

Sentencia T-307/06

DERECHO A LA SALUD-Desarrollo jurisprudencial

DERECHOS DEL NIÑO-Protección constitucional especial

DERECHOS DEL NIÑO-Principios de supervivencia y desarrollo

Se debe poner en movimiento los recursos económicos y humanos indispensables para que las garantías establecidas en el texto Constitucional y en los Tratados y Convenios Internacionales no se queden escritas y cobren efectividad. Lugar predominante ocupa la realización del principio de “la supervivencia y el desarrollo” contenido, en la Convención sobre los Derechos de los Niños. Brindar a las niñas y a los niños los elementos indispensables para su supervivencia y desarrollo, no significa solamente ofrecerles los medios para su pleno desenvolvimiento físico. Es preciso, también, garantizar el despliegue integral de su personalidad incluido el plano físico, psíquico, intelectual, emocional, espiritual y social. Un niño capaz de tener una imagen positiva de sí mismo se relacionará de mejor manera con su pares, con su padres y con la sociedad que lo rodea. Sabrá enfrentar los obstáculos que le vida le ponga y podrá superarlos. En este sentido, la salud integral de los niños resulta muy importante. Es este un concepto amplio que no se restringe únicamente al aspecto físico o funcional de la salud sino que abarca también aspectos psíquicos, emocionales y sociales.

DERECHO A LA SALUD COMO CONCEPTO INTEGRAL-Incluye no sólo aspectos físicos sino también psíquicos, emocionales y sociales

La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. 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

DERECHO A LA SALUD-Incluye facetas preventiva, reparadora y mitigadora

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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DERECHO A LA SALUD INTEGRAL DEL NIÑO-Afectación psicológica por sus orejas

DERECHO A LA SALUD INTEGRAL DEL NIÑO-Cirugía de orejas por EPS

Referencia: expediente T-1209370

Acción de tutela instaurada por Sandra Milena Meneses Osorio en representación de su hijo Santiago Carmona Meneses contra COOMEVA EPS

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil seis (2006).

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, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín.

I. ANTECEDENTES

La accionante, Sandra Milena Meneses Osorio, interpuso acción de tutela a nombre de su hijo contra Coomeva EPS.

Sustenta su acción de tutela en los siguientes hechos:

Hechos

1. Señala la actora que su hijo de siete años de edad pertenece al régimen contributivo de salud afiliado en calidad de beneficiario a la EPS Coomeva.

1. Afirma que el niño nació con un defecto en sus orejas y dice que en un principio tal defecto no le causó mayores problemas pero, con el paso del tiempo, a medida que el niño fue creciendo e ingresó a la institución escolar empezó a ser objeto de mofas sobre su aspecto físico -tanto por parte de otros niños como por parte de adultos -.

1. Asegura que esta situación ha afectado al niño de manera tal, que se ha proyectado en un permanente desgano y falta de motivación para continuar con sus estudios. El niño se ha visto obligado a aislarse de su medio y ha empezado a mostrarse agresivo y, sobre todo, depresivo.

1. Indica que la dirección del colegio se ha quejado varias veces sobre el comportamiento del menor y le ha sugerido la iniciación de terapias psicológicas con el fin de que el niño supere su situación emocional.

1. Dice que, de acuerdo con el resultado de evaluaciones médicas, se la ha ordenado al niño la práctica de una cirugía – que aun cuando estética – busca remediar “el impacto psicológico que le ha generado esta malformación que ha sido grave máxime que también padece de miopía.”

1. Alega que el niño fue evaluado por un médico de la entidad demandada quien constató que el menor, en efecto, debía someterse a una operación pues así superaría cien por ciento su problema.

1. Añade que la EPS Coomeva ha negado la autorización para realizar la operación por ser ésta de carácter estético y no encontrarse cobijada por el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Solicitud de tutela

La peticionaria solicita que se ordene a la entidad demandada conceder la autorización para practicar de manera inmediata la cirugía (otoplastia bilateral) requerida por el menor. Estima que de no realizarse la intervención, se condena al niño a crecer en un ambiente hostil lo cual afecta otros aspectos de su desarrollo espiritual y emocional. En caso de no efectuarse el procedimiento quirúrgico, agrega la demandante, “se vulneran y amenazan los derechos constitucionales fundamentales a la vida en condiciones dignas, la seguridad social, la salud mental y los derechos fundamentales de los niños, garantizados por la Constitución Política.”(Énfasis puesto por la actora).

Coomeva EPS responde a la solicitud de tutela mediante su representante Natalia Moreno Piedrahita.

1. Aduce que la intervención solicitada por la actora es “un procedimiento quirúrgico [que] TIENE CARÁCTER ESTÉTICO, esto significa que no tiene ninguna incidencia en la salud del menor, ni pone en peligro su vida.” (Mayúsculas dentro del texto).

1. Agrega que con la cirugía solicitada “no [se] pretende devolver la funcionalidad a ningún órgano del cuerpo. Es claro,” insiste la representante de la entidad demandada, “que se está buscando que por medio de un fallo de tutela se le autorice una CIRUGÍA ESTÉTICA la cual se encuentra por fuera del POS.” (Negrillas dentro del texto).

1. Recuerda que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud por medio del Acuerdo No. 008 de 1994 estableció el POS. Ordenó igualmente que el Ministerio de Salud expidiera un Manual mediante el cual se unificaran los criterios con fundamento en los cuales se prestarían los servicios de salud de conformidad con los principios de acceso, calidad y eficiencia. En relación con lo anterior, indica que el artículo 18 de la resolución mencionada se refiere a los tratamientos que están excluidos del POS así como a las limitaciones del POS1.

1. Concluye insistiendo en que la intervención solicitada en esta oportunidad para el menor no tiene un carácter funcional puesto que no están comprometidos órganos vitales, ni se han limitado las funciones de algún órgano y tampoco se disminuyen sus capacidades físicas. En vista de lo anterior, solicita exonerar de toda responsabilidad a la entidad demandada pues no considera que en momento alguno se hayan vulnerado los derechos fundamentales del menor.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

1. Declaración de la señora Sandra Meneses Osorio ante el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín². (Folios 17-19).

1. Comprobante de nómina (salario de una semana recibido por la señora Meneses). (Folio 20).

1. Comprobante de pago a Empresas Públicas de Medellín. (Folio 21).

1. Comprobantes de Pago del Impuesto Predial. (Folios 22-23).

1. Tarjeta de afiliación a Coomeva EPS del niño Santiago Carmona Meneses. (Folio 24).

1. Dictamen Médico Legal emitido por el médico psiquiatra forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Dirección Regional Noroccidente-Seccional Antioquia. Unidad Básica Medellín, doctor Gabriel Jaime López Calle a solicitud del Juzgado Veinticinco Penal Municipal en el cual concluye que: “[l]a no práctica de la cirugía plástica correctiva le acarrea y acarrearía en el futuro dificultades en la socialización, la adaptación, la autoimagen y la autoestima del menor examinado³.” (Folio 27).

II. Sentencia objeto de revisión

Por medio de providencia de septiembre siete (7) de 2005, el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín, resolvió no tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social y a la salud en conexidad con la vida y derechos de los niños invocados por la señora Sandra Meneses.

El juzgado acogió por entero la postura de la entidad demandada y citó también varias sentencias de la Corte Constitucional para apoyar su punto de vista (la T-413 de 2003 que a su turno cita la SU-819 de 1999). Estimó, en suma, que en el caso bajo examen no se trata de una operación funcional necesaria por cuanto no está comprometida la función de los órganos del niño. Las condiciones auditivas del niño son óptimas lo mismo que su capacidad mental. No cree tampoco que en el asunto bajo análisis esté comprometida la vulneración de los derechos fundamentales del menor.

III. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por auto de febrero 14 de 2006, esta Sala Séptima de Revisión estimó que, para mejor proveer en el asunto de la referencia, se requería información completa sobre: (i) el tipo de malformación en las orejas que sufre el menor en cuyo nombre se instauró la presente tutela; (ii) el grado en que ese tipo de malformación puede diezmar la autoestima del menor, provocarle un serio deterioro en su calidad de vida y afectar de manera negativa su salud psíquica, emocional y social⁴.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1.- Sociedad Colombiana de Pediatría

En comunicación recibida por la Secretaría General de la Corte Constitucional, el día 22 de febrero de 2006, el señor Hernando Villamizar Gómez Presidente de la Sociedad Colombiana de Pediatría responde de la siguiente manera la solicitud de rendir concepto elevada por la sala de Revisión.

1. “Las fotos (copias) adjuntas no nos permiten establecer diagnóstico preciso acerca de la situación orgánica de la paciente(sic) en mención.

1. De otro lado, la especialidad representada por esta sociedad es La Pediatría, rama fundamentalmente clínica de la medicina, no es la instancia más calificada para opinar sobre qué tipo de intervención quirúrgica requiere el paciente, concepto que desde nuestro punto de vista, pertenece más al ámbito de cirujanos especialistas en la materia, como podría ser un cirujano plástico o un médico otorrinolaringólogo.

1. Independientemente de esto, las consecuencias que afectan la salud integral y las que causen o se deriven de su afectación en la esfera emocional, síquica y social de la menor (sic), obligan a tener en cuenta la opinión de profesionales que integralmente analicen individualmente el caso y permitan hacer una evaluación de todos estos componentes y eventualmente una conclusión acerca de esto.” (Énfasis puesto por el autor del concepto)

2.- Departamento de Cirugía de la Universidad Nacional de Colombia

Mediante escrito allegado a la Secretaría de esta Corporación el día 27 de febrero de 2006 el Profesor Asistente del Departamento de Cirugía, Coordinador de la Unidad de Cirugía Plástica señor Raul E. Sastre Cifuentes, MD. Se pronuncia de la siguiente manera:

“En respuesta a su oficio OPT B065/2006 T-1.209.370 enviado a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, quiero informar a usted, que en reunión académica de la Unidad de Cirugía Plástica se consideró que las fotografías enviadas corresponden a un niño con hiplasia del tercio superior de la oreja y cuyo diagnóstico clínico es oreja constricta.

Esta entidad corresponde a una malformación congénita y su tratamiento es la otoplastia bilateral. La intervención quirúrgica es necesaria y conveniente pues esta deformidad genera trastorno en la imagen del menor con perjuicio de la salud psíquica emocional y social del niño.”

3.- Asociación Colombiana de Psiquiatría (Antigua Sociedad Colombiana de Psiquiatría)

El día 23 de febrero de 2006 se recibe en la Secretaría General de la Corte Constitucional el concepto emitido por el Presidente de la Asociación Colombiana de Psiquiatría, doctor Hernán Santacruz Oleas quien responde de la siguiente manera el oficio emitido por esta Corporación.

1. “El niño Carmona Meneses presenta unos apéndices auriculares que si bien no son impedimento para su audición, si son estéticamente inusuales.

1. Dado el aspecto poco corriente que esas orejas dan a la cara del niño y el efecto que ello puede tener en sus relaciones con pares y en general con la comunidad en que vive, reiteramos que si está indicada la otoplastia que el médico tratante sugirió.

1. En una sociedad como la nuestra en la que la intolerancia, incluso por la pequeña diferencia, es tan acentuada, y dado que los niños son frecuentemente crueles con sus compañeros, y que esta malformación seguramente provoca burlas, apodos y agresiones por parte de ellos, sí puede determinar en él un comportamiento inadecuado.

1. En el caso concreto sobre el que somos consultados, la cirugía plástica correctiva remediará el origen de las probables dificultades emocionales y de personalidad que se podrían generar a mediano y largo plazo, y que dependan de esta particularidad.”

4.- Facultad de Ciencias Humanas y Servicio de Atención Psicológica de la Universidad Nacional de Colombia

Mediante comunicación recibida por la Secretaría General de la Corporación el día 6 de febrero de 2006, la Profesora Asociada, Directora de Servicio de Atención Psicológica de la Universidad Nacional de Colombia, doctora Martha Restrepo Forero emitió concepto. A continuación, se hará una síntesis del mismo.

La doctora Restrepo constata a partir de las fotografías un tamaño mayor que el común de las orejas del menor. Cree, no obstante, que dado su perfil profesional de psicóloga, no está habilitada para ofrecer un dictamen sobre si se trata o no de una malformación y cuál es su tipo.

En relación con la adaptación psicológica del niño al defecto que padece, opina la doctora Restrepo que ciertamente “ese defecto o malformación física puede contribuir a lesionar la estima de una persona, sin embargo, el efecto perturbador que dicha malformación tenga en el desarrollo de la estima y valoración personal, así como en la adaptación al entorno,

depende no solo de la naturaleza de la malformación sino de las características psicológicas de la persona y de la forma como ella y su contexto familiar, escolar, comunitario la manejen.” Al respecto, recomienda realizar una evaluación psicológica con el menor y su familia, pues, según ella, solo así sería posible determinar “si el no practicar la cirugía podría ocasionar perjuicio en la salud psíquica, emocional y social del menor.”

La doctora Restrepo insiste en que hay tratamientos psicológicos “orientados a aceptar, manejar y convivir con la malformación, así como a fortalecer la estima personal.” Justamente por tal motivo, opina la doctora Restrepo, la intervención quirúrgica no representa la única posibilidad y el tratamiento psicológico se ofrece como alternativa siempre y cuando exista disposición por parte del niño y de la familia pues no se puede perder de vista que la efectividad del tratamiento depende precisamente de esa disposición.

5- Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes

El concepto comunicado por el Director del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes doctor Jorge Fernando Larreamendy-Joerns y elaborado por la doctora Karen Ripoll Núñez, Profesora Asistente del Departamento de Psicología de esa Universidad, fue recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 2 de marzo de 2006. A continuación se realiza una síntesis del mismo.

Sugiere la doctora Ripoll, que es preciso realizar una evaluación del menor y de su familia por parte de un psicólogo clínico especialista en niños a fin de determinar “el impacto que esta situación ha tenido sobre la adaptación social y bienestar psicológico del menor.” Una vez realizado este análisis – que la doctora considera prioritario – y sólo entonces, podría determinarse en qué medida es necesaria la intervención.

Añade que las anteriores recomendaciones se fundamentan en “resultados de investigaciones sobre los efectos que tiene la imagen corporal sobre la autoestima de los niños. Estos estudios demuestran que durante la niñez y la adolescencia, la imagen corporal juega un papel fundamental en la evaluación que hacen los niños sobre sí mismos. De igual manera, la apariencia física influye en la aceptación dentro del grupo de pares y, en consecuencia, afecta la adaptación y el desarrollo social del niño. Con base en lo anterior, sería recomendable evaluar la percepción que el menor tiene sobre sí mismo y la influencia de dicha percepción sobre su estado emocional y comportamiento social.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Enfatiza la doctora Ripoll que la literatura advierte sobre el papel de los padres en una situación como la que se analiza. Así las cosas, “los padres pueden apoyar el desarrollo de la autoestima de sus hijos y proveer modelos adecuados para que los niños aprendan a valorarse y aceptar sus fortalezas y debilidades. De igual manera, los padres pueden acompañar al niño en el desarrollo de habilidades de comunicación e interacción con su grupo de pares.” Por tales razones, aduce la doctora Ripoll, sería preciso que los padres “reciban la asesoría profesional necesaria para apoyar al menor tanto en la formación de una imagen positiva de sí mismo, como en el desarrollo de estrategias para el manejo de situaciones sociales de su grupo de pares como la comunicación asertiva y resolución de conflictos.”

6. Facultad de Psicología de la Universidad de los Andes

El concepto emitido por las doctoras Ángela María Robledo Gómez, Decana Académica, y Sandra Juliana Plata Contreras, Coordinadora Proyecto de Relaciones Vinculares, fue recibido en la Secretaría General de esta Corporación el día 1º de marzo de 2006. A renglón seguido se hace una síntesis del mismo.

En primer lugar, se refiere el concepto a la desproporción que es posible detectar en las orejas del niño y hace una breve descripción del procedimiento quirúrgico recomendado, la otoplastia, que consiste en “dar nueva forma a los pliegues del cartílago de la oreja, con el fin de pegarlas a la cabeza.” Estiman las doctoras que en el caso bajo examen la cirugía es necesaria y no practicarla podría “producir en el niño importantes trastornos emocionales debido a continuas burlas por parte de los compañeros.”

Las doctoras opinan que de no llevarse a cabo la cirugía, se afectaría básicamente la autoestima del menor definida como “la función de evaluarse a uno mismo, lo que implica un juicio de valor y un sentimiento que le acompaña.” Un niño que tiene baja la autoestima, agregan, “experimenta sentimientos de angustia, tristeza, el sentirse vacío, culpa, vergüenza y agresividad.”

A continuación, las doctoras describen los efectos más importantes que tiene la autoestima sobre el desarrollo integral del menor y lo hacen en los siguientes términos: “la autoestima está íntimamente ligada, a través de la vida humana, con nuestras evaluaciones de lo atractivo de nuestro cuerpo y nuestra cara. De igual manera, la imagen del cuerpo que emerge está asociada con sentimientos de aceptación que le darán al niño la posibilidad de sentirse querido, le proveerán de seguridad y le darán además un sentimiento de pertenencia, el cual es esencial para sentirse valorado. Diversas enfermedades que comprometen el cuerpo, entre ellas las malformaciones, amenazan desde temprana edad la autoestima de los niños.”

El niño que tiene baja su autoestima, subrayan de nuevo las doctoras, se sentirá inseguro y “temerá el abandono de sus padres, sentirá en peligro su existencia y tendrá conflicto en las relaciones sociales con sus pares.” El mantener en alto la autoestima de los menores juega, pues, un papel fundamental para su desarrollo integral y esto, dicen las doctoras, dependerá en gran parte de “la exitosa integración de las imágenes de sí mismo.”

En vista de lo anterior, y considerando “que lo mostrado por las fotografías evidencia una desproporción de las orejas,” recomiendan las doctoras “que se le realice al niño la intervención quirúrgica” y que, además, se inicie “un proceso de apoyo psicológico terapéutico, que le permita fortalecer su autoestima y autoimagen.” De este modo, aprenderá el niño a manejar “el estrés que le produce la presión social ejercida por sus compañeros de colegio.” Lo anterior le permitirá, de manera simultánea, mejorar su calidad de vida así como obtener más satisfacción en las relaciones que trabaje con sus padres y amigos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Competencia

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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, ordenó mediante auto de febrero 14 de 2006 la suspensión del término de la revisión dentro del expediente T-1.209.370 hasta que las pruebas solicitadas fuesen practicadas y valoradas. Habiéndose recaudado y valorado estas pruebas, se ordenará en esta providencia el levantamiento de la suspensión

decretada.

3.- Problema jurídico y presentación del caso concreto objeto de estudio

La actora considera que los derechos constitucionales fundamentales de su hijo de siete años de edad a la salud en conexión con la vida digna y los derechos fundamentales de los niños fueron desconocidos por la entidad demandada al negarse, esta última, a autorizar el procedimiento quirúrgico recomendado (otoplastia) para corregir el defecto sufrido por el niño en sus orejas. El menor ha tenido que enfrentar de modo constante burlas y agresiones por parte de adultos y de compañeros en el barrio y en el colegio lo que ha influenciado su desarrollo emocional, aislándolo y generando en él reacciones agresivas y depresivas. De no realizarse la operación, aduce la demandante, se produciría una gran afectación sobre el desarrollo integral y la calidad de vida del menor. La entidad demandada alega que se trata de una cirugía estética excluida del POS. Añade, además, que con la cirugía no se trata de restablecer la funcionalidad de un órgano vital del niño y por tal razón no se desconocen sus derechos fundamentales. La jueza de instancia acoge los argumentos de la entidad demandada y resuelve negar la tutela.

De conformidad con el material probatorio aportado al expediente, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si una Entidad Prestadora de Salud desconoce el derecho a la salud en conexión con la vida digna así como con los derechos constitucionales de un menor al negarse a autorizar la intervención quirúrgica llamada a corregir el defecto sufrido por el niño en sus orejas, defecto éste, que se ha proyectado de manera negativa en su desarrollo integral y le ha ocasionado aislamiento, agresividad y depresión.

Para responder esta cuestión, la Corte (i) se pronunciará sobre la protección del derecho fundamental a la salud en el orden constitucional colombiano; (ii) (iii) reflexionará acerca de la especial protección de los menores en la Constitución de 1991; (iv) se referirá a la salud

como concepto integral que incluye no sólo aspectos físicos sino también aspectos psíquicos, emocionales y sociales y al impacto de la autoestima en la salud integral de un menor; (v) examinará, finalmente, si en el caso concreto se desconocieron los derechos constitucionales fundamentales del menor.

4.- Protección del derecho fundamental a la salud en el orden constitucional colombiano

En el artículo 49 de la Constitución Nacional se establece, entre otras cosas, que “la atención de la salud (...) [es] un servici[o] públic[o] a cargo del Estado.” Se dispone, además, que se garantizará a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” El derecho a la salud ha recibido un amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, en sentencia T-246 de 2005, la Corte entiende el derecho a la salud como 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 y funcional de su ser.” Aquí la Corte no hace más que retomar la definición propuesta en la sentencia T-597 de 1993 reiterada también por la sentencia T 1218 de 2004.

Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. En este sentido se pronunció la sentencia T-406 de 1994. Esta jurisprudencia ha sido reiterada y profundizada por otros fallos de la Corte. Así, se marcó una distinción entre los derechos llamados derechos liberales, de autonomía o de primera generación y los derechos denominados prestacionales, económicos o de segunda generación, entre los cuales solía ubicarse el derecho a la salud.

Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es

fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental – la vida – pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad – sino que es en sí mismo fundamental. Es decir, se vuelve preciso distinguir entre la fundamentalidad de un derecho y la eficacia que él pueda tener en la práctica, tanto más cuanto la efectividad de derechos calificados corrientemente como fundamentales – la libre expresión del pensamiento, por ejemplo – también depende de la existencia de normas presupuestas y administrativas y de procedimientos que hagan viable y optimicen la eficacia de ese derecho.

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales.

Ahora bien, el Estado tiene un amplio margen para decidir la forma como habrá de proteger el derecho fundamental a la salud y en este sentido, tal como lo señala el artículo 49 de la Constitución Nacional, “Corresponde 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 íntimamente conectada con la realización misma del Estado social de derecho y de todos los propósitos que se derivan del artículo 2º de la Constitución. Por tal razón, no puede derivar, en un servicio ‘pro forma’ que se presta tan solo porque así lo exige una disposición determinada, sea ella constitucional, legal o reglamentaria, pero que en el menor descuido da paso a alegar excusas de tipo formal para dejar de prestarse. O lo que es aún peor:

ofrecerse solo cuando se ha puesto en marcha la actividad judicial promovida precisamente ante la falta de prestación del servicio.

La adecuada y eficiente prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que presten este servicio, orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad. En este orden de ideas, se hace imprescindible que las entidades prestadoras del servicio público de salud – privadas o públicas – se convenzan del papel que les está dado cumplir en la realización del Estado social de derecho y ofrezcan no sólo un servicio porque así lo disponen las normas y mientras no aparezca una excusa para dejar de prestarlo, sino que en realidad se propongan prestar un servicio integral de calidad, transparente y efectivo.

5.- Especial protección de los menores en la Constitución de 1991

Los Derechos Fundamentales de los Niños gozan de una especial protección tanto en el orden jurídico interno como en el ámbito internacional. La garantía que el orden jurídico constitucional les otorga a los niños es extensa. Se encuentra plasmada en distintos preceptos constitucionales⁵ y en especial en el artículo 44 superior. Allí se enumeran los derechos fundamentales de los niños: el derecho a que su vida e integridad física sean debidamente protegidas; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho a gozar de una alimentación equilibrada; el derecho al nombre y a la nacionalidad⁶.

En el párrafo segundo del artículo 44 se establece que tanto la familia como la sociedad y el Estado están obligados a velar por la asistencia y protección de los niños así como a garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” y se determina que cualquier persona está facultada para exigir el cumplimiento de tales derechos por parte de la autoridad competente y para solicitar la sanción de los infractores. El párrafo tercero del artículo 44 agrega que “los derechos de los niños prevalecen sobre los

derechos de los demás.”

La especial protección que la Constitución les confiere a los niños refleja de manera clara la necesidad de la sociedad colombiana de proporcionar a los niños las condiciones adecuadas para su desarrollo integral. Una sociedad que no repara en la importancia de garantizar que sus niños crezcan en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, ajenos a las presiones y a las agresiones y las burlas, capaces de tener una buena imagen de si mismos que les permita trabar relaciones sanas con sus familiares y amigos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro⁷. Justamente por esa razón la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños.

En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de una muy amplia protección. En la línea de lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuyo principio 2º establece que “[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”, tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos⁸, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales - aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 -, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de los niños.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que los niños tienen derechos de protección específicos⁹. Particular relevancia tiene, entretanto, la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia de esta Convención no solo se deduce de la cantidad de países que la han ratificado¹⁰ sino del alcance e importancia de los preceptos en ella establecidos con miras a proteger y a asegurar los derechos de los

menores. Es factible afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales¹¹.”

La relación que existe entre la totalidad de los derechos, tanto los civiles, y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales es estrecha y se conecta con la posibilidad de garantizar a los menores una vida digna y de calidad. Estos derechos no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. “Estos derechos representan valores muy claros y (...) exigen un compromiso: el de lograr que den resultados; el de actuar y promover medidas que aseguren su realización; el de proclamar cualquier tipo de preocupación, expresar críticas y fomentar cambios cuando los derechos se niegan o no se aplican como debieran¹².”

En sucesivas oportunidades, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de resaltar la importancia de los derechos fundamentales de los niños y no pocas veces ha protegido tales derechos¹³ subrayando, de paso, la múltiple categorización que la Norma Superior realiza de las garantías contempladas para los menores¹⁴: los niños gozan de todos los derechos que se establecen en la Constitución y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de aquellos que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno. Esta protección se ve reforzada en el artículo 44 en donde se contienen de manera enumerativa, aun cuando no excluyente, toda una serie de derechos fundamentales orientados a proteger los intereses superiores del menor.

En la sentencia C-507 de 2004¹⁵, la Corte estimó la necesidad de subrayar que los derechos fundamentales de los niños se caracterizan por ser derechos de protección. Como tales, implican la necesidad de que se adopten una serie de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar su efectividad. Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo

la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral. Así, dijo la Corte, concebir los derechos de los niños como derechos de protección no significa

“tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor. Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados [internacionales aprobados y ratificados por Colombia]. Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección¹⁶.”

La Corte Constitucional subrayó, de otro lado, la finalidad que deben tener las medidas de asistencia y protección de los niños. Sostuvo la Corte en aquella ocasión, que sólo son aceptables las medidas orientadas a garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores, así como el pleno ejercicio de sus derechos.

“El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos¹⁷.”

Es evidente, pues, la importancia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños. Las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades. Sin dejar de lado la responsabilidad que le cabe a la familia y a la sociedad en la realización de los derechos fundamentales de los niños, es preciso destacar el papel activo que le corresponde realizar al Estado. El Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe “asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud¹⁸.”

De lo anterior se deriva la necesidad de poner en movimiento los recursos económicos y humanos indispensables para que las garantías establecidas en el texto Constitucional y en los Tratados y Convenios Internacionales no se queden escritas y cobren efectividad. Lugar

predominante ocupa la realización del principio de “la supervivencia y el desarrollo” contenido, como lo indicamos en párrafos anteriores, en la Convención sobre los Derechos de los Niños. Brindar a las niñas y a los niños los elementos indispensables para su supervivencia y desarrollo, no significa solamente ofrecerles los medios para su pleno desenvolvimiento físico.

Es preciso, también, garantizar el despliegue integral de su personalidad incluido el plano físico, psíquico, intelectual, emocional, espiritual y social. Un niño capaz de tener una imagen positiva de sí mismo se relacionará de mejor manera con sus pares, con sus padres y con la sociedad que lo rodea. Sabrá enfrentar los obstáculos que la vida le ponga y podrá superarlos. En este sentido, la salud integral de los niños resulta muy importante. Como se verá a continuación es este un concepto amplio que no se restringe únicamente al aspecto físico o funcional de la salud sino que abarca también aspectos psíquicos, emocionales y sociales.

6.- La salud como concepto integral incluye no sólo aspectos físicos sino también aspectos psíquicos, emocionales y sociales

En los párrafos anteriores se expuso la importancia que la Constitución Nacional le imprime al derecho fundamental a la salud y la estrecha conexión que tiene este derecho con la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad. Se dijo, así mismo, que los derechos fundamentales de los niños gozan de una doble protección en el ordenamiento constitucional colombiano y que reciben amparo también por parte del derecho internacional.

En un Estado como el colombiano, en donde gran parte de las personas se encuentran viviendo en la pobreza o por debajo del margen de pobreza – en la indigencia – el papel que le corresponde realizar al Estado es enorme. La salud es un derecho fundamental y es, además, un servicio público así sea prestado por particulares. Las entidades prestadoras de

salud deben garantizarlo en todas sus facetas – preventiva, reparadora y mitigadora y habrán de hacerlo de manera integral, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social.

En la sentencia T-659 de 2003 se pronunció la Sala Segunda de Revisión sobre un asunto similar al examinado por la Sala en la presente ocasión¹⁹. Lo dicho en las consideraciones por la Sala de Revisión cobra especial relevancia para el asunto bajo examen de la Sala en la presente sentencia²⁰. La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas²¹. 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..

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 la personas se encuentran en una situación de riesgo se deben tomar todas las

cauteladas 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.

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.

7.- Caso concreto

En el caso bajo examen se trata de un menor de siete años de edad que adolece de un defecto en sus orejas. El niño ha sido objeto de burlas y agresiones en el barrio en el cual reside y también en su colegio. Le halan las orejas, le dicen Dumbo, orejón, etc. El niño llora y ha terminado por aislarse. Le cuesta trabajo hallar una motivación para el estudio, se encuentra deprimido y reacciona en forma agresiva y depresiva. A partir de los hechos que obran en el expediente, es factible concluir que ni el niño ni su familia están preparados para enfrentar las hostilidades de que ha sido objeto el menor por causa del defecto que sufre. El niño fue examinado por el psiquiatra forense quien confirmó esta situación y sugirió realizar la intervención quirúrgica recomendada, esto es, la otoplastia bilateral.

Los conceptos que obran como prueba en el expediente coinciden en recalcar las presiones que enfrentan los menores desde la más tierna edad y la manera como el aspecto físico

puede generar reacciones de burla y de intolerancia incluso ante la más mínima diferencia. En este sentido se pronuncia el concepto emitido por la Asociación Colombiana de Psiquiatría: “En una sociedad como la nuestra en la que la intolerancia, incluso por la pequeña diferencia, es tan acentuada, y dado que los niños son frecuentemente crueles con sus compañeros, y que esta malformación seguramente provoca burlas, apodos y agresiones por parte de ellos, [el defecto físico padecido por un menor] sí puede determinar en él un comportamiento inadecuado.”

Esta situación, agrega el estudio, acarrea en el niño dificultades emocionales y de personalidad que afectan su salud integral. El concepto emitido por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional coincide en este aspecto con el anterior: “ese defecto o malformación física puede contribuir a lesionar la estima de una persona,” recalca, además, la faceta preventiva del derecho a la salud en los siguientes términos: “sin embargo, el efecto perturbador que dicha malformación tenga en el desarrollo de la estima y valoración personal, así como en la adaptación al entorno, depende no solo de la naturaleza de la malformación sino de las características psicológicas de la persona y de la forma como ella y su contexto familiar, escolar, comunitario la manejen.” En este orden de ideas, recomienda que antes de realizar cualquier procedimiento quirúrgico se preste apoyo psicológico tanto al niño como a la familia.

El anterior concepto concuerda plenamente con el ofrecido por el Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes. Según estas dos perspectivas, la asistencia psicológica a la familia y al niño resulta indispensable en casos como el que se examina en la presente sentencia. Bien puede ser, como lo indican los informes de la Universidad Nacional y de la Universidad de los Andes, que con la ayuda de sus padres el niño aprenda a convivir con su defecto físico y encuentre que tiene otras fortalezas que contribuirán a enriquecer su personalidad y a proyectar una imagen positiva de sí mismo. El aspecto físico de una persona es, como lo confirman los diferentes intervenciones, un elemento muy importante en relación con la auto estima pero no es el único. Aprender a aceptar los propios defectos y a destacar las cualidades, forma parte también del proceso de desarrollo integral de las personas. Tal

proceso se inicia a partir de la infancia temprana.

No se puede negar, por lo demás, que el medio que enfrentan los niños en su familia, en el barrio y en el colegio muchas veces se presenta bajo sus aspectos más hostiles. Cualquier detalle que sobresalga y se distinga de lo que es considerado “normal” tiende a calificarse de manera negativa y a reprocharse bien sea en forma de agresión directa o indirecta, de burlas y de mofas. Esto ocasiona el aislamiento de los niños y genera en ellos sensaciones de tristeza, impotencia, aislamiento, depresión y agresividad.

Si el niño no tiene un núcleo familiar que sea consciente de estas eventualidades y no recibe de su familia las defensas que requiere para enfrentar la hostilidad, se verá afectado de manera muy negativa en todos los aspectos que componen su salud integral. En un principio, el malestar será emocional y social y luego se transformará en malestar psíquico. Con el tiempo, el niño tiende a somatizar todas estas tensiones y el aspecto físico y funcional de su salud termina también por afectarse.

Como lo recuerdan los conceptos emitidos por los Departamentos de Psicología de la Universidad Nacional y de la Universidad de los Andes, la imagen que se tiene de uno mismo no depende únicamente del aspecto físico, pero no se puede desconocer que el aspecto físico juega un papel muy importante, ante todo, cuando no se es capaz de descubrir las otras fortalezas -físicas, sociales, psíquicas, intelectuales y sociales - que se poseen. Para ello, es preciso muchas veces que las familias cuenten con un apoyo psicológico y este auxilio debe ser ofrecido a tiempo.

El concepto presentado por la Universidad Javeriana es enfático en afirmar la importancia que tiene la imagen de sí mismo sobre la salud integral de un menor. “la autoestima está íntimamente ligada, a través de la vida humana, con nuestras evaluaciones de lo atractivo de nuestro cuerpo y nuestra cara. De igual manera, la imagen del cuerpo que emerge está

asociada con sentimientos de aceptación que le darán al niño la posibilidad de sentirse querido, le proveerán de seguridad y le darán además un sentimiento de pertenencia, el cual es esencial para sentirse valorado. Diversas enfermedades que comprometen el cuerpo, entre ellas las malformaciones, amenazan desde temprana edad la autoestima de los niños.”

Según las pruebas que obran en el expediente, llega la Sala a la conclusión que la etapa preventiva, esto es, la faceta en donde un apoyo psicológico para la familia y para el niño habría sido recomendable a fin de que el niño pudiera afrontar de manera razonable la hostilidad del medio en que se desenvuelve sin afectar su autoestima y sin perder la seguridad en sí mismo ya ha transcurrido. El niño está afectado y la familia no ha podido mostrarle que tiene otras cualidades importantes y que la imagen que tiene de sí mismo no tiene por qué depender de sus orejas. El médico psiquiatra que lo examinó pudo constatar el grado de afectación en que se halla la salud integral del menor y recomendó la intervención quirúrgica.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Como lo señalan varios de los conceptos allegados al expediente, el menor ha debido recibir un apoyo psicológico desde hace mucho tiempo, pero no lo recibió. Ahora bien, tanto el examen clínico como la mayoría de conceptos emitidos se pronuncian a favor de que se le practique la cirugía al menor. Estiman que, de lo contrario, se agravaría la afectación que ha sufrido el menor en su salud integral. En vista de lo anterior, la Sala considera que en el asunto bajo estudio es necesario ponerle un remedio al detrimento que ha sufrido el menor en su salud psíquica, emocional y social para evitar que esta situación también se proyecte de modo negativo sobre su salud física.

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 Pacto²². 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 fuera de texto).

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.

Recomienda el Comité prestar atención al precepto contenido en el párrafo segundo del mismo artículo pues sólo de ese modo es 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.”

De otro lado, es preciso reparar que aquí se trata de la salud de un menor. También tuvo la Sala oportunidad de indicar la importancia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños tanto en el orden interno como en el internacional. Las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y los Estados confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades. Sin dejar de lado la responsabilidad que le cabe a la familia y a la sociedad en la realización de los derechos

fundamentales de los niños, es preciso destacar el papel activo que le corresponde realizar al Estado.

El Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe “asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud²³.”

Tanto la entidad demandada como el juez de instancia alegaron que en el presente caso se solicitaba la práctica de un procedimiento quirúrgico de orden estético no incluido en el POS y que, en vista de ello, no se estaba desconociendo los derechos fundamentales del menor. Lo expuesto en párrafos anteriores indica, no obstante, que en el caso concreto la cirugía recomendada tanto por el médico tratante, como por el médico psiquiatra que examinó al niño a pedido de la jueza de instancia así como por la mayoría de conceptos de expertos allegados al expediente, se orienta justamente a restablecer la salud integral del niño que se ha visto afectada en su aspecto psíquico, emocional y social. Aprovecha la Sala para reiterar aquí lo establecido en la sentencia T-659 de 2003:

“La exclusión del P.O.S. de los tratamientos que se califican como estéticos para no prestarlos, no es motivo suficiente para que no se haya realizado el tratamiento al menor. Uno de los factores que confluyen para que en el presente caso si haya una afectación al derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas²⁴.”

A propósito de la protección de los derechos de los niños que se deriva del derecho internacional es preciso recordar igualmente el énfasis que pone la Convención Internacional de los Derechos de los Niños sobre la estrecha relación existente entre la totalidad de los derechos, tanto los civiles, y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior se conecta precisamente con la posibilidad de garantizar a los menores una vida digna y de calidad. De acuerdo con la Convención mencionada, los derechos en ella consignados no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. Estos derechos materializan valores muy claros y exigen también un compromiso serio orientado a lograr que se ofrezcan resultados, que se actúe y se promuevan medidas para garantizar su efectiva realización²⁵.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala decide tutelar el derecho fundamental del menor a la salud integral. En este sentido, resuelve ordenar a la EPS que autorice de manera inmediata la práctica de la cirugía otoplastia bilateral.

En mérito de lo expuesto la Sala de Revisión

RESUELVE

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante auto del 20 de enero de 2006.

SEGUNDO. REVOCAR, por las razones consignadas en esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín, de fecha siete de septiembre de 2005, despacho que conoció en única instancia la acción de tutela de la referencia, a través del cual

consideró no tutelar los derechos fundamentales invocados.

TERCERO. ORDENAR a la EPS COOMEVA, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice la realización del procedimiento quirúrgico Otoplastia bilateral indispensable para restablecer la salud integral del menor Santiago Carmona Meneses.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “Artículo 18º . de las exclusiones y limitaciones del POS. En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el POS tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

a. Cirugía estética con fines de embellecimiento”

2 Por medio de la cual la señora Meneses hace constar su situación económica - devenga el salario mínimo, su marido carece de empleo estable y vende mercancías y pañoletas en el estadio, vive en casa de sus suegros y aporta para el mercado de todos los miembros de la familia. Hace constar también que conoce el costo del procedimiento quirúrgico (otoplástia

bilateral) que solicita se le practique a su hijo - 1.750.000.00, más costos de pasajes, pijama y aseo. Establece que ni ella ni el grupo familiar cuentan con la capacidad económica para sufragar los gastos que implica la cirugía. Indica que la desmotivación y desgano del niño obedece a que “se lo gozan y lo molestan, le dicen Dumbo, orejón, le halan las orejas y eso hace que reaccione de manera agresiva, por lo general se pone a llorar.”

3 “Examinado hoy 29 de agosto de 2005 en Reconocimiento Médico Legal por medio de Psiquiatra. Viene con la madre. Trae historia clínica del hospital Infantil Noel. Presenta orejas en copa bilateralmente. El cirujano plástico le indicó otoplastia bilateral. El menor refiere que es objeto de burlas y apodos por parte de los compañeros de colegio y en el barrio, lo que ha motivado conductas evitativas. Además se torna irritable y responde con agresividad cuando lo molestan, lo que ocurre frecuentemente y le genera dificultades en la socialización. AL EXAMEN MENTAL: Bien trajeado, amable. Responde de forma lógica las preguntas con adecuado desarrollo psicomotor y del lenguaje. Es enfático en afirmar que se siente molesto y que las burlas de los compañeros le producen malestar y “rabia”. En efecto, luce ansioso y tiene bajas autoimagen y autoestima. Funciones cognitivas conservadas. Juicio y autocrítica limitadas. CONCLUSIÓN: La no práctica de la cirugía plástica correctiva le acarrea y le acarrearía en el futuro dificultades en la socialización, la adaptación, la autoimagen y la autoestima del menor examinado.”

4La Sala Séptima de Revisión ordenó que por la Secretaría General de esta Corporación se oficiara a la Sociedad Colombiana de Pediatría, a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética Maxilofacial y de la Mano, a la Asociación Colombiana de Psiquiatría, a la Sociedad Colombiana de Psiquiatría, a las Facultades de Psicología de las Universidades Nacional, Andes y Javeriana para rindieran concepto sobre: (i) si a partir de las fotografías que se adjuntan es factible establecer que el menor presenta una malformación en las orejas y en qué consiste tal malformación; (ii) si la cirugía que le fue recomendada, esto es, la otoplastia bilateral prescrita por el médico tratante, es necesaria y conveniente; (iii) si el no practicar la intervención puede ocasionar un perjuicio en la salud psíquica, emocional y social del menor y puede significar, en este mismo sentido, un grave deterioro en su calidad de vida, tanto más cuanto, según lo afirmado por su madre, el menor es y ha sido objeto de burlas y de apodos por parte de sus compañeros de colegio y en el barrio en el que reside, situación ésta

que ha generado en el niño la necesidad de reaccionar de manera agresiva; (iv) si existen otros procedimientos o alternativas fuera de la cirugía plástica correctiva para que el niño pueda afrontar de manera efectiva su problema sin que se le ocasionen mayores traumatismos que afecten su salud psíquica, emocional y social.

5 Como lo ha señalado la Corte Constitucional. “Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.” Sentencia C-157 de 2002.

6 Dentro de los derechos mencionados en el artículo 44 se encuentra también “el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”, así como el derecho de los niños a gozar del cuidado, del amor, de la cultura y de la libre expresión de su opinión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, los niños “[s]erán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

7 Los datos sobre la situación de los menores en Colombia son alarmantes. En el último año se han registrado más de 638 casos de violencia contra los niños que van desde asesinatos, violaciones, masacres, desapariciones y maltrato intrafamiliar. Entre enero y agosto del presente año han sido asesinados 582 niños en el país. El Instituto de Medicina Legal informó que en ese mismo lapso se han presentado 7.055 casos de maltrato infantil, 1.434 casos más que los que se presentaron en el 2004. La cifra de delitos sexuales contra los menores también ha aumentado en este año. Igual de preocupante es el número de niños abandonados por sus padres en las calles de las distintas ciudades de Colombia. Según el

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la cifra de niños abandonados asciende a 318. Ver EL TIEMPO, sábado 19 de noviembre de 2005. Consultar también: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

9 El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

10 Ha sido ratificada por 191 países. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991.

11 De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como conditio sine qua non para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores¹¹. La Convención destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de los menores cuando por alguna

razón sus familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia; (vii) los Estados están también obligados a evitar que los niños sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores del menor. (viii) son cuatro los principios rectores de la Convención: (a) el principio de no discriminación (artículo 2º)¹¹; (b) el principio del interés superior del niño (artículo 3º)¹¹; (c) el principio de la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)¹¹; el principio de participación (artículo 12)¹¹; (viii) los Estados deben armonizar lo dispuesto en las legislación interna con los preceptos que se derivan de la Convención excepto en aquellos casos en que la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico interno sea mayor; (ix) los países miembros se obligan a producir informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

12 Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación).

14 Consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T 402 de 1992 ; la sentencia SU-043 de 1995 y la sentencia C-157 de 2002.

15 En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de inexecutable parcial de los artículos 34 y 140, del Código Civil. El artículo 34 del Código Civil realiza una distinción en relación con la edad a partir de la cual el varón y la mujer pueden ser considerados impúberes. En este orden de ideas, la mujer puede ser considerada impúber cuando ha cumplido doce años de edad, mientras que el varón solo puede serlo cuando ha cumplido catorce años. En este mismo sentido, el artículo 140 del Código Civil

marca una distinción respecto de la segunda causal cuya presencia puede genera vicio de nulidad en el matrimonio, a saber, cuando se ha contraído “entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce.” A la Corte Constitucional le correspondió decidir si los preceptos acusados desconocían el texto constitucional. Con fin de establecer una respuesta, aplicó la Corte la metodología de la ponderación de los derechos en conflicto: “De una parte se encuentra (1) el derecho de las mujeres adolescentes (“niñas” constitucionalmente) a que se garantice su desarrollo libre, armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos (art. 44, CP); (2) su derecho a ser protegidas adoptando las medidas adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos (art. 44, CP), y (3) el derecho a que esta protección sea igual, sin discriminación por razones de género (art. 13 y 43, CP). De otra parte se encuentra (4) la libertad de conformar una familia (art. 42, CP), (5) la autonomía de los menores (art. 44, CP), y (6) el amplio margen de configuración que la Constitución reconoce al legislador para regular el derecho fundamental a contraer matrimonio, en desarrollo del principio democrático (art. 42, CP).” Luego de un extenso análisis de los preceptos constitucionales en conflicto así como de los derechos de las niñas adolescentes – tanto de los que se desprenden del mismo texto constitucional como de aquellos consignados en Tratados y Convenios Internacionales aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional – llegó la Corte a la siguiente conclusión: “A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños.”

16 Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

17 Ibídem.

18 www.unicef.org/spanish/crc.htm

19 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.

20 Consultar también las sentencias T-926 de 1999; T-640 de 1997; T-1346 de 2000; T-623 de 2000.

21 “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.”

22 “Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma 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 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, 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’. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, 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.”

23 www.unicef.org/spanish/crc.htm

24 “Tal como lo manifiesta el medico Psicólogo del Hospital La Merced en su evaluación solicitada por el Juez de primera instancia el 10 de abril de 2003 (folio 34), quien expresa que ‘... la anomalía física (Ginecomastia Bilateral) provoca disfunción significativa en varias áreas como la social, ya que reporta abandono de actividades deportivas como fútbol y natación, debido a las burlas de sus compañeros, no es capaz de quitarse la camisa en público, ni asistir a clases de educación física en la piscina del Liceo. Recibe sobrenombres como Teton, teto, y marrano, lo que ha deteriorado significativamente su autoestima. Así mismo identifica la anormalidad física como causante de la dificultad con la estabilidad de relaciones afectivas y sexual con las mujeres. Según la Clasificación Internacional de Enfermedades, el paciente presenta 1. Problemas relacionados con la exclusión y rechazo social por características personales tales como apariencia física inusual, 2. Trastorno del desarrollo psicosexual no especificado, 3. Consulta relacionada con actitud sexual, preocupada por vergüenza, timidez u otras actitudes negativas a los asuntos sexuales.’”

25 Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.