

Sentencia T-913/05

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inaplicabilidad de restricciones.

Aunque las restricciones lo sean por disposición de la Ley o reglamento, su aplicación no puede hacerse de manera automática en todas las situaciones, sino que, deben consultarse en cada caso concreto, los criterios de prelación, necesidad y urgencia que lo rodeen, porque pueden llegar a desvirtuar su legitimidad, haciendo que, a pesar de la limitación o exclusión que se encuentra debidamente reglada, deban proporcionarse los medicamentos o servicios limitados o excluidos del POS.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Criterios de evaluación para inaplicar restricciones

En cada situación en que deba decidirse la inaplicación de las normas limitantes del POS, habrán de evaluarse, como mínimo, criterios tales como (i) la urgencia del caso, es decir, la severidad del compromiso de la vida o funcionabilidad del paciente; esto, ante la necesidad inmediata de conservar la vida o de prevenir consecuencias o secuelas críticas en su integridad personal, como derechos fundamentales; (ii) la pertinencia del medicamento en el tratamiento para lograr la conservación de la vida o integridad personal del paciente y la imposibilidad de reemplazarlo por otro del POS; hechos que si no son controvertidos por la demandada o en el proceso tutelar, se presumen ciertos por la formulación que hace el médico tratante; (iii) que se acredite que el paciente carece de recursos económicos para sufragar la adquisición del medicamento o de los medios para obtenerlos por otra vía, criterio donde además se tendrá en cuenta si el paciente pertenece a alguno de los grupos o categorías que por mandato constitucional expreso, jurisprudencia constitucional o disposición legal, tiene derecho a una atención preferente por parte del estado; (iv) que la prescripción del medicamento la haya efectuado un médico vinculado al ente obligado a la atención del paciente, situación que de no ser discutida por la accionada o desvirtuada por otro medio durante el proceso tutelar, debe presumirse respecto de quien suscribe la fórmula.”

DERECHO A LA SALUD-Diferencias entre mamoplastia reductora de carácter estético y funcional

La Corporación ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las

funcionales y así, ha determinado la inaplicación de las normas del POS para ordenar a las entidades del sistema su realización. Al efecto, ha reconocido que ante las consecuencias secundarias de la gigantomastia, que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción puede dejar de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a esas dolencias, a las que no puede estar sometida la afiliada; y si el procedimiento ha sido indicado por los profesionales de la salud que tratan al paciente, por su no realización se vulneran o ponen en riesgo los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad personal del accionante, resultando entonces la acción de tutela mecanismo procedente para su amparo.

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de mamoplastia reductora

Referencia: expediente T-1117360

Acción de tutela instaurada por Luz Stella Tamayo Bedoya, contra, Saludcoop EPS.

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., primero (1º) de septiembre de dos mil cinco (2005)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Manizales, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Luz Stella Tamayo Bedoya, contra, Saludcoop EPS.

I.- ANTECEDENTES.

La señora Luz Stella Tamayo Bedoya, que padece Hipertrofia Glandular Progresiva, al considerar vulnerados sus derechos a la dignidad humana, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, interpuso acción de tutela contra la E.P.S. Saludcoop, por cuanto esta entidad, bajo el

argumento de que se trata de una cirugía estética y por tanto no se encuentra cubierta por el Plan Obligatorio de Salud, se niega a autorizarle la cirugía de mamoplastia reductora bilateral con reconstrucción con colágeno, que le fuera prescrita por su médico tratante y adscrito a esa entidad.

1.- Como hechos y fundamentos de su petición, señala la accionante que:

Padece de una enfermedad en que progresivamente le aumenta el tamaño de los senos y por el peso, se le producen fuertes dolores y deformidad en la clavícula. Para tratarla, hace 8 años le practicaron una mamoplastia, sin que se lograra detener el crecimiento, debido a un problema glandular que le aqueja; que para el efecto, se le recetaron unos medicamentos que según el médico tratante, podrían tener efectos secundarios a largo plazo y acarrearle otros problemas de salud y en razón a ello, le ordenó una nueva intervención quirúrgica de mamoplastia de reducción, con reconstrucción con colágeno.

Afirma que solicitada la autorización a la EPS Saludcoop, con desconocimiento del concepto médico, se le negó la intervención por considerarla como cirugía estética y estar por fuera del cubrimiento del POS. Que la operación tiene un costo de tres millones de pesos, que ni ella ni su familia están en capacidad económica de cubrir.

Alega que si bien es cierto la enfermedad no pone en riesgo su vida, sí le afecta de manera sensible el derecho a llevarla en condiciones dignas por los dolores y molestias permanentes que debe padecer; y ésta, ha sido considerada por la Corte Constitucional como razón de amparo tutelar, habida cuenta de la orientación filosófica que privilegia la atención del ser humano en el estado social de derecho que establece el nuevo ordenamiento constitucional¹.

Igualmente, invoca el derecho a la igualdad en el tratamiento de su caso, para que en los términos de la jurisprudencia constitucional en que se estima que cuando se compruebe la falta de capacidad económica del afiliado y de su familia para cubrir los gastos que por ley les corresponde hacer en el sistema de seguridad social, la entidad adscrita al mismo, debe prestarle la atención asumiéndolos con posibilidad de recobro al Fosyga.

Solicita por tanto, se tutelen sus derechos fundamentales atrás enunciados, y se ordene a la accionada, a su cargo, realizarle la cirugía que se ha mencionado, brindándole de manera

oportuna el tratamiento integral que requiera, y la orden de que efectúe el recobro al Fosyga.

2.- Respuesta de la accionada.

La gerente Regional de Saludcoop EPS, al responder la anterior demanda, confirma las condiciones de afiliación de la accionante y los antecedentes clínicos de la misma; pero se opone a la prosperidad de la misma con los siguientes argumentos: (i) para el caso demandado, existen alternativas terapéuticas en el POS, como son el medicamento Tamoxifeno que le fue formulado por el gineco obstetra y que de acuerdo con los registros de su historia clínica, no están acreditados ni la intolerancia ni los efectos secundarios nocivos que manifiesta, siendo contradictorio que el mismo facultativo que los prescribe sea quien los pronostique; además que esta sintomatología tiene manejo con fisioterapia y reducción de peso para disminuir el tejido graso mamario, tratamientos que deben agotarse antes de recurrir a la cirugía y se adelantarían con nutricionista y fisiatra; (ii) que el antecedente de otra mamoplastia previa a su actual situación, no deja presagiar la segunda cirugía como la solución al caso, pues puede presentarse una nueva progresión de la hipertrofia; (iii) que la reconstrucción con colágeno que se solicita, evidencia los objetivos netamente estéticos de la cirugía y por tanto, que no son funcionales, puesto que la finalidad que con él se consigue es elevar el seno para brindar apariencia juvenil; (iv) que la evidencia médica determina en un alto porcentaje, la posibilidad de que con un tratamiento nutricional adecuado se logren idénticos resultados de reducción que con la cirugía y ello, adicionado al tratamiento con fisiatra, pueda solucionar definitivamente los problemas de dolor de la paciente quien registra un sobre peso. Concluye diciendo que es necesario que la accionante primero se someta a los tratamientos que le ofrece la EPS, ya que éstos pueden hacer innecesario el procedimiento solicitado.

II.- FALLO OBJETO DE REVISIÓN.

El Juez Séptimo Penal Municipal de Manizales, en sentencia del 22 de abril de 2005, considerando que la cirugía reclamada por la accionante no es una operación terapéutica sino estética y que por ello no está contemplada en el POS, estima que la accionada no ha vulnerado ni amenazado derecho alguno a la actora y por tanto, decide negar por improcedente la tutela impetrada.

Llega el juez a tal conclusión basado en el concepto médico del cirujano plástico sobre el tratamiento recomendable para solucionar a la accionante la “mastodinia crónica” -dolor mamario que padece-, el cual consiste en una “mastectomía subcutánea completa y reconstrucción con prótesis de silicona de tipo anatómico texturizado submusculares bilaterales”, atendiendo al hecho que mientras la enferma tenga glándulas mamarias, el dolor persistirá. Al punto se recalca en la providencia, que de acuerdo con el dicho del mismo galeno, es la paciente la que no estaría dispuesta a someterse a la extirpación de sus órganos y es de allí que surge la prescripción de la cirugía de reducción que efectúa el gineco obstetra, quien no obstante, aclara que el procedimiento beneficiaría a la accionante, pero según lo planteado en el concepto de Cirugía Plástica.

Colige entonces el fallador, que con la cirugía de “mamoplastia de reducción con reconstrucción de pezón y aureola” reclamada por la demandante, ésta solamente obtendría reducción de grasa en sus senos, sin solucionar el problema hormonal y glandular que son los que le causan el dolor y el crecimiento; y que habiéndose demostrado con los resultados de la cirugía anterior, que a pesar de ella se repitieron los molestos síntomas, este procedimiento no garantiza la reacción favorable buscada, siendo posible que una vez más se vuelvan a presentar.

La anterior decisión no fue impugnada.

III.- PRUEBAS.-

Dentro de las pruebas allegadas al expediente, se consideran relevantes las siguientes:

3.1.1. Diagnóstico del médico gineco obstetra Jorge Enrique Serna López, del 04/02/05, sobre la paciente Luz S. Tamayo B.2.

3.1.2. Solicitud dirigida a Saludcoop el I-26-05, para que autorice la cirugía a la accionante, efectuada por el médico cirujano plástico Gustavo Echeverri de la Roche, donde se indica como diagnóstico de : “Hipertrofia mamaria severa 2ia a descontrol hormonal y glandular”. Procedimientos solicitados: “ 1.- Mamoplastia reductora bilateral; 2.- Reconstrucción de pezón y aureola con colgajo; 3.- Anestesia General; 4.- Ayudante”3

3.1.3. De folios 11 a 15 obran varias ordenes médicas, resultados de exámenes, y remisiones

a especialistas, en las que se destacan las que reposan a folio 13, orden de interconsulta A 0858288 de fecha 29- III- 03, 13 vuelto y 14, donde en varios registros de consulta, se refiere la intolerancia de la paciente al medicamento Tamoxifeno.

3.1.4. Historia clínica de la accionante de “Santillana – Centro Médico de Especialistas S.A”, a folio 16.

3.1.5. En el folio 17, obra la “Evolución de la historia clínica general” de la paciente en Saludcoop EPS.

3.1.6. En los folios 18 y 19 reposan las comunicaciones en que la accionante pide a la accionada explicación escrita de la razón por la cual no se autoriza la cirugía, y la respuesta a la misma.

3.2.- El Juzgado de conocimiento requiere tanto al gineco obstetra como al cirujano plástico que han tratado a la paciente, para que informen sobre el estado de salud de la accionante, y para que en relación con la cirugía tantas veces mencionada, indiquen con qué urgencia se requiere, las posibles consecuencias que puede acarrear su no realización y si hay alternativas de ser reemplazada por otro tratamiento incluido en el POS. Las respuestas reposan a folios 33 y 34.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico a resolver.

La Sala debe entrar a resolver si la accionante, que presenta un cuadro clínico de padecimientos secundarios a la gigantomastia de que adolece, tiene derecho a que por el

sistema de seguridad social en salud se le practique una cirugía de mamoplastia reductora prescrita como complementaria por sus médicos tratantes, cuando ya ha sido sometida a tal tratamiento y los síntomas aflictivos le han repetido, atendiendo igualmente su decisión de no someterse al tratamiento de mastectomía indicado médicamente como la eficaz y definitiva solución para su caso. Como la EPS a que se encuentra afiliada, se ha negado a realizarle la intervención quirúrgica argumentando que está calificada como estética por las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud y por ello se encuentra excluida del mismo, al igual que refiere la existencia de tratamientos alternativos para el manejo de las dolencias que aquejan a la demandante, se establecerá si tal proceder vulnera los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal, por la conexidad con los derechos a la salud y a la seguridad social como lo afirma la actora. Dilucidado el tema, se decidirá en concreto si el amparo tutelar de los mismos es o no procedente.

Para el efecto, (i) se reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en relación con las circunstancias que posibilitan a los afiliados el acceso a procedimientos quirúrgicos y en general a servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, con la correlativa obligación de las entidades de prestarlos, y la procedencia de la acción de tutela para lograr esta asistencia; (ii) frente al caso concreto, se analizarán además las circunstancias previstas por la jurisprudencia para la procedencia de la cirugía de mamoplastia reductora a cargo de las Entidades pertenecientes al sistema de seguridad social en salud y el propósito que se busca con la intervención quirúrgica prescrita a la accionante.

3.- Derecho a la salud y a la Seguridad Social. Inaplicabilidad de las restricciones del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Consagra la Constitución Política en los artículos 48 y 49, que la seguridad social y la atención de la salud, son servicios públicos de carácter obligatorio para el Estado, y que por tanto, éste debe garantizar a todas las personas el acceso a los mismos. Para cumplir con ello, se ha instituido el Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde en favor de todos los afiliados al mismo, se crea un paquete obligatorio mínimo de servicios de salud, tendientes a la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

Este es el Plan Obligatorio de Salud, POS, en el cuál, hay limitaciones y exclusiones. Respecto de ellas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha advertido que, aunque las

restricciones lo sean por disposición de la Ley o reglamento, su aplicación no puede hacerse de manera automática en todas las situaciones, sino que, deben consultarse en cada caso concreto, los criterios de prelación, necesidad y urgencia que lo rodeen, porque pueden llegar a desvirtuar su legitimidad, haciendo que, a pesar de la limitación o exclusión que se encuentra debidamente reglada, deban proporcionarse los medicamentos o servicios limitados o excluidos del POS.

Al respecto, en la sentencia T- 704 de 2005, M.P., Clara Inés Vargas Hernández, en que se dispuso el suministro de medicamentos excluidos del POS, se precisó:

“Indica lo anterior, que en cada situación en que deba decidirse la inaplicación de las normas limitantes del POS, habrán de evaluarse, como mínimo, criterios tales como (i) la urgencia del caso, es decir, la severidad del compromiso de la vida o funcionabilidad del paciente; esto, ante la necesidad inmediata de conservar la vida o de prevenir consecuencias o secuelas críticas en su integridad personal, como derechos fundamentales⁴ ; (ii) la pertinencia del medicamento en el tratamiento para lograr la conservación de la vida o integridad personal del paciente y la imposibilidad de reemplazarlo por otro del POS; hechos que si no son controvertidos por la demandada o en el proceso tutelar, se presumen ciertos por la formulación que hace el médico tratante; (iii) que se acredite que el paciente carece de recursos económicos para sufragar la adquisición del medicamento⁵ o de los medios para obtenerlos por otra vía, criterio donde además se tendrá en cuenta si el paciente pertenece a alguno de los grupos o categorías que por mandato constitucional expreso, jurisprudencia constitucional o disposición legal, tiene derecho a una atención preferente por parte del estado⁶; (iv) que la prescripción del medicamento la haya efectuado un médico vinculado al ente obligado a la atención del paciente, situación que de no ser discutida por la accionada o desvirtuada por otro medio durante el proceso tutelar, debe presumirse respecto de quien suscribe la fórmula.”

De la valoración de las anteriores circunstancias en el caso concreto, deberá establecerse la concurrencia de los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha establecido para definir la procedencia del suministro de medicamentos y procedimientos no incluidos en el POS por parte de las entidades pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, que a continuación se sintetizan: 7

i. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace derechos fundamentales del interesado.

i. Que el medicamento o tratamiento excluido, no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, con el sustituto no se obtenga el mismo nivel de efectividad.

(iii) 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 .

(iv) Y finalmente, 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.

El primer requisito, encuentra su fundamento en la necesidad de proteger de forma prevalente los derechos fundamentales, pues es la misma Constitución en la que se establecen, la que dispone su supremacía sobre cualquier disposición de otro orden que a riesgo los confronte. En este contexto, cuando por la observancia de las normas que regulan los derechos prestacionales a la salud y a la seguridad social, como las relativas al POS, se ponga en peligro o se vulneren derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal, o la dignidad humana, deben ser inaplicadas, pues la protección de aquellos, es inmediata, sin perjuicio de que se establezcan las restantes exigencias mencionadas.

Para la Corte la salud e integridad física de la persona, son condiciones integrantes del derecho fundamental a la vida y se revela entre ellos una conexidad de las partes y el todo. Por esto precisa que la protección constitucional, no sólo ha de brindarse cuando la vida sea amenazada con desaparecer totalmente, sino también cuando son sus componentes los que se afectan o perturban, toda vez que por ello de una u otra forma se afecta la vida humana y se menoscaba el curso digno que debe tener la misma. Así se ha pronunciado al respecto al proteger conjuntamente los citados derechos:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del

derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes - derecho a la salud y derecho a la integridad física - no lo son.

[...]

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho - porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal 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 o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud".⁸

“Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.

El dolor envilece a la persona que lo sufre. Si quien está en el deber de impedirlo no lo hace, incurre con su omisión en la vulneración del derecho a la integridad personal del afectado, quedándole a éste último la posibilidad de ejercer acciones judiciales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales”⁹

Igualmente, hay afecciones a la salud o a la integridad física de la persona que sin implicar

un riesgo inminente a su vida o integridad física, perturban su dignidad como ser humano y le impiden llevar su existencia en las condiciones de decoro que su condición de tal amerita; por tanto, cuando se presenten estas circunstancias, la situación enmarca en los presupuestos de riesgo de los derechos fundamentales para acceder a la inaplicabilidad de las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, pues se trasgrede el principio de dignidad humana, orientador básico de nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia ha precisado que la interpretación y aplicación del derecho a la vida, debe hacerse bajo la óptica del principio de la dignidad humana, contenido en el artículo primero de la misma Constitución Política, para que haya una eficaz protección de este derecho.

“Las normas consagradas en la Constitución Política, en especial las que hacen referencia a los derechos fundamentales, no son conceptos aislados, por lo que es necesario observarlas y aplicarlas en su conjunto para así proteger eficazmente los derechos de los seres humanos. Por tanto, resulta palmario que el derecho fundamental a la vida debe ser armónicamente interpretado con el derecho a la dignidad humana, por lo que cualquier acción u omisión que injustificadamente ponga a un individuo en una situación de aflicción, implica una lesión de tan importante derecho.”¹⁰

4.- Procedencia de la acción de tutela para amparar los Derechos a la salud y a la Seguridad Social. Procedencia de la tutela para ordenar la práctica de mamoplastia reductora de carácter funcional. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela instituida por el artículo 86 de la Constitución Política, es un mecanismo judicial expedito para obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, y el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De la literalidad de la norma se establecen por tanto, los tres requisitos esenciales y concurrentes de procedibilidad de la acción, como son: que sea un derecho fundamental el que se haya vulnerado o esté en peligro de vulneración y que no haya mecanismo judicial distinto para protegerlo del menoscabo, bien sea por ineficaz o por inexistente. Es decir, si no se trata de un derecho fundamental, si no ha sido vulnerado o no está en peligro de serlo o si

existe otro mecanismo ordinario de reclamación no agotado por el actuante, no es viable la utilización de la acción de tutela.

Frente a la primera exigencia, de que se trate de un derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional en forma consistente ha determinado que es admisible la acción de tutela cuando el derecho reclamado, que no tiene el rango de fundamental, esté en conexidad directa con uno de tal naturaleza que se ve vulnerado o amenazado, relación que por tanto debe resultar probada en la actuación respectiva.

Tratándose de los derechos a la salud y a la seguridad social, se ha reconocido su naturaleza de prestacionales ya que para su realización, se requiere de la existencia de disposiciones normativas que regulen la prestación del servicio correspondiente, y por tanto, no pueden ser reclamados directamente mediante esta acción; pero si su inaplicación implica que se afecten o arriesguen en forma dañina derechos fundamentales como el de la vida o la integridad personal, o la dignidad humana, se genera la conexidad exigida jurisprudencialmente para que su amparo sea viable a través de la tutela. Es así como en la prestación de los servicios de salud, frente a las limitaciones y exclusiones del POS, también es consistente la jurisprudencia que avala su inaplicación, cuando por ella resulten trasgredidos o amenazados derechos esenciales.

Bajo esta óptica, en varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha proferido y avalado las decisiones de tutela que ordenan practicar la cirugía de mamoplastia reductora, calificada como estética en el plan obligatorio de salud y por tanto excluida del mismo, cuando esté demostrado que ésta no tiene fines estrictamente estéticos, sino que está destinada a poner fin a afecciones ocasionadas por la hipertrofia mamaria, haciendo que su objetivo primario sea el de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de aspectos corporales.

En este contexto, la Corporación ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales y así, ha determinado la inaplicación de las normas del POS para ordenar a las entidades del sistema su realización. Al efecto, ha reconocido que ante las consecuencias secundarias de la gigantomastia, que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción puede dejar de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a esas

dolencias, a las que no puede estar sometida la afiliada; y si el procedimiento ha sido indicado por los profesionales de la salud que tratan al paciente, por su no realización se vulneran o ponen en riesgo los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad personal del accionante, resultando entonces la acción de tutela mecanismo procedente para su amparo.

“En cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales.”¹¹

Así lo ha decidido en varios de sus pronunciamientos, en los que aparecen enunciadas como especiales secuelas dañinas de la hipertrofia mamaria, cuya disminución o cura se obtiene con la realización de esta cirugía, los dolores en los huesos de los hombros, la cervicalgia, la dorsalgia y los cambios a nivel de la columna vertebral.¹²

En consecuencia, ante la prescripción médica de éste procedimiento, cuya realización se reclame por vía de la tutela, se debe verificar que la situación, condiciones y circunstancias particulares, enmarquen dentro de los parámetros jurisprudenciales anteriormente descritos, a fin de establecerse si la misma no es de carácter eminentemente estético o cosmético, sino que es eficaz para objetivos funcionales del paciente, y por tanto, haya lugar a la protección de los derechos mencionados mediante esta acción, ordenando la práctica de la cirugía a pesar de estar excluida del POS.

5.- El caso concreto.-

La presente acción se instaura por la señora Luz Stella Tamayo Bedoya, que estima vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, por la negativa de la EPS Saludcoop, a la que se encuentra afiliada, a realizarle una cirugía de reducción de busto, que calificada como estética por las normas que

regulan los procedimientos quirúrgicos que cubre el Plan Obligatorio de Salud, la excluye del mismo; pues considera que a pesar de esa razón, ante las molestias que su padecimiento le ocasiona, debe darse en tutela protección y prevalencia a sus derechos esenciales, ordenando que la entidad perteneciente al Sistema, le autorice la operación y asuma los gastos que el procedimiento y su tratamiento ocasionen, ya que no cuenta con recursos económicos para el efecto, además de que hay la posibilidad que por ello, la demandada repita contra el Fosyga.

La accionada se opone a las pretensiones de la demandante, al estimar que en el POS existen tratamientos alternativos que no se han agotado y que está en disposición de brindar a la paciente, los cuales consisten en el suministro del medicamento Tamoxifeno, efectivo inhibidor del crecimiento mamario, complementado con un plan nutricional que le permitiría reducir en forma generalizada el exceso de peso que tiene para su edad y talla, y que junto con fisioterapia localizada, podría solucionar definitivamente los problemas de dolor. Afirma que según la evidencia médica, un tratamiento nutricional adecuado podría generar idénticos resultados al de la cirugía de reducción con la cual se obtendría una disminución de 500 gramos de grasa en cada mama, máxime si se tiene en cuenta como antecedente, que esta intervención ya le ha sido practicada, repitiéndole los síntomas; lo que en su sentir indica que la segunda no sería la solución, pues posiblemente habría una nueva progresión de la hipertrofia. Concluye que en estas circunstancias, no se cumple con uno de los presupuestos esenciales de procedencia de la tutela para inaplicación del POS, pues debe someterse previamente a los tratamientos alternativos que éste le ofrece; y que los padecimientos que afectan la vida digna de la accionante, no tienen como causa efectiva la no realización de la cirugía reclamada. Alega además, que la cirugía debe considerarse como estética, ya que con la reconstrucción con colágeno que también se pide, solamente se logra elevar el seno para darle apariencia juvenil.

El Juez de tutela negó el amparo, al considerar que de acuerdo con los conceptos emitidos para el caso por los médicos tratantes, la cirugía de reducción no va a proporcionar la mejoría que requiere la accionante, pues ya le fue practicada una con anterioridad, volviéndose a presentar la sintomatología que hoy la aqueja; síntomas que en concepto del cirujano plástico tratante, no desaparecerán mientras la paciente conserve sus glándulas mamarias y por lo que este especialista ha señalado, que lo indicado es la extirpación de las mismas, procedimiento al que la paciente no está dispuesta a someterse.

Para la Sala, en el caso en estudio está establecido que en las reglamentaciones del Plan Obligatorio de Salud el procedimiento quirúrgico de mamoplastia de reducción reclamado, se encuentra clasificado como cirugía estética y por ello excluida del mismo. No obstante observa que se dan los elementos indicados por la jurisprudencia, para la inaplicabilidad de las disposiciones del POS que excluyen o limitan la práctica de la cirugía de mamoplastia de reducción bilateral, pues los elementos probatorios del plenario, descartan los fines netamente cosméticos o de embellecimiento de la operación y en su defecto, demuestran la necesidad de realizarla como complemento al tratamiento medicinal que le ayudará a la accionante a sobrellevar o superar en forma mas pronta, y menos traumática los padecimientos colaterales de la hipertrofia mamaria que padece, lo cual revela su carácter de cirugía funcional, además de que contribuye a preservar su vida en condiciones dignas.

A tal conclusión llega partiendo de los diagnósticos de los médicos que han atendido a la paciente y sus conceptos sobre el tratamiento a seguir, que dicen:

“Paciente con mastodinia crónica con hipertrofia grado II sobre IV con cicatriz previa de mamoplastia reductora de seis años a la cual se le explica que las molestias se le van a presentar mientras continúe teniendo glándula mamaria para lo cual se le aconsejaría una mastectomía subcutánea completa y reconstrucción con prótesis de silicona de tipo anatómico texturizado submusculares bilaterales; se le recomendó fisioterapia y se solicitaron ordenes para una mamoplastia reductora bilateral con reconstrucción de pezón y areola por colgajos bilaterales puesto que la paciente no está dispuesta a la mastectomía que sería la indicación.”¹³

“Paciente de 41 a - Hc de displasia mamaria y mastodinia bilateral de varios años, muy difícil control y tratamiento- Se ha tornado cada vez más incapacitante- Ha recibido tratamiento con Tamoxifeno con poca mejoría.- Se nota aumento de tamaño progresivo- Con Dx de hipertrofia mamaria severa 2ª a desbalance hormonal, glandular, se sugiere manejo quirúrgico.: Mamoplastia reductora bilateral. Reconstrucción de pezón y aureola con colgajo”.

“ La paciente ha sido tratada simultáneamente por Cirugía Plástica, quien considera que cursa con una hipertrofia mamaria severa, secundaria a descontrol hormonal y glandular y plantea tratamiento quirúrgico: mamoplastia reductora bilateral, reconstrucción de pezón y areola con colgajo. Teniendo en cuenta la cronicidad de la patología descrita en esta paciente, la poca respuesta al tratamiento médico y el incremento en la intensidad de su

dolor mamario, así como el importante aumento en el tamaño de sus mamas, esta paciente se beneficiaría de tratamiento quirúrgico, según lo planteado por Cirugía Plástica.”¹⁴

El fundamento central de la accionada para desestimar la eficacia de la cirugía ordenada en la solución al problema médico de la demandante, consiste en que ya se le practicó una la cirugía de esa naturaleza que no fue solución definitiva a su caso, por lo que para ella, nada garantiza que la segunda intervención si lo sea. Por esto, plantea un manejo que considera supletorio o alternativo al quirúrgico, que además está incluido en el POS. Frente a esos argumentos, para la Sala es indispensable analizar si las condiciones del tratamiento médico previo a la cirugía realizada y las existentes para la que se solicita son las mismas.

El diagnóstico de los médicos tratantes, hoy indica que la hipertrofia mamaria severa que padece la paciente es secundaria a un desbalance hormonal y glandular¹⁵. No consta en el expediente, que con anterioridad a la primera cirugía de reducción, a la accionante se le haya tratado el problema hormonal que le ocasiona la gigantomastia; y como para esta oportunidad se le está proporcionado tal tratamiento con el medicamento Tamoxifeno y son los mismos médicos tratantes quienes prescriben nuevamente la cirugía de reducción como complementaria a ese, para la Corte es distinto el panorama de expectativas sobre los resultados de la nueva intervención; resultados que como se advierte en el proceso, garantizan la reducción inmediata del busto y con ello, la de las molestias secundarias; lo que comparado con los hipotéticos logros de los dispendiosos tratamientos complementarios de nutricionista y fisiatra propuestos por la accionada, apuntan a indicar que la cirugía es la más efectiva y pronta alternativa de alivio para la paciente, sin que por ello, estos últimos procedimientos deban desecharse, pues se muestran como coadyuvantes adicionales al medicamento y a la cirugía para el control posterior de la reaparición de los síntomas. Para nadie es un secreto la lentitud de los resultados de reducción de grasa a través de tratamientos dietético- nutricionales y por ello, así sean efectivos para el efecto, como ya se advirtió por esta Sala, no se puede someter a la paciente a que continúe en el tiempo con los padecimientos que sufre.

Ahora bien, es cierto que inicialmente la paciente presentó intolerancia al medicamento Tamoxifeno, según las anotaciones ya referidas de la historia clínica, pero los mismos registros dan cuenta que en las proximidades a habersele prescrito la cirugía como complementaria a ese manejo médico, tal situación varió favorablemente para su caso

cuando se le disminuyó la dosis; así se consigna en la historia clínica lo pertinente: a folio 16 vuelto de la actuación, el 19 de marzo de 2004, “ Se decide reiniciar Tamoxifeno a menor dosis”; el registro del 3 de septiembre de 2004, dice: “Refiere mejoría con el Tamoxifeno- Buena Tolerancia..[...]... Buen estado general- [...] no mareos, no dolor....”; además, en el folio 17, para el 17 de Diciembre de 2004, en que se registra que la mastodinia había aumentado principalmente durante la menstruación, el gineco obstetra que la atiende, solicita concepto de un especialista en cáncer ginecológico sobre el uso de Tamoxifeno en la paciente y éste, en la consulta del 21 de ese mismo mes, asienta que “consulta por mastodinia cíclica severa que solo ha cedido a Tamoxifeno”, y vuelve a prescribirlo. Se observa por la Corte que entonces, este medicamento es la mejor opción que los médicos han encontrado para contrarrestar el problema hormonal que ellos consideran primario en la paciente y por tanto, el manejo de la gigantomastia que se volvió a presentar, deberá hacerse por el medio complementario mas eficaz e inmediato que es la cirugía, suministrando adicionalmente los tratamientos nutricionales y de fisioterapia, que como se advirtió, ayudarán a controlar la reaparición de la sintomatología.

No deja de advertirse, que en opinión del cirujano plástico,¹⁶ el tratamiento indicado para la solución definitiva del problema que aqueja a la accionante, sería una mastectomía subcutánea completa; pues, estima que mientras la paciente mantenga sus glándulas mamarias, los síntomas que hoy la agobian volverán a repetirse.¹⁷Al punto, consta en la actuación¹⁸ que a la paciente se le hizo tal advertencia, pero según el mismo galeno, ella no está dispuesta a someterse a la mencionada amputación como solución puntual a su problema; determinación por demás personalísima que como tal, la Corte está en obligación de garantizar y respetar, pues es derecho constitucional que le asiste, frente al cual nadie le podría imponer que si no es su voluntad, admita procedimiento tan radical.

Así, y sin que por esta Corporación se pretenda invadir el campo de la medicina para indicar autónomamente la pertinencia de uno u otro tratamiento, es la opinión de los médicos tratantes que aconsejaron la cirugía, la que le hace inferir que con los manejos médicos complementarios que la accionada presenta como alternativas al quirúrgico en el POS, no se avizora la efectividad y oportunidad requeridas para el alivio de la situación de la paciente, que se torna cada vez mas incapacitante, de tal forma que puedan reemplazar los resultados inmediatos que proporcionaría la cirugía prevista como complementaria del tratamiento medicinal que se ha identificado como el que se debe seguir con la paciente; pues como ya

se dijo, ella descarta la posibilidad de someterse a la solución definitiva de la mastectomía.

Existen en la Corte precedentes sobre lo prolongados e ineficaces que resultan a veces los tratamientos de fisioterapia como alternativa de manejo médico de los malestares secundarios que produce la hipertrofia mamaria, que la han llevado a emitir pronunciamientos en que se ordena la realización de la cirugía de mamoplastia de reducción por su utilidad para el efecto. Así, se ha expresado en algunas sentencias:

“... En el caso sub examine la Sala encuentra que, según abundante material probatorio, la demandante necesita una mamoplastia reductora como remedio a lesiones y dolores de espalda, y como prevención de daños que pueden resultar irreparables en la configuración física de la persona -particularmente en la columna vertebral-, que, como los mismos médicos lo advierten, no han podido ser curados no podrían ser eficientemente evitados con la fisioterapia a la que durante ocho años se ha sometido la paciente”¹⁹.

“[...] Por el contrario, está demostrada la necesidad de realizar la cirugía de mamoplastia de reducción, en cuanto la hipertrofia mamaria severa que padece la accionante no puede seguir siendo atendida con sesiones de fisioterapia sin poner en riesgo su integridad personal.”²⁰

Y es que para la Corte de acuerdo con las consideraciones precedentes, no existe ninguna incertidumbre acerca de que por la estrecha y directa conexidad que en el caso tienen los derechos a la salud y a la seguridad social con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la vida en condiciones digna de la accionante, la no realización de la cirugía los está menoscabando y por ello su protección inmediata se impone, pues sufre, como ella lo advierte, de dolencias colaterales causadas por la hipertrofia mamaria y el gigantismo que hoy presenta, afecta sin duda vida en condiciones dignas.

En consecuencia, establecido el carácter funcional de la cirugía y su mayor efectividad frente a los tratamientos alternativos propuestos por la accionada – que deberán seguirse suministrando porque ayudarán a controlar la reaparición de la sintomatología-, así como evidenciada la necesidad de contrarrestar a brevedad los problemas de salud que aquejan a la accionante, se han desvirtuado los fundamentos con que el amparo fue negado, debiéndose revocar la decisión revisada para en su defecto concederlo. Se ordenará entonces a la accionada, Saludcoop EPS, a su costa, la realización de la cirugía en las

condiciones previstas en las prescripciones médicas, concediéndole un término de quince (15) días a partir de la fecha de notificación de esta providencia para programar y practicar la intervención, y que el tratamiento se complemente con el manejo nutricional y de fisioterapia para contrarrestar la posible reaparición de la sintomatología. Igualmente, se le autorizará el recobro al Fosyga de los gastos que legalmente no estuviere en obligación de asumir.

V.- DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de Control de Garantías de Manizales, que negó el amparo solicitado por la señora Luz Stella Tamayo Bedoya, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su defecto, CONCEDER la tutela de los derechos a la salud y seguridad social, en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal de la accionante.

Segundo. ORDENAR a SALUDCOOP EPS, a su costa, la realización de la cirugía de mamoplastia de reducción bilateral, a la señora Luz Stella Tamayo Bedoya en las condiciones previstas en las prescripciones médicas, concediéndole un término de quince (15) días a partir de la fecha de notificación de esta providencia, para programar y practicar la intervención quirúrgica. La accionada también deberá suministrar a la paciente el tratamiento nutricional y de fisioterapia que requiera para contrarrestar la posible reaparición de la sintomatología. Se le autoriza por tanto, el recobro al Fosyga de los gastos que legalmente no estuviere en obligación de asumir.

Tercero: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General

1 Al efecto, cita como jurisprudencia apartes de las sentencias T-571 de 1992, M. P., Jaime Sanin Greiffenstein y T-542 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2 A folio 9 del cuaderno de tutela.

3 Folio 10 ib.

4 Dentro de las disposiciones que organizan el SGSSS, el artículo 9 de la Resolución 5261 de 1994, del hoy Ministerio de Protección Social, define una urgencia como “ la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras”.

5 La jurisprudencia ha considerado que la sola afirmación del afiliado de carecer de recursos para sufragar el medicamento, por ser una negación, invierte la carga de la prueba en contrario hacia el ente perteneciente al Sistema General de Salud, obligado con el afiliado. Cfr. En este sentido , entre otras, T- 113 de 2002, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, reiterada entre otras, en la T-409 de 2005 M-P., Clara Inés Vargas Hernández.

6 Sobre las personas que por sus particulares condiciones, ameritan un trato preferente por parte del Estado, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-036 de 1995 M.P., Carlos Gaviria Díaz; T-411 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 666 de 2004 M.P. (e) Rodrigo

Uprimny Yepes, T-738 de 2003 M.P., Jaime Araújo Rentería y T- 399 de 2004, M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

7 Cfr. entre otras, sentencias SU-111 de 1997,M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-480 de 1997,Alejandro Martínez Caballero; T-236, T-283 y T-286 todas de 1998, M.P., Fabio Morón Díaz, T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-409 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

8 Sentencia T-494 de 1993, M.P., Vladimiro Naranjo Meza, reiterada en otros pronunciamientos tales como las sentencias T- 075 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-850 de 2001, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra; T- 577 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-548 de 2000, M.P., Alejandro Martinez Caballero.

9 Cfr. en este sentido sentencias T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y en el mismo sentido, entre muchas otras, la T- 577 de 2001, M.P. Rodrigo escobar Gil; T- 935 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra;

10 Sentencia 581 de 2005, M.P., Alfredo Beltrán Sierra. En el mismo sentido ver sentencia T - 682 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

11 Sentencia T-119 de 2000 M.P., José Gregorio Hernández Galindo .

12 Cfr. Sentencias T- 1251 de 2000, M.P., Alejandro Martínez Caballero; T- 461 y 935 de 2001, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra; T-577 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-, T- 389 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-070 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-119 de 2000 M.P., José Gregorio Hernández Galindo

13 Cirujano Plástico, folio 33.

14 Médico gineco obstetra a folios 9 y 34.

15 Del 04/02/05, médico gineco obstetra Jorge Enrique Serna López obrante a folio 9.

16 Ver diagnóstico a folio 34.

17 Respuesta del doctor Gustavo A. Echeverri, folio 33. Registro en historia clínica obrante a

folio 16.

18 A folio 16.

19 Sentencia T-119 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterado en las Sentencias T-471 de 200^o , M.P. Álvaro Tafur Galvis y 1251 de 2001, M.P. Alejandro Martínez caballero.

20 Sentencia 389 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.