

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP1646-2018

Radicación nº 96393

(Aprobado mediante Acta nº 37)

Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Se pronuncia la Sala acerca de la impugnación formulada por el Jefe del Área de Sanidad de la Policía Nacional, sede Ibagué, contra el fallo de tutela proferido el 23 de noviembre de 2017, a través del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué amparó el derecho fundamental a la salud del accionante YESID SALAZAR PACHECHO, presuntamente vulnerado por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y la dependencia recurrente.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Refiere YESID SALAZAR PACHECHO que se encuentra afiliado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, siendo tratado por la afección de lipomatosis no calificada, en cuyo seguimiento el médico tratante dispuso la realización del procedimiento denominado «liposucción-dermolipectomía funcional por cx plástica».

Aduce que a pesar de haber solicitado en varias ocasiones dicho procedimiento no le ha sido autorizado el mismo, porque según el Comité Técnico Científico no cumple los parámetros de calificación para el procedimiento quirúrgico, desconociendo la orden médica especialista del galeno tratante que dispone su intervención.

En consecuencia, solicita que se conceda el amparo a sus derechos fundamentales y se ordene a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional realizar los trámites necesarios para autorizar la realización de la citada intervención, así como un tratamiento integral para sus afecciones.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Avocado el conocimiento de la acción, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué ordenó correr traslado de la demanda a las autoridades accionadas para que ejercieran el derecho de contradicción.

En respuesta, el Jefe del Área de Sanidad de la Policía Nacional, sede Tolima, informó que el procedimiento solicitado fue sometido a Comité Técnico Científico el cual determinó que «el paciente no cumple con los parámetros de calificación para procedimiento quirúrgico», sin que resulte apropiado realizar tal intervención cuando el paciente no presenta las condiciones de salud apropiadas, por lo que no puede desconocerse la valoración efectuada por el Comité.

EL FALLO IMPUGNADO

Fue proferido el 23 de noviembre de 2017, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante el cual concedió el amparo constitucional del derechos fundamental a la salud de YESID SALAZAR PACHECO, ordenando:

[A]l la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que a través de la Jefatura del Área de Sanidad de esa institución con sede en Ibagué, Tolima que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente proveído designe un especialista en cirugía reconstructiva para que realice una valoración a la primera con el fin de determinar de manera concreta y específica si aquél clasifica o no para la realización del referido procedimiento, y en caso de su viabilidad, en el término de quince (15) días contados a

partir de ello se disponga la logística pertinente para su materialización.

En sustento, el A quo indicó que dentro de la actuación está demostrado el derecho que le asiste al demandante para acceder al procedimiento médico que le fue ordenado por el galeno tratante, más cuando el concepto del comité no determinó con suficiencia las razones de orden científico para arribar a la conclusión de no estar calificado para la cirugía, por lo que al tratarse de paciente con trastorno de carácter funcional en su zona abdominal, resulta adecuado amparar su derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, por lo que impera disponer su nueva valoración galena especializada.

LA IMPUGNACIÓN

Notificado del contenido del fallo, el Jefe del Área de Sanidad de la Policía Nacional, sede Ibagué, presentó oportunamente escrito de impugnación ante su inconformidad con lo ordenado en primera instancia.

Argumentó que en momento alguno se le ha negado la prestación de los servicios de salud al accionante, respetando las disposiciones del Comité Científico expresamente regulado en el Sistema de Salud de la Fuerzas Militares y de Policía, el cual en este caso determinó que no era viable realizar las intervenciones médicas por no cumplir con las especificaciones necesarias.

Solicitó la revocatoria de la sentencia de instancia o en su defecto que se disponga el recobro de los gastos médicos al FOSYGA.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta la Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Ibagué de la cual es su superior funcional, en

actuación que comprende a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

2. Por su parte, según el inciso 2° del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándolo con el acervo probatorio y con el fallo. Si a su juicio este carece de fundamento, procederá a revocarlo, mientras que si lo encuentra ajustado a derecho lo confirmará.

3. Según se tiene precisado, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y excepcional, tendiente a proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre que la persona carezca de otros medios de defensa judicial.

En esta oportunidad corresponde resolver al juez constitucional en sede de apelación, sobre la vulneración del derecho fundamental a la salud de YESID SALAZAR PACHECHO, que se denuncia con ocasión de la negativa de la accionada a ordenar la cirugía denominada «liposucción-dermolipectomía funcional por cx plástica» que como parte del tratamiento para el control de la enfermedad diagnosticada -lipomatopsis no calificada- le ordenó su médico tratante.

El derecho a la salud, en principio es de carácter prestacional, es decir, es de naturaleza legal. Sin embargo, su naturaleza puede ser la de derecho fundamental, cuando con su desconocimiento se produce la vulneración de otro derecho de tal rango, en los eventos en que se ve afectada la vida, la integridad física o la dignidad de la persona, en cuyo caso adquiere el estatus de fundamental y se hace exigible su respeto por vía de tutela.

Con relación a ello ha señalado la Corte Constitucional que «el derecho a la salud adquiere el carácter de un verdadero derecho fundamental, en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentra vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así el derecho a la salud se forma fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o a

la integridad personal¹.

Conforme a tales lineamientos, se tiene que el derecho a la salud cuando tiene conexidad con el derecho fundamental a la vida digna, adquiere la connotación de derecho fundamental y aunado a ello, cuando las personas carecen de mecanismos de defensa idóneos para lograr su restablecimiento en los eventos en que les sea vulnerado o amenazado, el amparo es procedente.

Dígase entonces que, en cuanto a la situación planteada en la demanda la jurisprudencia constitucional frente a casos similares ha señalado que en principio, la opinión del médico tratante, respecto del servicio médico que se le debe suministrar a un paciente, prevalece sobre la de los funcionarios administrativos de la entidad que presta los servicios en salud, e incluso sobre la del Comité Técnico Científico.

Lo anterior, atendiendo que el médico tratante es un profesional con formación científica médica, que adicionalmente tiene conocimiento específico del caso del paciente, y por tal razón, tiene elementos científicos precisos para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio médico determinado.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que sólo si el Comité Técnico Científico o la EPS presentan una opinión científica sólida, que controvierta lo establecido por el médico tratante, el juez de tutela no estará obligado a hacer cumplir lo ordenado por éste último, por lo que en sentencia T-007 de 2005 estableció un procedimiento para desvirtuar la opinión del médico tratante, según el cual:

(...) Aunque las normas legales no se han ocupado de indicar un procedimiento para dirimir esta clase de conflictos, advierte la Sala que es posible que el Comité Técnico Científico niegue una orden del médico tratante. Pero no puede hacerlo basándose en su criterio de orden administrativo o presupuestal. El Comité debe disponer de fundamentos científicos suficientes para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante. Para

ello, la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.

Además, sobre el asunto particular la jurisprudencia constitucional ha señalado (CC T-344/02) que:

[S]i bien, la entidad accionada está facultada para otorgar el medicamento en cualquier presentación (genérica o comercial), ello resulta procedente siempre que se cumplan los cuatro criterios fijados por el propio Acuerdo 228 del CNSSS: (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. Criterios éstos que obviamente son de competencia del médico tratante, quien de acuerdo a su experticio y al conocimiento clínico del paciente, puede determinar la eficacia del medicamento para el control de la patología que trate, y la calidad, seguridad y comodidad de un medicamento en la vida del enfermo.

4. En este caso, la Dirección de Sanidad de Policía Nacional no desvirtuó, mediante un procedimiento científico, el dictamen del médico de YESID SALAZAR PACHECO, quien ordenó como tratamiento a su patología la cirugía «liposucción-dermolipsectomía funcional por cx plástica», pues aunque al acudir al presente trámite señaló que dicho procedimiento no se había realizado porque el Comité señaló que «el paciente no cumple con los parámetros de calificación para procedimiento quirúrgico», lo cierto es que éste no presentó las justificaciones científicas de tal conclusión, no siendo mas que una mera afirmación, como consta a folio 9 de cuaderno del Tribunal, ni obra en la actuación concepto alguno de otro especialista en el área pertinente, quien con conocimiento de la historia clínica del paciente, se haya opuesto al tratamiento recomendado por el médico tratante.

Es más, obra en la actuación a folio 10 ibídem, la certificación de disponibilidad de recursos

necesarios para atender el requerimiento del usuario por el valor de \$5.300.000. Así como la orden médica en la que se ordena al paciente el procedimiento en mención, como consta a folio 28 del cuaderno del Tribunal, en el que se lee: «PACIENTE CON LIPOMATOSIS EN HEMIABDÓMEN INTERIOR BILATERAL DE PREDOMINIO DERECHO CON CRECIMIENTO PROGRESIVO Y REPRECUCIÓN FUNCIONAL EN ABDOMEN CON IMPORTANTE CANTIDAD DE PANICULO ADIPOSO SUBCUTÁNEO, SE CONSIDERA CANDIDATO A RESECCIÓN DE TEJIDO ADIPOSO MEDIANTE LIPOSUCCIÓN BAJO ANESTESIA GENERAL, SE ENTREGAN ÓRDENES AL PACIENTE. REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR»

De igual manera, se reporta en la historia clínica que el «PACIENTE REQUIERE PROCEDIMIENTO DE LIPOSUCCIÓN-DERMOLIPECTOMIA FUNCIONAL POR CX PLÁSTICA».

Esas circunstancias conducen a concluir que si un médico de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, le ha ordenado al accionante que debe practicarse tal cirugía para tratar la afección que lo aqueja, la cual ha sido debidamente ratificada por el Comité Técnico Científico de dicha dirección y la accionada se niega a practicarla, es claro que se le está vulnerando el derecho fundamental a la salud.

Es que la determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, por supuesto no corresponde al usuario ni a los jueces, sino al médico tratante adscrito a la EPS (C.C. T-1059/06), aspecto que en el presente caso está acreditado, pues, se insiste, fue un especialista de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional quien determinó que la patología que padece el actor debía tratarse con el citado procedimiento quirúrgico, el cual hasta el momento no ha sido practicado.

En este orden, es necesario proteger el derecho fundamental a la salud del que es titular YESID SALAZAR PACHECHO, pues es deber del Estado y de las entidades prestadores de salud brindar el goce efectivo de las garantías reconocidas, sin que puedan imponerse

obstáculos administrativos para tales efectos.

Además, no podría la Dirección de Sanidad excusar su omisión en la prestación de los servicios médicos requeridos por el actor en la capacidad económica de ésta, cuando fue la misma Institución quien luego de realizados los respectivos estudios pertinentes sobre la idoneidad de la cirugía ordenada, aprobó la misma.

Por ello, acertada resulta la decisión de primera instancia al amparar los derechos fundamentales invocados y en tal sentido ordenar a la demandada disponer lo necesario para la realización de la cirugía requerida por el actor, de conformidad con las prescripciones efectuadas por los médicos adscritos a la Dirección de Sanidad demandada para el manejo de la enfermedad que padece, pues no solo le va a permitir restablecer la salud en circunstancias dignas, sino, adicionalmente, acceder a una mejor calidad de vida.

5. Finalmente, es desacertado autorizar que a la accionada recobre al FOSYGA los gastos en que pueda incurrir en la realización de dicho procedimiento quirúrgico, pues la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no es una Entidad Promotora de Salud de las contempladas por la Ley 100 de 1993, sino una «dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto será el administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el CSSMP y el Comité de las Fuerzas Militares respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares», a voces del artículo 9º de la Ley 352 de 1997.

Así lo refirió la Corte Constitucional en sentencia CC T-540/02 al decir que:

[P]or tratarse de un régimen o sistema especial de seguridad social en salud, la financiación de los costos debe obtenerse de los recursos de fondos propios con los cuales se hace posible la operación del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, pues se observa que la Ley 352 de 1997, en forma similar a como lo hace la Ley 100 de 1993 en su artículo 218, establece:

“ART. 38. Fondos cuenta del SSMP. Para efectos de la operación del SSMP, funcionarán el fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y el fondo-cuenta del Subsistema de Salud de la Policía Nacional. Los fondos-cuenta tendrán el carácter de fondos especiales, sin personería jurídica, ni planta de personal. Los recursos de los fondos serán administrados en los términos que determine el CSSMP, directamente por la Dirección General de Sanidad Militar o por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, y ejecutados por las Fuerzas Militares o por la Policía Nacional, según corresponda. Los recursos podrán ser administrados por encargo fiduciario conforme a lo dispuesto en el estatuto general de contratación de la Administración Pública. Ingresarán a cada uno de los fondos cuenta los siguientes recursos según sea el caso:

“a) Los ingresos por cotización del afiliado y por cotización correspondiente al aporte del Estado como aporte patronal;

“b) Los aportes del Presupuesto Nacional con destino al respectivo Subsistema contemplados en el artículo 32 y los literales b), c), d), y f) del artículo 34 de la presente Ley;

“c) Los ingresos por pagos compartidos y cuotas moderadoras realizados por los beneficiarios del respectivo Subsistema;

“d) Otros recursos o ingresos destinados para el funcionamiento de casa uno de los Subsistemas;

“e) Recursos derivados de la venta de servicios.

“Parágrafo. Los recursos a que hacen referencia los literales a), c) y e) serán recaudados y transferidos directamente al fondo cuenta correspondiente para su distribución y transferencia.”

Como bien puede apreciarse, la norma en cita, en cuanto regula el funcionamiento y financiación de los fondos-cuenta de los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se equipara al artículo 218 de la Ley 100 de 1993, en el que se crea y se establece la operación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por lo cual, estima la Sala, la Dirección General de Sanidad Militar, sin necesidad de expresa declaración por parte del juez en el fallo de tutela, podrá obtener los recursos del fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, como quiera que se trata de un régimen especial que se rige por sus propias normas (Los resaltados fuera de texto).

En ese orden, resulta desacertado autorizar que la Dirección de Sanidad accionada recobre al Fosyga los gastos en que incurra en la realización de la cirugía ordenada a la demandante, pues tales recursos los podrá obtener del sistema de subsistema de salud de la Policía, que debe prever esta clase de contingencias.

6. Consecuente con lo anterior, se impartirá confirmación al fallo de primer grado porque la decisión y órdenes impartidas se ajustan a los parámetros establecidos por la jurisprudencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de decisión de Tutelas No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. Confirmar el fallo impugnado, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
2. Notificar esta providencia a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

Cúmplase,

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 C.C. C-177/98.