

## DERECHO A LA SALUD-Doble connotación

### DERECHO A LA SALUD-Elementos que lo garantiza

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó, por lo demás, que el derecho a la salud supone la existencia de cuatro elementos sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad del derecho a la salud. Estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

### DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS-Su fundamentalidad no depende de la manera cómo estos se hacen efectivos en la práctica

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 que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

### DERECHO A LA SALUD-Casos de protección a través de tutela

A propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de

capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

DERECHO A LA SALUD-Cirugía plástica no considerada estética, recomendada por el médico tratante de una menor para extraerle un queloide del lóbulo de la oreja

En el presente asunto se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético. Salta a la vista la urgencia y la necesidad de extraer el queloide. Esa urgencia y esa necesidad no requieren mayor justificación. No se trata de un procedimiento cosmético o superfluo pues - como lo afirma el médico cirujano - obedece a un mal proceso de cicatrización de la niña que le ha originado una protuberancia que con el paso del tiempo cobra cada vez mayor tamaño y afecta no solo su apariencia estética sino su salud física. El médico tratante no recomendó la cirugía para que la menor luciera más bella sino para que recuperara su apariencia normal.

ACCION DE TUTELA-Autorización de cirugía plástica a menor para garantizarle una vida digna

Referencia: expediente T-1405186

Acción de tutela instaurada por ANA BELÉN ÁNGULO ZAPATA en representación de su hija ANGIE CATHERINE ZAPATA ÁNGULO contra COSMITET Ltda.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, 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 dictado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia- El Bordo, en el asunto de la referencia.

## I. ANTECEDENTES.

Hechos.

1.- La menor ANGIE CATHERINE ZAPATA ANGULO, de 11 años de edad, se encuentra afiliada a ComSalud I. P. S. (Expediente, a folio 7).

2.- Según certificación expedida por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Suroccidente, Seccional Cauca Unidad Local Patia – El Bordo, el día 29 de junio de 2006 la niña presenta una:

“lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda, irregular de 2 cm de diámetro. / Lesión nodular en cara posterior de lóbulo de oreja derecha, irregular de 0,4 cm de diámetro / Las anteriores lesiones: si afectan la estética de la menor, no afectan la audición. / para determinar si hay afección de tipo psicológico, es necesario que sea valorada por Psiquiatría forense en la dirección Seccional Cauca del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.” (Expediente, a folio 39).

3.- La madre de la niña, quien actúa en su nombre, afirmó que la menor se ve afectada por la carnosidad pues ha crecido con el paso del tiempo y le pesa. Dijo, además, que el médico tratante remitió a la menor al cirujano plástico por cuanto estimó que era un médico de esa especialidad quien debía tratarla. Explicó, asimismo, que el médico cirujano había recomendado practicar a la niña cirugía plástica a fin de retirar la carnosidad y adujo que ella, por su parte, había realizado los trámites para efectos de que se le realizara la intervención a Angie Catherine, pero, enfatizó, que la entidad demandada se había negado a autorizar la cirugía por considerarla estética. (Expediente, a folio 1).

Solicitud de Tutela.

5.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Ana Belén Ángulo de Zapata solicitó la protección del derecho a la salud y a la vida digna de su hija menor que considera han sido vulnerados al negarse la entidad demandada a ordenar practicarle a la menor una cirugía plástica recomendada por el médico tratante y por el cirujano plástico para extraerle

la carnosidad que afecta el lóbulo de la oreja izquierda de la menor.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

6.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la tarjeta de afiliación de la menor ANGIE CATHERINE ZAPATA (Expediente a folio 7)

- Copia de de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Belén Ángulo de Zapata. (Expediente a folio 8)

- Copia de la tarjeta de afiliación de la señora Ana Belén Ángulo de Zapata a ComSalud I. P. S. (Expediente a folio 8).

- Copia de escrito procedente de ODONTOMEDICA DEL PATIA Ltda., expedido el día 16 de agosto de 2005 y firmada por el médico cirujano Hugo Rengifo en donde consta que la niña Angie Catherine Zapata:

“consultó por tumoración en pabellón auricular izquierdo lesión previa. Se le hizo diagnóstico de Queloides, se remitió a dermatología el cual remitió a cirugía plástica. A la presente no le han prescrito el procedimiento por considerarlo estético siendo una enfermedad por un mal proceso de cicatrización de la niña.” (Expediente a folio 40).

- Copia del Diligenciamiento de Consulta Externa (Cosmitet Ltda.), fechado el día 12 de septiembre de 2005 realizada a la menor Angie Catherine Zapata y firmada por el médico cirujano Hugo Rengifo. (Expediente a folio 6).

- Oficio 217 emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia- El Bordo el día 30 de junio de 2006 en donde el Juzgado solicita a la Fiduciaria-Fidupervisora:

“que se sirva informar si dicha entidad asume o no los costos de la prestación de servicios médicos de los afiliados y usuarios de COSMITET S.A. postratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los encaminados a restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad en evento de ser ordenada por el médico tratante. Siendo cotizante la señora Ana Belén Ángulo Zapata (...) y beneficiaria la menor ANGIE CATHERINE ZAPATA

ÁNGULO, esta última quien requiere el servicio por presentar cicatriz queloide sobre el lóbulo de la oreja izquierda.”

Pruebas decretadas por la Corte Constitucional.

7.- El Magistrado Sustanciador consideró necesario decretar pruebas con el fin de determinar: (i) el tipo de carnosidad en el lóbulo de su oreja izquierda (queloide) que tiene la menor a nombre de quien se instauró la tutela; (ii) el grado en que esa carnosidad puede afectar físicamente a la menor y provocarle un serio deterioro en su calidad de vida, esto es, proyectarse de manera negativa sobre su salud física, psíquica, social y emocional. Mediante auto fechado el día primero de noviembre del año en curso, el Magistrado Sustanciador ordenó que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se solicitara a la señora Ana Belén Ángulo de Zapata enviar fotografías de su hija de manera que se pudiera observar claramente la cicatriz que le afecta el lóbulo de su oreja izquierda. Ordenó asimismo que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se solicitara al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Cauca (Psiquiatría Forense) practicar un examen clínico a la menor y responder las siguientes preguntas: si a partir del examen clínico efectuado es factible constatar que (i) la cirugía recomendada por el médico tratante es necesaria y conveniente; (ii) el no practicar la intervención puede ocasionar un perjuicio en la salud psíquica, emocional y social de la menor y puede significar, en este mismo sentido, un grave deterioro en su calidad de vida.

Dentro del término concedido por la Corte Constitucional, la madre omitió enviar las fotografías y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Cauca, envió un escrito en el que manifestó lo siguiente:

“Por medio de la presente, me permito comunicarle que se ha fijado cita para valoración mental a la menor ANGIE CATHERINE ZAPATA ANGULO, para el día 11 de diciembre de 2006 hora 7:45 am en nuestras instalaciones./Se asigna la cita para esta fecha por cuanto la psiquiatra Forense, se encuentra en su periodo vacacional fuera del país, reintegrándose el día 11 de Diciembre - 06.”

En vista de lo anterior, el magistrado sustanciador resolvió emitir otro auto mediante el cual se mandó requerir a la señora Ana Belén Ángulo de Zapata para que enviara las fotografías solicitadas. Mediante comunicación telefónica realizada el día 12 de diciembre de 2006 el

Despacho del Magistrado Sustanciador se puso en contacto con el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Seccional Cauca y confirmó que la menor Angie Catherine Zapata Ángulo no había asistido a la cita para valoración mental programada el día 11 de diciembre de 2006 a las 7 y 45 de la mañana. El Despacho del Magistrado Sustanciador se puso en contacto - también por vía telefónica - con la madre de la menor a fin de establecer cuál había sido la causa de la no asistencia de la niña a la evaluación médica. Pudo constatar el Despacho del Magistrado Sustanciador que la madre de la menor no había sido notificada respecto de la valoración requerida por la Sala e ignoraba, por consiguiente, que debía presentarse en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Seccional Cauca, a fin de que se le realizara el examen de psiquiatría forense.

Fotografías enviadas por la madre de la menor.

El día 15 de diciembre de 2007 se recibieron en la Secretaría de la Corte Constitucional las fotografías solicitadas por la Sala de Revisión. A simple vista pudo constatarse que el queloide que tiene la menor en el lóbulo de su oreja izquierda no sólo afecta su apariencia normal sino que el peso de la protuberancia incide también en su bienestar físico y se proyecta negativamente en la posibilidad de garantizar de manera integral el derecho a la salud de la menor.

Estima la Sala que si bien es cierto el concepto de psiquiatría forense habría contribuido a enriquecer el acervo probatorio para decidir la presente tutela, en el expediente reposan suficientes elementos de juicio en orden a establecer - como tendrá oportunidad de indicarlo más adelante la Sala - la urgencia y la necesidad de la intervención quirúrgica en el caso concreto.

Respuesta de la entidad demandada.

8.- Mediante escrito fechado el día 16 de junio de 2006, Cosmitet Ltda. expresó que no le había entregado la orden para la realización de la cirugía a la menor Angie Catherine Zapata Ángulo por cuanto Cosmitet Ltda. no era una E. P. S. sino una entidad privada bajo la figura de la sociedad limitada con ánimo de lucro que prestaba servicios a los usuarios afiliados al régimen de excepción del Magisterio con base en la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud “figura totalmente diferente a una E. P. S. por estar taxativamente excluida de la Ley 100 de 1993.”

Agregó la entidad demandada, que no captaba dineros de los afiliados y tampoco le correspondía crear planes de beneficios ni de coberturas, pues todas estas tareas radicaban en cabeza de la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., “en su carácter de administradora de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual contempla dentro de sus exclusiones Tratamientos considerados estéticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por la enfermedad.”

Insistió, nuevamente, en que “la entidad llamada a responder por la realización de la cirugía de la menor ANGIE CATHERINE ZAPATA [era] la Fiduciaria Fiduprevisora S.A. por ser nuestra entidad contratante, la cual excluyó de manera taxativa Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad.” (Énfasis y subrayas dentro del texto original).

A continuación, describió los términos que regulaban la relación contractual entre el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Cosmitet Ltda. y enfatizó, de nuevo, la exclusión de planes de beneficios y coberturas. Insistió en que las exclusiones fueron socializadas en medios de comunicación y fueron dadas a conocer a los afiliados mediante cartillas. Posteriormente, solicitó al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia-El Bordo que vinculara como “litisconsorte necesario por pasiva en este proceso a la fiduciaria Fiduprevisora S.A. quien es llamada a asumir los costos de la prestación de servicios médicos de sus afiliados.” (Énfasis dentro del texto original). De inmediato, manifestó que la base de la relación entre Cosmitet Ltda. y la Fiduprevisora S.A. se encontraba en “los Términos de Referencia de la Invitación Pública No. 143 emitidos por la Fiduciaria Fiduprevisora S. A. actuando en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio los cuales pueden ser consultados en la página web [www.fiduprevisorasalud.com](http://www.fiduprevisorasalud.com) .”

Por último, expresó que en el asunto bajo examen no se cumplía con las exigencias requeridas por la Corte Constitucional para ordenar la realización de tratamientos o la entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud toda vez que no se verificaba la existencia de la condición referente a que “la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos Constitucionales Fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.”

(Énfasis y subrayas adicionadas por Cosmitet Ltda.). Agregó, por lo demás, que tampoco se había demostrado la incapacidad económica del usuario por cuanto “esta cirugía puede ser cubierta directamente por la usuaria y no atentar contra el patrimonio de una entidad de salud afectando así la prestación del servicio de usuarios que necesariamente si cumplen un quebranto de salud y no una cirugía estética.”

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera y única instancia.

9.- El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia-El Bordo resolvió negar el amparo de los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad física de la menor Angie Catherine Zapata Ángulo mediante providencia fechada el día 30 de junio de 2006. El despacho presentó los siguientes argumentos en apoyo de su decisión.

Afirmó que en el caso bajo análisis se trataba, en efecto, de una menor de edad cuyos derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, de conformidad con lo establecido por la Constitución Nacional, debían ser catalogados como derechos fundamentales y prevalecían sobre los demás (artículo 44 superior). Subrayó, no obstante, que en el caso concreto no se habían afectado derechos constitucionales fundamentales. Al respecto especificó lo siguiente:

“los nódulos que presenta la menor sobre los lóbulos de sus orejas izquierda y derecha - produ[jeran] alteración funcional alguna a su sistema auditivo, o - algún otro órgano o función que permit[ieran] inferir que el procedimiento que requiere según el médico tratante [fuera] necesario y - urgente, pues según la Entidad de salud de la cual es usuaria - se trata[ba] de un tratamiento estético que se enc[ontraba] excluido de la prestación de asistencia según contrato celebrado por COSMITET LTDA con la Fiduciaria FIDUPREVISORA.”

Aseveró que en el asunto analizado no se contaba con el criterio del médico especialista tratante de la menor por medio del cual se especificara que la cirugía mencionada por la peticionaria era de “aquellas que tienen por objeto específico sanar o curar dolencia alguna que afecte la salud de la joven, o su integridad o solamente es de carácter estético.” En vista de lo anterior, concluyó que no se cumplía con las exigencias requeridas por la jurisprudencia

de la Corte Constitucional, razón por la cual, resolvió negar la protección solicitada.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso concreto y presentación del problema jurídico.

2.- La menor ANGIE CATHERINE ZAPATA ÁNGULO, de once años de edad, solicitó por intermedio de su madre la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad personal que consideró habían sido vulnerados por la entidad demandada al negarse esta última a practicarle a la niña una cirugía plástica recomendada por el médico tratante y por el cirujano plástico para extraerle la carnosidad que afecta el lóbulo de la oreja izquierda de la niña. La entidad demandada explicó que en el caso bajo examen debía ser vinculada la Fiduciaria FIDUPREVISORA con quien Cosmitet Ltda. había celebrado un contrato para la prestación del servicio de salud. Adicionalmente, manifestó que el tratamiento solicitado por la menor no cumplía con los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando se trata de prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud por cuanto, en el caso concreto, consistía en la práctica de una cirugía de orden estético que no buscaba restablecer la funcionalidad de ningún órgano de la menor y no comprometía derecho fundamental alguno.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia-El Bordo acogió los argumentos de la entidad demandada, insistió respecto de que en el asunto bajo examen, no se observó al menos uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar la prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud, a saber, la existencia de constancia emitida por el médico tratante respecto de la necesidad del tratamiento. Con fundamento en lo anterior, resolvió no conceder el amparo solicitado.

Problema Jurídico.

3.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si una Entidad

Prestadora de Salud vulnera el derecho constitucional fundamental a la salud de una menor al negarse a practicarle una cirugía para extraerle la carnosidad que afecta el lóbulo de su oreja izquierda – por cuanto al padecer de mala cicatrización el nódulo tiende a crecer y le ocasiona molestias por su peso y por las connotaciones negativas que se derivan de su existencia para la apariencia física de la menor-.

A fin de resolver el problema jurídico, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) La doble dimensión del derecho a la salud en la Constitución Colombiana: como derecho constitucional y como servicio público. (ii) El caso concreto: en el asunto bajo examen no se trata de una cirugía estética de orden cosmético o superfluo. El no practicar la intervención con el fin de extraer el queloide impide garantizar de modo integral el derecho constitucional fundamental a la salud de la menor.

La doble dimensión de la salud en la Constitución Nacional: como derecho constitucional y como servicio público.

4.- Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación –derecho constitucional y servicio público<sup>1</sup>-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>2</sup>.

Señala el artículo 49 de la Constitución Nacional que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social de derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de

un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

5.- La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud<sup>3</sup>. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que

‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen

“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.”

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordó que:

“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas fuera de texto)<sup>4</sup>.”

La Observación 14 del Comité enfatizó, de otro lado, la necesidad de realizar una interpretación amplia del concepto de salud contenida en el párrafo 1º, artículo 12 del Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Recomendó el Comité prestar atención al precepto contenido en el párrafo segundo del mismo artículo pues sólo de ese modo era

posible reconocer que:

“la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano<sup>5</sup>.”

6.- Por medio de la Observación General 14 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó, por lo demás, que el derecho a la salud supone la existencia de cuatro elementos sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad del derecho a la salud. Estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

(i) Disponibilidad, esto es, la presencia del “número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.” El Comité admite que la naturaleza misma de estos establecimientos, bienes y servicios puede estar determinada por diferentes factores dentro de los cuales se cuenta también el nivel de desarrollo del Estado Parte. Subraya, sin embargo, cuáles son los servicios básicos de salud que deben ser incluidos con independencia de ese nivel de desarrollo. Al respecto, indica lo siguiente:

“Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS<sup>6</sup>.”

(ii) Accesibilidad, es decir, que las personas puedan ingresar a los establecimientos de salud y hacer uso efectivo de los bienes y servicios de salud sin que se presente ningún tipo de discriminación. A juicio del Comité, lo anterior supone asegurar, de una parte, que los sectores más vulnerables y marginados de la población no sean discriminados respecto de su posibilidad de hacer uso de los establecimientos, bienes y servicios de salud. Toda suerte de discriminación – sea ella de género, origen, raza o condición social, cultural o económica –

queda terminantemente prohibida. En opinión del Comité, la accesibilidad implica, de otra parte, garantizar el acceso físico en el sentido de procurar las condiciones para que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todas las personas con independencia del lugar geográfico que habiten. Con ello se trata de proteger de manera especial a sectores vulnerables o marginados tales como

“las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños [y las niñas], [las y] los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades<sup>7</sup>.”

La accesibilidad conlleva asimismo a establecer condiciones por medio de las cuales se haga factible el acceso a la salud de quienes carecen de los suficientes recursos económicos para tales efectos. Así,

“los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos<sup>8</sup>.” (Subrayas fuera del texto original).

La accesibilidad comporta, del mismo modo, el derecho a estar informados en forma suficiente sobre los establecimientos, bienes y servicios de salud y, en tal sentido, a

“solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad<sup>9</sup>.”

(iii) Aceptabilidad. Este requisito se cumple, según el Comité, cuando los establecimientos actúan y los bienes y servicios se prestan de manera que se asegure el respeto por la ética

médica y por las diferencias culturales, esto es, cuando se obre bajo cánones “respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida,” y se conciban los servicios de tal modo que garanticen, en forma simultánea, el respeto por el principio de confidencialidad.

(iv) Calidad. De conformidad con lo establecido por el Comité en la Observación General 14, los establecimientos, bienes y servicios de salud no sólo han de ser aceptables, mirados desde un enfoque cultural, sino

también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas<sup>10</sup>.” (Subrayas fuera del texto original).

7.- Según lo establecido en el Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la salud es, pues, un derecho fundamental que envuelve – como sucede también con todos los demás derechos fundamentales – prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la práctica. A ese respecto es muy clara la Observación 14 cuando admite que el Pacto “establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles.” Lo anterior no significa, sin embargo, que la salud deje de ser un derecho fundamental. Justamente en este sentido, agrega la Observación General 14, el Pacto también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato.

8.- En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional –, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros reconocidos en su calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, vistos como derechos de orden prestacional requeridos, por tanto, de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió, sin embargo, que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el

derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental.

Precisamente en esa dirección, la Corte Constitucional se pronunció a favor de la llamada tesis de la conexidad. En tal sentido, estimó que los derechos fundamentales por conexidad eran aquellos a los cuales se les comunicaba tal calificación en virtud de la íntima relación de estos derechos prestacionales con los denominados derechos fundamentales, de manera que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Como se ve muy bien, el asunto más relevante respecto de la conexidad no se ligaba tanto con el carácter fundamental de los derechos – asunto que hoy parece estar fuera de discusión, tanto más cuanto, como se indicó, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Colombia tienden a resaltar el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales – sino, se vinculaba, más bien, con la manera misma de hacer efectivos en la práctica estos derechos.

9.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva<sup>11</sup>. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente – poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las

exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.

10.- De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, 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 que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

11.- Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda

solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación 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 dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud - supuestamente no fundamental - con el derecho a la vida u otro derecho fundamental - supuestamente no prestacional-.

12.- Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos - unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional<sup>12</sup> y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.

De cualquier manera, también en estos casos, los jueces deberán constatar en concreto la índole de la prestación reclamada y habrán de analizar con detalle la situación en que se exige su cumplimiento pues, como lo ha indicado la Sala, se trata de obligaciones cuya realización implica fuertes erogaciones económicas y en países con recursos escasos no puede perderse de vista la necesidad de fijar prioridades. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de la dignidad de la persona así como la falta de capacidad de pago constituyan criterios determinantes para que proceda la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.

13.- Puede decirse, por consiguiente, que las restricciones de tipo presupuestario, las cuales no sin frecuencia se conectan con la puesta en práctica de los derechos fundamentales, suponen que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y reglamentarias, para hacer viable la eficacia de estos derechos. En otros términos, existen derechos cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otros derechos y depende de fuertes erogaciones económicas. Estos derechos, no obstante, no pierden por mediar ese desarrollo político, reglamentario y técnico su carácter fundamental.

La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión. La falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectadas las personas la posibilidad de vivir una vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas por los jueces para determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa pues se trata de derechos fundamentales.

14.- De otra parte, en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela la Corte ha estimado que, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y

reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección.

El caso concreto: en el asunto bajo examen no se trata de una cirugía estética cosmética o superflua - excluida del Plan Obligatorio de Salud - sino de una intervención urgente y necesaria para restablecer de manera integral la salud de la menor.

15.- En el caso concreto, la niña Angie Catherine Zapata, de once años de edad, tiene una lesión nodular carnosa en la cara posterior del lóbulo de su oreja izquierda. A partir de las pruebas que constan en el expediente, es factible inferir que el médico tratante estimó necesario remitir a la niña al dermatólogo y éste, a su turno, le recomendó consultar al cirujano plástico, el cual, consideró necesario extraer la carnosidad. La entidad demandada aclaró que al ser una entidad de orden privado con ánimo de lucro que prestaba servicios a los afiliados al régimen de excepción del Magisterio bajo la modalidad de Institución Prestadora del Servicio de Salud, tenía contrato con la Fiduciaria Fiduprevisora S. A. entidad a quien le correspondía responder por la prestación del servicio de salud en este caso. No obstante lo anterior, insistió respecto de que en el asunto particular no había vulneración de derecho fundamental alguno por cuanto se trataba de un tratamiento estético excluido del Plan Obligatorio de Salud que no comprometía la funcionalidad de ningún órgano de la niña. El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia-El Bordo emitió una providencia vinculando a la Fiduciaria Fiduprevisora S.A. pero la entidad guardó silencio y no se pronunció.

16.- No comparte la Sala la tesis defendida por COSMITET Ltda. y convalidada por el Juzgado 2º Municipal de Patia-El Bordo, de conformidad con la cual, en el presente asunto se trata de

una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético. A partir de las fotografías aportadas por la madre de la menor y que obran como medios de prueba en el expediente, es factible constatar el aserto del médico tratante. De inmediato salta a la vista la urgencia y la necesidad de extraer el queloide. Esa urgencia y esa necesidad no requieren mayor justificación. No se trata de un procedimiento cosmético o superfluo pues - como lo afirma el médico cirujano - obedece a un mal proceso de cicatrización de la niña que le ha originado una protuberancia que con el paso del tiempo cobra cada vez mayor tamaño y afecta no solo su apariencia estética sino su salud física. El médico tratante no recomendó la cirugía para que la menor luciera más bella sino para que recuperara su apariencia normal.

17.- Considera la Sala que la excusa esgrimida por COSMITET Ltda., - por cuanto la Fiduciaria FIDUPREVISORA guardó silencio cuando fue convocada por el Juzgado para que se pronunciara -, en relación con la necesidad de que el médico cirujano emitiera un concepto sobre la exigencia científica de la cirugía para ordenar la intervención, resulta formalista en exceso. El médico tratante así como el cirujano plástico concuerdan en afirmar que los pretextos exteriorizadas por la parte demandada significaban únicamente “trabas que pone la entidad pues cualquier médico sabe qué es un queloide y que no es necesario nada más.” Como lo expresó la Sala en párrafos anteriores y se reitera ahora, un vistazo a las fotografías que obran como medio de prueba en el expediente confirma el aserto del médico tratante. Es evidente que el problema de cicatrización le ha producido a la menor una protuberancia enorme en el lóbulo de su oreja izquierda y cualquier médico lo puede constatar tan solo con observar físicamente a la niña. En diversas ocasiones se ha pronunciado la Corte Constitucional al respecto de la importancia de evitar que trámites de carácter administrativo o de cualquier otra índole se conviertan en obstáculo para dilatar la prestación oportuna del servicio de salud. En el asunto bajo examen se tiene que la salud integral de la menor se ha visto afectada por la presencia del queloide en el lóbulo de su oreja izquierda, el cual, por causa de un proceso de mala cicatrización de la niña, no solo le pesa, sino se proyecta de modo negativo en la imagen que la menor tiene de sí misma.

18.- La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades al concepto de salud y ha sostenido que éste debe interpretarse en un sentido amplio. Abarca no sólo el aspecto

funcional o físico de la persona sino también sus condiciones psíquicas, emocionales y sociales. En ese orden de ideas, ha afirmado el Tribunal constitucional colombiano que la salud ha de definirse desde una perspectiva integral sin dejar de lado ninguna de la facetas mencionadas con antelación.

19.- En la sentencia T-659 de 2003 abordó la Corte un asunto semejante al que está bajo su consideración en la presente sentencia<sup>13</sup>. En aquella ocasión opinó la Corte que la salud no se identificaba sólo con:

“un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas<sup>14</sup>. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no solo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.”

En la sentencia T-307 de 2006 también resolvió la Corte un caso similar y al referirse al derecho a la salud estableció<sup>15</sup>:

“Insiste la Sala respecto de la necesidad de partir de un concepto amplio de salud. Esto no solo se desprende de la Constitución leída en su conjunto así como de lo consignado en la jurisprudencia constitucional sino que se ve reforzado por lo establecido en el ámbito internacional. Así lo expresa la observación 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la cual el Comité fija el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto. Por medio de la Observación 14 recordó el Comité sobre el Pacto de Derechos sociales, Económicos y Culturales que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas en el texto original).

(...)

Lo dicho por el Comité mediante la Observación 14 cobra especial relevancia en el presente asunto. El Comité insiste en que el derecho fundamental debe entenderse como “un derecho

al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.” La observación 14 del Comité enfatiza la necesidad de realizar una interpretación amplia del concepto de salud contenida en el párrafo 1º, artículo 12 del Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales.”

20.- Bien vale la pena citar aquí un poco más en extenso algunos de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional para apoyar su decisión cuando emitió la sentencia T-307 de 2006 mencionada más arriba. Es importante esta referencia por cuanto resume algunas de las intervenciones de especialistas de distintas Facultades de Medicina del País entorno al concepto integral de salud.

“La garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues esta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad.

En relación con la faceta preventiva, se garantiza el derecho a la salud cuando se hace todo lo necesario para evitar que las personas incurran en situaciones de riesgo que perjudique su salud integral. Se atienden distintos aspectos con la idea de prevenir dolencias y enfermedades y con el propósito de prolongar la vida así como de obtener un beneficio para las personas tanto desde el punto de vista físico, psíquico, social y emocional. Así las cosas, cuando las personas se encuentran en una situación de riesgo se deben tomar todas las cautelas posibles de modo que se evite provocar una afectación de la salud en alguno de esos aspectos. Las EPS no solo deben actuar allí donde se ha presentado la enfermedad. Deben ante todo prevenir que se llegue a esta situación o al menos hacer lo posible para que la salud no se vea afectada en la totalidad de sus aspectos. (Énfasis dentro del texto original).

Gran parte de las enfermedades no se originan en una disfunción física o funcional sino son motivadas por presiones que provienen del medio ambiente social y producen estrés: sentimientos de abandono, baja autoestima, aislamiento, burlas, inconformidad con la propia

imagen, depresión, agresividad. Estas presiones comienzan a manifestarse desde la infancia más temprana y a partir de ese mismo momento es preciso reaccionar. Solo de esa forma se garantiza la faceta preventiva del derecho a la salud. Con ello se evita, de modo simultáneo, llegar a situaciones irreversibles que implican altos costos económicos, sociales y emocionales.”

De lo anterior se desprende, que la salud no equivale únicamente a disponer de un estado de bienestar físico o funcional. Debe a un mismo tiempo garantizarse el bienestar psíquico, emocional y social pues todos estos factores contribuyen a procurar a las personas una vida en condiciones de dignidad y calidad. Tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.

21.- Luego de las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que el procedimiento ordenado a la menor ANGIE CATHERINE ZAPATA en el asunto bajo examen no es suntuario. No se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. Una cirugía, en suma, vinculada con la posibilidad de extraer el queloide que afecta el lóbulo de la oreja izquierda de la menor de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.

22.- Es importante destacar que aún cuando la FIDUPREVISORA no fue demandada con ocasión de la presente tutela y la acción de tutela se dirigió contra COSMITET Ltda., en la oportunidad procesal correspondiente ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia-El Bordo, COSMITET Ltda. dejó claro que quien está llamada en el presente asunto a responder por la prestación oportuna del servicio de salud es la E. P. S. la FIDUPREVISORA, la cual, actúa en calidad de Administradora de los Afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Ciertamente es que la FIDUPREVISORA guardó silencio y no intervino cuando el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia-El Bordo la convocó para integrar el litis consorcio necesario por pasiva. Lo anterior no significa, sin embargo, que la FIDUPREVISORA pueda evadir las obligaciones que radican en su cabeza en virtud del contrato firmado con COSMITET Ltda. y celebrado en los términos de referencia de la Invitación Pública No. 143.

(consultar [www.fiduprevisora.com](http://www.fiduprevisora.com)).

23.- A partir de lo expuesto se sigue, que la entidad responsable de prestar el servicio de salud a la menor - en el caso bajo análisis la fiduciaria FIDUPREVISORA - no puede alegar disculpas de orden administrativo ni de ninguna otra índole para obstaculizar la prestación oportuna del servicio de salud a la menor. Lo anterior, tanto más, por cuanto la negación del procedimiento recomendado por el médico tratante y por el cirujano plástico afecta - como se mostró en las consideraciones de la presente sentencia - de manera directa el derecho constitucional fundamental a la salud de la niña. En consecuencia, la Sala ordenará a la fiduciaria FIDUPREVISORA que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente sentencia realice todos los trámites necesarios para efectos de autorizar la cirugía plástica mediante la cual se proceda a extraer el queloide que tiene la niña Angie Catherine Zapata en el lóbulo de su oreja izquierda.

### III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretado dentro del trámite de revisión de la acción de tutela

SEGUNDO.- REVOCAR, por la razones expuestas, el fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patia-El Bordo el día 30 de junio de 2006. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud de la menor ANGIE CATHERINE ZAPATA ÁNGULO.

TERCERO.- ORDENAR a la Fiduciaria-FIDUPREVISORA que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano con el propósito de extraer el queloide que tiene la menor ANGIE CATHERINE ZAPATA ÁNGULO en el lóbulo de su oreja izquierda.

LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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.

3 El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión

de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

5 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

8 *Ibíd.*

9 *Ibíd.*

10 *Ibíd.*

11 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

12 En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad - niños, niñas - o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión - personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

13 En ese entonces el actor, padre de un menor, instaura acción de tutela en contra de la E.P.S. Compensar pues estima que esa entidad vulneró los derechos fundamentales de su hijo al negarse a realizarle el procedimiento quirúrgico Ginecomastia Pubertal Bilateral que su hijo “requiere con urgencia, en razón que el niño esta en crecimiento y se verá afectado tanto emocionalmente como sociológicamente si no se soluciona rápidamente el problema.” La entidad demandada también alegó que se trataba de una cirugía estética no cobijada por

el POS y que por consiguiente los derechos fundamentales del menor no habían sido desconocidos.

14 “Para la Sala en casos como el presente, la omisión de la E.P.S. accionada en autorizar la realización de la cirugía del menor (...) constituye vulneración a su derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de las cuales forma parte el derecho del niño y los adolescentes al desarrollo integral y armónico y a la protección oportuna, (artículos 44 y 45 de la C.P.) lo que de suyo implica la plena atención medica para que su crecimiento físico y su equilibrio psíquico sean los que normalmente correspondan a su edad y al sexo a que pertenece. No se puede alegar la no inclusión en el P.O.S. de determinado tratamiento estético cuando se evidencia que la carencia del mismo afecta la vida en condiciones dignas del menor y si bien la cirugía que requiere no compromete aspectos funcionales, si puede afectar la salud integral incluyendo la faceta psicológica del menor.”

15 En ese caso se trataba de un niño al que la E. P. S. había negado autorizar la intervención quirúrgica (Otoplastia) que se le había recetado al menor para corregir el defecto que sufría en sus orejas. Dada la situación enfrentada por el menor caracterizada por las burlas y agresiones constantes por parte de adultos y de compañeros en el barrio y en el colegio que lo condujeron a aislarse y a adoptar un conjunto de conductas agresivas y depresivas, la Corte estimó que esas circunstancias afectaban el desarrollo integral del menor y su calidad de vida. Llegó a la conclusión, según la cual, de realizarse la cirugía en el caso concreto, podría incluso a afectarse de modo grave la salud integral del menor.