

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá, D. C., 23 de septiembre de 2015

Aprobado según Acta No. 079 de la fecha

Magistrado Ponente: **ANGELINO LIZCANO RIVERA**

Radicación No. **540011102000201500552 01**

Referencia:	Tutela en Segunda Instancia.
Accionada:	Dirección de Sanidad Ejército Nacional.
Accionante:	Hilda Liria Flórez García.
Primera Instancia:	Concede Amparo Solicitado.
Decisión:	Confirma.

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a resolver la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela proferido el 19 de agosto de 2015, a través del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander¹, otorgó el amparo solicitado por la accionante.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Hechos. Mediante escrito presentado el 4 de agosto de 2015, la señora Hilda Liria Flórez García, interpone acción de tutela contra la Dirección General de Sanidad Militar - Ejército Nacional manifestando que luego de sufrir obesidad centrípeta con hipertrofia mamaria y abdominal en delantal con síntomas de cervicodorsalgia severa y artrosis

¹ M.P. Martha Cecilia Camacho Rojas – Sala con el Magistrado Calixto Cortes Prieto.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

degenerativa generalizada, cerca de dieciocho meses atrás, fue sometida a una cirugía bariátrica de reducción gástrica, la cual mejoró en parte su calidad de vida, pues de 89 kilos que pesaba, bajó a 62. Ello, señala, provocó que la piel sobrante, le cuelgue en grandes proporciones en el busto, abdomen y el pubis, cubriéndolo en su totalidad, generando mal olor. Informa que los médicos que la tratan emitieron órdenes para la realización de cirugías de reducción de mamoplastia y abdominoplastia. Expresa que la piel sobrante, le causa problemas respiratorios, cansancio para caminar, depresión por la limitación e incrementa el dolor que le produce la artrosis degenerativa. Finaliza, señalando que los procedimientos no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y no cuenta con los cerca de diez millones de pesos (\$10.000.00) para practicárselos por su cuenta. (Folios 1- 9 c.o.).

Pretensiones. Con base en los hechos descritos, la parte actora pidió la protección a sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida; ordenándole a la Dirección General de Sanidad Militar que realice los procedimientos quirúrgicos de ABDOMINOPLASTIA y MASTOPLEXIA BILATERAL según el diagnóstico y la ordenada por el especialista, así como el suministro de los medicamentos y tratamientos pos quirúrgicos que requiera. (Folio 2 c. o.).

Pruebas. Se adjuntó a la presente acción, como elementos de prueba, copia de la cédula de ciudadanía de la accionante; resumen de historia clínica de la accionante del 12 de junio de 2015 del Instituto Gastroenterológico San José; Orden de abdominoplastia y mastoplexia bilateral, resumen del galeno Erick Orlando Figueroa Guerra, quien se presenta como especialista en Cirugía Plástica y Reconstructiva; cotización de los procedimientos quirúrgicos solicitados por la accionante, emitida el 21 de julio de 3025 por la Clínica San José de Cúcuta. (Folio 5 – 10 c.o.).

ACTUACIÓN PROCESAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 4 de agosto de 2015, la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander y Arauca, avocó conocimiento y vinculó al trámite que nos ocupa a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Establecimiento de Sanidad Militar de la B. A. S. P. No. 30 Guasimales, indagando si la accionante o su cirujano, solicitaron autorización para la realización del procedimiento y de ser así cual fue la respuesta. (Fl.11 – 12 c.o.)

INTERVENCIONES DE LOS ACCIONADOS

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.- Quien por medio de su Director, el 13 de agosto de 2015, se opuso a las pretensiones de la accionante, aduciendo que los procedimientos solicitados son estéticos y por consiguiente por expreso mandato legal (Decreto 1785 de 2000) no pueden ser asumidos o pagados con cargo a los recursos del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se solicita se declare improcedente la acción de tutela (Folios 24 y 25c. o.).

El Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón Apoyo y Servicio para el Combate (A. S. A. C) No. 30 Guasimales, por intermedio de su Comandante, se opone a las pretensiones de la accionante, aduciendo que los procedimientos solicitados son estéticos, pues, no mejoran, restauran o restablecen la función de órganos o tejidos; señala que la paciente no está enfrentando una dolencia que ponga en riesgo su vida y en consecuencia, al estar recibiendo la atención médica que requiere, la acción deviene en improcedente. (Fl 24 – 31 c. o.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia del 19 de agosto de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte Santander, resolvió:

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

“PRIMERO: AMPARAR, los derechos fundamentales a la Salud y a la Dignidad Humana de la señora Hilda Liria Flórez García... **SEGUNDO:** ORDENAR a la Dirección de Sanidad Militar y el Establecimiento de Sanidad Militar del B. A. S. P. C. No. 30 “Guasimales” que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, realicen las gestiones necesarias para remitir a la accionante a la especialidad de cirugía plástica y psicología adscrita a la EPS, para que se le dictaminen los procedimientos quirúrgicos que requiere a consecuencia de su cirugía de BYPASS GASTRICO y las consecuencias emocionales y sociales que podría tener no llevarlos a cabo, hecho lo cual se resolverá sobre su autorización en el Comité Científico. (Folio 34 – 43 c.o.).

La Sala de instancia, luego de relatar los hechos señalados por la accionante, señala que la jurisprudencia constitucional ha avalado la realización de procedimientos quirúrgicos, excluidos del Plan Obligatorio de Salud, para mejorar la calidad de vida de los pacientes, cuando, no exista dentro del Plan Obligatorio de Salud otro procedimiento que supla al excluido; el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del procedimiento, posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores; que el procedimiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

El A quo establece que las cirugías estéticas solicitadas por la accionante no fueron ordenadas con un fin de embellecimiento si no por lo contrario con el ánimo de mejorar la calidad de vida de la paciente.

El cirujano plástico que prescribió los procedimientos quirúrgicos no se encuentra adscrito a la Dirección de Sanidad Militar, por lo cual, ordena la remisión de la paciente a los especialistas de dicha Entidad para que dictaminen si la paciente requiere o no los procedimientos que solicita. (Folios 40 - 42c.o.).

IMPUGNACIÓN

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme, el Establecimiento de Sanidad Militar, con la decisión proferida por la Sala A quo el día 25 de agosto de 2015, impugnó la misma, reiterando que los procedimientos solicitados son estéticos, pues, no mejoran, restauran o restablecen la función de órganos o tejidos; señala que la paciente no está enfrentando una dolencia que ponga en riesgo su vida y en consecuencia, al estar recibiendo la atención médica que requiere, la acción deviene en improcedente. (Folios 60 - 61c.o.).

Mediante providencia del 31 de agosto de 2015, el A quo concede la impugnación contra el fallo del 19 de agosto del mismo año. (FI 63).

Esta Superioridad recibió el plenario el 3 de septiembre de 2015.

CONSIDERACIONES

Competencia. Compete a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura pronunciarse respecto de las decisiones dictadas en primera instancia por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, conforme a lo previsto en los artículos 256 numeral 3° de la Constitución Política, 112, numeral 4° de la Ley 270 de 1996, 3° y 194 de la Ley 734 de 2002.

La Corte Constitucional mediante Auto 278 del 9 de julio de 2015, ratificó las atribuciones de esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al señalar:

“6. De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que, actualmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela.”

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Debe señalarse que tal facultad constitucional se mantiene incólume a pesar de la entrada en vigencia el primero (1°) de julio de 2015 del Acto Legislativo No. 2 de 2015, en donde se establece en el párrafo del artículo 19 del referido acto constitucional como no competente para conocer de acciones de tutela por parte del nuevo órgano jurisdiccional denominado Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en razón a lo establecido en el párrafo transitorio 1 del citado artículo 19 que señala: “(...) Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”, siendo por lo tanto absolutamente claro que la atribución constitucional de juez de tutela de esta Alta Corte se mantiene en el tiempo hasta tanto entre a funcionar la referida Comisión, sobre quien recae la prohibición impuesta por el Constituyente derivado.

Mediante Auto 372 del 26 de agosto de 2015, la Corte Constitucional señaló:

“(...) Que mediante Acto Legislativo 02 de 2015 dispuso una medidas transitoria con el fin de permitir continuidad en el ejercicio de las funciones del Consejo Superior de Judicatura, hasta tanto las mismas sean asumidas por los respectivos órganos llamados a reemplazarlos. Entre estas medidas, destacó la dispuesta en el artículo 19, el cual fijó el término de un (1) año contado a partir de la expedición del acto legislativo, para adelantar la elección de los Magistrados que harán parte de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y demás, en el transcurso de este del Consejo Superior de la Judicatura “ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”:

En virtud a lo anterior, la Sala Plena señaló que mientras los Magistrados que habrán de integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen en sus cargos, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura continuará en el ejercicio de sus funciones y conservará su competencia para (i) desempeñar la función jurisdiccional disciplinaria (ii) resolver sobre los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones; y (iii) conocer de la acciones de tutela. Asimismo, en el numeral tercero de la parte resolutoria del Auto 278 de 2015, la Sala Plena dispuso remitir a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, “todos los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdiccionales que

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

hayan sido enviados a la Corte Constitucional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015”.

Con las anteriores consideraciones la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió:

*“PRIMERO.- ORDENAR a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que continúe ejerciendo sus funciones **en relación con el conocimiento de acciones de tutela**, hasta tanto se cumpla uno de los supuestos señalados en la parte motiva de este asunto”.*

No observando causal de nulidad que invalide lo actuado a ello se procede a resolver sobre el asunto.

Naturaleza de la Acción de Tutela. La acción de tutela es un amparo jurídico diseñado para salvaguardar los derechos fundamentales que tienen todas las personas para ser protegidas de las acciones u omisiones de autoridades que violan o amenacen esa clase de derechos.

La doctrina y la jurisprudencia han señalado como características de la acción de tutela las siguientes:

a.- **Es subsidiaria y residual:** En varias ocasiones esta Sala, ha venido insistiendo en el sentido de precisar el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, es decir, que la acción de tutela es subsidiaria en cuanto no exista otro mecanismo judicial principal efectivo para la protección del derecho fundamental vulnerado.

Esto obliga al Juez Constitucional a valorar previamente los requisitos que hacen procedente ese excepcional amparo y solamente en el evento de ser positivo ese juicio de procedibilidad, estudiar el fondo de la actuación demandada para determinar si en verdad se incurrió en la vulneración de algún derecho fundamental.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Sobre el tema de la subsidiariedad la Corte Constitucional ha construido desde su existencia una plural y pacífica jurisprudencia en la que enseña que la acción de tutela no puede ejercerse como mecanismo de defensa judicial, cuando el accionante cuenta con otros medios, salvo excepcionales eventos en los que debidamente acreditados se hallan presentes circunstancias que ameritan la intervención del juez de tutela así por ejemplo, recordamos la sentencia C- 503 de 1993 donde dijo:

“la tutela tiene dos características que la identifican: la subsidiariedad y la inmediatez. Es un mecanismo subsidiario porque únicamente puede instaurarse cuando el lesionado no tiene otro medio de defensa judicial o que teniéndolo, acude a la tutela para conjurar la situación de perjuicio irremediable en la que se encuentra. La tutela está caracterizada también por su inmediatez, puesto que es un mecanismo que opera de manera urgente, rápida y eficaz para proteger el derecho fundamental que ha sido violentado o que se encuentra amenazado.

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.”².

b.- La Inmediatez: Por tratarse de un mecanismo de aplicación directa o inmediata establecido para la correcta protección de los derechos fundamentales opera de manera pronta y eficaz. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

“La tutela está caracterizada también por su inmediatez, puesto que es un mecanismo que opera de manera urgente, rápida y eficaz para proteger el derecho fundamental que ha sido violentado o que se encuentra amenazado”.
(Sentencia T-279 de 1997)

“El término de seis meses ha resultado razonable en la consideración de los casos...”. (Sentencia T-016 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa recoge precedente de la Sentencia SU-961 de 1999 M.P, Vladimiro Naranjo Mesa).

² Sentencia C-543 de 1993.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

c.- **Es de carácter preferente:** significa que, salvo el hábeas corpus, la acción de tutela debe ser tramitada por el juez, antes que cualquier otro asunto que tenga a su consideración.

d.- **No es mecanismo alternativo:** La Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela no puede concebirse como medio judicial que sustituya los mecanismos previstos en la Constitución y en la Ley, ni como proceso alternativo que el interesado pueda escoger a cambio de los ordinarios o especiales, también establecidos para administrar justicia o para hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución.

Problema Jurídico: Corresponde establecer si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por la accionante, debido a la negativa en la autorización de tratamientos quirúrgicos NO POS, aduciendo que se tratan de procedimientos estéticos.

Para resolver la controversia, la Sala abordará la naturaleza jurídica del derecho a la salud (1); el régimen de seguridad social de salud para los integrantes del núcleo familiar de los miembros de la fuerza pública (2); las cirugías o procedimientos estéticos en el marco del Plan Obligatorio de Salud (3) y se referirá al caso concreto planteado por la accionante y la impugnación.

(1) El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”* (Constitución de la Organización Mundial de la Salud).

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”* (Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 de la Constitución que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como *“... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”*

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 151 reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – *tesis de la conexidad* –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993 y T-395 de 1998. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“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 cubija 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.”*

En la sentencia T-395 de 1998, la Corte sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, acerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable", en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte enfatizó que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo establece la sentencia T- 1081 de 2001, cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007, amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

*“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores*

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de dicha Corporación determinó *“la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”*

En este contexto se concluye, que la salud es un derecho fundamental y susceptible de tutela, *“declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”*

(2) Normas del sistema de seguridad social en salud, para la fuerza pública.

Las normas Superiores establecen que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable (Artículo 48 de la Constitución política), la cual se garantiza a todas las personas en términos de acceso, promoción, protección y recuperación, bajo la dirección, coordinación y control del Estado. (Artículo 49 de la Constitución política).

Por su parte, la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”*, en desarrollo del mandato constitucional, dispuso que el contenido en esa normativa, no era aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, por tratarse de un régimen especial.

El Decreto Ley 1795 de 2000 *“Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”*, reglamentó la prestación del servicio de sanidad inherente a las operaciones militares y del servicio policial como parte de su logística militar, así como también determinó la prestación del servicio integral en salud en las áreas de

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios.

Igualmente se creó como organismo rector y coordinador del Sistema de Salud, el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (CSSMP), a quien le corresponde, entre otras funciones, aprobar el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial y los planes complementarios de salud, con sujeción a los recursos disponibles para la prestación del servicio de salud.

De esa forma, el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, dictó el Acuerdo N° 042 del 21 de diciembre de 2005, *“Por el cual se establece el Manual Único de Medicamentos y Terapéutica para el SSMP, y se dictan otras disposiciones”*, para lo cual se creó el Comité Técnico Científico de Autorización de Medicamentos fuera del Manual Único de Medicamentos y Terapéutica del SSMP.

(3) De las cirugías estéticas en el marco del Plan Obligatorio de Salud para los integrantes de la fuerza pública y sus beneficiarios.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en algunos casos las cirugías reconstructivas en general podrían considerarse estéticas o de solo embellecimiento, en otros, constituyen claros procedimientos reconstructivos funcionales. Las primeras, no son unas atribuciones permitidas para las empresas prestadoras de salud quienes están obligadas previamente a realizar un análisis de cada caso en particular, en especial de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales que rodean a la peticionaria (Sentencia T-119 de 2000 MP. José Gregorio Hernández).

En situaciones excepcionales, la Corte Constitucional ha proferido y avalado casos donde se ordena practicar la cirugía de *mamoplastia reductora*, que en principio es considerada como estética y por ello excluida del Plan Obligatorio en Salud. Sobre todo

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

en aquellos eventos en los que se probó que estaban destinadas a poner fin a ciertas afecciones ocasionadas por la *hipertrofia mamaria*, cuando su objetivo primario fuese el de curar una dolencia en la salud, así el efecto colateral condujera aparentemente a mejorar la apariencia corporal. (Sentencia T-285 de 2011MP. Nilson Pinilla Pinilla).

En esos casos la jurisprudencia constitucional ha diferenciado las *mamoplastias reductoras* eminentemente estéticas, de aquellas que tienen carácter funcional, reconociendo que ante las consecuencias secundarias que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de *mamoplastia de reducción* deja de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a muchas dolencias en la salud.

La sentencia T-119 de 2000 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, indicó esta diferencia la cual ha sido reiterada en fallos subsiguientes:

“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... 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.”

En un caso similar, en la sentencia T-913 de 2005 la mencionada Corporación concedió la protección solicitada de una mujer a quien su EPS le había negado la cirugía de mamoplastia reductora.

En ella señaló: *“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*

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

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 más 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.”

Para esta Superioridad es claro que el carácter funcional de la cirugía de *mamoplastia reductora*, está asociado con la patología de base que le da origen, es decir, por la *hipertrofia mamaria o gigantismo de mamas*. Esta cirugía disminuye o minimiza los efectos colaterales como la dorsalgia y las alteraciones en la columna vertebral, mejorando la calidad de vida de las pacientes.

En todo caso, se ha indicado que cuando exista la prescripción médica de este procedimiento, el juez de tutela debe verificar previamente que la situación, condición y circunstancias particulares, encuadren dentro de los parámetros jurisprudenciales anteriormente descritos, para descartar que se trate de procedimientos con fines de carácter meramente estético o cosmético, sino que sea necesaria para objetivos funcionales del paciente, lo cual dará lugar a la protección de los derechos mencionados, evento en el cual deberá ordenarse la práctica de la cirugía, a pesar de estar excluida del POS y POS-S.

Para concluir, le corresponde a las entidades prestadoras de los servicios de salud establecer de manera responsable la naturaleza de las cirugías prescritas por los médicos tratantes a sus pacientes, porque como lo ha señalado la Corte Constitucional, *“dichas entidades tienen la capacidad científica y técnica para determinar, a través de los conceptos médicos y las historias clínicas de sus usuarios, si las cirugías plásticas son de carácter meramente estético o si por el contrario cumplen fines reconstructivos funcionales.”* (Sentencia T-017-de 2008 MP. Jaime Córdoba Triviño).

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

El caso concreto: A folio 21 del plenario, se encuentra que a solicitud del A quo, el galeno especialista en cirugía plástica al que acudió la accionante, señala que en caso de que los procedimientos quirúrgicos no se lleven a cabo, “se empeoraría su cuadro de artrosis, especialmente a nivel de la columna, además del riesgo heredado de osteoporosis, de igual manera la irritación cutánea producto del exceso de piel, el roce continuo y la dificultad para mantener aseada estos pliegues propicia la aparición de irriotaciones cutánea a repetición o permanencia”. (12 de agosto de 2015).

Sin embargo, como bien lo señaló el A quo, el citado especialista, no se encuentra adscrito a la red prestadora de servicios de la Dirección de Sanidad Militar y en el plenario brilla por su ausencia, el concepto de los galenos adscritos a la misma, respecto de la necesidad o no de los procedimientos cuyos costos, la accionante asegura no poder asumir.

Sobre el asunto, es preciso reiterar lo señalado por la jurisprudencia constitucional, en sentencia T- 760 de 2008, que:

“No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto”.

Por consiguiente, esta Superioridad confirmará la decisión del A quo, a fin de que la accionante sea evaluada por los especialistas en cirugía plástica adscritos a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y determinen si los procedimientos quirúrgicos que la señora Hilda Liria Flórez García, más que contribuir a embellecer su figura, mejorarían su calidad de vida en las condiciones de dignidad que merece.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo del 19 de agosto de 2015, emitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander a través del cual **amparó los derechos fundamentales a la salud de la accionante Hilda Liria Flórez García**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- SÚRTANSE las notificaciones de rigor, contenidas en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO
Presidente

JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO
Magistrado

JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ
Magistrada

ANGELINO LIZCANO RIVERA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Rad. N°. 540011102000201500552 01
Referencia. TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA
Magistrada

WILSON RUIZ OREJUELA
Magistrado

YIRA LUCÍA OLARTE ÁVILA
Secretaria Judicial