

Vulneración al Derecho de la Salud por Negación de Cirugía Mamaria - Línea Jurisprudencial

Olga Lucia Olarte Ayala¹
Olgaolarte779@gmail.com

Resumen

En la protección de los Derechos Fundamentales a la Salud en condiciones dignas la Honorable Corte Constitucional ha hecho reconceptualizaciones importantes a través de sus sentencias sobre la vulneración a los Derechos Fundamentales cuando las Entidades Promotoras de Salud (EPS), niegan la reconstrucción mamaria. La Corte ha estableciendo unas subreglas bajo las cuales se tutela la integridad física de la mujer.

A partir de la Sentencia T-003 de 2019, tomada como punto Arquimédico, se apoya la línea jurisprudencial que da lugar al análisis dinámico del precedente con base en la metodología analítica descriptiva del libro “El Derecho de los Jueces” y “Eslabones del Derecho -El deber de coherencia con el precedente Judicial” de Diego Eduardo López Medina.

En este estudio se propone un análisis dinámico de precedente Constitucional, en donde a partir del problema jurídico planteado, se realiza la construcción de la línea jurisprudencial. Se parte de la Sentencia Fundadora T-102 de 1998 para establecer las reglas y subreglas aplicadas por la Corte Constitucional para dar respuesta al problema planteado. En las conclusiones se incluyen los aspectos más relevantes de la línea jurisprudencial de las decisiones permitiendo su aplicación en casos afines en defensa de los Derechos Fundamentales tutelables.

Palabras Clave: Línea Jurisprudencial, cirugía mamaria, Derecho Fundamental-cirugía reconstructiva, Dignidad Humana

¹ Olga Lucia Olarte Ayala. Docente en las Áreas de Derecho e Idiomas. Licenciada en Idiomas UIS, Abogada, Especialista en Pedagogía UCC, Especialista en la Enseñanza del Inglés UIS y Especialista en Docencia Universitaria UCC. Becaria Fulbright Colombia, English as a Foreign Language Diploma Course, 2016, Universidad de California en Davis, US. Maestría en Derecho, Universidad Santo Tomás, 2019. Par Académico-MEN 2017-2019.

Abstract

In the protection of the Fundamental Rights to Health in decent conditions, the Honorable Constitutional Court has made important reconceptualizations through its judgments on the violation of Fundamental Rights when the Health Promoting Entities (EPS) deny breast reconstruction. The Court has established sub-rules under which the physical integrity of women is protected. From Judgment T-003 of 2019, taken as an Archimetric point, the jurisprudential line that gives rise to the dynamic analysis of the precedent is based on the descriptive analytical methodology of the book “The Law of the Judges” and “Links of Law -The duty of coherence with the Judicial precedent ”by Diego Eduardo López Medina.

In this study a dynamic analysis of Constitutional precedent is proposed, where from the legal problem raised, the construction of the jurisprudential line is carried out. It is based on the Founding Judgment T-102 of 1998 to establish the rules and sub-rules applied by the Constitutional Court to respond to the problem raised. The conclusions include the most relevant aspects of the jurisprudential line of decisions allowing their application in related cases in defense of the tutelable Fundamental Rights.

Key Words: Jurisprudential Line, breast surgery, Fundamental Law-reconstructive surgery, Human Dignity

Introducción

“Puesta sobre un gráfico, una línea jurisprudencial es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas.”(LOPEZ, 2006, p.141)

A partir de la Constitución de 1991, el papel del juez y sus decisiones cobran vital importancia, dada su responsabilidad para asegurar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes de un Estado Social de Derecho. La Honorable Corte Constitucional Colombiana ha hecho reconceptualizaciones importantes en sus decisiones frente a los derechos de las pacientes cuando las entidades prestadoras del Servicio de Salud niegan la reconstrucción mamaria en pacientes de diversas edades y quienes requieren la intervención quirúrgica por circunstancias diferentes.

El problema jurídico que orienta el presente estudio se plantea con la pregunta: ¿Se vulnera el derecho a la salud de una usuaria al negarle la autorización de un procedimiento quirúrgico de reconstrucción mamaria?

La Corte ha establecido unas condiciones bajo las cuales se tutela la integridad física de la mujer que, por razones de enfermedad, contextura física, secuelas de procedimientos médicos o malformación, requieren de Mamoplastias no autorizadas por las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El presente artículo tiene como enfoque la metodología analítica descriptiva del libro “El Derecho de los Jueces” de López (2006), respecto a la técnica de investigación de la Línea Jurisprudencial. Se incluyen algunas reflexiones sobre el valor del precedente Constitucional y ordinario en los últimos años.

Para la elaboración de la Línea Jurisprudencial, se parte del problema jurídico planteado, con el objetivo general de construir la línea jurisprudencial por cercanía y relevancia en relación con el patrón fáctico bajo estudio, constituido por la necesidad de cirugía mamaria, la cual es negada por la EPS, definiendo como escenario constitucional la Sentencia T-003 de 2019, Magistrada Ponente, Cristina Pardo Schlesinger, dado que es la sentencia más reciente posible, que en sus hechos relevantes contiene el mismo patrón fáctico. Los hechos corresponden a una mujer a quien el servicio de salud negó la autorización del procedimiento quirúrgico ordenado por su médico tratante, consistente en una “Reconstrucción Mamaria como consecuencia de secuelas de una *Mastectomía* por cáncer de mama, reconstruida sin prótesis, por lo que su cirujano plástico ordeno, intervención quirúrgica para reconstrucción mamaria, que fue negada por su EPS, de régimen especial (Docentes oficiales).

La Corte Constitucional mediante las consideraciones pertinentes verifica la procedencia de la Tutela para la protección de sus derechos, la vulneración del Derecho Fundamental a la Salud, legitimación en la causa (por pasiva y por activa), el cumplimiento del principio de Inmediatez, y expone las Consideraciones o subreglas para amparar el Derecho con base en la Sentencia T-381 de 2014 y dado que la paciente presenta secuelas de Cáncer de mama, se incluyen las consideraciones de la Sentencia T-1176 de 2008, análisis que realiza a través de la “ingeniería reversa” (LÓPEZ, 2006) la cual conduce a las sentencias hito, que se han promulgado sobre hechos materiales o relevantes del caso “*Sub examine*” y del patrón fáctico que se busca resolver.

Con las citas jurisprudenciales que contiene el escenario constitucional, se forma el nicho citacional, con su punto arquimédico y sus puntos nodales se replica en varios niveles encontrando así la Sentencia Fundadora Sentencia T-102 de 1998. Entre otras sentencias, son relevantes para la elaboración del “nicho citacional las Sentencias: T-038 de 2007; T760 de 2008; T-1176 de 2008; T-793 de 2010; T-920 de 2013; C-313 de 2014 y T-381 de 2014. (Apéndice 1)

Posteriormente el “nicho citacional” permite el análisis de las consideraciones de la Corte en respuesta al problema jurídico presentando conclusiones sobre los aspectos más relevantes, de la línea jurisprudencial de decisiones, cuyo balance constitucional y solidez permite dar solución al problema jurídico planteado y a futuros casos similares.

1. Línea Jurisprudencial Vulneración al Derecho de la Salud por Negación a la Cirugía de Reconstrucción Mamaria

El problema jurídico dentro del escenario Constitucional que estamos investigando para el desarrollo de esta Línea Jurisprudencial puede observarse que ha sido abordado bajo diferentes consideraciones desde la Sentencia T-102 de 1998, sentencia “Fundacional” de la línea jurisprudencial hasta la Sentencia T-033 de 2019, tomando la lista de las citas jurisprudenciales que la sentencia contiene, observándose la siguiente dinámica.

1.1 Sentencia Fundadora de Línea

La Sentencia T-102 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, cuyos hechos incluyen a una señora, afiliada a una EPS, dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS), quien manifiesta que por más de dos (2) años, padece de frecuentes dolores de espalda ocasionados por una “Cifosis Dorsal”, cuyo origen, según diagnóstico de los ortopedistas adscritos a la entidad accionada, se debe al peso excesivo de sus senos, razón para que los especialistas adscritos a la entidad accionada, recomienden la práctica de una “Mamoplastia” reductiva para mejorar la sintomatología de la enfermedad. La entidad se negó a autorizar la cirugía por considerar que la intervención es de carácter estético, por lo que está dentro de las exclusiones del POS. “La demandante considera que la negativa de su EPS viola sus derechos a la Salud, a la vida, Integridad personal y a la Seguridad Social” (Sentencia T-102, 1998).

Entre las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia T-102, la expresa que:

La solución al problema jurídico planteado obliga a la Sala a referirse, a la naturaleza jurídica del derecho a la seguridad social en salud, esto es, definir cuando tiene el carácter de derecho meramente prestacional y cuando la condición de derecho fundamental por conexidad es exigible por la vía de la tutela. “El Derecho a la Salud es Fundamental por conexidad con la Vida. (Sentencia T-102, 1998)

En relación con el art. 15° del Decreto No. 1938 del 5 de agosto de 1994, que regula las exclusiones y limitaciones en el Plan Obligatorio de Salud, ésta sentencia aclara que:

Una cirugía como la que demanda la actora a su Entidad Prestadora de Salud (E.P.S), en principio, puede ser considerada como una “cirugía estética”, y por lo tanto excluida del P.O.S. Sin embargo, en el caso concreto no tiene esta connotación, porque de los antecedentes que obran dentro del proceso se deduce claramente que la referida cirugía no la reclama la demandante con fines meramente estéticos, sino con el propósito de poner fin o mejorar a las graves dolencias que la afectan, tal como lo certifican los médicos tratantes. (Sentencia T-102, 1998)

La Sentencia T-102 de 1998 aplica el principio de la Dignidad Humana al caso, para reconocer el derecho de la paciente argumentando:

Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana. (Sentencia T-102, 1998)

En conclusión, la Corte manifiesta que “encontrándose afectado el principio de la dignidad humana y el derecho fundamental a no ser objeto de tratos inhumanos crueles o degradantes, es procedente la tutela impetrada. (Sentencia T-102, 1998)

1.2 Sentencias Hito

En esta línea sobre el escenario Constitucional en estudio se encontraron siete (7) sentencias Hito de primera línea: a) T-038 de 2007; b) T-760 de 2008; c) T-1176 de 2008, d) T-793 de 2010; e) T-920 de 2013; f) C-313 de 2014 y g) T-381 de 2014, las cuales a su vez nos remiten a otras sentencias importantes consolidadoras de línea, T-461 de 2001; T-152 de 2012 y a su vez son mencionadas en otros niveles de la línea, especialmente en las Sentencias reconceptualizadoras T-1176 de 2008; y T-760 de 2008. Como sentencias dominantes se observan en el nicho citacional las Sentencias T-760 de 2008 y T-038 de 2007. (Apéndice 1)

Las sentencias consolidadoras de línea más relevantes para determinar el amparo del derecho a cirugías de reconstrucción mamaria son las Sentencias T-038 de 2007; T-060 de 2008; T-1176 de 2008 y T-381 de 2014 (se encuentran referidas en el primer nivel de la línea y contienen los criterios vigentes, por medio de los cuales la Corte Resuelve el problema Jurídico de amparar el Derecho a la Salud de una paciente ordenando una cirugía mamaria reconstructiva, cuyas consideraciones se exponen a continuación a través de las sentencias hito analizadas.

1.3 Sentencias consolidadoras de línea

1.3.1 Sentencia T-038 de 2007. En la Sentencia T-038 de 2007 de la Corte Constitucional el Magistrado Ponente Dr. Nilsón Pinilla, se pronuncia sobre el Derecho a la Salud: Suministro de prótesis para reconstrucción mamaria y el Derecho a la vida digna.

En los hechos una mujer manifiesta que le realizaron un procedimiento quirúrgico para extirpar una masa maligna. En la etapa pos-operatoria los médicos especialistas, consideraron pertinente suministrar una prótesis para reconstrucción de mama.

Se anexaron los soportes y pruebas de su situación. En el análisis concreto la Corte incluye en las consideraciones del caso su competencia para conocer esta demanda, se analiza si se vulneró un Derecho Fundamental de la señora al negarse el suministro de la prótesis para la reconstrucción

de mama, y además se confirman reglas en las que la cirugía reconstructiva es otorgada. En este sentido, la Corte ha reiterado que: “existen cirugías estéticas que persiguen dos propósitos distintos: El estético o cosmético cuando buscan mejorar tejidos sanos para embellecer el cuerpo, y el funcional o reconstructivo cuando son necesarias para tratar una enfermedad” (Sentencia T-038, 2007).

En este caso asume el Derecho a la Salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas. La Corte Constitucional ha elaborado un concepto amplio del derecho a la vida, al considerar que no se debe entender como la mera subsistencia biológica, sino como un derecho cualificado que implica el reconocimiento y búsqueda de una existencia digna. Otro de los factores contemplados es su situación económica que no le permite asumir el costo de la prótesis mamaria para la cirugía dispuesta por su médico tratante. La Corte concede la tutela por violación a los derechos a la vida digna y a la integridad física y precisa: “Se autoriza el suministro de la prótesis para reconstrucción mamaria, y que se programe la realización de la cirugía para su colocación o implante, según lo determinado por el médico tratante”. (Sentencia T-038, 2007)

La sentencia retoma pronunciamientos anteriores para sustentar la decisión de amparar el derecho, entre otros argumentos menciona frente a la cirugía plástica requerida que: “La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las persona” (Sentencia T-307, 2006) y aduce que en este caso particular si se protege el Derecho a una Vida Digna.

1.3.2 Sentencia T-760 de 2008. La Sentencia 760 de 2008 sistematiza las reglas jurisprudenciales que la Corte hasta el 2008 había establecido sobre el Derecho a la Salud, incluyendo un resumen de la Jurisprudencia Colombiana correspondientes a más de veintidós (22) Acciones de Tutela), de las cuales se retoman las pautas para proteger el Derecho a la Salud por negación de medicamentos y procedimientos no POS y otros, en donde se elimina el núcleo esencial abstracto donde gravita la relación del derecho fundamental, en conexidad con la vida y reconoce como derechos fundamentales e independientemente aparados, la Salud, Vida Digna y la Seguridad Social. En éste proveído la Corte dentro de la decisión concluyó:

En esta providencia se argumentó, al igual que en otras oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, y como tal, lo definió como un derecho

complejo, que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. De allí que concluyó, que su ámbito de protección, no está delimitado por los planes obligatorios de salud, de manera que la prestación de un servicio de salud debe suministrarse aunque no esté incluido en dicho plan, cuando estos se requieren con necesidad, el cual puede comprometer en forma grave la vida digna de la persona o su integridad personal. (Sentencia 760, 2008)

La Corte Constitucional ha señalado que “existen cirugías estéticas que persiguen dos propósitos distintos: El estético o cosmético cuando buscan mejorar tejidos sanos para embellecer el cuerpo, y el funcional o reconstructivo cuando son necesarias para tratar una enfermedad”. (Sentencia 760, 2008)

Otra de las circunstancias contempladas en la línea Jurisprudencial según la Sentencia 003 de 2019, es la re-intervención quirúrgica o reconstrucción mamaria con prótesis por secuelas de enfermedades, congénitas o como consecuencia de intervenciones anteriores, frente a dichos casos la sentencia T-760 de 2008 expresa:

Re-intervenciones: el Plan Obligatorio de Salud contributivo o subsidiado según el caso cubre las re-intervenciones que sean necesarias conforme a la prescripción profesional, sin perjuicio de la atención inicial de urgencias, o que implique peligro para la vida, siempre y cuando se trate de los siguientes casos:

1. Que el procedimiento inicial o primario no haga parte de las exclusiones del plan Obligatorio de Salud, según las condiciones de cada régimen y que se hubiera efectuado con autorización de la EPS.
2. En caso de que la segunda intervención implique un pronunciamiento diferente al inicial o primario, el mismo debe estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud del régimen respectivo y se sujeta a la autorización de los servicios establecidos en la normativa vigente, salvo que se dé la atención inicial de urgencias (Sentencia 760, 2008)

Cabe resaltar que la Corporación admitió que este tipo de servicios médicos no hacían parte de la cobertura del POS y por lo tanto condicionó la autorización, a través de la acción de tutela, al cumplimiento de las siguientes condiciones:

(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (ii) que se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios pre-pagados, etc.); (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. (Sentencia 760, 2008)

1.3.3 Sentencia T-793 de 2010. La Sentencia T-793 de 2010, trata los siguientes aspectos:

El Derecho a la salud como Derecho Fundamental. El derecho a la salud-Limites respecto a la práctica de cirugías con fines estéticos, el Derecho a la salud: Improcedencia por cuanto la naturaleza de la cirugía es eminentemente estética y no se encuentra cubierta por el Plan Obligatorio de Salud. (Sentencia T-793, 2010)

El problema jurídico tratado es: Determinar si la E.P.S. vulnera los derechos fundamentales de la señora X, al negarle la cirugía de cambio de prótesis mamarias bilateral -procedimiento sugerido por el médico tratante-, por considerar que: a) es un procedimiento estético y 2) la cirugía inicial de implante se practicó sin previa autorización de la E.P.S.

Para dar respuesta al problema jurídico se recurre a la Sentencia T-760 de 2008. Cabe anotar que la posición de la Corte Constitucional ha sido uniforme al establecer que las intervenciones quirúrgicas que modifican el tamaño de los senos con propósitos reconstructivos o funcionales hacen parte del plan de beneficios de salud, en la Sentencia T-793 de 2010 la Sala

considera que, debido a la importante repercusión de las decisiones en estos casos, se debe tener en cuenta las siguientes reglas para su aplicación, a saber:

1. Que el caso no esté clasificado como una cirugía estética, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico.
2. Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología.
3. Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales.
4. Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita.
5. Que los efectos negativos de la enfermedad ameriten la intervención inmediata del juez constitucional, para evitar un perjuicio irremediable. (Corte Constitucional, Sentencia T-793 de 2010)

La Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. Por ejemplo, en la Sentencia T-676 de 2002, como resultado de complicaciones por cirugías previas.

En la Sentencia T-793 de 2010, la Corte retoma otros pronunciamientos que aparecen en la línea jurisprudencial propuesta, en los cuales se manifiestan las consideraciones por las que no han sido amparados los Derechos solicitados por las pacientes, por encontrarse que dichos procedimientos corresponden a fines Estéticos y no por razones Terapéuticas. La vida en condiciones dignas, la integridad no corría peligro.

Las consideraciones de la Sentencia T-793 de 2010 reiteran el precedente, incluyendo las Sentencias: T-760 de 2008; T-676 de 2002; T-102 de 1998; y T-461 de 2001 mencionadas previamente en el presente escrito como sentencias reiterativas de línea. (Sentencia T-676, 2002)

Con base en lo expuesto, considera la Sala que, debido a la importante repercusión de las decisiones en casos de Cirugía de mama, se debe tener en cuenta las siguientes reglas para su aplicación, a saber:

1. Que el caso no esté clasificado como una cirugía estética, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico.
2. Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología.
3. Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, salud física y mental, integridad personal y derechos sexuales.
4. Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita.
5. Que los efectos negativos de la enfermedad ameriten la intervención inmediata del juez constitucional, para evitar un perjuicio irremediable.

En la Sentencia T-793 de 2010 la decisión de la Corte Constitucional ampara el derecho y al respecto concluye:

Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito, sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. Por ejemplo, la Corte ha negado los servicios estéticos. (Sentencia T-793, 2010)

En esta última sentencia la Corte retoma otros pronunciamientos que aparecen en la línea jurisprudencial propuesta, en los cuales se manifiestan las consideraciones por las que no han sido tutelados los Derechos solicitados por las pacientes por encontrarse que dichos procedimientos corresponden a fines Estéticos y no por razones Terapéuticas. “La vida en condiciones dignas y la integridad no corrían peligro dándose improcedencia de cirugía que no tiene fin terapéutico”, (Sentencia T-476, 2000)

1.3.4 Sentencia T-381 de 2014. El tema de la Sentencia T-381 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub es el siguiente:

Procedibilidad de la acción de tutela para solicitar el procedimiento de maxtopenia con prótesis mamarias, desarrolla el problema jurídico de determinar si una EPS vulneró los derechos fundamentales de la joven, al negarle la autorización del procedimiento de “maxtopenia con prótesis mamarias, que su médico tratante le ordenó en razón a la hipomastia y atrofia mamaria que padece producto de una enfermedad relacionada con un trastorno endocrino congénito. (Sentencia T-381 de 2014)

Se en la ratio decidendi la sentencia invoca su amparo constitucional y expresa en este mismo orden de ideas dentro de la línea jurisprudencial:

La protección de los derechos fundamentales de la joven, a su dignidad humana, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada al negar el procedimiento de “maxtopenia con prótesis mamarias”, que su médico tratante le ordenó, en razón a la hipomastia y atrofia mamaria que padece producto de una enfermedad relacionada con un trastorno endocrino congénito. (Sentencia T-381 de 2014)

Entre los hechos de éste fallo se relaciona que: La paciente de diez y nueve años está afiliada a una Entidad Prestadora de Salud, que de conformidad con los exámenes practicados por su EPS, padece de un trastorno endocrino que le ha ocasionado una atrofia bilateral de senos. Debido a su enfermedad ha tenido que padecer toda clase de bromas y burlas, las cuales han afectado no solo su personalidad sino que también ha afectado a sus padres, quienes no encuentran una solución a su problema biológico, el médico especialista en cirugía plástica adscrito a su EPS, le ordenó un procedimiento denominado “maxtopenia con prótesis mamarias por valor de \$2.880.000. La EPS negó la solicitud al considerar que era una cirugía estética que debía asumirla el particular por cuanto no figuraba en el POS, es estudiante, no labora, y por ende no cuenta con recursos económicos propios, depende de sus padres quienes pertenecen al estrato 2 y no tienen como asumir el costo del procedimiento que requiere. Solicita se amparen sus derechos

fundamentales a la dignidad humana, a la salud, al desarrollo de la personalidad y a la seguridad social. En consecuencia, se ordene a COOMEVA EPS que autorice y practique el procedimiento. La Corte es competente para revisar dicho fallo, “Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por la Corte en la Sentencia T-144 de 2008, -Procedencia de Acción de Tutela para obtener prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS)”. (Sentencia T-381, 2014)

Es por ello que la Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas. (Sentencia T-381, 2014)

2. Sentencias Reconceptualizadoras de Línea

2.1 Sentencia T-1176 /08

Esta es de gran importancia para establecer las condiciones que la Corte ha desarrollado para solucionar el problema jurídico de si se vulnera el Derecho Fundamental a la salud al negar procedimientos quirúrgicos de mama. La Sentencia T-1176 de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto, desarrolla las siguientes Tesis: Derecho a la Salud como Derecho Fundamental, apartándose de los pronunciamientos anteriores, Derecho a la salud: Suministro de prótesis, Derecho a la vida digna: Implantación de prótesis mamarias, Plan Obligatorio de Salud: Cubrimiento de cirugía que no tiene fines estéticos, Derecho a la Vida Digna: Necesidad de cirugía que no tiene fines estéticos, Derecho a la Vida Digna: Implantación de prótesis mamarias y tratamiento psicológico. La Sala se aparta de la línea jurisprudencial según la cual el derecho a la salud no es Derecho Fundamental sino bajo ciertas circunstancias en las que, bien sea por motivo del sujeto de quien se predica – niños y niñas, adultos mayores - o en virtud de la conexidad con otro derecho o con la dignidad humana. (Sentencia T-1176, 2008)

El derecho a la salud se torna fundamental, a través del desarrollo de las siguientes consideraciones pertinentes para la línea jurisprudencial Sentencia T-003 de 2019 (Sentencia Arquimédica).

En el caso de análisis, la actora se encuentra afiliada a una EPS, como cotizante del régimen contributivo de Salud. Manifiesta que es paciente con antecedente de “mastectomía bilateral” desde hace cuatro (4) años, como consecuencia de un cáncer Bilateral de seno, con prótesis comprados en la liga contra el cáncer. Señala que carece de los recursos necesarios para cubrir los costos de esta operación por cuanto asciende a la suma aproximada de cinco millones de pesos (\$5.000.000.00). Indica que se encuentra desempleada y debe sufragar el pago de arriendo, servicios, salud, alimentación y demás gastos imprescindibles para su sostenimiento. Añade que debe asumir los costos del medicamento para el corazón que asciende a la suma de \$48.000 pesos mensuales, y sostiene que la caja trae 28 pastillas.

En este caso su médico tratante refiere que la paciente necesita urgente la Reconstrucción mamaria con prótesis pues ello contribuye a desempeñar más hábilmente las actividades diarias y normales. En vista de sus condiciones de salud, relata la accionante que realiza labores de costura e insiste en que la prótesis le permitiría llevar una vida en condiciones más dignas. (Sentencia T-1176, 2008)

La paciente presento las pruebas pertinentes y en las consideraciones el Alto Tribunal reitera las condiciones para resolver el problema jurídico retomando la Sentencia T-038 de 2007, a saber: “La Corte Constitucional al resolver un asunto idéntico al que debe decidir la Sala en la presente ocasión, reiteró su jurisprudencia sobre el particular”. (Sentencia T-1176, 2008)

Enfatizó la Corporación que el Derecho Constitucional Fundamental a la Salud cuya efectiva garantía se relaciona estrechamente con la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, no sólo debía protegerse cuando la personas se hallaban en “peligro de muerte”, sino que abarca la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida posible, cuando éstas condiciones estén debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna. (Sentencia T-1176, 2008)

Además la Corte cita la Sentencia T-572 de 1999, donde se reitera las consideraciones para proteger el Derecho a la Salud por conexidad con la vida y el derecho a la Dignidad Humana, expresado en la sentencia Fundadora, así:

La Sala Sexta de Revisión hizo especial mención de la sentencia T-572 de 1999 mediante la cual la Corte Constitucional autorizó el implante de prótesis mamarias por considerar que con ello se restablecía no sólo la integridad física de la actora, sino también su

integridad emocional y psicológica. Como en otras ocasiones, la Corporación resaltó que no siempre las intervenciones estéticas tienen fines cosméticos. Intervenciones orientadas a restablecer la apariencia normal de las personas se ligan estrechamente con el reconocimiento de su dignidad y con la necesidad de no vulnerar tal dignidad, se consideran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. (Sentencia T-572, 1999)

De otra parte y en ese mismo sentido garantista de respeto por los Derechos Fundamentales en la Sentencia T-1176 de 2008, dentro del escenario constitucional, se mantienen como sub-reglas y se considera:

La Sala de Revisión debe determinar si la E. P. S. desconoce los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad de una persona al abstenerse de autorizar una RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON PRÓTESIS prescrita por el médico tratante e indispensable para restablecer su salud y su integridad física, funcional, psíquica, emocional y social tanto como su apariencia normal y necesaria para llevar una vida en condiciones de calidad y de dignidad. Con el objeto de resolver el interrogante planteado, la Sala se pronuncia acerca de los siguientes asuntos: (i) el derecho a la salud como garantía *iusfundamental*; (ii) la RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON PRÓTESIS debe ser proporcionada por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación. Reiteración jurisprudencial; (iii) el caso concreto. (Sentencia T-1176, 2008)

En esta Sentencia T-1176 de 2008, la Corte Constitucional reconceptualiza la línea Jurisprudencial para amparar el Derecho a la Salud así:

El texto constitucional colombiano da fe de la enorme importancia que adquieren los derechos económicos, sociales y culturales – tales como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, a la vivienda, al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural -. Así, por ejemplo, en relación con la salud el artículo 49 de la Constitución Nacional le asigna una doble connotación –Derecho Constitucional Fundamental y servicio público. (Sentencia T-1176, 2008)

La Corte Constitucional en esta cita de la línea precedente existente, realiza un análisis detallado de la evolución de sus decisiones y continúa expresando:

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional aplicó la distinción doctrinal de conformidad con la cual al ser de contenido prestacional y al formar parte de los denominados derechos de segunda generación, esto es, de los derechos sociales económicos y culturales, la salud no era un derecho Constitucional Fundamental y, por consiguiente, no podía ser protegido ese derecho por vía de tutela. Pronto la Corte varió su jurisprudencia y amplió los alcances del derecho a la salud. (Sentencia T-1176, 2008)

Al observar la línea jurisprudencial consolidada, se evidencia como el Derecho a la Salud a partir de la Sentencia T-760 de 2008, es reconocido como derecho Fundamental autónomo, cambiando la conceptualización y finalidad del precedente judicial, con apoyo en este nuevo horizonte de comprensión, admitió que en aquellos eventos en los cuales la no protección del derecho a la salud implicara, a su vez, desconocer el derecho a la vida o a la dignidad humana, entonces, el derecho a la salud podía ser amparado acudiendo, para tales efectos, a la acción de tutela, especialmente la jurisprudencia Constitucional que resolvía situaciones de sujetos que merecen una protección especial y en las que se hallan algunas personas por motivo de sus limitaciones físicas, psíquicas, sensoriales o económicas (Artículo 13° Superior) – en las que el derecho a la salud se tornaba autónomo y podía ser protegido acudiendo a la tutela. Sin embargo tal mecanismo deja en parte sin resolver el interrogante sobre el eventual carácter de Derecho Fundamental el derecho a la salud puede revestir por sí mismo. (Sentencia T-1176, 2008)

Siendo la Salud un Derecho Fundamental y un Servicio Público Esencial, comprometiendo así las obligaciones garantistas de los Fines esenciales de un Estado Social de Derecho, al tenor de los artículos 2° y 209° de la Carta Magna, se presentan las siguientes consideraciones y fundamentos de la decisión en la Sentencia T- 1176 de 2008:

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional aplicó la distinción doctrinal de conformidad con la cual al ser de contenido prestacional y al formar parte de los denominados derechos de segunda generación, esto es, de los derechos sociales económicos y culturales, la salud no era un derecho constitucional fundamental y, por

consiguiente, no podía ser protegido ese derecho por vía de tutela. Pronto la Corte varió su jurisprudencia y amplió los alcances del derecho a la salud. (Sentencia T-1176, 2008)

En la Sentencia T-1176 de 2008, la Corte expresa que: “si la no protección del derecho a la salud implicara, a su vez, desconocer el derecho a la vida o a la dignidad humana, entonces, el derecho a la salud puede darse acudiendo a la acción de tutela”. (Sentencia T-1176, 2008)

En esta línea argumentativa, el Alto Tribunal concluyó a favor de la reconceptualización de la línea Jurisprudencial: “la protección del derecho constitucional fundamental a la salud está *prima facie* en cabeza del Legislador y de la Administración”. (Sentencia T-1176, 2008)

La Corte Constitucional en este sentido de análisis jurisprudencial, menciona que el Derecho a la Salud se aplica a la realización de Cirugías reconstructivas de mama vía Acción de Tutela, en cuanto se configuran los siguientes hechos:

(i) Falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que es necesario garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. (Sentencia T-1176, 2008).

Con base en los elementos mencionados, la Sala de Revisión ampara el Derecho a la salud. El Estado y los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de Salud, deben proveer el bienestar físico o funcional de las personas. En el caso particular de la Sentencia T-1176 de 2008, el balance constitucional se mantiene. Retomando las sub-reglas de pronunciamientos anteriores para casos afines, en donde igualmente se manifiesta:

No se trata de una cirugía cosmética sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano tratante y relacionada para superar problemas originados por la intervención a la que se sometió para curar el cáncer que padeció, autorizando la Reconstrucción mamaria con prótesis prescrita por el médico tratante. (Sentencia T-1176, 2008)

2.2 Sentencia T-920 de 2013

En esta providencia el honorable MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub reconoce a la Salud, como un Derecho Fundamental Autónomo, a partir de otros pronunciamientos jurisprudenciales de línea como las Sentencias T-016 de 2017; T-760 de 2008 (analizada previamente), se desarrolla la tesis del Derecho a la Salud de personas con Cáncer, VIH, y otras enfermedades de protección Constitucional especial. Dentro del Problema Jurídico concluye:

Determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por los actores, debido a la negativa en la autorización de tratamientos quirúrgicos; medicamentos NO POS; transporte, albergue, alimentación y manejo integral de la enfermedad; exoneración de copagos o cuotas moderadoras, aduciendo en algunos casos, que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud o que se trata de procedimientos estéticos, y en otros, que la prescripción médica no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA para tratar la patología que padecen. Para resolver los problemas jurídicos planteados la Corte revisa cada caso en particular y el precedente de las decisiones particulares, la Sala reitera los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma: **primero**, el carácter fundamental del derecho a la salud; **segundo**, el derecho fundamental a la salud y su especial protección tratándose de personas que padecen enfermedades catastróficas; **tercero, las cirugías de mamoplastia reductora**; (Negrilla fuera de Texto) **cuarto**, el uso de medicamentos sin la aprobación sanitaria del INVIMA; **quinto**, la prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere el servicio de salud; **sexto**, la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de procedimientos y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS; **séptimo**, la prestación del servicio de transporte, alojamiento, viáticos, y la cancelación de los copagos para acceder a los servicios de salud, específicamente, de quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos; **octavo**, se analizan los casos. (Sentencia T-920, 2013)

Respecto al numeral tercero, referente a la Cirugía de mamoplastia reductora de carácter funcional, se indica que cuando exista la prescripción médica de este procedimiento, el juez de tutela debe verificar previamente que la situación, condición y circunstancias particulares, encuadren dentro de los parámetros jurisprudenciales de línea anteriormente descritos, para descartar que se trate de procedimientos con fines de carácter meramente estético o cosmético, sino que sea necesaria para objetivos funcionales del paciente, lo cual dará lugar a la protección de los derechos mencionados, evento en el cual deberá ordenarse la práctica de la cirugía, a pesar de estar excluida del POS y POS-S. (Sentencia T-920, 2013)

En la Sentencia T-920 de 2013 cobra vital importancia el cambio en la conceptualización del Derecho a la Salud y la finalidad del precedente judicial. En el texto Eslabones del Derecho, Capítulo 3º de López (2016): “Se trata de la creación de un régimen autónomo de precedente administrativo vinculante, en cuanto la Corte y los propios entes administrativos del Estado y judiciales recurren al precedente no solo para la garantía de derechos, sino como mecanismo de solución agregada de controversias, en casos análogos”. (LOPEZ, 2006, 118)

2.3 Sentencia C-313 de 2014

Dada la importante connotación de la Sentencia C-313 de 2014, solo se retoman los aspectos mencionados en la Sentencia Arquimédica, T-003 de 2019, que orienta el presente escrito de análisis de la línea jurisprudencial al derecho a la Salud. La Sentencia T-313 de 2014 y la Ley Estatutaria de Salud, son mencionadas en la invocación del Derecho Fundamental de la Salud.

La accionante en el resultado de esta Sentencia Hito, invocó la protección de los derechos fundamentales a la “salud, la integridad personal, la seguridad social, la dignidad humana y la vida.” (Sentencia T-003, 2019).

El Derecho a la salud, inicia su reconocimiento por conexidad a la vida, luego se vincula a sujetos de especial protección y el derecho autónomo, consideraciones explícitas en la Sentencia T-760 de 2008, el Derecho a la salud de la usuaria que requiere una mamoplastia con fines reconstructivos, evolucionando en su aspecto tanto jurisprudencial como legislativo. Siendo reconocido como derecho Fundamental, C-313 de 2014, plasmado en la Ley 1751 de 2015.

En la sentencia Hito, T-003 de 2019, “la accionante aseveró que su derecho a la salud se vio vulnerado al negársele la práctica de la cirugía reconstructiva de mama. La Corte aduce en sus consideraciones que:

Sin ser necesario entrar a referirse sobre los demás derechos invocados, puede concluirse que la acción de tutela se encontraba encaminada a lograr la protección de derechos de carácter fundamental, lo que implicaba una controversia de orden constitucional, y por tanto, se cumplió con el requisito de trascendencia *iusfundamental* (Sentencia T-003, 2019)

Cabe anotar que la Ley 1751 de 2015 versa sobre las Prestaciones de Salud, y dentro de esta misma disyuntiva consagra:

El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: “a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas”. (Congreso de Colombia, Ley 1751 de 2015, Diario oficial 49410 del 30 de enero de 2015)

3. Conclusiones

El desarrollo de la línea jurisprudencial de la Sentencia Hito T-003 de 2019, permite vislumbrar como la Corte Constitucional mantiene el balance en sus decisiones frente al amparo del Derecho a la Salud, al otorgar las cirugías reconstructivas de mama y aplicar las sub-reglas bajo las cuales las situaciones fácticas de las pacientes que requieren cirugías reconstructivas por razones NO estéticas, obtienen el amparo a la Salud, vida digna y el acceso a la seguridad social.

Consideraciones que dentro del escenario Constitucional, resumen el precedente de las decisiones de la Corte así:

No se trata de una cirugía cosmética sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano tratante, para superar problemas funcionales o de reconstrucción mamaria, originados por intervenciones para curar el cáncer, o por problemas que causando dolor físico o moral impidan una vida digna. Una cirugía, en suma, vinculada con posibilidad de que la actora recupere su apariencia normal, restablezca de manera integral su salud y pueda llevar una vida en condiciones de calidad y de dignidad. (Sentencia T-1176, 2008)

La sala ha amparado el Derecho invocado, en algunos casos autorizando procedimientos que a primera vista pueden parecer estéticos, pero con un fin eminentemente funcional, incluida la Reconstrucción mamaria con prótesis, prescrita por los médicos tratantes, considerando además que dadas las circunstancias en que se encuentra, la paciente no podría sufragar el procedimiento. (Sentencia T-1176, 2008)

En armonía con la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, desde la Sentencia Fundadora T-102 de 1998, todas las sentencias de la línea jurisprudencial han confirmado el precedente creado por la Corte, lo cual permite no solo la solución al caso referente en el punto Arquimédico, Sentencia T-003 de 2019, sino todos aquellos casos análogos. A partir de la Sentencia T-760 de 2008 donde el precedente se hace vinculante, sobrepasando la noción de jurisprudencia indicativa. (Tabla 1- Análisis de la línea).

Es relevante aclarar que la construcción del nicho citacional de este trabajo respecto a la línea jurisprudencial de la Sentencia Arquimédica T-003 de 2019, muestra como algunos puntos nodales de primera línea son a menudo citados en segundo nivel y en otros niveles de las otras sentencias. Entre las sentencias hito se destacan las Sentencias T-038 de 2007; T-760 de 2008; T-1176 de 2008; T-381 de 2014 y en la sentencia Fundadora de línea se observa en diferentes niveles, permitiendo un análisis dinámico de jurisprudencia el cual resumimos como producto del presente trabajo. (Apéndice A- Nicho Citacional).

Tabla 1.

Análisis de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional

Problema Jurídico: ¿Se vulnera el derecho a la salud de una usuaria al negarle la autorización de un procedimiento quirúrgico de reconstrucción mamaria?	
SI	NO
•T-102 DE 1998-Sentencia hito –Fundadora •T-038 de 2007 -Sentencia hito consolidadora •T-760 de 2008 –Sentencia hito- consolidadora •T-1176 de 2008 – Sentencia hito-reconceptualizadora •T-793 de 2010 -Sentencia hito –Consolidadora •T-920 de 2013- Sentencia hito- reconceptualizadora •T-381 de 2014- Sentencia hito-consolidadora •C-313 de 2014- Sentencia hito- reconceptualizadora •T-003 de 2019 –Sentencia hito-Arquimédica	

Nota: Se evidencia la línea jurisprudencial de la Sentencia T-003 de 2019 Corte Constitucional.

Adaptado del Derecho de los Jueces .Capítulo V- Diego López, 2016

Referencias Bibliográficas

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogota: LEGIS.

Congreso de Colombia, Ley 1751 de 2015, Diario oficial 49410 del 30 de enero de 2015

LOPEZ , D. (2016). *Eslabones del Derecho, El deber de coherencia con el precedente judicial.*(1 ed). Bogotá: Legis.

LÓPEZ, D. (2006). *El Derecho de los Jueces* (2 ed.). Bogotá: Legis.

Sentencia 760 (Corte Constitucional 2008). Recuperado el 17 de 10 de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>

Sentencia T-003 (Corte Constitucional 2019). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-003-19.htm>

Sentencia T-038, Corte Constitucional (2007). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-038-07.htm>

Sentencia T-102 (Corte Constitucional 1998). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-102-98.htm>

Sentencia T-1176 (Corte Constitucional 2008). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-1176-08.htm>

Sentencia T-307 (Corte Constitucional 2006). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-307-06.htm>

Sentencia T-381 (Corte Constitucional 2014). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-381-14.htm>

Sentencia T-476 (Corte Constitucional 2000). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-476-00.htm>

Sentencia T-572 (Corte Constitucional 1999). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-572-99.htm>

Sentencia T-676 (Corte Constitucional 2002). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-676-02.htm>

Sentencia T-793 (Corte Constitucional 2010). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-793-10.htm>

Sentencia T-920 (Corte Constitucional 2013). Recuperado el 28 de 09 de 2019, de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-920-13.htm>

Apéndice A. Nicho Citacional-Sentencia Arquimédica T-003 de 2019

T-038/07	T-760/08	T-1176/08	T-793/10	T-920/013	C-313/14	T-381/14
T-30/2006	T-476/ 00	T-038 2007	T-760/ 2008	T-760 2008	T-760 2008	T-760 2008
T-867 /06	T-539/ 2007	T-572/ 1999	T676/02	T-016 / 07	T-016/ 2007	T-102/1998
T-461/01	T-7492001	T-102/1998	T-102/1998	T152/ 12	T-880/ de 2009	T-935/ 2001
	T-676 2002	T-461/01	T461 /01	T-119 /00 T-102/98 T-499/92		T-945/2011
	T-102/1998			T-913/2005		T-152/ 2012
	461/01					T-038/2007
	T-119/ 2000			T-038/ 2007		T-1176 /2008
						T-975 /2010

Nota: Adaptado del Derecho de los Jueces .Capítulo V- Diego López, 2016