garantizar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues “el sistema de seguridad social está a cargo del Estado y éste, cuando la situación lo amerite, procederá a cubrir los gastos extras que se generen en aras de garantizar la satisfacción del derecho sub judice”¹⁴.

5. Caso concreto

La señora Luz Stella Guerrero Sánchez promovió la presente acción de tutela en contra de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- por considerar que ésta vulneró sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, en razón a su negativa a practicarle una cirugía denominada Mastectomía Reductora Bilateral y reconstrucción mamaria con colgajo.

Indicó la accionante que el gran tamaño y peso de sus senos le ha venido generando problemas de salud, principalmente a nivel de la espalda. Por tal motivo, su médico tratante advierte que la hipertrofia mamaria que presente la accionante debe ser manejada por vía quirúrgica, mediante una reducción del tamaño de sus senos. Se advierte igualmente, que de la lectura de la historia clínica de la accionante, se puede apreciar que padece igualmente de obesidad, y que si bien el tratamiento para reducir peso al cual se ha sometido la accionante y que le es prestado por su misma E.P.S., ha sido efectivo, por el contrario, los dolores en la espalda por el excesivo peso y tamaño de sus senos se ha agudizado aún más.

Frente a las anteriores circunstancias fácticas, advierte la Sala que en efecto, la protección constitucional reclamada por la accionante respecto de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas ha de concederse, por existir varios motivos que justifican la procedibilidad del amparo solicitado.

5.1 De la lectura de la historia clínica de la accionante, la cual obra en el expediente, se observa que corresponde a una mujer joven de treinta y un años (31) de edad, que padece de obesidad, pues para su estatura de 1,60 metros, su peso inicial antes del tratamiento de

reducción de peso era de 87 kilogramos, teniendo un Índice de Masa Corpórea (IMC) de 32,61.15

Si bien con el tratamiento que le esta siendo prestado a la accionante por la E.P.S. Servicio Occidental de Salud, le ha permitido bajar su peso a cerca de 77 kilogramos, el tamaño de sus senos y el peso de los mismos no ha variado, advirtiéndose igualmente que la paciente debe utilizar sostén talla cuarenta (40). En efecto, el excesivo peso y tamaño del busto le ha causado dolores en la espalda, tanto a nivel cervical como dorsal, malestares que no han disminuido ni siquiera con las terapias a las cuales ha sido sometida por parte de la misma E.P.S.

5.2 Ante esta patología de hipertrofia mamaria, la médica tratante advierte que la accionante es candidata a la cirugía de mastectomía reductora bilateral con reconstrucción mamaria con colgajo, razón por la cual comunicó a la E.P.S. dicho dictamen médico el 26 de marzo de 2007. Sin embargo, la E.P.S. negó tal prestación médica por estar excluida del P.O.S.

5.3 En su intervención en esta acción de tutela, la E.P.S. expuso sus argumentos para tal negativa, señalando muy especialmente que la accionante no demostró su incapacidad económica, y que era ella quien debía asumir personalmente el costo de dicha intervención. De no contar con los recursos económicos para dicho procedimiento médico, debía recurrir directamente a la red pública de salud.

Frente a los anteriores hechos, y vista la respuesta dada por Servicios Occidental de Salud - S.O.S.- E.P.S., es pertinente verificar si en el presente caso se cumple con los requisitos determinados por la Corte Constitucional para establecer la prosperidad de la acción de tutela frente a la reclamación de servicios de salud negados por estar excluidos del P.O.S. Veamos.

a. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

En el presente caso, vistos todos los documentos que obran en el expediente, en especial la historia clínica de la paciente y la intervención de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-, se puede advertir que en ningún momento se contravirtió o se puso en duda que la doctora Jeannethe Cadena de Jeske, fuese una médica adscrita a la S.O.S. E.P.S. Por lo tanto,

se entenderá que este requisito se encuentra cumplido.

b. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

Se advierte que la accionante se encuentra afiliada a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud en calidad de beneficiaria, según se desprende de la información contenida en la fotocopia del carné de afiliación a la referida E.P.S. Si bien la señora Guerrero Sánchez no señala claramente que no cuente con los recursos económicos para asumir el costo de la intervención quirúrgica que ella requiere, la carga de la prueba en este supuesto se invierte y será entonces, la E.P.S. la que deberá demostrar que la accionante si puede tener dicha capacidad económica cuya prueba no obra en el expediente.

En este punto, la Corte ha sido muy clara al establecer algunos criterios básicos que permiten despejar cualquier duda en relación con la incapacidad económica de una persona para asumir por su cuenta, los costos de cualquier atención médica que ésta reclame a su E.P.S. y que se encuentre excluida del P.O.S.

En efecto, inicialmente ha de presumirse que quien se encuentra afiliado al SGSSS a través del régimen contributivo, cuenta con cierta capacidad económica, lo que haría presumir que tiene recursos económicos para costear por su propia cuenta, la atención en salud que ella esta reclamando. Sin embargo, esta presunción no puede aplicarse de manera absoluta, y por el contrario debe entrarse verificar las circunstancias particulares en cada caso en particular.¹⁶ Así, y para efectos de establecer algunos criterios esenciales para dilucidar este aspecto económico, la Corte ha planteado varios criterios que serviría para establecer dicha capacidad económica.

(i) Inicialmente, corresponderá al accionante aportar los elementos probatorios mínimos que permitan confirmar su alegada incapacidad económica, circunstancia que concuerda con la regla general en materia probatoria, según la cual, será el actor quien deberá probar el supuesto de hecho respecto del cual pretende obtener una consecuencia jurídica determinada.

(ii) Si por el contrario, el actor afirma no contar con la capacidad económica para asumir el costo de la atención médica por el reclamada, (negación indefinida), la carga probatoria se

invierte, y será la entidad accionada la encargada de desmentir o controvertir dicha afirmación.

(iii) Con todo, se podrá aportar pruebas al proceso, a través de las cuales se pueda demostrar la incapacidad económica del accionante, como podrían ser certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba;

(iv) De la misma manera, el juez de tutela podrá, como director del proceso y en ejercicio de su poder inquisitivo, solicitar o practicar pruebas, que clarifiquen esta situación económica, permitiendo así, una de dos cosas: o la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados a la persona, o por el contrario, negar la tutela en aras de garantizar el adecuado manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, en tanto estaría aplicando el principio de solidaridad, obligando que el peticionario respecto de quien se probó su capacidad económica, asuma en consecuencia el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS. En este punto la sentencia T-1066 de 2006, señaló lo siguiente;

“A través de esta actividad se deberá verificar no solamente que la persona cuente con recursos económicos, sino también que los mismos sean suficientes para costear el medicamento, tratamiento o los elementos necesarios prescritos por el médico tratante, que han sido negados bajo el argumento de estar excluidos del POS. Esto es, deberá tenerse en cuenta, la parte que puede tomarse del flujo de ingresos mensuales del usuario sin que se menoscaben aquellos destinados para vivienda, educación, aportes a salud y pensiones y los demás elementos que le permiten a la persona la subsistencia en condiciones dignas, como alimentación y vestuario, entre otros¹⁷

“Sin embargo, la actividad positiva a desplegar por parte del juez, debe proyectarse no solamente respecto de la recaudación de las pruebas necesarias para demostrar la capacidad económica de quien solicita el amparo constitucional, sino hacia la valoración integral de las mismas, de tal suerte que, de comprobarse la existencia de recursos económicos, debe establecerse igualmente que los costos de la prestación de servicios médicos, constituyen gastos soportables¹⁸. Lo dicho se traduce en que, de asumirse el costo de los servicios médicos, no se afectan otros derechos y garantías constitucionales de forma

desproporcionada. 'De comprobarse, en el caso concreto, que la atención en salud para el peticionario representa un gasto exagerado (no soportable), entonces habrá de concluirse que el requisito de la falta de capacidad de pago para costear una prestación excluida del P.O.S. se cumple'¹⁹.

"Entonces, los jueces de tutela deben establecer no solamente la incidencia que tiene para el patrimonio de quien acude a la protección constitucional, el contar con ciertos bienes, sino también la referida a los efectos reales del mismo sobre la situación material que vive el tutelante de cara al conflicto que se está presentando y que precisamente debe resolverse.

"En este orden, no basta para que el juez tenga por probada la capacidad económica de quien acude a la tutela el simple argumento de que la persona cuenta con algunos bienes y enunciar los mismos, sino que debe hacerse una valoración integral de este aspecto con las demás pruebas arrojadas al expediente para establecer en la medida de lo posible la solvencia económica real para asumir el costo del tratamiento, medicamento, o los elementos que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y que son imprescindibles para la recuperación de las condiciones normales de salud de quienes acuden al amparo constitucional. Lo anterior debido a la necesidad de establecer el flujo de ingresos de la persona, la parte del mismo que puede dedicarse a la asunción de los servicios médicos requeridos, de tal suerte que no se afecten otras garantías fundamentales, que no necesariamente se relacionan con el mínimo vital, pues basta que el afiliado al régimen contributivo asuma una carga desproporcionada para que se vea afectado el principio de 'gastos soportables'²⁰."

Es claro entonces que, en principio, corresponde a quien acude a la tutela probar que no cuenta con recursos económicos para asumir el costo de los citados servicios médicos, pero cuando éste hace una afirmación en tal sentido, la carga de la prueba se invierte, es decir, corresponde a la entidad demandada desvirtuar esta negación indefinida. No obstante, este hecho no releva de la obligación que tiene igualmente el juez de desplegar una actividad positiva, a través de los diferentes medios probatorios tendientes a determinar la capacidad de pago del tutelante, cuando de las pruebas que obran en el expediente, no es posible establecer claramente la misma.

Con todo en el presente caso, la posición de la E.P.S. no resulta consecuente con las

consideraciones antes dichas, pues ciertamente, la entidad accionada cuenta con una herramienta de primera mano, para determinar el afiliado que le reclama el cubrimiento de una atención médica excluida del POS, cuenta o no con recursos propios para sumir dicho gasto. En efecto, a partir del monto mensual que por concepto de cotización aporta el empleador como cotización en salud, se puede inferir el salario base de liquidación de dicha cotización, estableciéndose así, el nivel de ingresos con que cuenta la persona.

De esta manera, si bien en el presente caso, no aparece probada la incapacidad económica de la accionante, pero la misma tampoco ha sido desvirtuada por la E.P.S, se dará aplicación al principio de la buena fe en los actos, principio consagrado en el artículo 83 de la Constitución, razón por la cual se considerara que la accionante no cuenta con los recursos propios para asumir el costo de la intervención quirúrgica a ella diagnosticada.

c. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

Se puede advertir que las molestias que causa a la accionante el gran tamaño de sus senos y el enorme peso de éstos, le ocasiona fuertes dolores de espalda, que si bien puede tener su origen en la obesidad que la aqueja, se confirma que esta dolencia en la espalda se aumenta o agudiza cuando la paciente se quita el sostén en las horas de la noche. (ver folio 14 visto).

En este punto, es conveniente recordar lo que en numerosos pronunciamientos ha manifestado la Corte, en el sentido de que la vida no se limita a la mera existencia biológica, sino que por el contrario, ésta comporta el elemento de la dignidad humana, entendida como, la posibilidad de exigir unas condiciones de vida superiores, alejadas del sufrimiento, que asegure así, que la persona pueda tener un normal desempeño en la sociedad. Al respecto, en la sentencia T-171 de 2003, la Corte sostuvo que el derecho a la salud se entiende como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.²²

Desde esta perspectiva, la afectación en las condiciones mínimas de salud de cualquier persona, no deben corresponder siempre a unas circunstancias de tal gravedad, peligrosidad o deterioro de la vida, que necesariamente lleguen a comprometer la propia existencia de quien se encuentra enfermo, para que, sólo frente a esas circunstancias, sus derechos fundamentales sean objeto de protección por esta vía judicial. Ello tampoco implica que la persona deba estar expuesta a un inminente peligro de muerte o que las circunstancias de la enfermedad la obliguen a afrontar una situación traumática o a tener que tolerar una situación de extremo dolor, para que solo en esos eventos, la protección constitucional de sus derechos fundamentales, resulte viable.

Es por lo anterior, que la Corte ha sido muy clara en señalar, que cualquier circunstancia que altere las condiciones normales de salud de una persona, o que lleve a que su diario vivir se torne en una existencia indigna, es justificación suficiente para que el juez constitucional otorgue la protección constitucional reclamada, en procura siempre, de lograr la recuperación de la normalidad funcional y mental de afecta a quien la padece.

Ahora bien, en el caso de la señora Guerrero Sánchez, en su historia clínica como en los demás conceptos médicos que obran en el expediente, no solo se ponen de presente su condición de persona obesa, sino también se confirma que la presencia de una hipertrofia mamaria afecta su condición física, y ello también influye de manera negativa en su autoestima y equilibrio emocional y psicológico.

Además, como se advierte de las pruebas contenidas en el expediente, si bien la accionante está siendo sometida a varias terapias físicas, estas solo han servido para mitigar de manera temporal el dolor de su espalda, el cual nuevamente reaparece con mayor intensidad cuando la accionante se quita el sostén.

Por tal motivo, se considera que el negársele la realización de un procedimiento quirúrgico de resección, vulnera el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas.

d. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida o integridad del paciente.

Considera la Sala de Revisión, que vista la historia clínica de la paciente, es claro que luego de realizado el diagnóstico por la doctora médico Jeannethe Cadena de Jeske, en la que señala que la accionante es candidata para que le sea realizada la cirugía denominada mastectomía reductora bilateral y reconstrucción mamaria con colgajo, ésta no tuvo en consideración ningún otro procedimiento o tratamiento para solucionar el problema de hipertrofia mamaria de la accionante, con lo cual se debe considerar que la única opción médica es la intervención quirúrgica y que la misma es insustituible.

En consecuencia, verificado que en el presente caso se cumple con los requisitos jurisprudenciales señalados por la Corte Constitucional para autorizar medicamentos, tratamientos o servicios médicos excluidos del POS, esta Sala de Revisión revocará la sentencia proferida el 9 de mayo del presente año por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, en el trámite de la tutela promovida por Luz Stella Guerrero Sánchez contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-. En su lugar, tutelaré sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Como consecuencia de la anterior decisión, se ordenará a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, adelante todos los trámites administrativos y procedimientos médicos necesarios para que en un plazo máximo de dos (2) meses, y previa consulta con el médico tratante, realice la intervención quirúrgicamente a la señora Luz Stella Guerrero Sánchez, dando así cumplimiento a la recomendación hecha por su médico, en el sentido de realizarle la cirugía denominada mastectomía reductora bilateral y reconstrucción mamaria con colgajo. Se advierte que de todos los trámites y procedimientos médicos que se adelanten en el presente caso, deberá informarse previamente a la paciente a efectos de que esta dé su consentimiento informado.

III. DECISIÓN

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 9 de mayo del presente año por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, en el trámite de la tutela promovida por Luz Stella Guerrero Sánchez contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-. En su lugar, TUTELAR sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en

condiciones dignas.

Segundo. ORDENAR a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, adelante todos los trámites administrativos y procedimientos médicos necesarios para que en un plazo máximo de dos (2) meses, y previa consulta con el médico tratante, intervenga quirúrgicamente a la señora Luz Stella Guerrero Sánchez, dando así cumplimiento a la recomendación hecha por dicho médico, en cuanto a la realización de la cirugía denominada mastectomía reductora bilateral y reconstrucción mamaria con colgajo. Se advierte que de todos los trámites y procedimientos médicos que se adelanten en el presente caso, deberá informarse previamente a la paciente a efectos de que esta dé su consentimiento informado.

Tercero. SEÑALAR que la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-podrá repetir en el caso concreto, contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

Cuarto. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

2 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Sentencia T-859 de 2003.

5 Ley 1122 de 2007: “Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones

de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

6 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

7 Sentencia SU-337 de 1999.

8 Sobre el tema ver la Sentencia T-1120 de 2000.

9 Artículo 86 del Decreto 806 de 1998.

10 Ibídem.

11 Sentencia T-150 de 2000.

12 Cfr. Sentencia T-406 de 2001.

13 Sobre el tema véase entre otras las siguientes sentencias: SU-480 y T-640 de 1997; T-796 de 1998; T-099, T-860, T-887, T-926 y T-975 de 1999; T-119 de 2000, T-337 de 2000 y T-1120 de 2000; T-042A, T-080, T-461 y T-566 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750 y T-828 de 2004; T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016, T-024 y T-086 de 2005.

14 Sentencia T-622 de 2000.

15 Según el servicio de información médica de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU y de los Institutos Nacionales de la Salud (www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish) se entiende como obesidad mórbida a aquellos pacientes que están desde un 50 a 100% ó 45 kg (100 libras) por encima de su peso corporal ideal. Por otro lado, un valor mayor a 39 en el índice de masa corporal se puede utilizar para diagnosticar este tipo de obesidad.

Ahora bien, el índice de masa corporal da un estimativo de lo que debería pesar una persona,

con base en su estatura. A continuación se presentan los pasos para calcularlo:

- * Multiplicar el peso en libras por 703.
- * Dividir esa respuesta por la estatura en pulgadas.
- * Dividir esa respuesta por la estatura en pulgadas de nuevo.

Por ejemplo, una mujer que pesa 270 libras y tiene 68 pulgadas de estatura tiene un índice de masa corporal de 41.0

Se recomienda usar la tabla que se presenta a continuación para ver en qué categoría encaja cada uno y si es necesario preocuparse por el peso:

ÍNDICE DE MASA CORPORAL

CATEGORÍA

Por debajo de 18.5

Por debajo del peso

18.5 a 24.9

Saludable

25.0 a 29.9

Con sobrepeso

30.0 a 39.9

Obeso

De 40 en adelante

Obesidad mórbida

EXCEPCIONES: El índice de masa corporal no siempre es una forma precisa para determinar

si una persona necesita perder peso. Existen excepciones como los físico culturistas, los ancianos y los niños.

16 Sentencias T-306 de 2005, T-372 de 2005 y T-771 de 2005.

17 Consultar al respecto, las sentencias SU-819 de 1999 y T-564 de 2003

18 Respecto de este tema, en la sentencia T-771 de 2005, se dijo: “El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo”.

19 Sentencia SU-819 de 1999, reiterada, entre otras, en la Sentencia T-564 de 2003 y T-306 de 2005.

20 En la sentencia T-771 de 2005, recordando lo plasmado en la sentencia T-666 de 2004, en la que esta Corporación al hacer referencia a la noción de gastos soportables, principio desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 4^º, sostuvo lo siguiente: “Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.”

21 Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-683 de 2003 y T-771 de 2005.

22 Sentencia T-597 de 1993.