

Sentencia T-791/12

PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD POR ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

GARANTIA DE PRESTACIONES INCLUIDAS EN LOS PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD Y FACULTADES JURISDICCIONALES A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Art 41 Ley 1122/07

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo 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) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) 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

AMENAZA O VULNERACION DEL DERECHO A LA SALUD Y AGOTAMIENTO DEL MECANISMO ESTABLECIDO EN LEY 1122/07

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

RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES EXCLUIDAS DE PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD/TESIS DE INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS CON DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES/PRINCIPIO DE JUSTICIA-Procure que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población

En relación con falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, cabe señalar que la Corte ha acogido la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los llamados derechos civiles y políticos, con los derechos económicos sociales y culturales. De este modo, si la negativa en el reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, lleva aparejada sucesos concretos tales como: (i) condiciones particulares de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, que sugieran una especial protección constitucional (graves situaciones de indignidad, ciudadanos o grupos de ciudadanos especialmente vulnerables, entre otros); o (ii) que los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, puedan derivar en el desconocimiento de otros derechos; por ejemplo la relación inescindible que existe entre la garantía de la salud y los derechos a la dignidad y a la vida. En efecto, 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 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 como 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)”. 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

JUEZ DE TUTELA-Imposibilidad de ordenar reconocimiento de tratamientos médicos y/o medicamentos que previamente no hayan sido prescritos por profesional de la salud/CRITERIOS DE ESPECIALIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por último, de lo anterior se derivan los criterios de especialidad y proporcionalidad. Según éstos, pese a que los médicos son quienes disponen los tratamientos y medicamentos para garantizar la salud y el bienestar de los pacientes, este ámbito no se sustrae de todo tipo de control. Por el contrario la labor de los médicos respecto de sus pacientes está enmarcada dentro del límite al que se circunscriben todos los ciudadanos colombianos, cual es el de respetar los derechos fundamentales de otros, y evitar su amenaza o vulneración. Por ello, la sustracción del juez del ámbito de los tratamientos y medicamentos necesarios para garantizar el derecho a la salud, se ve matizada por el hecho que lo único realmente indiscutible, es que los criterios médicos no pueden ser sustituidos por criterios jurídicos (criterio de especialidad). Pero, sí es deber del juez dar cuenta de la protección de los derechos fundamentales de los pacientes, a pesar de la primacía del manejo y opiniones médicas en estas situaciones (criterio de proporcionalidad)

LINEAS JURISPRUDENCIALES EN RELACION CON DECISION RELATIVA A TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS IDONEOS PARA ATENDER PATOLOGIA DE PACIENTES-Sólo está en cabeza de los médicos y no de los jueces

Las líneas jurisprudenciales reseñadas establecen que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se

obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad). Como se afirmó, lo anterior define de manera clara la regulación jurídica de los tratamientos médicos, en lo relativo a la determinación de su idoneidad, así como en lo relativo a las implicaciones jurídicas cuando se discute su práctica. Los criterios expuestos, en últimas justifican que el establecimiento de la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud. Es decir, los coloca como únicos sujetos directamente vinculados por las obligaciones legales de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y 7 y 9 del Decreto 3380 de 1981, según las cuales los médicos sólo podrán ordenar aquellos tratamientos y medicamentos necesarios para la patología del paciente, esto es, idóneos. Por demás, los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho mención se han desarrollado en el contexto de discusiones jurídicas en casos concretos, en los cuales el punto central del debate es justamente la idoneidad de los procedimientos.

DERECHO A LA SALUD Y SOLICITUD POR TUTELA DE CIRUGIA BARIATRICA PARA TRATAR OBESIDAD MORBIDA-Caso en que no aparece orden médica que la prescriba

Sobre lo anterior la Sala encuentra en primer lugar que la intervención quirúrgica solicitada por la peticionaria, denominada cirugía bariátrica, no ha sido ordenada por el cuerpo médico que atiende su caso. Por lo cual no aparece demostrado que el procedimiento solicitado, haya sido ordenado por médicos adscritos la entidad Clor-Clínica Regional del Oriente Bucaramanga ni por la dirección de sanidad Policlínica. En efecto, como bien señaló el juez de instancia, en la historia clínica de la demandante tan solo se evidencian remisiones para que la Junta Médica del Comité de Obesidad estudie la posibilidad de ordenar el procedimiento quirúrgico en cuestión. Así mismo, la respuesta de la entidad accionada supone que el tratamiento solicitado como alternativa médica para su patología, se mantiene como tal al cabo del seguimiento las etapas propias que desde el punto de vista médico, se deben adelantar, según los científicos que siguen el caso. Por ello, tal como se expresó más arriba, no es posible para el juez cuestionar este tipo de razones. Máxime cuando la cirugía sigue siendo una posibilidad terapéutica, dadas ciertas condiciones

derivadas de la salud de la paciente. De la anterior explicación, concluye la Sala en primer lugar, que la cirugía no ha sido realmente negada a la actora, sino aplazada hasta tanto su situación personal haga viable la realización. Y en segundo lugar, que la existencia de un diagnóstico en el sentido indicado, tampoco sugiere que se esté vulnerando su derecho a conocer con certeza (derecho al diagnóstico) las razones por las cuales no se le realiza el procedimiento. Por último, se reitera que el juez no tiene competencia para establecer si pese al dictamen científico, el deseo de la ciudadana resulta médicamente viable o no. Semejante decisión debe sustentarse en las razones propias que subyacen a las razones médicas, para lo cual el juez no tiene ni la competencia ni la capacidad cognitiva.

Referencia: expediente T-3486135

Acción de tutela interpuesta por Francy Helena Bautista Pacheco contra entidad Clor-Clínica Regional del Oriente Bucaramanga y la dirección de sanidad Policlínica.

Magistrado ponente:
ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas y Alexei Julio Estrada, 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 de tutela en el asunto de la referencia, dictado, por Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 10 de abril de 2012, en única instancia (Fls. 43 a 52).

I. ANTECEDENTES

El pasado 15 de Marzo del 2012, la ciudadana Francy Helena Bautista Pacheco interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la Salud, Vida Digna, a la Seguridad Social y a la Integridad Física, que afirma han sido vulnerados por la entidad Clor-Clínica Regional del Oriente Bucaramanga y la Dirección de Sanidad Policlínica.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

HECHOS

1.- La señora Francy Elena Bautista Pacheco de 55 años, padece de obesidad mórbida grado 3, pues pesa 120 Kg y tiene una altura de 1.68 mts.

2.- Asegura que a raíz de esta enfermedad ha venido presentando dolores al caminar y al permanecer de pie, e igualmente ha desarrollado otras patologías que afectan su salud y vida, como: diabetes mellitus, dilipidemia, hipertensión y artrosis en las rodillas.

3.- Afirma haber agotado numerosos métodos para disminuir su peso, como dietas y ejercicio sin obtener resultado alguno que pueda contribuir a superar su actual estado de salud.

4.- Apoyada en las historias clínicas, afirma que es necesario se le realice una cirugía bariátrica que le permita poner fin a sus padecimientos y así dar efectivo tratamiento a sus otras patologías que se ven fortalecidas por su sobrepeso.

5.- La accionante afirma no tener la capacidad económica para asumir el costo del tratamiento solicitado.

Pruebas que obran en el expediente

1.- Copia de la cedula del accionante. (Folio 11 del Cuaderno).

2.- Copia de la historia clínica de la accionante. (Folio 12-25 del Cuaderno).

3.- Copia de la remisión a la Junta Médica de Obesidad. (Folio 7 del Cuaderno).

4.- Copia de la remisión para la valoración de la Cirugía Bariátrica. (Folio 8 del Cuaderno).

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma la accionante que de los anteriores hechos se desprende que han sido vulnerados sus derechos fundamentales a la Salud, Vida Digna, a la Seguridad Social y a la Integridad Física. Solicita se ordene a la entidad Clor-Clínica Regional del Oriente Bucaramanga y a la Dirección de Sanidad Policlínica, realizar cirugía Bariátrica (manga gástrica), cirugía de hernia umbilical, al igual que los exámenes y tratamientos pre- y post-quirúrgicos que requiere para la efectiva superación de sus actuales condiciones de salud.

Respuesta de la demandada

Afirma la accionada que la cirugía solicitada no fue aprobada por la Junta Médica del Comité de Obesidad, en razón a que se pueden presentar complicaciones que afecten la salud del paciente. Por lo anterior, la precitada junta, dictaminó la necesidad de iniciar un periodo de 6 meses para la adaptación a la dieta y las rutinas de ejercicio necesarias para lograr el objetivo que se desea con la intervención quirúrgica.

Afirma igualmente la accionada, que se programó una nueva valoración por la Junta Médica del Comité de Obesidad, para determinar nuevamente la procedencia del tratamiento solicitado, valoración que se llevará a cabo una vez culmine el término de adaptación dictaminado.

Finalmente afirma que la accionante conocía de la decisión de la Junta Médica por lo que no existe fundamento para la presente acción.

Fallo de tutela objeto de revisión

El 10 de Abril de 2012, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Penal, profirió sentencia de única instancia denegando las pretensiones de la accionante, en cuanto del estudio acucioso del expediente, no es posible verificar la existencia de una prescripción médica que determine la necesidad de practicar los tratamientos solicitados, y por el contrario tan solo se evidencian remisiones para que la Junta Médica del Comité de Obesidad estudie la posibilidad de ordenar el procedimiento quirúrgico en cuestión.

Igualmente, considera claro el juez de tutela, que la Junta Médica anteriormente enunciada denegó la solicitud radicada por la accionante, fundamentándose para ello en motivos médico-científicos cuya validez no puede ser objeto de cuestionamiento en sede de tutela.

Para concluir, afirma el tribunal, que según criterios jurisprudencialmente establecidos por la Corte Constitucional, no es el accionante el llamado a diagnosticar el tratamiento a sus patologías, sino que es el médico tratante el competente para realizar dichos pronunciamientos.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y problema jurídico objeto de discusión

2.- La señora Francy Elena Bautista Pacheco de 55 años, afirma que padece de obesidad mórbida grado 3, pues pesa 120 Kg y tiene una altura de 1.68 mts. Por lo anterior sostiene que ha venido presentando dolores al caminar y al permanecer de pie, y ha desarrollado otras patologías que afectan su salud y vida, como: diabetes mellitus, dilipidemia, hipertensión y artrosis en las rodillas. Alega haber agotado numerosos métodos para disminuir su peso, como dietas y ejercicio sin obtener resultado alguno que pueda contribuir a superar su actual estado de salud. Con base en su historia clínica, considera que es necesaria la realización de una cirugía bariátrica que le permita poner fin a sus padecimientos. Por lo anterior interpuso acción de tutela y solicito al juez que ordenara a la entidad demandada reconocer el procedimiento quirúrgico.

Por su lado la entidad demandada sostiene que la cirugía solicitada no fue aprobada por la Junta Médica del Comité de Obesidad, en razón a que se pueden presentar complicaciones que afecten la salud de la paciente. Dicha Junta dictaminó entonces, la necesidad de iniciar un periodo de 6 meses para la adaptación a la dieta y las rutinas de ejercicio necesarias para que la ciudadana lograra el objetivo que se desea con la intervención quirúrgica. Agrega que se programó una nueva valoración por la Junta Médica del Comité de Obesidad, para determinar nuevamente la procedencia del tratamiento solicitado, pero después de que culminara el término de adaptación dictaminado.

El juez de tutela sostuvo que no es posible verificar la existencia de una prescripción médica que determine la necesidad de practicar los tratamientos solicitados, y por el contrario tan solo se evidencian remisiones

para que la Junta Médica del Comité de Obesidad estudie la posibilidad de ordenar el procedimiento quirúrgico en cuestión. Igualmente, consideró que la Junta Médica en mención denegó la solicitud radicada por la accionante, fundamentándose para ello en motivos médico-científicos cuya validez no puede ser objeto de cuestionamiento en sede de tutela

3.- Corresponde a esta Sala establecer si Clor-Clínica Regional del Oriente Bucaramanga y a la Dirección de Sanidad Policlínica han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la salud de la ciudadana Francy Helena Bautista Pacheco, al negarse a autorizar una intervención quirúrgica, denominada cirugía bariátrica, solicitada por la demandante para tratar la OBESIDAD MORBIDA que padece; sin que aparezca orden médica en dicho sentido.

Para resolver el anterior cuestionamiento se abordarán brevemente las siguientes cuestiones: (i) la garantía del derecho a la salud en sede de tutela, (ii) la jurisprudencia constitucional en torno a la imposibilidad del Juez para ordenar el reconocimiento de tratamientos médicos y/o medicamentos que previamente no hayan sido prescritos por un profesional de la salud, (iii) finalmente se estudiará el caso concreto con el propósito de determinar si fueron vulnerados los derechos de la peticionaria y las entidades demandadas deben autorizar la intervención quirúrgica solicitada.

Protección del derecho a la salud por acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es tanto un derecho como un servicio público¹. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad². Se ha sostenido igualmente, que el mencionado derecho a la salud no puede protegerse *prima facie* por vía de tutela, pues su garantía implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. De otro lado, es necesario determinar las prestaciones que definen el contenido del derecho a la salud, pues al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales,

¹ 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.

² Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

éste tiene la estructura normativa de principio y, en esa medida, las condiciones de aplicación de la obligación constitucional de garantizar el servicio de salud a los colombianos, deben ser concretadas en prestaciones específicas, que hagan efectiva su exigibilidad ante el juez.

Por lo anterior, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) 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) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en 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 se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, 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.

5.- En un nivel de abstracción distinto, en los dos supuestos descritos, ha sostenido la Corte Constitucional de igual manera, que el juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción de este derecho, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación en materia de salud. Esto, mediante la prerrogativa que *prima facie* tiene el derecho fundamental a la autonomía personal. En dichas situaciones resulta especialmente importante para el juez de amparo, la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento, tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamientos y/o medicamentos que

previamente hayan sido prescritos por el médico tratante. De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes, mediante órdenes que posibiliten a éstos decidir libre y concientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia.³

6.- En relación con falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, 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 cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo 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) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) 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

³ Sobre la relevancia constitucional y el alcance de los análisis del juez de tutela en relación con el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento a un paciente, así como sobre la distinción entre razones de falta de idoneidad de un lado, e inconveniencia de otro, para negar el reconocimiento de éstos, se puede consultar entre otras la sentencia T-234 de 2007.

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

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.

En relación con falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, cabe señalar que la Corte ha acogido la tesis de la indivisibilidad e interdependencia⁶ de los llamados derechos civiles y políticos, con los derechos económicos sociales y culturales. De este modo, si la negativa en el reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, lleva aparejada sucesos concretos tales como: (i) condiciones particulares de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, que sugieran una especial protección constitucional (graves situaciones de indignidad, ciudadanos o grupos de ciudadanos especialmente vulnerables, entre otros); o (ii) que los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, puedan derivar en el desconocimiento de otros derechos; por ejemplo la relación inescindible que existe entre la garantía de la salud y los derechos a la dignidad y a la vida. En efecto, el concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través

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 multifiliación 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.

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 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 como 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.

El médico tratante es quien determina la idoneidad de un tratamiento médico y el Juez sólo puede ordenar el reconocimiento de tratamientos médicos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por éste. Reiteración de jurisprudencia

7.- Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”⁸ Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.”⁹

8.- Lo anterior obedece a varios criterios. En primer lugar, “...el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad

⁷ SU-337 de 1999

⁸ T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004.

⁹ T-569 de 2005

*de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante.*¹⁰ Éste podría denominarse criterio de necesidad, y procura que se haga un uso adecuado y racionalizado tanto de las posibilidades del personal médico, de las instituciones prestadoras del servicio de salud, de los medios científicos y tecnológicos, así como de los recursos que los sustentan.

A este respecto se ha afirmado lo siguiente: *“En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, (...) –lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos – o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos.”*¹¹

9.- De lo anterior se desprende a su vez el segundo criterio, consistente en que ante la obligación de los médicos de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, se genera una responsabilidad de los primeros respecto de los tratamientos y medicamentos que prescriban a los segundos. A su vez, dicha obligación tiene como base la ciencia médica, cuyo conocimiento se asume en cabeza de los médicos y no de jueces y abogados. Por ello, se busca evitar que la salud y el bienestar de los pacientes se vean sometidos a criterios distintos al médico, pues si así fuera se corre el riesgo de no atender adecuadamente las patologías de los pacientes. La Corte ha afirmado pues, de manera categórica que *“[l]os jueces no son competentes para ordenar tratamientos médicos no prescritos por el médico tratante del paciente. Tal acción, en vez de proteger los derechos fundamentales del paciente, los pone en peligro”*¹². Esto se puede denominar criterio de responsabilidad.

En otras sentencias ha dicho la Corte:

“...si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable y origina una responsabilidad médica que puede hacerse efectiva. En ese sentido la Corte ha dicho:

<La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en

¹⁰ T-427 de 2005

¹¹ T-1325 de 2001, reiterada en la T- 427 de 2005, entre otras.

¹² [Énfasis fuera de texto] T-398 de 2004

que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.>

(...)

[L]a Corte también ha tenido ocasión de estudiar el caso en el cual existe cierta incertidumbre acerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde al juez escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo. De esta manera, en tales casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente, verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento cualificadamente informado. Así por ejemplo, en la Sentencia T- 597 de 2001¹³, en donde se discutía la efectividad de varios procedimientos médicos alternativos, la Corte dijo lo siguiente:

<Con todo, como ya se dijo, la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.>¹⁴” [T- 412 de 2004]

10.- Por último, de lo anterior se derivan los criterios de especialidad y proporcionalidad. Según éstos, pese a que los médicos son quienes disponen

¹³ [Cita del aparte transcrito] M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁴ [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-179 de 2000

los tratamientos y medicamentos para garantizar la salud y el bienestar de los pacientes, este ámbito no se sustrae de todo tipo de control. Por el contrario la labor de los médicos respecto de sus pacientes está enmarcada dentro del límite al que se circunscriben todos los ciudadanos colombianos, cual es el de respetar los derechos fundamentales de otros, y evitar su amenaza o vulneración. Por ello, la sustracción del juez del ámbito de los tratamientos y medicamentos necesarios para garantizar el derecho a la salud, se ve matizada por el hecho que lo único realmente indiscutible, es que los criterios médicos no pueden ser sustituidos por criterios jurídicos (criterio de especialidad). Pero, sí es deber del juez dar cuenta de la protección de los derechos fundamentales de los pacientes, a pesar de la primacía del manejo y opiniones médicas en estas situaciones (criterio de proporcionalidad).

Sobre el particular ha sostenido esta Corporación lo siguiente:

“...se podría (...) simplemente señala[r] que no le corresponde al juez constitucional involucrarse dentro de la práctica médica. Esta afirmación tendería a aceptar que la esfera de la salud y la de la justicia están absolutamente separadas y que, por lo tanto, al juez no le es dado manifestarse acerca de las relaciones médico - paciente. Sin embargo, esta posición no se percata de que dentro de un Estado social de derecho, en el que se ha de velar por los derechos fundamentales de todas las personas, no existen instituciones o funcionarios que se puedan sustraer al control de sus actos. Todo el aparato estatal debe sujetar su actuación a la Constitución y propugnar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas y a los jueces se les ha asignado la responsabilidad fundamental en la vigilancia del cumplimiento de esta máxima.

Así, pues, el campo de la relación médico - paciente no le está vedado al juez constitucional. No obstante, el juez debe ser muy cuidadoso al adentrarse en esos terrenos, los cuales exigen conocimientos especializados que no posee el funcionario judicial. Es decir, la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y conocimientos del juez, sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente. Por lo tanto, su intervención en la relación médico - paciente sólo debe darse en situaciones extremas, tal como ocurre cuando la decisión del médico pone gravemente en peligro los derechos de las personas.”¹⁵

¹⁵ T-059 de 1999.

11.- Las líneas jurisprudenciales reseñadas establecen que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).

12.- Como se afirmó, lo anterior define de manera clara la regulación jurídica de los tratamientos médicos, en lo relativo a la determinación de su idoneidad, así como en lo relativo a las implicaciones jurídicas cuando se discute su práctica. Los criterios expuestos, en últimas justifican que el establecimiento de la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud. Es decir, los coloca como únicos sujetos directamente vinculados por las obligaciones legales de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y 7 y 9 del Decreto 3380 de 1981, según las cuales los médicos sólo podrán ordenar aquellos tratamientos y medicamentos necesarios para la patología del paciente, esto es, idóneos. Por demás, los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho mención se han desarrollado en el contexto de discusiones jurídicas en casos concretos, en los cuales el punto central del debate es justamente la idoneidad de los procedimientos.

Así, en sentencia T-059 de 1999, la Corte estudió el caso de un grupo de ciudadanos enfermos de VIH (Sida), internados en la Sala de Infectología de una Clínica, quienes solicitaban una alternativa a la medida de aislamiento ordenada por los médicos dentro de los tratamientos que se les estaban brindando. En sede de revisión, la Corte confirmó la negativa del amparo, por considerar que “[s]i bien, como lo señalan ellos mismos [los demandantes], existen otros modelos de tratamiento de las enfermedades infectocontagiosas, no hay claridad científica acerca de cuál es el tratamiento adecuado y de cuál debe ser de plano descartado, lo que

supone un ámbito científico librado al criterio médico”¹⁶. Es decir, que si resulta discutible la idoneidad del tratamiento, prima el criterio médico.

En sentencia T-597 de 2001, se analizó la solicitud de los padres de un menor a la EPS, de reconocer la práctica de un tratamiento médico en el exterior, excluido del POS. Dicho tratamiento, era calificado por un sector de la comunidad médica como un procedimiento médico experimental, razón por la cual la entidad prestadora del servicio de salud y los jueces de instancia de tutela negaron su reconocimiento; además que la EPS había planteado la posibilidad de sustituirlo por otro tratamiento incluido en el POS. La Corte reconoció que la discusión sobre la práctica de tratamientos experimentales, se refería en últimas a la estimación científica de su idoneidad, por lo cual el criterio médico tenía la última palabra al respecto¹⁷.

Por ello, en el proceso citado, se ordenó a la EPS conformar un nuevo comité médico, con la participación de profesionales de la salud que apoyaban la idoneidad del procedimiento, pues el primer comité que negó el reconocimiento no contó con el criterio alternativo al carácter experimental del mismo. Además, se ordenó también reconocer el procedimiento en cuestión, pero “...siempre y cuando en el acta [del nuevo comité] conste el concepto favorable y el informe presentado por el epidemiólogo clínico...”¹⁸. Es decir, se privilegió el criterio médico en atención a que el debate médico comprometía la idoneidad del procedimiento.

En sentencia T-1325 de 2001, la Corte ordenó en abstracto a una EPS, “...remitir a una institución médica adecuada para el efecto, que proporcione el tratamiento médico que requer[ía]”¹⁹ un ciudadano, que padecía de síndrome de abstinencia a raíz de su condición de alcohólico, además de sufrir de retraso mental; por cuanto el *a quo* había ordenado un tratamiento que la institución médica que atendía al ciudadano, había calificado como inadecuado en la impugnación de tal decisión. Dijo en aquella oportunidad la Corte que si bien de las pruebas obrantes en el proceso se desprendía la grave situación del ciudadano en comento, sólo los médicos podían establecer cuál tratamiento era el idóneo para su patología.

¹⁶ [Énfasis fuera de texto] T-059 de 1999. Fundamento Jurídico número 8

¹⁷ T-597 de 2001: “Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación (...) [Así], las evaluaciones de los procedimientos médicos debe hacerse a partir de un criterio científico especializado en acreditación, que cuente con los conocimientos necesarios para hacerlas, a partir de estándares médicamente aceptables. Dentro de la ciencia médica, la evaluación de procedimientos clínicos corresponde a los epidemiólogos clínicos. Son estos especialistas quienes están en capacidad de evaluar si determinado procedimiento es experimental o está reconocido como un procedimiento terapéutico.”

¹⁸ *Ibidem*. Numeral cuarto de la parte resolutoria

¹⁹ T-1325 de 2001. Numeral segundo de la parte resolutoria.

En sentencia T- 398 de 2004, se estudió un caso en que una madre solicitó al juez de tutela, que su hijo fuera internado en una institución psiquiátrica. En sede revisión, la Corte acogió el criterio del médico que atendía al hijo de la demandante, según el cual en la mayoría de las etapas propias de la patología del paciente no era necesario ni conveniente “...*el tratamiento intrahospitalario en unidades especializadas de psiquiatría...*”²⁰. La Corte volvió a recordar que la idoneidad de los tratamientos médicos la determina únicamente el criterio médico-científico, y por ello declaró la carencia actual de objeto, en tanto no existía respaldo médico para la solicitud de aplicar un cierto tratamiento al paciente.

Por último, en uno de los varios casos analizados en la sentencia T-427 de 2005, la Corte confirmó la negativa de amparo a una madre que había interpuesto acción de tutela, porque el médico tratante había ordenado la salida del hospital de su hijo menor. Este Tribunal Constitucional consideró que si el médico tratante había optado por la alternativa médica de tratamiento sin hospitalización, y nada hacía pensar que dicha decisión fuera violatoria de los derechos fundamentales del menor, entonces ni la madre ni el juez podían cuestionar el criterio médico-científico que determinó la idoneidad del tratamiento no-hospitalario.

13.- Como se ve, el principio normativo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, a partir del cual se afirma que el juez no puede ordenar ni controvertir con argumentos jurídicos las disposiciones médicas en cuanto a la práctica de tratamientos médicos, tiene como contexto debates sobre la idoneidad de los procedimientos en cuestión. Ello ratifica lo afirmado más arriba respecto de la posición de los médicos como los únicos sujetos que pueden determinar la idoneidad de los tratamientos, mediante criterios médico-científicos no reemplazables por criterios jurídicos.

De conformidad con los anteriores criterios se analizará a continuación el caso concreto.

Análisis del caso concreto.

14.- Como se relató en el acápite pertinente la señora Francy Elena Bautista Pacheco de 55 años, afirma que padece de obesidad mórbida grado 3, pues pesa 120 Kg y tiene una altura de 1.68 mts. Sostiene que ha venido presentando dolores al caminar y al permanecer de pie, y ha desarrollado otras patologías que afectan su salud y vida, como: diabetes mellitus, dilipidemia, hipertensión y artrosis en las rodillas. Dice haber agotado numerosos métodos para disminuir su peso, como dietas y ejercicio sin

²⁰ T-398 de 2004. Fundamento jurídico número 3.

obtener resultado alguno que pueda contribuir a superar su actual estado de salud. Considera por ello necesaria la realización de una cirugía bariátrica que le permita poner fin a sus padecimientos. La entidad demandada sostiene que la cirugía solicitada no fue aprobada por la Junta Médica del Comité de Obesidad, en razón a que se pueden presentar complicaciones que afecten la salud de la paciente. Dicha Junta dictaminó entonces, la necesidad de iniciar un periodo de 6 meses para la adaptación a la dieta y las rutinas de ejercicio necesarias para que la ciudadana lograra el objetivo que se desea con la intervención quirúrgica, después de lo cual estudiaría nuevamente la procedencia del tratamiento solicitado. Y el juez de tutela encontró que no existía una prescripción médica que determine la necesidad de practicar los tratamientos solicitados, además de que la Junta Médica en mención denegó la solicitud con base en motivos médico-científicos cuya validez no puede ser objeto de cuestionamiento en sede de tutela.

15.- Sobre lo anterior la Sala encuentra en primer lugar que la intervención quirúrgica solicitada por la peticionaria, denominada cirugía bariátrica, no ha sido ordenada por el cuerpo médico que atiende su caso. Por lo cual no aparece demostrado que el procedimiento solicitado, haya sido ordenado por médicos adscritos la entidad Clor-Clínica Regional del Oriente Bucaramanga ni por la dirección de sanidad Policlínica. En efecto, como bien señaló el juez de instancia, en la historia clínica de la demandante tan solo se evidencian remisiones para que la Junta Médica del Comité de Obesidad estudie la posibilidad de ordenar el procedimiento quirúrgico en cuestión.

Así mismo, la respuesta de la entidad accionada supone que el tratamiento solicitado como alternativa médica para su patología, se mantiene como tal al cabo del seguimiento las etapas propias que desde el punto de vista médico, se deben adelantar, según los científicos que siguen el caso. Por ello, tal como se expresó más arriba, no es posible para el juez cuestionar este tipo de razones. Máxime cuando la cirugía sigue siendo una posibilidad terapéutica, dadas ciertas condiciones derivadas de la salud de la paciente.

De la anterior explicación, concluye la Sala en primer lugar, que la cirugía no ha sido realmente negada a la actora, sino aplazada hasta tanto su situación personal haga viable la realización. Y en segundo lugar, que la existencia de un diagnóstico en el sentido indicado, tampoco sugiere que se esté vulnerando su derecho a conocer con certeza (derecho al diagnóstico) las razones por las cuales no se le realiza el procedimiento.

Por último, se reitera que el juez no tiene competencia para establecer si pese al dictamen científico, el deseo de la ciudadana resulta medicamente viable o no. Semejante decisión debe sustentarse en las razones propias que

subyacen a las razones médicas, para lo cual el juez no tiene ni la competencia ni la capacidad cognitiva.

16.- Por las anteriores razones encuentra esta Sala que en el caso concreto no han sido vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social ni a la vida de la demandante, pues por una parte no están presentes las condiciones señaladas por esta Corporación para ordenar actividades, procedimientos o intervenciones de carácter médico, pues no hay prescripción científica en tal sentido; y por otro lado, la entidad demandada ha adelantado las actuaciones necesarias para tratar la patología de la señora Francly Elena Bautista Pacheco.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 10 de abril de 2012, en única instancia, dentro del proceso de tutela de la referencia.

Segundo.- LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ALEXEI JULIO ESTRADA
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA T-791/12**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, en esta oportunidad me permito salvar el voto por no compartir el sentido y fundamentos de la providencia de la referencia.

En la sentencia T-791 de 2012, la Sala resolvió confirmar la decisión de instancia que denegó la protección solicitada por cuanto no existe orden médica que prescriba la cirugía y la Junta Médica de Obesidad había negado el procedimiento por razones médico científicas que no le corresponde cuestionar al juez constitucional. Como fundamentos de la sentencia se expusieron: i) la protección del derecho a la salud; ii) el mecanismo previsto en la Ley 1122 de 2007; y iii) el papel del médico tratante como la persona idónea para determinar los tratamientos o servicios médicos que requieren los pacientes. Todas las consideraciones precedentes citando jurisprudencia anterior al 2008.

En primer lugar, si bien reconozco el papel del juez constitucional frente a los conceptos médicos, los casos de cirugía bariátrica han estado mediados por la realización de una junta médica interdisciplinaria que confirme la realización del procedimiento²¹. En el caso existe una Junta Médica que retrasa el procedimiento por razones médico-científicas, no obstante no se especifica qué tipo de especialistas hacen parte de la Junta Médica, ni si se trata del régimen contributivo o subsidiado ni cuándo se reunió por última vez para tratar el caso de la accionante ni las condiciones concretas que aquella debería cumplir para tener un concepto favorable para la autorización de la cirugía.

La sentencia tampoco refiere jurisprudencia anterior relacionada con los casos de cirugía bariátrica y cuáles son las reglas para acceder a este procedimiento, teniendo en cuenta que algunos de ellos se encuentran en el POS.

En segundo término, la sentencia discute el carácter fundamental del derecho a la salud. Las consideraciones del proyecto están sustentadas en jurisprudencia anterior al 2008, sin ninguna alusión a la sentencia C-075 de 2007 ni a la T-760 de ese año, esta última en la cual se reafirmó el derecho a la salud como fundamental y se plantearon las reglas sobre la prestación de servicios médicos no incluidos en los planes de salud. En tal sentido, carece de respaldo y actualidad jurisprudencial la tesis defendida por la mayoría de la Sala relacionada con faceta prestacional del derecho a la salud.

En tercer término, la sentencia hace alusión a la necesidad de acudir al mecanismo previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, antes de

²¹Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-418 de 2008, T-736 de 2010, T-931 de 2010, T-270 de 2011 y T-354 de 2011.

promover la acción de tutela. En este ámbito, dos son las observaciones por las que discrepo de los fundamentos de la sentencia, de una parte, no existe ningún requisito de procedibilidad para interponer la acción de tutela que haya sido desarrollado por el legislador en la Ley 1122, y de otra, no se trata de un mecanismo que “*que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia de Salud*”.

En los términos planteados considero que la Sala ha debido ordenar una nueva valoración de la accionante con una junta médica calificada, ante el fracaso de los procedimientos usuales que la han llevado, según su manifestación, a prolongar su deteriorado estado de salud.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a salvar el voto en la presente providencia.

Fecha *ut supra*,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado