

Sentencia T-659/03

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Cirugía excluida del POS y que no tiene carácter estético

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 Juan Sebastián Cadavid Arteaga 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 síquico 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.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-751276

Acción de tutela de William Antonio Cadavid Muñoz en representación de su menor hijo Juan Sebastián Cadavid Arteaga, contra Comfenalco EPS Seccional Antioquia.

Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar - Antioquia.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil tres (2003).

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar - Antioquia, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor William Antonio

Cadavid Muñoz en representación de su menor hijo Juan Sebastián Cadavid Arteaga, contra Comfenalco EPS Seccional Antioquia, a efectos de reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, en el asunto que originó la tutela de la referencia.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El actor presentó acción de tutela el dos (2) de abril de 2003, ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Ciudad Bolívar, por los hechos que se resumen a continuación:

A. Hechos

El actor como empleado al servicio de la Empresa Antioqueña de Energía EADE del Municipio, esta afiliado al ente accionado y como beneficiario de la EPS se encuentra su hijo Juan Sebastián Cadavid Arteaga.

Expresa en su condición de padre del menor de catorce (14) años, que Según evaluaciones realizadas por el Pediatra de la E.S.E Hospital La Merced de Ciudad Bolivar, al igual que el Endocrinólogo Infantil del Hospital Pablo Tobón Uribe tiene las tetillas muy grandes, fuera de lo normal, que no se pueden reducir de tamaño con tratamiento farmacológico, por lo que se determinó que el menor requiere una cirugía GINECOMASTIA PUBERAL COLATERAL, consistente en extirpación.

Posteriormente, la orden fue remitida a la EPS Comfenalco para su aprobación, quienes mediante escrito le manifestaron que esta cirugía no esta dentro del POS por ser de carácter estético y por lo tanto no es subsidiada por la EPS Comfenalco y que deberá entonces financiarla directamente.

Manifiesta el peticionario que esta operación no puede esperar, pues, el niño está creciendo, y puede verse afectado emocionalmente, si no se soluciona su problema, ya que están de por medio asuntos relacionados con su personalidad. El padre no cuenta con recursos económicos para sufragar el costo de la cirugía, pues devenga un salario que solo le alcanza para cubrir los gastos familiares. Solicita la tutela como mecanismo transitorio.

Al escrito de tutela, el actor acompañó documentos como el registro civil de nacimiento del menor (folio 3), allí se observa que nació el 15 de septiembre de 1988. Además, adjuntó copia de las órdenes médicas y de la orden de interconsulta (Folio 2-7) y copia de la Historia Clínica correspondiente al menor (Folio 15-20).

B. La demanda de tutela.

El actor solicita la protección rápida y eficaz, ya que considera que la EPS Comfenalco al no expedir la orden necesaria para la práctica de la cirugía, vulnera ostensiblemente los derechos fundamentales a la seguridad social, libre desarrollo y personalidad de su hijo, pues debe tenerse en cuenta que tiene 14 años de edad y su problema le esta afectando psicológicamente y emocionalmente hasta el punto de sentirse mal en la sociedad.

C. Pretensión.

El actor solicita se ordene a la EPS Comfenalco que proceda a autorizar y cubrir la totalidad de la practica de la cirugía prescrita.

D. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del veintiuno (21) de abril de dos mil tres (2003), el Juzgado Penal Municipal de Ciudad Bolivar denegó la tutela solicitada, por las siguientes razones:

Desprendiéndose de los elementos de juicio probatorios arrimados al expediente, principalmente con los experticios emanados de los profesionales adscritos a la Empresa Social del Estado (Médico rural y psicólogo) bien puede concluirse que no obstante que no está en grave e inminente peligro de muerte el menor Juan Sebastián Cadavid Arteaga, si se hace necesario que se le practique la cirugía, pues existen alteraciones en su comportamiento social y desenvolvimiento en sus actividades que podrían ocasionarle perjuicio en su actividad sexual.

No obstante lo anterior, el ente accionado ha informado oportunamente que dicha intervención no se encuentra incluida dentro del POS, y lo debido es acudir al Comité Técnico Científico de la respectiva entidad para que allí, luego de la evaluación, análisis y ponderación correspondiente decida sobre la necesidad real de darle vía libre a la misma.

De otro lado, corresponde al interesado cancelar el valor de la mencionada cirugía, ya que cuenta con los recursos económicos suficientes al efecto, toda vez que obtiene unos ingresos mensuales que superan en millón setecientos mil pesos en promedio, y la madre del menor se desempeña como docente, lo que origina ingresos adicionales que bien pueden brindar la posibilidad de sufragar los costos de la mencionada cirugía.

E. Impugnación.

El actor impugnó la anterior decisión, señalando que el problema que afecta al menor vulnera sus derechos, ya que no es común que con la figura y condición de varón o de hombre, de niño en este caso, el que tenga unos senos que parecen de mujer no afecte su desarrollo normal, no es simplemente estético, porque se compromete su aspecto psicológico y mental. De otro lado, la cirugía que requiere su hijo no está excluida del POS, ya que en la Resolución 5261 de 1994 aparece en el listado de "La Mama" en el código 10121, Resección Ginecomastia 06, de tal suerte que la cirugía pretendida sí está dentro del POS y por lo tanto debe ser cubierta por la EPS.

F. Sentencia de segunda instancia

Finalmente, el Juez manifiesta que si bien se ha remitido a cirugía al menor, el especialista no le ha diagnosticado compromiso en su salud, y si con su patología no entra en juego alguno de sus derechos fundamentales, no existe violación, por lo que no procede la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

El actor interpone la acción de tutela al considerar que la E.P.S. Compensar vulnera los derechos fundamentales de su hijo Juan Sebastián Cadavid Arteaga, al no autorizar la operación Ginecomastia Puberal Bilateral que, en concepto del padre, requiere con urgencia,

en razón que el niño está en crecimiento y se verá afectado tanto emocionalmente como sociológicamente si no se soluciona rápidamente su problema.

Por su parte, la EPS demandada, argumenta que de conformidad con las disposiciones legales, no está obligada a autorizar la cirugía que requiere el menor, pues se trata de una cirugía estética que se encuentra fuera del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y deberá ser financiada directamente por el accionante.

Por tanto, corresponderá a esta Sala decidir si en el caso en estudio procede la acción de tutela.

Tercera. Reiteración de jurisprudencia - Derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas.

En sentencia T-566 de 2001 del M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con relación a la protección al derecho a la vida dijo:

“El derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.”¹

De igual manera la Corte Constitucional reiteró el concepto en la sentencia T-926 de 1999 del M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

“El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución - preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.”

Cuarta. Derecho a la salud en menores de edad. Aspecto psicológico y físico.

Esta Corporación ha establecido en muchas oportunidades que el derecho a la salud de los niños tiene connotación de fundamental derivada no de su conexidad con otro derecho fundamental, sino de la aplicación directa de la Constitución que lo consagra como tal.

“No hay ninguna duda que la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental, tal y como lo prevé el artículo 44 de la Constitución Política y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración afectan derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.” 2

“Es indudable que en el evento bajo estudio están en juego los derechos de un niño, y la Constitución consagra un régimen de protección especial para los menores, en el que se proclama la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Además, en aplicación de ese régimen especial, la Corte Constitucional ha reiterado que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Carta Política³.”⁴

Sobre la procedencia de la tutela para situaciones en las que se debe proteger el equilibrio emocional y psicológico de la persona, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“De lo anterior se puede inferir, que cuando la persona acude a la acción de tutela con el ánimo de lograr la recuperación de su equilibrio emocional, psicológico y mental, que se le ha venido alterando como consecuencia de una afección física que padece (como en el caso de la impotencia sexual derivada de la diabetes y los estragos que ésta produce), lo hace con el fin de obtener la protección de los derechos a la salud, a la integridad personal y a una vida en condiciones dignas, cuyo restablecimiento le es encomendado al juez de tutela por el artículo 86 de la Carta Política.

(...)

Así, no pueden perderse de vista las dimensiones que adquiere la protección del derecho a la

salud, cuando se presenta ligado con el derecho a la vida en condiciones dignas. Se trata de una garantía que cobija tanto los aspectos físicos como los psicológicos de la enfermedad, y que parte de considerar íntegramente a la persona. (...)”⁵

Sobre el aspecto físico del adolescente la Corte ha señalado en la sentencia T-566 de 2001 del M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“Si bien la corporeidad es un aspecto importante en el desarrollo psico - social de todo ser humano, lo es aún más en la etapa de la adolescencia en la cual el individuo está forjando su identidad ante si mismo y frente a los demás. Esta etapa de transición implica, como es bien conocido, cambios a nivel físico que están estrechamente relacionados con el reacondicionamiento psicológico del joven en desarrollo. Una de las nuevas situaciones a vivir por parte del adolescente es la plena evolución de su sexualidad, para esto se acondiciona todo su cuerpo y, a la par de este, su mente. La íntima relación del nuevo aspecto físico del adolescente con el desarrollo de su personalidad ha sido ampliamente estudiada por la psicología.

“Toda cultura tiene algunas reglas arbitrarias acerca del valor o de la falta de valor de algunas características corporales. La posesión de características convenientes está asociada con el atractivo sexual y con otros aspectos de la aceptación por parte del grupo. No poder desarrollar las características corporales que la cultura considera apropiadas suele dar lugar a rechazo social y a sentimientos de insuficiencia sexual.”⁶

La imagen externa del adolescente, sea esta positiva o negativa, puede influir en el concepto que de él se formen sus pares y en la aceptación que estos tengan del aquel en su núcleo social. Análisis psicológicos plantean esta situación

“Es posible que la imagen de sí mismo del adolescente esté influida también por la valoración que sus condiscípulos hagan de él. Ruff (1951) ha señalado que para que se le acepte a uno en un grupo de condiscípulos ha de deferirse poco de los otros en la apariencia física. Si un jovencito difiere de modo considerable, es probable que los otros lo eludan o que le pongan mote despectivos, como el Gordo, la Ballena, la Araña, el Bajo, el Pocacosa, el Flaco, el Cuatro Ojos, el Pecas o el Narigudo (Oregel y Tuckman, 1935). (...) Los apodos pueden hacer que el adolescente se dé vivamente cuenta de la actitud de los otros con relación a su aspecto físico.”⁷

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 Juan Sebastián Cadavid Arteaga 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 síquico 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.

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 dignas, es 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."

Además dentro del mismo concepto rendido por el médico psicólogo, cita literatura acerca del desarrollo sexual de la personalidad tomado de Fundamentos de la Medicina Psiquiatría C.I.B. 2º Edición 1994, Pág 36 lo siguiente: "... para tener una salud sexual, se requiere entre otros, la ausencia de trastornos orgánicos de enfermedad y deficiencias que entorpezcan la

actividad sexual y reproductiva ... La posibilidad de aprender a aceptar la nueva imagen corporal traída por sucesos biológicos... Por ultimo es necesario reconocer que desde el punto de vista social la adolescencia es un periodo critico del desarrollo en la mayoría de las sociedades modernas, y por lo tanto anomalías físicas, en este caso sexuales así sean características sexuales secundarias, afectan de manera significativa el funcionamiento social del individuo.”

Para la sala el derecho a la salud comprende también el aspecto psicológico y específicamente en este caso, estima que al ser este un menor que está viviendo su etapa de adolescencia (14 años), según los términos de los médicos psicólogo y médico general, repercute como esté su apariencia física para el pleno desarrollo de sus facultades. Por lo tanto, al tener el menor “aumento del tamaño mamario bilateral”, la alteración de su cuerpo limita la posibilidad de interacción social, ya que puede verse cohibido de relacionarse con sus pares y mayores por el miedo al rechazo o por el real rechazo que se tiende a tener frente a un varón con rasgos que corresponden a la feminidad - y sobre todo, puede ser un obstáculo para su presente y futuro desarrollo de la sexualidad.

En consecuencia, teniendo en cuenta los apartes de las sentencias mencionadas y las anteriores consideraciones en el caso del menor Juan Sebastián Cadavid Arteaga, habrá de reiterarse la jurisprudencia de la Corte y conceder la protección de sus derechos, porque existe una estrecha relación entre el desarrollo psicológico del menor con el derecho a la salud y a su desarrollo integral en conexidad con la vida en condiciones dignas.

Así las cosas, la Sala ordenará a Comfenalco EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo hubiere hecho autorice y lleve a cabo la práctica del procedimiento médico requerido por el menor que fue ordenado por el médico especialista, pues se trata de proteger el derecho a la salud en conexión directa con el derecho a la vida.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVÓCASE la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar - Antioquia que confirmó el fallo del Juzgado Penal Municipal de Ciudad Bolívar - Antioquia, en la acción de tutela instaurada por el señor William Antonio Cadavid Muñoz en representación de su menor hijo Juan Sebastián Cadavid Arteaga, en contra de Comfenalco EPS.

En consecuencia, ORDÉNASE a Comfenalco EPS Seccional Antioquia, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si no lo hubiere hecho autorice y lleve a cabo la práctica del procedimiento médico requerido por el menor Juan Sebastián Cadavid Arteaga y que fue ordenado por los médicos tratantes.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencia T-096/99

2 Ver sentencia T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. y T-1346 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis

3 Ver sentencias T-556 de 1998 y T-514 de 1998.

4 Ver sentencia T-610 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

5 Ver sentencia T-926/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz

6 MUSSEN, Paul Henry, CONGER, John Janeway y KAGAN Jerom. Desarrollo de la personalidad en el niño. Editorial Trillas, México. 1976 pg. 682

7 JERSILD, Arthur T. Psicología de la Adolescencia. Aguilar. Madrid. 1972 pg. 56