

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MAGISTRADO PONENTE

STP2075-2018

Radicación No. 96555

Acta No. 049

Bogotá D. C., febrero quince (15) de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

La Sala se pronunciara respecto de la impugnación interpuesta por la Capitán SAIRA YULIETH SEPÚLVEDA FLÓREZ, Jefe del Área de Sanidad de Policía de Norte de Santander, contra la sentencia dictada el 05 de diciembre de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por medio de la cual amparó el derecho fundamental a la salud a favor del señor HUGO RODRÍGUEZ PEÑA, presuntamente vulnerado por la entidad recurrente y la Dirección de Sanidad de Policía Nacional.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

1. El señor HUGO RODRÍGUEZ PEÑA puso de presente que el 23 de noviembre de 2017, se le programó una cirugía de cáncer de próstata por laparoscopia, enfermedad que le fue diagnosticada por su médico tratante.
2. Agregó que si bien el 22 de ese mismo mes y año le informaron que el referido procedimiento sería cancelado, aduciendo que el relativo a “laparoscopia” no era el mejor

frente a la patología que presentaba y que lo mejor “era otro tipo de cirugía, pero no se me informó por escrito que tipo de cirugía era”.

3. Con base en lo expuesto acudió al jue de tutela en procura de amparo para los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social.

En consecuencia, solicitó se ordenara a la Policía Nacional – Dirección de Sanidad Norte de Santander, dispusiera lo necesario para que se le practicara la cirugía de cáncer de próstata lo más pronto posible “sin importar el tipo de procedimiento que sea... para que la enfermedad no siga avanzando”, y se le prestara el servicio integral de salud que resultare necesario.

Al escrito de tutela anexó, entre otros documentos, la orden expedida por el médico tratante de fecha 31 de julio de 2017 través de la cual ordenó al práctica de la cirugía “prostatectomía radical por laparoscopia por paquete”, así como el concepto del Comité Técnico Científico que frente a la solicitud del ciado procedimiento le notificó que no fue aprobado.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

1. La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta admitió la demanda y dispuso notificar lo pertinente al Director de Sanidad de la Policía Nacional y al Jefe del Área de Sanidad del Departamento de Policía de Norte de Santander y vinculó al Centro Urológico Uronorte S.A.

De otra parte y, como medida provisional ordenó a las dependencias de la institución policial relacionadas que en el término improrrogable de 48 horas procedieran a autorizar la práctica de la cirugía denominada Prostatectomía Radical por Laparoscopia, así como la entrega de los medicamentos y tratamientos postquirúrgicos que llegare a necesitar el demandante.

2. La Capitán SAIRA YULIETH SEPÚLVEDA FLÓREZ, Jefe del Área de Sanidad de Policía de Norte de Santander solicitó se declarara improcedente la acción de tutela en razón a que al ciudadano HUGO RODRÍGUEZ PEÑA se le venía prestando toda la atención a la que tiene derecho.

Luego de hacer referencia a que había dado cumplimiento a la medida provisional decretada, indicó que como el procedimiento denominado Prostatectomía Radical por Laparoscopia no se encontraba en los Acuerdos 002 de 2001 y 052 de 2013, por medio de los cuales se establece el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, y el Manual de Medicamentos y Terapéutica para el SSMO, respectivamente, se envió la solicitud diligenciada por el médico tratante al Comité Técnico Científico con sede en Bogotá, que el 24 de noviembre de 2017 emitió el siguiente concepto: “No aprobado paciente con indicación quirúrgica oncológica con solicitud no justificada para abordaje laparoscópico”, es decir no lo aprobó.

Precisó que respetaba la [Constitución Política](#), las leyes, los acuerdos y reglamentos establecidos, por tanto, no “podemos pasar por encima de éstas, sin embargo siempre tratamos de velar por el bienestar de los usuarios siendo la prestación de servicios de salud la misionalidad de esta Área de Sanidad de Norte de Santander”.

Finalmente, consideró que se había presentado un hecho superado en este trámite constitucional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en fallo dictado el 05 de diciembre de 2017, apoyada en jurisprudencia de la Corte Constitucional que consideró aplicable al caso, decidió proteger el derecho fundamental a la salud a favor del ciudadano HUGO RODRÍGUEZ PEÑA.

Lo anterior porque solo con ocasión de la medida provisional decretada en este asunto fue que el Área de Sanidad de la Policía Nacional – Norte de Santander procedió a autorizar el procedimiento denominado Prostatectomía Radical por Laparoscopia sin tener en cuenta que la patología que aqueja al accionante (cáncer de próstata) es catalogada como grave.

En consecuencia, ordenó al Área de Sanidad de Norte de Santander de la Policía Nacional y a la Dirección de Sanidad de esa institución policial con sede en Bogotá, que de manera conjunta, coordinada y sin dilación alguna, autorizaran a favor del señor HUGO RODRÍGUEZ PEÑA los medicamentos y demás insumos que llegare a necesitar con posterioridad a la práctica de la cirugía ordenada en la medida provisional.

IMPUGNACIÓN:

La Capitán SAIRA YULIETH SEPÚLVEDA FLÓREZ, Jefe del Área de Sanidad de Policía de Norte de Santander, con argumentos similares a los expuestos al momento de contestar la demanda de tutela presentada por el señor HUGO RODRÍGUEZ PEÑA recurrió el fallo del Tribunal a quo y solicitó su revocatoria para que en su lugar se declarara improcedente la petición de amparo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. De conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico patrio, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la decisión adoptada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de la cual es su superior funcional.
2. El derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 de la [Constitución Política](#) adquiere carácter de derecho fundamental cuando las circunstancias del caso conducen a que su desconocimiento ponga en peligro derechos y principios fundamentales, como el de la vida, la dignidad o la integridad del individuo (C.C. T-829/2005), motivo por el cual todas

las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su garantía fundamental a la salud.

3. Así mismo, el derecho a la salud protege a la vez, múltiples ámbitos de la vida humana, por lo que ha sido considerado un derecho de naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles.

4. Ahora bien, como derecho constitucional la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido dos momentos. El primero, en el que consideró que mediante el ejercicio de la acción de tutela era posible garantizar el goce efectivo de los llamados derechos de libertad, aunque era viable proteger derechos de contenido prestacional como la salud siempre y cuando tuviera una relación íntima e inescindible con derechos como la vida, integridad personal o mínimo vital o se concretara en un derecho de naturaleza subjetiva cuando eran desconocidos servicios incluidos en los diferentes planes de atención en salud. Sobre el particular se indicó

“Así las cosas, con anterioridad para obtener la protección directa del derecho a la salud era necesario, (i) que la prestación negada se encontrara incluida dentro del Plan Básico de Salud, el Plan obligatorio de salud o el Plan obligatorio de salud Subsidiado ó (ii) que el desconocimiento de ese derecho constitucional impidiera el goce efectivo de un derecho fundamental, como la vida o integridad personal.” (C.C. T-053/2009).

En el segundo, estimó que la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se

concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales”, alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano.

Esta interpretación efectuada por la Corporación constitucional, permitió dejar de lado el criterio de la conexidad por considerarlo artificioso e innecesario para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, pues todos los derechos, unos más que otros, tienen innegablemente un contenido prestacional, por lo que “la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud.” (C.C. T-650/2009).

5. Para que la solicitud de amparo prospere contra una E.P.S. -incluidas las que hacen parte del sistema de salud de las Fuerzas Militares-, el servicio de salud o tratamiento que solicita debe ser ordenado por el especialista que viene conociendo de las dolencias que aquejan al usuario, principalmente si se tiene en cuenta que la entidad obligada a prestar el servicio no es la llamada a calificar el acierto o eficacia del procedimiento del galeno.

En este sentido la doctrina constitucional ha señalado que es deber proporcionar el suministro de un tratamiento, medicamento o elemento requerido cuando sean necesarios para la preservación de la salud del ciudadano, con mayor razón si se ha establecido que la orden proviene del médico tratante adscrito a la entidad prestadora de los servicios de salud.

Además, se debe demostrar que en realidad existió la negativa de la Empresa Promotora de Salud a suministrar lo pretendido por la accionante para así alegar la vulneración de un derecho fundamental porque el Juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en

supuestas negativas u omisiones.

6. En el presente asunto la Sala confirmará la sentencia impugnada si se tiene en cuenta que con base en la información que reposa en la presente actuación, acreditado está que el especialista que conoce de la patología que presenta el señor HUGO RODRÍGUEZ PEÑA -Cáncer de Próstata-, en aras de brindarle una mejor calidad de vida, el 31 de julio de 2017 le ordenó la práctica de la cirugía denominada “Prostatectomía Radical por Laparoscopia por Paquete” (fl. 10 c. Tribunal) sin que la entidad demandada lo haya autorizado, a pesar de haberse diligenciado el formato para la solicitud y justificación de medicamentos y/o procedimiento NO POS, actuación que sin lugar a dudas afecta los derechos fundamentales del demandante.

7. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el demandante en el escrito tutela puso de presente que el procedimiento ordenado resultaba necesario “para que la enfermedad -cáncer de próstata- no siga avanzando”, requiriendo para su mejoría la práctica de la cirugía ordenada, prescripción que no puede ser desconocida con la excusa que el concepto del Comité Técnico Científico fue negativo, tal como lo puso de presente la entidad accionada al concurrir al presente trámite constitucional, pues siempre prevalecerá el del médico tratante.

Posición esta última nada novedosa, si tiene en cuenta que frente al tema referenciado la Corte Constitucional puntualizó que:

“...cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones, la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición -

puesto que no todos sus miembros son médicos- y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.

De lo anterior se infiere que los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional” (C.C. T-1063/2005).

8. En este orden de ideas, resulta procedente que a través de la acción de tutela se proteja el derecho fundamental a la salud reclamado por el señor HUGO RODRÍGUEZ PEÑA, porque es deber del Estado y de las entidades prestadores de salud brindar el goce efectivo de las garantías reconocidas a los ciudadanos, sin que puedan imponerse obstáculos administrativos para tales efectos.

9. Así las cosas, y sin mayores disquisiciones, no queda más remedio que confirmar el fallo recurrido, sin que contrario a lo señalado por la parte recurrente se pueda decir que en este caso se había presentado “un hecho superado”, porque la accionada se abstuvo de allegar elemento de juicio alguno que permita inferir a la Sala que al señor HUGO RODRÍGUEZ PEÑA ya se le practicó la cirugía denominada “Prostatectomía Radical por Laparoscopia por Paquete”, ordenada por su médico tratante el pasado 31 de julio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión Penal de Tutelas No.2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de diciembre de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cúcuta. Y,

2. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria