

Sentencia T-561 /11

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

Reconocer a la salud como un derecho fundamental y los servicios que se requieran se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no de un patrón deontológico que repose en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser así, es necesario insistir se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede desentenderse.

PROTECCION CONSTITUCIONAL AL NIÑO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La Constitución Política de 1991 efectuó un importante avance respecto de la protección y efectividad de los derechos de las mujeres y los niños. En este sentido, es claro que el Constituyente de 1991, en virtud de la necesidad de desarrollar los principios y valores que fundamentan el Estado Social de Derecho, consagró en la nueva Carta Política el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno sus derechos y libertades. la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. A juicio de la Corte, dada su situación de debilidad manifiesta e indefensión, en el marco del estado social de derecho surge la necesidad de adoptar acciones afirmativas que permitan corregir los efectos nocivos de la desigualdad, avanzar de forma consistente hacia su erradicación total y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades. En este orden, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de los derechos a quienes son sujetos de la protección especial

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos y tratamientos excluidos del POS

En virtud de la protección de los derechos fundamentales de los cotizantes y beneficiarios, esta Corte ha previsto que cuando la normatividad establecida en el Plan Obligatorio de

Salud atenta contra los derechos constitucionales fundamentales de los usuarios del servicio, tal reglamentación debe inaplicarse, previa verificación de los requisitos.

COMITE TECNICO CIENTIFICO-Su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos o tratamientos excluidos del POS

El requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que la persona cotizante o beneficiaria requiere, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario.

DERECHO A LA SALUD SEXUAL-Caso en que EPS niega la práctica de ninfoplastia por no estar incluida en el POS

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Cirugía por EPS de ninfoplastia que no tiene fines estéticos

DERECHO A LA SALUD-Vulneración por negar práctica de ninfoplastia sin realizar valoración y análisis sobre la salud reproductiva y sexual de la paciente

Referencia: Expediente T- 3000213

Acción de tutela por la señora Betilda Monteri¹ en representación de su hija Angelina COOMEVA EPS S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C. Dieciocho (18) de julio de dos mil once (2011).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Cuarto Penal Municipal de Palmira -Valle- y Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

La señora Betilda Monteri presentó acción de tutela como agente oficioso de su hija Angelina con base en los siguientes

1. Hechos

-Indica la accionante que su hija está afiliada a la EPS COOMEVA S.A. en calidad de beneficiaria de su padre, quien se desempeña como rondero en una granja de la ciudad de Palmira.

-Debido a un problema congénito a nivel genital, la menor ha sido diagnosticada con una hipertrofia de labio vaginal mayor, por lo que el médico- ginecólogo, le ordenó la cirugía de remodelación del labio mayor.

-Coomeva EPS le informó que la cirugía no había sido autorizada por ser un procedimiento estético y estar por fuera de la cobertura del POS-C .

-Considera la madre que por ser una menor, sus derechos deben prevalecer, por lo que considera que Coomeva viola los derechos fundamentales de su hija.

Se encuentran en el expediente las siguientes pruebas:

1.Copia de la historia clínica

2.Copia del registro de nacimiento de la menor.

3. Escrito del médico tratante donde desarrolla un cuestionario enviado por el juez de primera instancia, concluyendo que se trata de una intervención estética que no afecta la vida de la menor.

2. Intervención de la entidad accionada

La Doctora analista jurídica regional de Coomeva EPS S.A. confirmó la calidad de afiliada de la accionante a la EPS e informó que respecto de la tutela de la referencia, del área médica de la entidad le indicaron lo siguiente: “paciente de 14 años remitida a Ginecología con diagnóstico de hipertrofia de labio mayor quien programa para remodelación de labio mayor”. El concepto del médico tratante es que esta situación no representa alteración funcional del órgano únicamente esta ocasionando disconfor (sic) a la paciente por lo tanto considero que se trata de un procedimiento estético y debe ser sometido al CTC.”

3. Sentencias objeto de revisión

Las sentencias de instancia dictadas por el Juzgado Penal Municipal de Palmira (Valle) y por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, negaron el amparo solicitado por la menor tras considerar que la EPS COOMEVA no desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante al dejar de autorizar un servicio de salud que, si bien era útil, no se requería. Fundaron su decisión en el concepto aportado al proceso por el médico tratante que ordenó el servicio de salud solicitado por la accionante, en el cual ratificó (i) la existencia de la afectación de salud y (ii) que el servicio ordenado era la respuesta clínica apropiada. Sin embargo, aclaró el dictamen que el procedimiento no es indispensable para el mejoramiento del estado de salud de la menor y no incide en su futuro reproductivo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1.991, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

1. Problema Jurídico

Deberá determinar la Corte si Coomeva EPS S.A. ha vulnerado el derecho a la salud y la vida en condiciones dignas de una menor de edad a la que su médico tratante le ha recomendado una intervención de reducción de labios vaginales que la entidad niega por considerarlo un tratamiento estético fuera del POS.

Por tratarse de una menor cuyo compromiso del derecho a la salud se alude en la demanda, la Corte estudiará las dimensiones de este derecho a la luz de la protección constitucional especial de los menores y abordará el análisis del caso concreto desde una perspectiva de género de conformidad con una argumentación que evite cualquier condicionamiento discriminatorio en la valoración del juez constitucional.

3. El derecho a la salud como derecho fundamental

Con ocasión de la expedición de la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional reiteró los patrones bajo los cuales ha protegido el derecho fundamental a la salud en distintos ámbitos. En dicha providencia se puntualizó que “el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.”

Igualmente, se reiteró el íter de protección a la salud así:

i. En una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela;

i. Advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos, entre otros) y

i. Argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cual sea la persona que lo requiera.

De este modo, reconocer a la salud como un derecho fundamental y los servicios que se requieran se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no de un patrón deontológico que repose en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser así, es necesario insistir se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede desentenderse.²

4. Protección constitucional del derecho de los niños

La Constitución Política de 1991 efectuó un importante avance respecto de la protección y efectividad de los derechos de las mujeres y los niños. En este sentido, es claro que el Constituyente de 1991, en virtud de la necesidad de desarrollar los principios y valores que fundamentan el Estado Social de Derecho, consagró en la nueva Carta Política el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno sus derechos y libertades.

La cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución Política impone una obligación en cabeza del Estado colombiano de proteger de manera privilegiada “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”.

Así mismo el artículo 44 de la Constitución Política, con fundamento en los derechos consagrados en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Colombia y las leyes que regulan la materia, establece el deber del Estado de proteger a los niños de toda forma de maltrato y explotación, así como su obligación de asistir y garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado colombiano, a través de la aprobación y ratificación de múltiples convenios y tratados internacionales, ha asumido la obligación de garantizar los derechos de los niños. En efecto, de conformidad con el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968-, el Estado colombiano se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos que allí se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, reconociendo la necesidad de adoptar diferentes medidas tendientes a proteger la niñez.³

Complementariamente, el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por Colombia el 17 de julio de 1973, dispone que el Estado Colombiano se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Igualmente, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado Colombiano el 28 de enero de 1991 -reconociendo que los menores por su vulnerabilidad física y mental requieren de una protección especial- establece que los países tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que los menores estén protegidos contra toda forma de discriminación.

Con fundamento en las normas constitucionales indicadas anteriormente, así como en los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. A juicio de la Corte, dada su situación de debilidad manifiesta e indefensión, en el marco del estado social de derecho surge la necesidad de adoptar acciones afirmativas que permitan corregir los efectos nocivos de la desigualdad, avanzar de forma consistente hacia su erradicación total y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades.⁴

En este orden, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de

garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de los derechos a quienes son sujetos de la protección especial en los términos de las normas antes señaladas. Frente a este tema esta Corporación ha dicho que:

“En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. Art. 44).

Así mismo la jurisprudencia constitucional ha estimado que en virtud de lo dispuesto en la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución Política, así como la preferencia contenida en el artículo 44, la especial protección constitucional a los menores se entiende reforzada cuando padecen algún tipo de patología física o discapacidad mental.

5. La obligación de las E. P. S. de suministrar a sus afiliados medicamentos y tratamientos excluidos del POS

En virtud de la protección de los derechos fundamentales de los cotizantes y beneficiarios, esta Corte ha previsto que cuando la normatividad establecida en el Plan Obligatorio de Salud atenta contra los derechos constitucionales fundamentales de los usuarios del servicio, tal reglamentación debe inaplicarse, previa verificación de los requisitos que se enuncian a continuación:

“i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna. (Énfasis fuera del texto original).

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.⁵”

Verificados estos mandatos jurisprudenciales para la solución de casos concretos, se podrá inaplicar la normatividad vigente, toda vez que no es constitucionalmente admisible que la aplicación de una normatividad restrictiva tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 establece que un medicamento excluido del POS puede ser suministrado por la Entidad Promotora de Salud, previa autorización del Comité Técnico Científico⁶. Sobre este punto, es importante advertir que la Corte ya ha establecido que “el Comité Técnico Científico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del P.O.S. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la E.P.S. en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”⁷. (Subrayas añadidas). Bajo esta premisa, es claro que “la función de dicho Comité es meramente administrativa y no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas”⁸.

Así las cosas, el requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que la persona cotizante o beneficiaria requiere, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto

tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario⁹.

6. Caso concreto

La entidad demandada se abstiene de practicar a una niña un procedimiento de reducción de labios vaginales prescrito por el médico tratante esgrimiendo como razón que (i) no se halla contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud y (ii) se trata de una práctica médica no encaminada a restablecer aspectos funcionales de su salud. La sentencia de primera instancia llamada a revisarse, niega la tutela luego de considerar que se trata de un procedimiento estético que se encuentra fuera del POS y por ende la EPS no desconoció los derechos fundamentales a la salud y la vida al dejar de autorizar un servicio de salud que, si bien era útil, no se requería; el fallo de segunda instancia confirma la decisión del a quo, pero añade que “una vez se determine el origen y la causa que genera el padecimiento de la menor de acuerdo a los exámenes y estudios que se le realicen se deberá por parte de Coomeva proceder a brindarle toda la atención y tratamiento médico que la misma requiera en aras de salvaguardar su derecho a la salud”.

El procedimiento fue recetado por el médico tratante de la niña y luego negado por el Comité Técnico Científico por considerar que (i) se trataba de un servicio que por ser estético estaba fuera del Plan Obligatorio de Salud- POS- y (ii) una vez vista la historia clínica, concluyeron que “la patología presentada por la menor no ponía en riesgo su vida”.

Al respecto la Corte considera:

-En primer lugar, es preciso reiterar que los derechos de los niños, por mandato expreso de la Constitución Política (art. 44), prevalecen sobre los de los demás, por lo cual la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de su desarrollo vital. Sentencias como la T-417 de mayo 24 de 2007 han dispuesto que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran sus derechos fundamentales al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.

-Así pues, según se expuso en párrafos anteriores, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en sostener que la exigencia de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es prioritaria cuando se encuentra en juego el suministro del medicamento o atención en salud requerida por la persona cotizante o beneficiaria. En ese orden, resulta suficiente con el concepto emitido por el médico para acceder a lo pedido, pues son estas personas profesionales de la medicina quienes disponen de los conocimientos calificados y conocen la situación concreta de los pacientes.

-Se reitera lo expuesto en las consideraciones de este caso y en la sentencia T-071/06, donde se adujo que cuando una persona requiere de “un tratamiento, examen, intervención, medicamento o diagnóstico” y las Entidades Promotoras de Salud lo niegan con fundamento en que no está incluido en el POS, o por cuanto no fue autorizado por el Comité Técnico Científico, “la acción de tutela se torna procedente siempre y cuando se afecten los derechos fundamentales de la misma y se cumplan con los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional”.

- A partir de los documentos que obran como medios de prueba en el expediente, es factible constatar que el médico tratante de la menor a nombre de quien se interpone la tutela, recomendó la práctica del procedimiento denominado “ninflopastia” para atender la hipertrofia de labio mayor”. Agregó “que el procedimiento no pone en riesgo la salud ni la vida de la menor”.

A este respecto, valgan las siguientes consideraciones, teniendo en cuenta que el tratamiento sí fue recomendado por el médico tratante, pero lo considera “superfluo” para la salud de la menor:

-Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”¹¹ Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.”¹²

-Lo anterior obedece a varios criterios. En primer lugar, "...el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante."13 Éste podría denominarse criterio de necesidad, y procura que se haga un uso adecuado y racionalizado tanto de las posibilidades del personal médico, de las instituciones prestadoras del servicio de salud, de los medios científicos y tecnológicos, así como de los recursos que los sustentan.

A este respecto se ha afirmado lo siguiente: "En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, (...) -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos - o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos."14

De lo anterior se desprende a su vez el segundo criterio, consistente en que ante la obligación de los médicos de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, se genera una responsabilidad de los primeros respecto de los tratamientos y medicamentos que prescriban a los segundos. A su vez, dicha obligación tiene como base la ciencia médica, cuyo conocimiento se asume en cabeza de los médicos y no de jueces y abogados. Por ello, se busca evitar que la salud y el bienestar de los pacientes se vean sometidos a criterios distintos al médico, pues si así fuera se corre el riesgo de no atender adecuadamente las patologías de los pacientes. La Corte ha afirmado pues, de manera categórica que "[l]os jueces no son competentes para ordenar tratamientos médicos no prescritos por el médico tratante del paciente. Tal acción, en vez de proteger los derechos fundamentales del paciente, los pone en peligro"15. Es el criterio que la jurisprudencia ha denominado de responsabilidad.

En otras sentencias ha dicho la Corte:

"...si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable y origina una responsabilidad médica que puede

hacerse efectiva. En ese sentido la Corte ha dicho:

La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.

(...)

[L]a Corte también ha tenido ocasión de estudiar el caso en el cual existe cierta incertidumbre acerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde al juez escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo. De esta manera, en tales casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente, verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento cualificadamente informado. Así por ejemplo, en la Sentencia T- 597 de 200116, en donde se discutía la efectividad de varios procedimientos médicos alternativos, la Corte dijo lo siguiente:

Con todo, como ya se dijo, la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento

informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico¹⁷”.

Se derivan así los criterios de especialidad y proporcionalidad. Según éstos, pese a que los médicos son quienes disponen los tratamientos y medicamentos para garantizar la salud y el bienestar de los pacientes, este ámbito no se sustrae de todo tipo de control. Por el contrario la labor de los médicos respecto de sus pacientes está enmarcada dentro del límite al que se circunscriben todos los ciudadanos colombianos, que es el de respetar los derechos fundamentales de otros, y evitar su amenaza o vulneración. ¹⁸

Por ello, la sustracción del juez del ámbito de los tratamientos y medicamentos necesarios para garantizar el derecho a la salud, se ve matizada por el hecho de que lo único realmente indiscutible, es que los criterios médicos no pueden ser sustituidos por criterios jurídicos (criterio de especialidad). Pero, sí es deber del juez dar cuenta de la protección de los derechos fundamentales de los pacientes, a pesar de la primacía del manejo y opiniones médicas en estas situaciones (criterio de proporcionalidad).¹⁹

Sobre el particular ha sostenido esta Corporación lo siguiente:

“...se podría (...) simplemente señala[r] que no le corresponde al juez constitucional involucrarse dentro de la práctica médica. Esta afirmación tendería a aceptar que la esfera de la salud y la de la justicia están absolutamente separadas y que, por lo tanto, al juez no le es dado manifestarse acerca de las relaciones médico - paciente. Sin embargo, esta posición no se percata de que dentro de un Estado social de derecho, en el que se ha de velar por los derechos fundamentales de todas las personas, no existen instituciones o funcionarios que se puedan sustraer al control de sus actos. Todo el aparato estatal debe sujetar su actuación a la Constitución y propugnar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas y a los jueces se les ha asignado la responsabilidad fundamental en la vigilancia del cumplimiento de esta máxima.

Así, pues, el campo de la relación médico - paciente no le está vedado al juez constitucional. No obstante, el juez debe ser muy cuidadoso al adentrarse en esos terrenos, los cuales exigen conocimientos especializados que no posee el funcionario judicial. Es decir, la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y conocimientos del juez, sino a impedir la violación de los derechos

fundamentales del paciente. Por lo tanto, su intervención en la relación médico - paciente sólo debe darse en situaciones extremas, tal como ocurre cuando la decisión del médico pone gravemente en peligro los derechos de las personas.”²⁰

En suma, para lo de nuestro interés, una es la indicación médica solicitada por la jurisprudencia de la Corte como presupuesto para conceder la acción de tutela en los casos de tratamientos “No Pos” y otra es la ponderación constitucional frente a la vulneración o amenaza de los derechos de los tutelantes ante la no realización de una intervención necesaria para su salud, en este caso reforzada por involucrar la salud de una menor.

Descendiendo al caso concreto tenemos que frente al argumento esgrimido por la entidad demandada según el cual el tratamiento indicado se orienta a mejorar un aspecto estético de la niña pero no a conjurar un mal relacionado con una faceta funcional de su salud, considera pertinente la Sala subrayar, como lo ha hecho también en otras oportunidades, que el concepto de salud del modo como ha sido interpretado por la Corte Constitucional abarca no solo aspectos funcionales sino también matices psíquicos, emocionales, sociales y sexuales. La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades al concepto de salud y ha sostenido que éste debe interpretarse en un sentido amplio. En ese orden, ha afirmado la Corporación que la salud ha de definirse desde una perspectiva integral sin dejar de lado ninguna de las facetas que lo integran, a saber, el aspecto físico, funcional, psíquico, emocional y sexual. En la sentencia T-659 de 2003²¹ la Corte sostuvo 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 personas²². 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 estableció²³:

“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.”

La sentencia T-307 de 2006 mencionada supra hace referencia a 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 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 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.”

En esta misma línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha garantizado una dimensión del derecho a la salud en su arista de protección a la sexualidad, cuando el compromiso de los órganos sexuales afecta aspectos de la sexualidad que impiden su libre ejercicio²⁴. El “derecho a la sexualidad”, ha dicho la Corte, hace parte de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en tratados sobre derechos humanos integrados a la misma vía bloque de constitucionalidad y aparece implícito específicamente en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación), entre otros²⁵.

En tal virtud, la jurisprudencia ha sostenido que el derecho a gozar de una vida sexual normal hace parte del derecho fundamental a la vida, entendida ésta en condiciones dignas²⁶ y por ende, los tratamientos médicos que tiendan a mejorar aquellas afecciones que obstaculizan el desarrollo normal de la fisiología sexual humana,²⁷ son de gran importancia para la protección del derecho a la salud, hoy de categoría fundamental. Así pues, tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud de una menor cuando

adoptan una medida que no solo afecta su bienestar físico o funcional sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar emocional y sexual.

En sentencia T-117 de 2005, subrayó la Corporación la obligación de distinguir siempre si las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos o medicamentos requeridos por la persona afiliada o beneficiaria tienen “realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, su realización es imprescindible para garantizar la efectividad de los derechos a la salud y a la vida, este último tanto en su dimensión biológica como en la calidad vida.” Así las cosas, recordó la Corte que:

“incluso en tratándose de procedimientos que son excluidos del servicio que prestan las E.P.S. e I.P.S. según las normas legales y reglamentarias del plan obligatorio de salud, por ejemplo, por ser estéticos o cosméticos, esta Corporación ha señalado que dicha circunstancia no puede ser un obstáculo absoluto para que el paciente acceda a la intervención puesto que si el mismo ‘guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales.’²⁸”

A la luz de la jurisprudencia transcrita, la Sala entiende claramente que un tratamiento estético, cosmético o suntuario busca el embellecimiento del cuerpo y no la recuperación de la salud, entendida ésta como la facultad de “mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación”, y por ello se justifica su exclusión del Sistema de Seguridad Social en Salud que debe el Estado garantizar. Por ello, inicialmente la Corte halla razón a las sentencias de instancia en la resolución de la tutela. Sin embargo, puede ocurrir como en este caso, que un tratamiento inicialmente calificado como estético, cosmético o suntuario, sea el único procedimiento adecuado para mantener y recuperar la salud, de allí que la justificante de su exclusión desaparece y por tanto se hace imperioso inaplicar la norma que limita una intervención de este modo calificada, ya que la finalidad inmediata no es la belleza, sino la recuperación funcional de algún órgano, objetivo primordial del Sistema General de Seguridad Social en Salud acorde por demás con la acepción de vida digna que implica el suministro de procedimientos médicos que persiguen facilitar un mejor modo de

vida o aminorar una patología. "29

Es evidente que en el sub lite, la vida de la menor en términos de -existencia vital- no corre ningún riesgo, no obstante, su vida en condiciones dignas, su salud e integridad sexual, su estima y la valoración que tiene de su cuerpo y de su sexo, sí pueden estar potencialmente afectadas debido a que su estado de salud en la dimensión de sus órganos sexuales aparece alterado actualmente por un agrandamiento de sus labios vaginales. Es claro que la ausencia de la cirugía recomendada a la menor por su médico tratante le impide llevar una vida en condiciones dignas, de donde se deduce que el tratamiento requerido no es de carácter estético, sino que tiene como fin la recuperación de su salud, especialmente bajo condiciones de dignidad y estima adecuadas. La asimetría en los labios vaginales en una mujer y en este caso en una niña en pubertad no pasaría desapercibida en la actividad sexual de la menor, lo cual lesionaría su autoestima al punto de impedirle mostrarse ante sí misma y frente a los demás libre de vergüenza. Así las cosas, se reitera que la cirugía referida no sólo persigue garantizar el derecho a la salud de la menor, entendido este derecho desde una perspectiva integral sino, también, asegurar la vigencia del derecho de la joven a la garantía de la dignidad humana consignado en el artículo 1º de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, no comparte la Sala la tesis defendida por la entidad accionada y seguida por las sentencias de instancia, en el sentido de estimar sin mayor análisis, frente a otros derechos eventualmente afectados, que se trata de una cirugía cosmética y por ende fuera del POS. Considera por el contrario la Sala, que se trata de una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a restablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético.

-La Sala repara en la calificación escueta de estética dada a la referida cirugía avalada por los jueces de instancia y en la descalificación de paso de otros derechos comprometidos en esta causa. Estima la Corte que no puede excluirse la práctica de una cirugía por ser calificada de estética sin antes analizar la finalidad esencial del procedimiento requerido, es decir, sin antes examinar si el objetivo esencial es la recuperación de la salud del paciente así la consecuencia indirecta del tratamiento practicado desencadene en un embellecimiento, ya que aquella es la razón principal del Sistema General de Seguridad Social el cual pretende cumplir con los fines estatales de salvaguardar la vida humana en

condiciones de dignidad.

-De tal suerte que la negativa por parte de la Entidad Promotora de Salud encargada de ejecutar el Plan Obligatorio de Salud de practicar una cirugía "estética" que presenta como fin primordial la recuperación funcional de algún órgano, contradice los postulados de la Constitución Política y por tanto, en el mencionado supuesto, el amparo al derecho fundamental a la salud y a la vida digna es inminente.

-Finalmente recuerda Sala, que es condición necesaria para que proceda el amparo del derecho a la salud en el supuesto de hecho planteado de la cirugía estética, no sólo que ésta tenga "relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente", es decir, que guarde estrecha relación con la recuperación funcional de algún órgano, lo que se traduce en que la "(i)... exclusión del medicamento correspondiente o la falta de tratamiento, según sea el caso, amenaza los derechos constitucionales del afectado"; sino que también sean satisfechos las demás condicionantes que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido para que se inaplique la normatividad que regula el POS.

-Así, y de acuerdo a lo señalado ya en esta providencia³⁰ para la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del POS se debe constatar además de que (i) la exclusión del medicamento correspondiente o la falta de tratamiento, según sea el caso, amenace los derechos constitucionales del afectado; que (ii) se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por otro que tenga la misma efectividad y que se encuentre incluido en el POS; (iii) el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido³¹, y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema; y que (iv) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante³².

En este caso, se ha verificado que (i) la ausencia en la práctica de la cirugía estética afecta el derecho a la salud de una niña de 14 años; que se trata de un procedimiento que no puede ser sustituido; (ii) que la madre de la menor no puede sufragar el costo de la intervención (la actora sostuvo como medio de prueba de su incapacidad económica la afirmación indefinida de la ausencia de recursos y por ello, la Sala presume la buena fe en esa afirmación, se asume por ende, la incapacidad de la familia para costear la cirugía; se añade que la entidad accionada guardó silencio a ese respecto) y (iii) que la intervención ha

sido prescrita por un médico afiliado a la E.P.S. accionada, sin que se demuestre que exista un tratamiento alternativo que pueda tener las mismas consecuencias para la salud integral de menor. Luego, COOMEVA EPS tiene el deber de suministrar el tratamiento excluido por el Plan Obligatorio de Salud y el derecho de repetir contra el Estado.

7. Precedente jurisprudencial. Sentencia T- 310 de 2010, M.P. María Victoria Calle

En un caso de similares supuestos, en donde una mujer adulta reclamaba a su EPS la práctica de la cirugía de remodelación de labios vaginales, la Corte utilizó la siguiente argumentación que hace válida en el presente caso:

1. Recordó que en varias ocasiones la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud se ha ocupado de dolencias que pueden afectar la salud reproductiva o la salud sexual de una mujer.³³

2. Indicó que esta Corporación a través de su doctrina constitucional ha sido sensible al impacto que las afecciones en este ámbito de la mujer pueden tener sobre su vida emocional, afectando incluso en ocasiones su salud mental.³⁴

3. Consideró igualmente que el derecho a la salud sexual no sólo se ha protegido cuando está en juego directamente, sino en aquellos casos en los que puede estar en claro riesgo o amenaza, indirectamente. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional protegió el derecho a la salud de una persona, entre otras razones, por considerar que podía contagiar a su pareja (una mujer) con el virus de papiloma humano.³⁵ La Corte ha tutelado el derecho a la salud, en su ámbito reproductivo y en su ámbito sexual, incluso en aquellos casos en que la situación está consumada como, por ejemplo, cuando se impide a una menor (13 años) violada, interrumpir el embarazo.³⁶

-Resaltó que una de las dimensiones que se garantiza dentro de la salud sexual, específicamente considerada, es la posibilidad de tener una vida sexual activa y placentera. La acción de tutela también se ha ocupado de garantizar el acceso a los servicios de salud que permitan asegurar el goce efectivo del derecho en esta dimensión.³⁷

-Señaló igualmente el fallo comentado, que la protección del derecho a la salud sexual femenina, por razones culturales, puede ser desconocido judicial o médicamente, por

subvalorar factores fisiológicos y psicológicos, que puedan afectar a las mujeres en el disfrute de su vida sexual. La existencia de corrientes de pensamiento tradicionales que llegaban incluso a cuestionar el derecho de las mujeres a disfrutar libremente de su sexualidad, demanda de los operarios del sistema de salud, y de los jueces constitucionales, una especial protección en aquellos casos en que ésta pueda estar en riesgo. En otras palabras, sostuvo la sentencia bajo el orden constitucional vigente, “cuando una mujer solicita un servicio médico del cual puede depender su salud sexual y, eventualmente, su salud reproductiva, la protección constitucional supone una valoración y análisis específico de esta dimensión de la salud sexual.”

En este orden, se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial emitido por ésta Corporación al respecto, en tanto el problema aquí debatido ya tuvo una resolución favorable para personas adultas que se encontraban en las mismas condiciones de la menor que actúa ahora en tutela. Por ello, la Sala de Revisión a efectos de garantizar los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica procederá a dar aplicación a dicho precedente.

8. Argumentación en perspectiva de género

La perspectiva de género invita a los juzgadores a incorporar en sus labores de argumentación jurídica un análisis de los posibles sesgos discriminatorios que de manera implícita pueden estar contenidos en los casos sometidos a su estudio. Ello supone promover mediante la argumentación constitucional una igualdad sustantiva de todos los ciudadanos. Es por ello que no puede la Sala incurrir en un manejo discriminado en el análisis de las decisiones que revisa en este caso, por cuanto podría advertirse una inequidad en la valoración de situaciones que siendo semejantes en los casos masculinos han sido concedidas por esta Corporación bajo eventos precisos en los cuales se solicitó a la Corte una prótesis peneana³⁸ que por igual en su momento fue estimada por los jueces de instancia como intervenciones que no afectaban la vida ni la salud de los peticionarios a pesar de que generaban impotencia sexual en ambas situaciones. La Corte protegió los derechos a la dignidad y a la sexualidad humana y ordenó el suministro de las respectivas prótesis.

Lo propio sucedió en el caso de la reconstrucción fálica³⁹ de un menor en donde la Corte ordenó la cirugía, previa la siguiente consideración: “ frente a una solicitud de una

intervención quirúrgica que se denomine de carácter estético, no siempre resulta legítimo que las entidades de salud se nieguen a su realización con este argumento, porque, se repite, en algunos casos, la no realización de la intervención puede afectar en forma grave la percepción que la persona tiene sobre su propia imagen, lo que se conoce como “la representación mental que tenemos de nosotros mismos”, en especial, cuando se trata de intervenciones relacionadas con la reconstrucción de los órganos sexuales externos”.

Así entonces, desde una argumentación con perspectiva de género, la Corte no puede soslayar esta dimensión de su autorizada hermenéutica, pues violaría la igualdad material; no reparar en ello, sería ignorar que en el caso que ahora revisa, se afectan por igual los órganos sexuales de una menor que por prescripción médica, requiere una intervención quirúrgica para mejorar su salud en condiciones dignas.

9. Conclusión

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira el diecinueve de noviembre de 2010 dentro del proceso de la referencia, y en su lugar, TUTELAR el derecho a la salud de la menor Angelina.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Coomeva que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, tome las medidas adecuadas para realizar la cirugía recomendada por el médico tratante, previo consentimiento informado de la menor y de sus padres y una vez que los médicos de la entidad determinen si actualmente es el mejor momento para la práctica de la cirugía o es preciso esperar a la madurez en los órganos sexuales de la menor. De ser así, la decisión dictada por esta Corporación se mantendrá

hasta tanto los médicos determinen la oportunidad de la cirugía, sin que puedan oponerse a ella alegando el carácter estético de la misma.

Tercero.- PREVENIR a COOMEVA EPS S.A. para que repita hasta por la mitad del valor de la cirugía ordenada en esta sentencia ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, en tanto se cumplen los presupuestos establecidos en la sentencia C-463 de 2008.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-561/11

DERECHO A LA SALUD SEXUAL-Cirugía de ninfoplastia tiene carácter estético según concepto de médico tratante

Referencia: Expediente T-3000213

Accionante: Betilda Monterí

Accionado: COOMEVA EPS S.A.

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

En primer lugar, no desconocemos que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la situación analizada en el presente fallo es susceptible de ser protegida por vía de tutela, sin embargo no es posible dejar de lado que lo anterior no procede cuando se ha determinado que el procedimiento a realizar es de carácter meramente estético, y mucho menos cuando el mismo médico tratante lo ha conceptualizado de esta manera.

Esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso, ya que nos enfrentamos ante el concepto de un médico tratante que prescribió un procedimiento quirúrgico a una menor por razones meramente estéticas. Tal como se estableció en la sentencia, de la intervención de la entidad accionada se desprende que “el concepto del médico tratante es que esta situación no representa una alteración funcional del órgano, únicamente esta ocasionando disconfor (sic) a la paciente por lo tanto consideró que se trata de un procedimiento estético [...]”.

En este sentido, consideramos que en esta oportunidad nos hallamos ante un problema fáctico, el cual el juez debe analizar con la debida prudencia y cautela, pues para sustentar que la vida en condiciones dignas de la menor “su salud e integridad sexual, su estima y la valoración que tiene de su cuerpo y de su sexo” pueden estar potencialmente afectadas por el agrandamiento de sus labios vaginales, en la sentencia se debió haber solicitado: o (i) una ampliación del concepto del médico tratante; o (ii) una opinión médico-científica de un especialista; ambas respecto de las posibles repercusiones de la afección de la menor en su sexualidad y en el desarrollo normal de la misma, así como en su autoestima y la percepción que tiene sobre su propia imagen.

Es pertinente traer a colación en este punto, que en la sentencia T-310 de 2010 –citada en el fallo del cual me aparto-, se ordenó una valoración por parte de la entidad accionada del impacto que tenía la hipertrofia de los labios vaginales sobre la salud sexual y reproductiva

de la peticionaria y se condicionó la realización del procedimiento quirúrgico al resultado de la misma, en el sentido que esta sólo debía realizarse de encontrar que el impacto era “considerable, no meramente estético”.

En suma, no encontramos en la sentencia el material probatorio necesario para apartarse del carácter meramente estético del procedimiento quirúrgico, y en consecuencia afirmar, como se hace en el fallo, que “se hace imperioso inaplicar la norma que limita una intervención de este modo calificada, ya que la finalidad inmediata no es la belleza, sino la recuperación funcional de algún órgano [...]”, cuando el mismo médico tratante ha desvirtuado dicha afectación funcional.

En virtud de las anteriores consideraciones, me aparto de la decisión adoptada por la Sala.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 La Corte omite los nombres reales de las intervinientes para proteger su intimidad.

2 T-863 de 2009

3 T-282 de 2008

4 ibídem

5 “Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-500/94, SU-819/99, T-523/01, T-586/02 y T-990/02”. Además ver T-335 de 2006 y T-202 de 2007.

6 Artículo 188 de la Ley 100 de 1993.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 2002.

8 Ibidem.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 1995; SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999.

10 La acción de tutela puede ser interpuesta por el titular de los derechos presuntamente vulnerados o por quien actúe a su nombre cuando éste se encuentre imposibilitado para promover su propia defensa por intermedio de representante legal (menores, incapaces, interdictos, personas jurídicas. En tal sentido, esta Corporación sostiene que tratándose de derechos de los niños, es posible que un tercero actúe en su nombre con el objeto de salvaguardar sus intereses fundamentales.

11 T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004.

12 T-569 de 2005

13 T-427 de 2005

14 T-1325 de 2001, reiterada en la T- 427 de 2005, entre otras.

15 [Énfasis fuera de texto] T-398 de 2004

16 [Cita del aparte transcrito] M.P. Rodrigo Escobar Gil

18 T-234 de 2007.

19 T-234 de 2007

20 T-059 de 1999.

21 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.

22 “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 médica 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.”

23 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.

24 T-143 de 2005 y T- 732 de 2009 en los casos de solicitud de “prótesis peneana” para mejorar estados de impotencia grave.

25 Ibid.

26 Tema que ha sido tratado en extenso en las sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999; T-551 de 1999.

27 T-926 de 1999.

28 Corte Constitucional. Sentencias T-119 de 2000; T-102 de 1998, T-175 de 2002, T-289 de 2006, entre otras.

29 T-576-03.

30 Entre muchas otras sentencia de tutela ver SU-819-99, T-1047-02, T-112-04, T-750-04, T-666-04.

31 Ver sentencia de tutela T-117-05

32 Es importante resaltar que la cirugía estética con fines funcionales haya sido prescrita por el médico afiliado a la E.P.S. a la cual se le requiere el servicio, pues “el diagnóstico con el que debe tratarse esta decisión, a efecto de explorar un posible amparo a los derechos que se dicen vulnerados, es el que aparece en el expediente y que viene dado por quienes tienen el experticio y el conocimiento del tema, en tanto la actuación del juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos médicos, si no a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente”. Al respecto ver sentencias de tutela T-059 de 1999, T-175 de 2002, T-948 de 2004 y T- 082 de 2005.

33 En varias ocasiones la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a acceder a servicios de salud que de una u otra manera comprometen la salud sexual y reproductiva de una mujer. Entre otras, ver las sentencias T-605 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), en este caso se tuteló la práctica de la cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del ovario izquierdo; T-636 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), en este caso se garantizó la práctica del examen cariotipo materno y cariotipo paterno; T-870 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), en este caso se garantizó a la accionante el suministro del medicamento Acetato de Leuprolide; T-890 de 2009 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva), en este caso se ordenó la práctica el procedimiento denominado video laparoscopia operativa.

34 Aunque en el caso concreto no se consideró que la accionante tenía derecho a acceder al servicio de salud requerido, en la sentencia T-424 de 2009 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que una afección funcional puede tener impacto en la salud reproductiva de una mujer, y además influir en su salud mental.

35 En la sentencia T-816 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) se resolvió tutelar los derechos del accionante y, en consecuencia, ordenar a la entidad promotora de salud encargada que realizara una nueva valoración médica, en la que se pudiera determinar el tratamiento integral de las ‘lesiones en el pene tipo condiloma’, que padece, garantizándosele el suministro de los procedimientos o medicamentos necesarios para conjurar su enfermedad, incluso el procedimiento denominado “penescopia”, según las prescripciones de los médicos de la entidad. La Corte señaló al respecto: “Estas lesiones

afectan notoriamente su integridad personal, ya que vulnera su derecho a la sexualidad como parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en la medida que el accionante no puede desarrollar de manera plena su vida sexual ya que debe lidiar con un complejo virus el cual puede transmitir a su esposa y el mismo puede degenerarse en cáncer según la información citada, por ello y sin mayores consideraciones la Sala encuentra probado el primer requisito exigido por la jurisprudencia de la Corte para el suministro de procedimientos no POS.”

36 En la sentencia T-209 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte resolvió, entre otras cosas, condenar en abstracto a Coomeva EPS, y solidariamente a las IPS de su red, y a los profesionales de la salud que atendieron el caso y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor, por la violación de sus derechos fundamentales.

37 En la sentencia T-492 de 2004, por ejemplo, se tuteló el derecho de una persona y el de su pareja, a acceder al servicio médico de ‘reconstrucción fálica’, a una persona que había sufrido graves lesiones en sus órganos sexuales, como producto de un ataque de delincuentes comunes. En esta ocasión la Corte tuvo en cuenta el grave deterioro que la situación conllevaba para la salud sexual del accionante y, por tanto, para la vida sexual de la pareja. Corte Constitucional, sentencia T-492 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra).

38 T-143 de 2005 y T- 732 de 2009 .

39 T-492 de 2004

40 T-05 de 2009 entre otras.