



**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE  
LAS MUJERES A LA SALUD. (PEXIA, IMPLANTES Y TRATAMIENTOS  
MAMARIOS)**

**MAYRA ALEJANDRA BETANCOURTH SANTANDER  
SANDRA YAKELINE HORMAZA BASANTE  
SONIA MARIBEL LASSO PAZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
SAN JUAN DE PASTO  
2012**

**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE  
LAS MUJERES A LA SALUD. (PEXIA, IMPLANTES Y TRATAMIENTOS  
MAMARIOS)**

**MAYRA ALEJANDRA BETANCOURTH SANTANDER  
SANDRA YAKELINE HORMAZA BASANTE  
SONIA MARIBEL LASSO PAZ**

**Trabajo de grado:  
Monografía para optar al título de Especialistas  
En derecho Laboral y Seguridad Social**

**ASESOR  
EUGENIO JAVIER ACOSTA HUERTAS  
ABOGADO UNIVERSIDAD DE NARIÑO Y ESPECIALISTA EN INSTITUCIONES  
JURIDICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD NACIONAL DE  
COLOMBIA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
SAN JUAN DE PASTO  
2012**

Las ideas y conclusiones presentadas en este trabajo de grado son  
responsabilidad exclusiva de las autoras.

Artículo 1º Acuerdo No. 324 de Octubre 1 de 1996 emanado del H. Consejo  
Académico de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

---

---

---

---

---

---

---

---

Firma del presidente del Jurado

---

Firma del Jurado

---

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, Marzo de 2012

*Con amor a VICTOR, mi esposo y confidente; a  
mis padres EDGAR y OLGA, por su apoyo y  
cariño; a LAURA mi hermana y amiga. Quienes  
con su valiosa ayuda me han permitido lograr  
muchas metas, ésta es una más.*

***MAYRA ALEJANDRA BETANCOURTH SANTANDER.***

*Doy gracias a Dios por iluminarme y acompañarme en todas las etapas de  
mi vida.*

*En especial a mis padres por brindarme su amor, sus enseñanzas y  
constantes motivaciones.*

*A mis hermanos con quienes he compartido mis mejores momentos.*

*A mis familiares por su apoyo incondicional, y a todos a aquellos que  
creyeron en mi idea de que los sueños con esfuerzo y dedicación pueden  
hacerse realidad.*

**SANDRA YAKELINE HORMAZA BASANTE**

*Al amor en sus diversas manifestaciones:*

*Al genuino y verdadero porque cada día que amanece me convengo de su pureza, fidelidad e incondicionalidad, a tí mi Dios el primer lugar en el crédito de este trabajo, porque tu eres el Yo soy y fuera de tí no hay nada.*

*Al filial porque constituye la fuerza para alcanzar los sueños de nuestro corazón; a mis padres: Franco y Nancy, por ser ejemplos de lucha y tenacidad; a Diego: mi hermano, quien sin saberlo, es el impulso para realizar mis metas con responsabilidad y a Crísthian: mi hijo por ser esa parte de mí que ilumina mi vida, la guía por nuevos senderos y me recuerda que cada cosa que haga tiene sentido.*

*Al amor de pareja porque refleja el apoyo, el compromiso y la decisión de amar tanto las virtudes como las debilidades de una persona: a quien estuvo a mi lado durante el camino de la materialización de esta meta, por brindarme esa fuerza para conseguir lo propuesto y convertirla en la ilusión de compartirla juntos.*

*Al amor de amigos porque a través de él se construyen relaciones duraderas basadas en el esfuerzo y la dedicación en aras de lograr un fin común; a Ustedes: Mayra y Sandra, quienes con su entusiasmo y pasión, codyuvaron a la obtención de este propósito.*

**SONIA MARIBEL LASSO PAZ**

## RESUMEN

En cuanto al derecho a la salud respecta, las mujeres también han sido discriminadas, en especial cuando las entidades del Sistema de Salud se niegan a autorizar y ejecutar tratamientos médicos y procedimientos quirúrgicos que versen sobre sus senos. En razón a estos repetitivos hechos, la Corte Constitucional en el periodo 1992-2011 ha emitido numerosos fallos de tutela mediante los cuales impone la protección de los derechos fundamentales de las mujeres cuya salud y vida digna se están deteriorando debido a que padecen significantes dolencias en sus senos o por la forma de éstos, ordenando a las accionadas la realización de procedimientos como reducción, colocación de implantes y otros tratamientos mamarios a fin de proporcionar la calidad de vida que como seres humanos merecen.

**Palabras Claves:** Género, Salud, Dignidad Humana, Derechos Fundamentales, Reducción Mamaria, Implantes Mamarios, Jurisprudencia.

## ABSTRACT

Regarding the right to health is concerned, the women have been discriminated against, especially when the health system entities refuse to authorize and execute medical and surgical procedures that relate to your breasts. Due to these repeated acts, the Constitutional Court in the period 1992-2011 has issued numerous rulings on protection by which essential for the protection of fundamental rights of women whose health and decent living are deteriorating due to significant suffering ailments her breasts or the shape of these, commanding the performance of procedures operated as reduction, implants and other breast treatments to provide the quality of life as human beings deserve.

**Keywords:** Gender, Health, Human Dignity, Rights, Breast Reduction, Breast Implants, Jurisprudence.

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	23
1 EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA DE 1991.	26
1.1 EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN EL ESTADO COLOMBIANO.	26
1.2 DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO A LA SALUD.	32
1.3 DERECHO A LA SALUD Y PERSPECTIVA DE GENERO.	35
1.4 EL CONCEPTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL DOLOR.	40
2. LINEA JURISPRUDENCIAL 1992-2011.	45
2.1 EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD EN MUJERES QUE REQUIEREN PEXIA MAMARIA O MAMOPLASTIA DE REDUCCION.	45
2.2 EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD EN MUJERES QUE REQUIEREN IMPLANTES MAMARIOS EN ARAS DE GARANTIZAR SU VIDA DIGNA.	95
2.3 EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD EN MUJERES QUE REQUIEREN PROCEDIMIENTOS MEDICOS PARA DESCARTAR Y TRATAR CANCER DE SENO.	107
3. SUBREGLAS CONSTITUCIONALES.	126
3.1 SUBREGLAS FRENTE A LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD DE LA MUEJR CUANDO REQUIERA MAMOPLASTIA DE REDUCCION CON FINES FUNCIONALES.	126
3.2 SUBREGLAS FRENTE A LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DRECHO A LA SALUD DE LA MUJERE CUANDO REQUIERA TRATAMIENTOS MAMARIOS CON FINES FUNCIONALES.	133
3.3 SUBREGLAS FRENTE A LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DRECHO A LA SALUD DE LA MUJERE CUANDO REQUIERA IMPLANTES MAMARIOS A FIN DE MATERIALIZAR EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.	136
CONCLUSIONES	138
BIBLIOGRAFIA	142
CIBERGRAFIA	145

## LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. El Juicio Constitucional de Protección del Derecho a la Salud en Mujeres que Requieren Pexia o Reducción Mamaria.	93
Tabla 2. El Juicio Constitucional de Protección del Derecho a la Salud en Mujeres que Requieren Reconstrucción Mamaria?	106
Tabla 3. El Juicio Constitucional de Protección del Derecho a la Salud en Mujeres que Requieren un Tratamiento Mamario.	125

## GLOSARIO

**Apófisis articulares:** Son parte de la columna vertebral. Sirven para la articulación de las vértebras entre sí, son en número de cuatro: dos superiores o ascendentes y dos inferiores o descendentes. Situadas simétricamente a cada lado del agujero vertebral, unas y otras rebasan, sea hacia arriba, sea hacia abajo, el nivel del arco óseo que limita este orificio. Las apófisis articulares superiores se articulan con las apófisis articulares inferiores de la vértebra inmediata superior; y, viceversa, las apófisis articulares inferiores se articulan con las apófisis articulares superiores de la vértebra que está inmediatamente por debajo.

**Artrosis:** Es una enfermedad producida por el desgaste del cartílago, tejido que hace de amortiguador al proteger los extremos de los huesos y que favorece el movimiento de la articulación. Es la enfermedad reumática más frecuente, especialmente entre personas de edad avanzada.

**Biopsia Esterotáxica:** Es un procedimiento diagnóstico que consiste en la extracción de una muestra total o parcial de tejido para examinarla al microscopio. Son un conjunto de biopsias obtenidas y guiadas por pruebas de imagen que indican las coordenadas del espacio donde se encuentra la lesión, como por ejemplo lesiones de mama no palpables que se marcan con arpón en una mamografía, o con ABBI (*Advanced Breast Biopsy Instrumentation*). Las biopsias cerebrales suelen ser biopsias estereotáxicas.

**Cervicalgia:** Es un dolor que se puede originar en cualquier estructura del cuello como

**Cifosis:** (del griego *κύφος*, "convexo", y el sufijo *sis*, que indica "estado, proceso") es la curvatura fisiológica de la columna vertebral en la región dorsal. La columna presenta tres curvaturas fisiológicas (o "normales"): una curvatura de la columna

dorsal hacia afuera del cuerpo (al nivel de las costillas) o cifosis y dos curvaturas lordóticas hacia dentro del cuerpo: la lordosis lumbar y la cervical. Las curvas escolióticas (curvaturas hacia los lados) siempre se consideran patológicas ("anormales"). Una cifosis en sentido patológico se refiere a una enfermedad donde la columna vertebral se curva en 45 grados o más y pierde parte o toda su capacidad para moverse hacia dentro.

**Cirugía Maxilofacial:** Es la especialidad médico-quirúrgica que se ocupa de la prevención, estudio, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la patología de la boca, cara y territorio craneofacial, así como de los órganos y estructuras cervicales relacionadas directa o indirectamente con las mismas.

**Cirugía Plástica:** Es la especialidad médica que tiene como función llevar a la normalidad funcional y anatómica la cobertura corporal, es decir la forma del cuerpo de los animales. Mediante cirugía busca reconstruir las deformidades y corregir las deficiencias funcionales mediante la transformación del cuerpo humano. La palabra "plástica" es originaria del griego "plastikos" que significa moldear o transformar. La finalidad es que el paciente que ha nacido con un defecto congénito o ha sufrido un accidente que le ha hecho perder la función alcance la normalidad tanto en su aspecto como en la función de su cuerpo. También permite brindar la mejoría estética al remodelar cuerpos para hacerlos más hermosos.

**Cirugías Reparadoras de Seno:** Cirugía de seno que tiene fines reconstructivos.

**Colgajo:** Es tejido vivo separado de su lecho con el que mantiene una conexión (pedículo) a través de la cual recibe nutrición una vez transplantado a otra parte del organismo.

1. De compensación interna del régimen contributivo
2. De promoción de la salud.

3. De solidaridad del régimen de subsidios en salud.
4. Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (ECAT)

**Discopatía:** Se trata de una patología frecuente y que se puede definir como un cuadro clínico de lumbalgia con o sin ciática motivado por la pérdida de altura de uno o varios discos.

**Displasia fibronodular:** La displasia mamaria es la enfermedad más frecuente de la glándula mamaria, propia de la tercera y cuarta décadas de la vida. Este trastorno consiste en una serie de cambios mamarios, provocados por una respuesta excesiva de este tejido a los estrógenos y la progesterona. Se produce porque hay mujeres que son más sensibles a estas hormonas y reaccionan con una dilatación de los conductos de la mama, lo que va acompañado de fibrosis, acumulación de líquido y formación de quistes. Esta situación causa dolor.

**Dorsalgia mecánica:** Llamamos dorsalgia al cuadro de dolor situado en la región dorsal o torácica, de causa variable. La mayor parte de los dolores están relacionados con la postura. Bien sea por deformidades como la escoliosis, hipercifosis, dorso plano; o bien por mantener posturas inadecuadas, sea sentado o de pie. La mayoría de estos dolores se sitúan en los tejidos blandos: ligamentos y músculos principalmente

**Dorsalgia:** Es un dolor en la zona dorsal de la espalda que puede ser constante y prolongado en el tiempo, se puede extender hacia los hombros y hacia la zona baja del cuello ocasionando molestias continuas.

**Ecografía:** (del griego «ἠχώ» ēkhō="eco", y «γραφία» grafía= "escribir") , ultrasonografía o ecosonografía es un procedimiento de imagenología que emplea los ecos de una emisión de ultrasonidos dirigida sobre un cuerpo u objeto como fuente de datos para formar una imagen de los órganos o masas internas con

fines de diagnóstico. Un pequeño instrumento "similar a un micrófono" llamado transductor emite ondas de ultrasonidos. Estas ondas sonoras de alta frecuencia se transmiten hacia el área del cuerpo bajo estudio, y se recibe su eco. El transductor recoge el eco de las ondas sonoras y una computadora convierte este eco en una imagen que aparece en la pantalla.

En el artículo 3 establece que los recursos del Fosyga se manejan de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinaran exclusivamente a las finalidades consagradas para estas en la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución política. Los intereses y rendimientos financieros que produzca cada una de ellas se incorporarán a la respectiva subcuenta, previo el cumplimiento de las normas presupuestales que sean aplicables a cada una de ellas.

En su artículo 2 la Estructura del Fosyga, tendrá las siguientes subcuentas:

**Esclerosis Subcondral:** Es un signo de algo llamado "osteoartrosis" o "artrosis". significa que el hueso que está inmediatamente abajo del cartílago se está haciendo más denso. Usualmente ocurre cuando el cartílago ya está muy maltratado. La artrosis ocurre en la mayoría de las personas mayores de 50 años y en casi todas las mayores de 80, pero sólo en algunas causa dolor constante.

**FOSYGA:** De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 el cual reglamento el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad en Salud donde establece que el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

**Gigantomastia:** Exceso de volumen en los senos de una mujer.

**Gran quemado:** Persona que sufre quemaduras que pueden comprometer su vida, o dejar secuelas funcionales graves permanentes.

**Hematomas:**Un hematoma es una acumulación de sangre, causado por la rotura de vasos capilares, que aparece generalmente como respuesta corporal resultante de un golpe, una contusión o una magulladura.

**Hemodiálisis:**Cuando los riñones ya no son capaces de limpiar la sangre, podría ser necesaria la diálisis.El tipo más común de diálisis se denomina **hemodiálisis**. En la hemodiálisis, la sangre de una arteria del brazo pasa por un tubo delgado de plástico a un aparato denominado «dializador». El dializador filtra la sangre, actuando como un riñón artificial, para retirar de la sangre el exceso de agua y los productos de desecho. A continuación, la sangre filtrada sale del aparato por otro tubo colocado en una vena cercana del mismo brazo. La mayoría de las personas necesitan tres sesiones de diálisis por semana. Cada sesión dura unas 3 o 4 horas.

**Hiperplasia:**Es el aumento de tamaño de un órgano o de un tejido, debido a que sus células han aumentado en número. Puede producirse en los tejidos cuyas células se pueden multiplicar, este proceso fisiológico se conoce además como hipergénesis. Ocurre en forma fisiológica en las glándulas mamarias durante la lactancia,

**Hipertrofia Glandular Progresiva:** Es otra denominación de la gigantomastia. Crecimiento desmesurado de los senos.

**Hipertrofia mamaria:** Es tener los senos grandes, gigantes.

**Hipertrofia:**nombre con que se designa un aumento del tamaño de un órgano cuando se debe al aumento correlativo en el tamaño de las células que lo forman; de esta manera, el órgano hipertrofiado tiene células mayores, y no nuevas.

**Isquemia:** (del griego ἰσχεῖν, *ísjein*, 'detener' y αἷμα, *aíma*, 'sangre') al sufrimiento celular causado por la disminución transitoria o permanente del riego sanguíneo y consecuente disminución del aporte de oxígeno (hipoxia), de nutrientes y la eliminación de productos del metabolismo de un tejido biológico. Este sufrimiento celular puede ser suficientemente intenso como para causar la muerte celular y del tejido al que pertenece (necrosis). Una de las funciones principales de la sangre es hacer que el oxígeno tomado por los pulmones y nutrientes circulen por el organismo y lleguen a todos los tejidos del cuerpo.

**Labio fisurado:** Se denomina labio leporino, fisura labial al defecto congénito que consiste en una hendidura o separación en el labio superior. El labio leporino se origina por fusión incompleta de los procesos maxilar y nasomedial del embrión y es uno de los defectos de nacimiento más frecuentes (aproximadamente, constituye el 15% de las malformaciones congénitas). Se presenta, frecuentemente, acompañado de paladar hendido.

las vértebras, los músculos, los ligamentos, los vasos sanguíneos o los nervios y/o puede ser el reflejo de otros problemas en regiones cercanas, como en el hombro o en el tórax.

**Lipectomía abdominal:** Este es un procedimiento quirúrgico mediante el cual 1) Se corrigen las deformidades (flacidez y redundancia de la piel, acúmulo de grasa y relajamiento de los músculos), retirando el exceso de piel y grasa. 2) Reafirmando la tensión de los músculos abdominales más afectados, recuperándose así, el tono y forma de la pared abdominal. 3) El resultado es un abdomen plano, y en muchas ocasiones nuevamente con cintura.

**Lipoinyección glútea:** Esta técnica quirúrgica consiste en extraer la grasa excedente alrededor de la cadera, reutilizándola e inyectándola dentro de los músculos glúteos, dando la firmeza y el volumen deseado.

**Lordosis:** Es un dolor que se puede originar en cualquier estructura del cuello como las vértebras, los músculos, los ligamentos, los vasos sanguíneos o los nervios y/o puede ser el reflejo de otros problemas en regiones cercanas, como en el hombro o en el tórax.

**Magno:** Superior a lo normal en cuanto a tamaño, dignidad o importancia.

**Mamoplastia bilateral:** Es la mamoplastia de reducción de ambos senos.

**Mastectomía subcutánea:** Esta operación se realiza para extirpar ambas glándulas mamarias con el fin de prevenir el carcinoma mamario en pacientes de alto riesgo o para tratar algún tipo de tumores. Su principal beneficio es que se conserva la piel y la areola-pezones, implantándose prótesis mamarias que sustituyen a la glándula mamaria extirpada.

**Mastopatía fibroquística:** es el padecimiento benigno más común en la mujer, pero debe verificarse que no se trate de cáncer de mama. Es un padecimiento benigno de la glándula mamaria en la mujer: el más frecuente desde la edad de la adolescencia hasta la época madura. Los quistes se producen debido a un desequilibrio hormonal o un aumento de sensibilidad a las hormonas femeninas, sobre todo los estrógenos que se producen en forma natural. Se empiezan a formar capas de células planas y se va engrosando hasta que se llegan a obstruir las secreciones normales de eliminación de células muertas se van acumulando en esos puntos, formando el quiste, posteriormente el tejido adyacente se inflama, produciéndose tejido fibroso, esto ocurre en muchos puntos al mismo tiempo

**Ontología:** La ontología (del griego οντος, genitivo del participio del verbo εἶμι, ser, estar; y λόγος, ciencia, estudio, teoría) es una parte de la metafísica que estudia lo que hay.

**Organización Mundial de Salud OMS:** es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial.

**Paladar hendido:** Es un defecto congénito de las estructuras que forman la bóveda palatina, y es característico por una hendidura o apertura en el paladar superior.

**Pexia mamaria o mamoplastia de reducción:** Es una cirugía plástica en la que se busca cambiar el volumen y posición de los senos. El procedimiento quirúrgico sirve para reducir la grasa, el tejido glandular y la piel de la mama, haciéndolas más ligeras, pequeñas y firmes.

**Poliomielitis:** (del Griego *πολιός*, *poliós*: gris; y de *μυελός*, *myelós*: refiriéndose a la médula espinal), es una enfermedad contagiosa, también llamada parálisis infantil, afecta principalmente al sistema nervioso. La enfermedad la produce el viruspoliovirus. Se llama infantil porque las personas que contraen la enfermedad son especialmente los niños entre cinco y diez años. Se dispersa de persona a persona a través de secreciones respiratorias o por la ruta fecal oral. En su forma aguda causa inflamación en las neuronas motoras de la médula espinal y del cerebro y lleva a la parálisis, atrofia muscular y muy a menudo deformidad. En el peor de los casos puede causar parálisis permanente o la muerte al paralizarse el diafragma.

**Politelia:** También denominada hipertelia es el fenómeno biológico de pezones supernumerarios, si bien sin glándula mamaria. Generalmente se encuentran en la línea mamaria que sigue a los pezones en el tórax hacia el abdomen. Si son de gran tamaño, deben extirparse. Por lo general son pequeños y se los confunde con verrugas o lunares.

**Ptósicos:** se caracteriza por el descenso inferior y lateral de la glándula mamaria y del complejo areola-pezones.

**Quimioterapia:** Es el tratamiento del cáncer con un medicamento antineoplásico o una combinación de dichas drogas en un régimen de tratamiento estándar. Los agentes de quimioterapia más comunes actúan destruyendo las células que se dividen rápidamente, una de las propiedades principales de la mayoría de las células de cáncer.

**Radioterapia:** Es una forma de tratamiento basado en el empleo de radiaciones ionizantes (rayos X o radiactividad, la que incluye los rayos gamma y las partículas alfa).

**Recidiva tumoral:** Reparición de tumores malignos (glioblastomas, metástasis) o de tumores que se dicen benignos, donde la cirugía a sido completa.

**Reconstrucción mamaria:** procedimiento quirúrgico de cirugía plástica para crear una mama similar en forma, textura y características a la mama no operada o a las naturales. Recrear una mama de aspecto natural, incluyendo, la areola y el pezón.

**Resección:** Extirpación quirúrgica de parte o de la totalidad de un órgano.

**Tamoxifeno:** es un antagonista de los receptores de estrógeno en el tejido mamario. Ha sido la terapia (anti-estrógeno) endocrina estándar para cáncer de mama precoz de hormonas positivos, aunque se han propuesto los inhibidores de aromatasas para mujeres posmenopáusicas. El tamoxifeno (Nolvadex-R) es un medicamento en forma de píldora que interfiere con la actividad del estrógeno (una hormona). El tamoxifeno se ha utilizado por más de 20 años en el tratamiento de pacientes con cáncer avanzado de seno. Se usa como terapia adyuvante o

adicional después del tratamiento primario para cáncer de seno en estadio o etapa precoz. En mujeres que tienen un riesgo elevado de desarrollar cáncer de seno, el tamoxifeno reduce la posibilidad de que se desarrolle la enfermedad. Se sigue investigando el tamoxifeno para la prevención del cáncer de seno. Además, se está estudiando también para el tratamiento de varios otros tipos de cáncer. Es importante notar que el tamoxifeno se usa también para tratar a hombres con cáncer de seno.

**Tratamientos mamarios:** Conjunto de exámenes, procedimientos, técnicas, ayuda diagnósticas relacionada con los senos de una mujer, que sirve para tratar o descartar cáncer de seno.

**Trombosis arterial:** Es la oclusión de una o varias arterias destinadas a llevar sangre a los miembros inferiores, oclusión debida a la formación de coágulos en el interior de la propia luz arterial.

## INTRODUCCIÓN

Ha sido variado lo escrito y dicho sobre el género femenino, ahora, una vez más se escribirá en alusión a ellas, en esta ocasión desde una visión social y jurídica, apoyada tanto en la realidad mundial compuesta por la discriminación, aspectos machistas y una opinión generalizada del concepto de belleza que a diario enfrentan las mujeres, como en el significativo avance logrado en Colombia que basado en la dignidad humana, justicia social, igualdad material y vida digna aporta a mejorar considerablemente su salud y por ende su existencia.

El hecho de ser mujer implica demasiado, desde ser observada minuciosamente por una comunidad colombiana esencialmente conservadora y machista debido a sus fundamentales diferencias con los hombres partiendo de la forma de su cuerpo o apariencia, hasta ser estigmatizada en todos los ámbitos sociales por su capacidad mental en función de su belleza. Dentro de este contexto, existe un aspecto primordial que jamás se dejaría de lado al por lo menos pensar en una mujer, esto es, sus senos, pues sin duda alguna constituyen gran parte de su identidad y razón de ser de su presencia en la tierra.

En virtud de lo anterior radica la importancia del presente estudio práctico centrado en un juicioso análisis sobre los pronunciamientos jurisprudenciales que para los años 1992 a 2011 la Corte Constitucional expresó en cuanto a la procedencia de la acción de tutela frente al derecho fundamental a la salud de aquella mujer cuya vida y dignidad personal se encuentre vulnerada debido a la negativa en la autorización de tratamientos mamarios.

Un primer capítulo aborda el principio de Dignidad Humana y el Derecho a la Salud de la Mujer en el Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en la Constitución Política Colombiana de 1991, su objeto es dilucidar los fundamentos

para la procedencia de la protección constitucional, fundamentos que implican el respeto por la condición humana de la mujer, para ello se subdivide el capítulo en el análisis concreto del Principio de Dignidad Humana, posteriormente se aborda su relación directa con el derecho a la salud, especialmente en lo referente al género femenino y las implicaciones que el desconocimiento tanto de la dignidad como de la salud conlleva.

Aunado a lo anterior, el primer capítulo, ahonda en la temática del derecho a la salud y la perspectiva de género, resaltando los estereotipos creados por la sociedad, y su negativa de acolitar deseos suntuarios que el fenómeno de la globalización promueve, paralelo a ello se rescata el valor de la protección y el autocuidado de las mujeres, quienes ven en las cirugías, tratamientos o exámenes cuyos efectos secundarios pueden ser optimizar la apariencia física, una oportunidad para mejorar su estado de salud y calidad de vida digna.

Se termina el capítulo con una referencia a la concepción jurídica del dolor, especialmente teniendo en cuenta el ( ) esbozado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En el segundo capítulo se construye una línea jurisprudencial a partir de las decisiones que la Corte Constitucional ha adoptado desde el año 1992 hasta el 2011, respecto de la protección al derecho a la salud de mujeres que requieren cirugías, tratamientos o exámenes mamarios, con el objetivo de absolver el cuestionamiento acerca del nivel de aplicación del principio de fundamentalidad del derecho a la salud de la mujer en estos casos.

En ese sentido, el estudio jurisprudencial se enmarca en tres subescenarios que son los siguientes:

1. Pexia o mamoplastia de reducción

2. Reconstrucción mamaria
3. Tratamientos mamarios

En el capítulo tercero se esbozan las principales subreglas constitucionales frente a la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud y por ende la vida digna de la mujer en los tres casos: mamoplastia de reducción, tratamientos e implantes mamarios.

Finalmente el estudio culmina con las conclusiones pertinentes acerca del tratamiento que la Corte Constitucional ha proveído a este tema, especialmente basándose en criterios de una interpretación amplia y aterrizada a la realidad colombiana.

# **1. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO - CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991**

## **1.1 EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN EL ESTADO COLOMBIANO**

El principio de dignidad humana ha sido erigido como baluarte del Ordenamiento Jurídico Colombiano, a raíz de la promulgación de la Constitución Política de 1991, y en consecuencia, de la consagración del Estado Constitucional Colombiano como uno Social y Democrático de Derecho.

En principio, la dignidad humana deriva la concepción de que todos los individuos por el hecho de pertenecer a la especie humana se encuentran en calidad de titulares de unos derechos naturales, inherentes y anteriores al hombre.

En un comienzo, éste principio fue abordado desde la perspectiva de las comunidades religiosas, que reconocían en el hombre un valor intrínseco y absoluto por la sencilla razón de ser hijos de Dios y así compartir la titularidad con los demás, por ser iguales ante los ojos de la divinidad. Hoy, este postulado es el reflejo de luchas, conquistas, y reivindicaciones del hombre producto de las revoluciones sociales de la Modernidad.

Como principio, se ha tornado en un concepto dotado de valor en la medida en que es una cualidad inherente a la persona que conduce al mejoramiento de su integridad, contribuyendo a conseguir la armonía y la independencia que necesita y a la que aspira.

La dignidad humana por ello es un valor universal que fortalece la maduración personal de cada individuo y le permite eliminar obstáculos que le impiden crecer como ser humano en todo el sentido de la palabra.

En cuanto al origen del concepto, tal como se lo entiende hoy, se puede decir que hunde sus raíces en la concepción kantiana del ser, cuyo exponente, sustenta su máxima idea de dignidad: el hombre no es un medio para un fin, es un fin en sí mismo, estableciendo de modo categórico que el principio de dignidad humana es un valor que no admite relativismo de ninguna clase ya que por ser tal, no es dable condicionarlo a ninguna circunstancia.

El principio de dignidad humana, ética y moralmente hablando, se deriva de la aceptación del valor que se le otorga a la vida de una persona, cualquiera que sea ésta, pues queda claro que de todo valor, de todo juicio, se refleja un principio.

El sustento del principio fundante, según el cual se desprenden todos los demás, es decir, de la dignidad de una persona, se encuentra en el reconocimiento de la inteligencia, capacidad y libertad del hombre para trascender y transformar el mundo, lo cual demuestra la diferencia que existe entre la especie humana y las demás especies terrenales. De ahí que se pueda palpar la dignidad en la persona porque realmente la posee de manera connatural, es decir, está dada desde siempre.

Este principio, llamado “magno” por los Estados Constitucionales contemporáneos, supone ciertas actitudes para llevarlo a la práctica, como el avance desde el reconocimiento hacia la materialización, entre ellas se encuentran el respeto, la justicia y la utilidad. El primero, hace relación al merecimiento que tiene todo individuo a ser tratado con consideración, esto significa, de acuerdo a su condición de persona, pues existe prohibición expresa en el articulado constitucional, respecto a su cosificación y manipulación, puesto que el valor del ser humano difiere sustancialmente del de las cosas, ya que éstos poseen una

cualidad que aquellas no: su identidad y su imposibilidad de reemplazo. Por su parte, la justicia se vincula con los criterios de equidad e igualdad, estableciéndose que se debe ser justo practicando tratamientos igualitarios atendiendo a la máxima del derecho desigual: tratar a los iguales como iguales, y a los desiguales como desiguales, de lo cual se desprende que la justicia depende del tratamiento que se asuma en circunstancias similares para resolver una situación de facto. En cuanto al criterio de utilidad, se establece que con el respeto y la justicia que se debe observar en las relaciones que sostengan los individuos, debe brillar la idea de propender por el mayor beneficio a un gran número de personas.

Estos criterios, armoniosamente acoplados deben guiar el reconocimiento de la dignidad humana en todos los seres pertenecientes a esta especie, lo que se traduce en la aceptación de la creencia que tal consideración, está exonerada de la pertenencia de una persona a determinado status, condición social o posesión de rasgos socialmente deseados, amén de que su observancia supone un conjunto de limitantes como la abstención de ejercer tratos crueles, inhumanos o degradantes o simplemente de reducir a la persona a la condición de objeto para obtener intereses ajenos, egoístas, además de que supone la vinculación de todos los organismos que conforman el poder público a su reconocimiento, respeto y consolidación a través de la estimación de que toda persona posee necesidades que merecen ser atendidas, aspiraciones, metas y proyectos que ameritan la elaborada cooperación y solidaridad tanto del Estado como de la Sociedad.

De allí, que la dignidad humana se encuentre estrechamente ligada a la concepción de derechos humanos, pues es ella su sustento y fundamento, su soporte moral y su legitimidad. Por ende, los derechos humanos no son más que expresión soberana de aquel principio que se materializa y concreta cuando se respeta a todo individuo como persona: "Respetar por tanto, al hombre como persona es tratarlo según su propia dignidad, es dejarlo ser quien es, es aceptar

su ser y permitirle que sea ante los demás. Reconocer al hombre como persona supone admitir su núcleo de juridicidad y aceptarlo como titular de derechos”.<sup>1</sup>

Respetar no solo implica abstenerse de ejecutar actos que aflijan o constriñan al otro, es además tratarlo como persona en el marco de la dignidad que como tal le asiste. Reconocer, por un lado, involucra el impulsar y estimular el progreso o desarrollo del individuo como fin en sí mismo, y por otro, no impedir que éste propósito se concrete.

Así, el reconocimiento del individuo como ser personal, no admite excepciones, razón por la cual, tal reconocimiento, no puede estar sometido al cumplimiento de ciertas exigencias, porque de lo contrario se caería en la absurda convicción de que los mismos seres humanos, dotados de dignidad sean quienes precisen, porque sus semejantes, a diferencia de ellos, no pueden ser considerados dignos. En este entendido:

Además de que una acción de éstas, desconocería el principio de igualdad, sería al mismo tiempo, un modo de instrumentalizar ya no solo a los seres humanos, sino también a la sociedad. El criterio objetivo para determinar ese reconocimiento no puede ser distinto a aceptar que donde hay vida humana hay un hombre que merece ser respetado como persona y como sujeto de derechos. (Ibíd. 2005, 195).

En conclusión, las dos dimensiones del principio de dignidad se concretan en respetar y reconocer al otro como persona como un sujeto digno que como tal debe ser tratado, no solo en su dimensión interna, o en su corporeidad o en su desarrollo personal, sino también en su relación con los demás. Por ésta razón, para la concreción de este postulado, hace falta algo más que la intervención del

---

<sup>1</sup> HOYOS. Ilva Mirian. DE LA DIGNIDAD Y DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA INTRODUCCIÓN AL PENSAR ANALÓGICO. Editorial Temis. Bogotá: 2005. p.194

Estado, también se requiere de la colaboración del ser mismo y de quienes lo rodean, situación que debe ser garantizada y exigida en las diversas relaciones que se establecen entre los individuos, por cuanto éstas deben desenvolverse en el marco de la dignidad connatural de la persona.

Respetar y reconocer la dignidad del otro implica aceptar su identidad y admitir que en la sociedad existen diferencias:

Lo cual exige que el principio de la igualdad universal también de cabida al principio de la singularidad o especificidad, pues debe reconocerse en su propia particularidad. Esta es una de las dimensiones prácticas de la dignidad humana: la igual dignidad de todo ser humano requiere del reconocimiento de la diferencia particular como igualmente digna (...) Prescindir de la singularidad, de lo distinto, es excluir a una dimensión práctica del principio de la dignidad humana e intentar anular en la sociedad todo aquello que sea diferente.<sup>2</sup>

En Colombia, el concepto de dignidad humana ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en innumerables sentencias, de las cuales cabe destacar la sentencia T – 499 de 1992, en donde se adopta la idea de que el principio en mención no solo constituye un valor fundante del Estado Social y Democrático de Derecho sino que es sobre todo una norma jurídica de carácter vinculante para todo el aparato estatal, y en consecuencia, de obligatoria observancia, aparte de manifestar que éste principio solo puede materializarse en supuestos económicos, al respecto anota:

El principio fundamental de la dignidad humana no solo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (C.P.

---

<sup>2</sup> Ibíd., p. 196.

Art. 1º). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales.

El hombre es un fin en sí mismo, su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (C.P. art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a las personas en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida integral y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.

## **1.2 DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO A LA SALUD**

Por lo anterior, la salud, ya no es considerada meramente un estado del individuo sino la posibilidad de su realización personal, al redimensionarse el concepto simple y llano de ausencia de enfermedad y dar paso a conceptos más integrales que tengan en cuenta las nociones de conservación y restablecimiento del derecho a la salud desde la perspectiva de la dignidad humana y la integridad física, como criterios de justicia social y equidad de género.

Bajo esta perspectiva, cabe resaltar los alcances que la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho adoptada por el constituyente de 1991 trajo consigo para el país, en efecto, ésta fórmula política tiene gran trascendencia en la interpretación del ordenamiento jurídico, al concebir al Estado Colombiano como Democrático y Social de Derecho se traspasa de la órbita puramente formal de consagración de unos derechos y libertades individuales de la persona frente al Estado para caminar en el tránsito hacia la búsqueda de la órbita material teniendo en cuenta que la economía debe orientarse hacia la consecución de unos fines sociales para lograr la vigencia de un orden justo.

Así, éste modelo de Estado implica una revisión al liberalismo individualista a partir de la concreción de los derechos sociales que convertidos en normas de derecho positivo y elevados a la categoría de derechos constitucionales, cuentan con una connotación material en contravía al formalismo declarativo del Estado Liberal.

De ahí que como lo afirma YOUNES MORENO: Ontológicamente se le atribuyen dos calidades al Estado Colombiano: la sujeción formal al derecho y una sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales. El primer elemento, es relativo a la validez, el segundo a la justicia. Por ello no basta la mera postulación

de principio, derecho y garantías sino que es justo y menesteroso dotarlos de eficacia a través de las herramientas necesarias que los hagan palpables.<sup>3</sup>

El orden jurídico fijado a partir de entonces, pretende acercar a la comunidad a la concreción material de los fines que guían el Estado Social de Derecho, teniendo como meta última la protección íntegra del ser humano, dicha protección pretende ser brindada en los diferentes ámbitos en los cuales se desenvuelve el hombre.

La Corte Constitucional, en numerosos fallos, ha precisado el origen, el alcance y consecuencia de la adopción de éste modelo de Estado, al afirmar:

El Estado Social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurando para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no de simple caridad.

(...) El Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta jurídico – política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores, derechos consagrados por la segunda y la tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política.

Por tanto, este nuevo modelo estatal se constituye en un garante por excelencia de los derechos humanos; se recalca la protección que dentro de esta concepción goza: “la dignidad de la persona como individuo, ya que ella representa el núcleo esencial de todos los derechos humanos”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> MORENO, Younes. 1991. p. 75

<sup>4</sup> SANCHEZ & QUEZADA, 1995. p. 30

Dentro de este contexto de Estado Social y Democrático de Derecho se persigue la optimización y mejoramiento de la existencia del ser humano, es decir, intenta conceder una vida más allá de las condiciones mínimas de subsistencia, mejorando la calidad de la misma.

De igual manera, el concepto de dignidad humana abarca los principios de integridad física que puede traducirse en salud del individuo, pues se constituye en una precondition el estado de salud del individuo para acceder a una vida digna.

La Organización Mundial ha manifestado que la salud debe ser considerada como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>5</sup>

El concepto de bienestar ha sido entendido como la adaptación integral del medio físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades y los dos: tanto la salud, como el bienestar gozan de protección del Estado Colombiano en el ordenamiento jurídico.

---

<sup>5</sup> PREAMBULO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA OMS, extraída el 26 de enero de 2012 de <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>

### **1.3 DERECHO A LA SALUD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Género engloba el conjunto de derechos humanos cuya promulgación y aplicación están dirigidas a las mujeres en función de su condición, de la específica diferencia real con los hombres, y cuyo objetivo es precisamente el logro de esa igualdad jurídica concretada en una igualdad de oportunidades y de desarrollo para ambos sexos, consiste en la capacidad de que las mujeres y los hombres disfrutemos por igual de los bienes valorados socialmente, las oportunidades, recursos y recompensas, con el único objetivo de encontrar la igualdad material.

El estudio de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional tiene por objeto analizar la procedencia de la acción de tutela para solicitar la práctica de la cirugía plástica de reducción de senos, denominada mamoplastia de reducción o pexia, así como también abarca la reconstrucción mamaria y otros procedimientos médicos que son útiles para descartar cáncer de seno, cuando su negativa constituye una violación tanto al derecho a la salud como a la vida digna de las mujeres.

El fondo del asunto bajo estudio, lo plantea el hecho de que la mamoplastia, la reconstrucción mamaria y todo tratamiento relacionado con los senos de la mujer, se catalogan como cirugías o procedimientos estéticos que no se encuentran consagrados dentro del Plan Obligatorio en Salud, por considerarlos bienes suntuarios o de lujo.

Para empezar a entender esta problemática, se debe considerar un aspecto primordial, de carácter universal, denominado globalización, pues sería utópico desconocer que la sociedad colombiana se encuentra bajo la influencia del proceso globalizador, regido por el capitalismo y el consumismo, que repercute en la percepción de belleza femenina que poseen los colombianos.

Es así, como la mujer colombiana ha afrontado un proceso de rechazo hacia sí misma y lo que es peor por ella misma, especialmente frente a su corporalidad, siguiendo modelos de mujeres despampanantes, con cuerpos torneados, estupendamente proporcionados y firmes; con rostros de ojos expresivos y sonrisas perfectas, con cabellos brillantes y sedosos; lo cual ha devenido en un problema social: la proliferación de cirugías estéticas que buscan compensar lo que la naturaleza negó, incluso poniendo en riesgo la salud y vida de la paciente, que parece encontrarse cegada por una obsesión.

De allí, que se tenga la concepción de que las cirugías estéticas cumplen solamente un fin cosmetológico, de simple apariencia y sea difícil pensar en una función orgánica o de recuperación de la salud, debido a los nuevos estereotipos imperantes como sinónimos de belleza producida: “En la actualidad generalmente se entiende a la cirugía estética como un fenómeno o producto de lujo, característica de, y mayormente estudiada en, las sociedades de consumo con bienestar económico (es decir, las sociedades del ‘primer mundo’)”<sup>6</sup>

Sin embargo, dentro de esta concepción consumista y de globalización, no todas las mujeres buscan obtener belleza sino alivio a sus dolencias, tal es el caso de aquellas que debido a la voluminosidad de sus senos, requieren de una cirugía que ponga fin a sus problemas de salud, e igualmente de quienes son víctimas de un monstruo como el cáncer, cuya agresión es tan fatal que acaba no solo con los senos de la mujer que lo sufre, sino también con su feminidad, con su dignidad humana, su autoestima y su propia vida. En consecuencia, en un intento por restaurar los daños fisiológicos causados, restablecer su percepción de verse y sentirse mujer, generando en la paciente seguridad, impidiendo trastornos de tipo psicológico, se hace necesaria una intervención quirúrgica para llevar a cabo el implante mamario requerido o para ejecutar cualquier tratamiento o procedimiento

---

<sup>6</sup> AAFJES, 2005. Disponible en la página [http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1159/1/Tesis\\_Marieke\\_Aafjes.pdf](http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1159/1/Tesis_Marieke_Aafjes.pdf). p. 6. con acceso 3 de octubre de 2011

que la mayoría de los integrantes de un Comité Técnico Científico lo clasificaría como suntuario, estético, cosmético, carente de todo fin curativo, reconstructivo, ligado a la dignidad humana y la esencia de ser mujer.

El planteamiento de este escenario, permite la aplicación cabal del concepto del derecho a la salud entendido como vida digna, es así, como en este contexto la salud puede ser considerada

Una condición de vida digna de la población, la cual se debe proteger, mantener y recuperar en caso de deterioro o pérdida. Es igualmente, un proceso de construcción social con y para la gente no una mercancía o paquete que se compra en las instituciones.<sup>7</sup>

Es cierto, la vida en condiciones de dignidad y justicia para nada se relaciona con el vivir bajo las mínimas circunstancias de subsistencia, pues ello significaría que la vida pase por uno como ella quiera y no que tanto individual como colectivamente se la viva de la mejor manera.

Se debe reconocer que vivir dignamente es diferente para cada ser humano, dado que de él hacen parte sus creencias religiosas, opinión política, filosofía, origen racial, condiciones de trabajo, posición social y económica, aspectos, muy diversos en todo el planeta, que indiscutiblemente permean su existencia. Ahora, si estos factores que aparecen, se desarrollan y consolidan con posterioridad al nacimiento afectan el concepto de vida digna, cuanto más lo afectará la condición de ser mujer u hombre, innata al ser humano, determinante para su vivir, pues bajo ella se despliega el rol adecuado, el papel pertinente a desempeñar en la sociedad, todo su trasegar, duración y paso sobre este mundo.

---

<sup>7</sup> ARANGO, 2007 p. 54, extraída el 14 de octubre de 2011 de [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012\\_6.pdf](http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_6.pdf).

Para el caso del género femenino, las circunstancias son aún más especiales, pues las mujeres viven etapas cruciales, inolvidables, extremadamente bellas para unas y catastróficas para otras, pero que de todas maneras las marcan hasta la culminación de su existencia, etapas que un hombre aunque acompañado de la ciencia, haga lo inalcanzable por ser mujer, jamás podrá vivir.

Después de jugar con muchas muñecas, pasar por su primer periodo menstrual, observar, sentir el nacimiento de sus senos, la formación de sus caderas y llegar a la adolescencia para ser apreciada como una bonita mujer, aquella niña se convierte en madre, ahora tiene la tarea de ser el pilar fundamental en la crianza y cuidado de sus hijos, quienes aunque quieran demasiado a su padre, venderían su propia alma por aquella mujer que decidió traerlos al mundo, los abrigó en su vientre y les brindó la leche más exquisita de sus propios senos.

La maternidad autónoma, libre, es un aspecto tan determinante, que actualmente es la columna vertebral del feminismo postmoderno, refiriéndose a este pensamiento la Doctora ISABEL GOYES MORENO en su libro *Mujer, maternidad y trabajo en Colombia*, afirma:

(...), la maternidad es una condición femenina que lejos de ser rechazada puede ser la fuente de una real identidad y emancipación, siempre y cuando que la misma proceda de un acto de autonomía femenina, la que previo conocimiento de todas las implicaciones que acarrea el ser madre, decida de manera libre esta opción, la que correspondiendo por igual al padre y la madre, no la imposibilita para otros desarrollos personales, intelectuales, políticos etc.<sup>8</sup>

Este pequeño y cotidiano ejemplo demuestra que desde ningún punto de vista sería admisible limitar la dignidad humana femenina, especialmente si a pesar de las dolencias que una mujer pueda afrontar debido a la enfermedad que padezca,

---

<sup>8</sup> GOYES MORENO, Isabel. *Mujer, maternidad y trabajo en Colombia*. 2011. p. 31

se la desampara, se la priva de alcanzar adecuadamente un componente tan representativo de su feminidad como son sus senos, sometiéndola a sufrir de por vida un suplicio psicológico, afectivo, social, pues se convertiría en el blanco de todas las miradas curiosas e imprudentes que sin querer hieren profundamente en su ser, conculcando por completo su derecho a la salud, a la vida, a la dignidad, que todo ser humano en esta tierra merece.

## 1.4 EL CONCEPTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL DOLOR

El tema Dignidad Humana, refiere necesariamente hablar de Dolor Humano, pues entre éstos existe una significativa conexidad, ya que cuando a una persona se le impide, niega u obstaculiza los mecanismos para paliar esa dolencia, en últimas se le están conculcando sus derechos humanos, entre ellos uno tan trascendental como el derecho a vivir en condiciones de dignidad, no vivir por vivir sin importar las circunstancias.

En razón a ello, es menester hacer alusión a las clases de dolor que pueden ocasionarse, así:

El dolor contendría en su integridad tres aspectos (sensorial, afectivo y cognoscitivo). Partiendo de lo anterior y teniendo el precedente de que el ser humano es una “trinidad”, única e integral conformada por cuerpo, mente y espíritu, el dolor es clasificado en tres: dolor psíquico, dolor espiritual y dolor físico.<sup>9</sup>

Ahora, respecto del concepto de dolor a nivel general y en relación con el ámbito jurídico, el Doctor Gustavo García, dijo:

La definición clásica del dolor físico es la ya citada por la Asociación Internacional del Estudio del Dolor como “una experiencia sensorial y emocional desagradable con daño tisular actual o potencial o descrito en términos de dicho daño”. Sin embargo, no deja de reconocerse que en el dolor siempre se ven comprometidos factores o variables, fisiológicas, psicológicas, culturales y cognitivas.

---

<sup>9</sup> GARCÍA ARANGO, Gustavo Adolfo. 2007. julio – diciembre, año/vol. 6, número 012. DERECHO A LA VIDA DIGNA. EL CONCEPTO JURÍDICO DEL DOLOR DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL. *Opinión Jurídica*. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma del Estado de México. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. p. 15 – 34. Recuperado de <http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/61F664E6-7CD6-4341-B9B6-24494792FC23/11198/Art7.pdf>

En términos generales, el concepto jurídico del dolor desde el derecho constitucional ha sido abarcado en una sola perspectiva: el reconocimiento del derecho fundamental a la vida, en condiciones dignas.<sup>10</sup>

La vida digna constituye relación de cantidad de aspectos, circunstancias y factores determinantes para que ella se genere o no, pues sufre ataques de diversa índole, que no todos van orientados a desaparecerla, sino también a tornarla inaguantable o despreciable, convirtiendo a seres humanos en mártires de la vida misma, quienes lo único que desearían es morir placenteramente.

Y es en ese mismo sentido, por medio del que se expresa el autor citado, al afirmar:

- **A la vida no solo la amenaza la muerte**

Sino todas aquellas circunstancias en las cuales el sujeto no puede llevar una vida digna. Se entiende que no solo las actuaciones u omisiones que conducen a extinguir la persona (la muerte) atentan contra el derecho fundamental a la vida, sino todas aquellas situaciones que hacen del vivir, del estar en el mundo, algo insoportable, invivible, indeseable. Como por ejemplo la indigencia, una enfermedad, el rechazo, vivir alejado de la familia en un lugar extraño, estar privado de la libertad, padecer hambre.

- **Vida normal en todos los aspectos**

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 6

Calidad de vida implica las condiciones para llevar una vida normal en todos los aspectos, esto es, vida íntima, familiar y laboral. Cuando el dolor no permite llevar (sic) una vida equilibrada en todos sus aspectos, permite la protección constitucional a la vida.

(...) el dolor, como experiencia personal, puede llegar a inmovilizar una historia de vida, al impedirle desplegar las facultades con las que ha sido dotado para desarrollarse en sociedad: el cuerpo, la presencia, el afecto, caminar, sonreír, conversar, desplazarse, superarse y ponerse metas. El dolor puede limitar la capacidad del hombre para reír, hacer teatro, política, para conocer, para sentir de muchas otras maneras, querer, crecer, reproducirse, hacer su voluntad, desarrollar su inteligencia, conocer lo otro, los otros, el Otro (trascendencia) y así mismo; para desarrollar en toda su plenitud las relaciones con los demás, pero un cuerpo se ve limitado por el dolor, aunque éste puede abrirle otras posibilidades o potenciarlas.<sup>11</sup>

Hablando de la integridad física y psíquica, el Doctor García Arango, trae a colación una importante providencia del Tribunal Constitucional Colombiano, que alude a abarcar desde la Constitución Política el tema del dolor, se refiere a la **Sentencia T- 499 de 1992**, cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en ella se dijo:

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

---

<sup>11</sup> Ibíd., p. 7

deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.<sup>12</sup>

En una relación directa del tema relativo al dolor y el derecho a la salud, especialmente sobre lo dicho por la Corte Constitucional menciona:

La Corte ha insistido que el derecho a la vida riñe con la situación de dolor, porque contra ella atentan no solo las circunstancias que amenazan con la muerte, sino todas aquellas que incomodan la existencia hasta el punto de hacerla insostenible, como el dolor. Y cuando éste se presenta bajo esas condiciones es un deber constitucional evitarlo o suprimirlo, máxime, bajo los principios básicos de un Estado social de derecho.<sup>13</sup>

Posteriormente, e inmiscuyéndonos en un tema de género, no se puede dejar de lado, lo expresado por el autor respecto de un alarmante fenómeno que causa el peor de los dolores: la violencia contra la mujer y la familia. Pues bajo un absurdo silencio, quienes sufren a diario este tipo de dolor están siendo subyugadas una vez más a la intolerancia, al irrespeto, desidia, temor, angustia, miedo, llanto; están muriendo lentamente, padeciendo un dolor que mata su dignidad humana, su ser femenino, su vida que alguna vez fue digna.

Tocante a esto mencionó: La producción del dolor en el interior (sic) las familias tiene una naturaleza distinta en cuanto se presenta entre familiares, es decir, entre personas que deberían gozar de especial afecto y protección, pero que por el contrario, terminan favoreciendo un “fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces tácitamente legitimado” en palabras de la Corte. Este órgano judicial ha establecido que los tratos crueles o que generen dolor tanto corporal como

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 9

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 10

espiritual atentan directamente contra la dignidad humana impidiendo su íntegra realización como persona.<sup>14</sup>

En razón de lo anterior es necesario ahondar en el reconocimiento del derecho a la salud. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Nacional, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual debe garantizar tres aspectos: promoción, protección y recuperación.

En relación con la faceta preventiva, ésta busca garantizar el derecho a la salud cuando se hace todo lo necesario para evitar que los individuos 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.

En lo que respecta al aspecto reparador, éste se refiere a los efectos curativos de la enfermedad, para lo cual se debe poner a disposición del paciente todos los recursos humanos y técnicos en aras de alcanzar el mejoramiento del estado de salud y finalmente encontramos 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 de atenuar, las dolencias físicas que se produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad.

Bajo estos parámetros, en los primeros pronunciamientos de la H. Corte Constitucional la protección del derecho a la salud en instancia constitucional únicamente era posible a través de la acción de tutela cuando se demostrara su estrecha conexión con el derecho a la vida, marcando así una distinción entre los derechos liberales, de autonomía o de primera generación y los derechos

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 12

denominados prestacionales, económicos o de segunda generación, entre los cuales se ubicaba el derecho a la salud.

No obstante, con el paso del tiempo esta diferenciación tiende a convertirse en un obstáculo para la efectiva protección del derecho, de ahí que haya sido necesario un nuevo pronunciamiento desde el marco de un Estado Social de Derecho, hasta el punto en que hoy el derecho a la salud sea considerado como fundamental por sí mismo, sin que sea necesario que se encuentre íntimamente ligado con un derecho fundamental, pues, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna.

En este sentido la prestación del servicio de salud está profundamente conectada con la realización misma del Estado social de derecho y de todos los propósitos que se derivan del artículo 2º Constitucional.

Ahora bien, es importante resaltar que el derecho a la salud ha sido objeto de innumerables pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, dentro de los cuales es importante resaltar la sentencia T-246 de 2005, en la cual la Corte entiende el derecho a la salud como la: "facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser."

En consideración a lo anterior, la salud no puede ser considerada únicamente desde la óptica del bienestar físico o funcional sino que se amplía al espectro de bienestar psíquico, emocional y social de las personas, en razón a que estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano.

La presente línea jurisprudencial tiene como objetivo el análisis de los argumentos esbozados por la Corte Constitucional en torno a la procedencia de la acción de

tutela para solicitar la práctica de la cirugía plástica de reducción de senos, denominada mamoplastia de reducción o pexia, así como también la reconstrucción mamaria cuando su negativa constituye una violación al derecho a la salud, en conexidad con la vida digna.

Para comprender mejor el alcance de éstos procedimientos en primer lugar: la mamoplastia de reducción, y en segundo lugar, la reconstrucción mamaria es fundamental conocer en qué consisten y cuáles son sus finalidades en lo que respecta a la recuperación de la salud.

Sobre la pexia mamaria se establece que: Es una cirugía plástica en la que se busca cambiar el volumen y posición de los senos. El procedimiento quirúrgico sirve para reducir la grasa, el tejido glandular y la piel de la mama, haciéndolas más ligeras, pequeñas y firmes. (...), sobre el segundo punto se tiene que “El objetivo es dar a la mujer mamas más pequeñas, con mejor forma y que guarden una proporción adecuada con respecto al resto del cuerpo”.<sup>15</sup>

En cuanto a las razones por las cuales una mujer requiere la cirugía de reducción de senos se encuentran las afecciones que causan los senos demasiado grandes, entre los cuales están los problemas de postura, dolores en la espalda, en los hombros, en el cuello, en la columna vertebral, así como también infecciones debido a los sarpullidos bajo los senos. Es decir, que se aplica a mujeres con hipertrofia o senos ptóticos o caídos, que puede ser producto de la edad, la obesidad, el amamantamiento de un hijo o factores hormonales.

Es importante resaltar que tener senos grandes puede tener repercusiones negativas en la salud de la mujer, ya que ello influye en la dificultad de detectar tumores cancerígenos.

---

<sup>15</sup> Extraído el 14 de octubre de 2011 desde [http://www.cirurgioplasticahoy.com/mamoplastia\\_de\\_reduccion\\_o\\_reduccion\\_de\\_senos\\_en\\_colombia.html](http://www.cirurgioplasticahoy.com/mamoplastia_de_reduccion_o_reduccion_de_senos_en_colombia.html)- 17 octubre de 2011.

Para algunas mujeres, contrario a lo que se cree, tener senos grandes se convierte antes que una satisfacción en un dolor de cabeza constante, pues influye en su vida física, funcional, emocional e incluso social. Es en estos casos, en los que se requiere una pexia mamaria, ello porque el organismo de la mujer es delicado y debido a sus múltiples funciones se va deteriorando, así lo reconoce María Elena Moura<sup>16</sup>, quien manifiesta:

Durante siglos, pero principalmente en las últimas décadas, la mujer ha librado ardua lucha para mantener su salud, ya que su organismo se encuentra expuesto a factores que pueden generar distintas alteraciones bioquímicas, mismas que pueden repercutir en cambios importantes en la estructura de órganos, tejidos y huesos.

El Alto Tribunal Constitucional ha sido sensible a esta necesidad sentida de las mujeres, que padecen dolores que repercuten negativamente en su salud y por ende, en su calidad de vida. Es así, como el ser humano debe ser considerado como un ser integral de tres dimensiones: cuerpo, mente y espíritu y en función de ellas se valora su calidad de vida.

La Corte Constitucional ha erigido el concepto de dolor como un estado de ausencia de bienestar que impide a la persona llevar una vida acorde a sus expectativas y en contravía del principio fundante del estado social de derecho el de dignidad humana. Es por ello, que los conceptos de salud, dignidad y calidad de vida son conceptos inescindibles, que se encuentran estrechamente interrelacionados y que deben ser considerados en su conjunto en el camino de la consideración del derecho a la salud como fundamental per se.

---

<sup>16</sup> MOURA, María Elena extraído el 17 de octubre de 2011 desde <http://saludymedicinas.com.mx/centros-de-salud/centro-de-climaterio/articulos-relacionados/afecciones-en-senos,-evite-grandes-problemas.html>

En innumerables sentencias, como se anotó anteriormente, la Corte Constitucional ha considerado que las instituciones y la sociedad en general tienen el deber jurídico con los dolientes, de procurarles un estado de salud acorde a su dignidad como personas, pese a que no exista peligro de muerte, y en esa perspectiva, se ha pronunciado respecto al tema de la procedencia de la práctica de la mamoplastia de reducción cuando afecte de manera desproporcionada la salud de la mujer que la solicita y que demuestra los supuestos fácticos que plantea.

En cuanto a la reconstrucción mamaria es necesario esbozar a grandes rangos de qué se trata el procedimiento médico solicitado así:

La reconstrucción de mama es un procedimiento quirúrgico que consiste en crear una mama lo más similar posible a la que ha sido extirpada debido a un cáncer u otra enfermedad.

Cuando una mujer sufre cáncer de mama no siempre es posible que conserve el pecho. Pero, en general, casi todas las mujeres que se han sometido a una mastectomía pueden optar a una reconstrucción mamaria.

En algunas pacientes que presentan otros problemas médicos, como obesidad o hipertensión puede ser recomendable posponer la reconstrucción. Así mismo, las fumadoras deben saber que el proceso de cicatrización puede resultar más largo y difícil.

La cirugía reconstructiva mamaria ha avanzado considerablemente y son diversas las técnicas empleadas, desde introducir una prótesis de gel de silicona hasta implantar una porción de músculo de la propia paciente, que normalmente proviene del abdomen. Antes de la intervención, el cirujano explicará a la paciente los riesgos inherentes a la intervención (formación de cicatrices, hematomas, problemas anestésicos).

El cirujano consigue que la mama reconstruida se aproxime a la natural, en tamaño, forma y textura. Los resultados son cada vez más naturales y la cirugía es menos traumática que años atrás. No es extraño que, además de reconstruir la mama, se proceda a remodelar la mama sana para que exista un equilibrio estético entre ambas.

Pero el mayor beneficio de esta operación permite a la paciente recuperar un equilibrio psicológico que en muchas ocasiones se pierde por culpa de la enfermedad. El verse de nuevo el cuerpo completo facilita la vuelta a una vida normal y completa.<sup>17</sup>

La reconstrucción mamaria tiene vital importancia para lograr recuperar la autoestima de las mujeres pues la pérdida de uno o los dos senos suponen un duro golpe para la autoestima de la mujer, su equilibrio y bienestar emocional.

Tras el diagnóstico y durante todo el proceso de superación del cáncer de mama, la persona afectada atravesará todas las fases típicas de una depresión: incredulidad, rebeldía, ira, pena... Esto hará que durante meses pase por una "montaña rusa" emocional, que tendrá repercusiones en su vida familiar, de pareja, social, laboral.

La pérdida del pecho hace también que la mujer se sienta mutilada, que piense que ha perdido una parte importante de su feminidad. Por ello, se sentirá menos atractiva y pensará que no podrá gustarle a nadie, con lo que su confianza en sus cualidades físicas disminuirá. Si además su pareja no consigue comportarse con naturalidad sino que experimenta rechazo, incomodidad, lastima o cualquier otra reacción negativa, las relaciones sexuales y emocionales también se resentirán,

---

<sup>17</sup> 2010, extraído el 25 de Octubre de 2011 de <http://www.la-cirurgia-estetica.com/mamoplastia-reconstructiva.htm>.

causando que la paciente se sienta aún menos segura como mujer. Esto provocará una disminución de su autoconcepto y su autoestima.<sup>18</sup>

La mamoplastia de reconstrucción ayuda a la mujer a sentirse completa de nuevo, recuperar su sentimiento de feminidad, sentirse más segura y, por todo ello, recuperar la autoestima. La reconstrucción se puede hacer tanto de forma inmediata como diferida (unos meses después de la extirpación del pecho). La reconstrucción inmediata permite que la mujer siga conservando el volumen donde antes tenía el pecho y por lo tanto evita la sensación de haber sido mutilada.

La reconstrucción mamaria permite que las mujeres que se someten a este procedimiento eleven su autoestima, se sientan más a gusto con su cuerpo, mejoren sus relaciones sociales y de pareja, recuperen su sentido de feminidad.

En consideración a lo anterior es importante destacar que si bien la reconstrucción mamaria ayudará a mejorar la autoestima de la mujer no lo hará definitivamente teniendo en cuenta que el trauma de pasar por un cáncer y por la pérdida de un seno pueden causar mucho dolor y tener muchas consecuencias a nivel emocional, por lo que en muchas ocasiones, será necesaria la intervención de un psicólogo que pueda ayudar en la recuperación.

El estudio del tema planteado constituye un importante reto de conocimiento de las subreglas constitucionales emitidas por la Honorable Corte Constitucional hacia la consolidación del derecho a la salud de las mujeres, con fundamento en los principios de dignidad humana, de la recuperación de su integridad física, funcional, emocional y psicológica con enfoque de género y goce efectivo de sus derechos, que se traducen en la materialización de los fines del Estado bajo la aplicación de la Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>18</sup> 2009, Extraído el 26 de Octubre de 2011, Autoestima y reconstrucción de pecho, <http://www.lamamoplastia.com/autoestima-y-reconstruccion-de-pecho/>

## 2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL 1992 - 2011

### 2.1. EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN MUJERES QUE REQUIEREN PEXIA MAMARIA O MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN

La Corte Constitucional ha sido sensible en los temas relacionados con los grupos poblacionales considerados en situación de vulnerabilidad, tal es el caso, de las mujeres, lo cual se ha visto reflejado en su criterio y en la aplicación de la interpretación hermenéutica de las normas, en aras de garantizar el goce efectivo de sus derechos, especialmente el derecho a la vida digna y a la salud, así como la materialización de los principios constitucionales con el fin de garantizarles la especial protección que merecen.

Los criterios de la Corte Constitucional han sido desarrollados teniendo en cuenta las normas de orden constitucional, legal y el bloque de constitucional que propenden la garantía efectiva de los derechos del género femenino.

La Corte analizó en la **Sentencia T-102 de 24 de marzo de 1998**, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, el caso de una mujer afiliada a la empresa promotora de salud “Coomeva E.P.S.”, quien le negó la “mamoplastia” reductiva, que sus médicos tratantes le recomendaron dado que sufre de frecuentes dolores de espalda ocasionados por una “Cifosis Dorsal”, que tiene como causa al peso excesivo de sus senos prominentes, por considerar que al ser una intervención de carácter estético estaba excluida del Plan Obligatorio de Salud.

El juez de primera instancia concedió la tutela de los derechos a la salud, la integridad física y la seguridad social de la accionante, pues consideró que la

cirugía solicitada tenía fines curativos y de rehabilitación por lo cual de ésta manera se garantizaba un derecho integral a la salud, por lo tanto no cabía los argumentos de la exclusión del P.O.S. La segunda instancia, por el contrario, revocó el fallo de primera instancia, al considerar que en este caso no existía el criterio de protección para el derecho a la salud, por no encontrarse en conexidad con el derecho a la vida, puesto que en este caso, se podían utilizar otros medios alternativos de curación como la educación postural y la fisioterapia.

Realizando un análisis sobre el carácter prestacional del derecho a la salud, la Corte entra a analizar el problema jurídico con el fin de determinar si teniendo en cuenta el principio de dignidad humana, la intervención quirúrgica solicitada es procedente.

La Corte determinó lo siguiente: (...) Desde luego que en el evento en que la atención a la salud y la protección de la vida humana se vinculan de tal forma que una y otra protección no pueden escindirse, el derecho fundamental subsume al derecho de prestación, porque lo que importa entonces es la defensa inmediata de la vida, que es un derecho supremo, que conlleva por contera la protección de la salud.

El derecho a la salud, en este caso, se considera prevalente porque la cirugía solicitada no tiene fines estéticos, sino curativos porque con ella se busca terminar o mejorar las dolencias que padece y con ello se asegura su dignidad humana: "Basados en lo anterior la paciente necesita cirugía reductora del volumen mamario; mamoplastia bilateral para mejorar la sintomatología del órgano del sostén músculo-esquelético".

Además teniendo en cuenta que la mujer como cualquier persona cuenta con el derecho fundamental a no ser objeto de tratos inhumanos crueles o degradantes, como un derecho consagrado en la Carta Constitucional, coadyuva a que la tutela

proceda, y en consecuencia se revoque la sentencia de segunda instancia y se confirme la de primera instancia.

La Corte estudió en la **Sentencia T – 119 de 10 de febrero de 2000**, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, el caso de una mujer que a través de la acción de tutela contra E.P.S. Salud Colmena, puso en conocimiento del Juez Constitucional que padecía desde hace más de 8 años, una "*severa hiperplasia mamaria bilateral*", de conformidad con el diagnóstico médico, lo cual le causaba fuertes dolores en la columna dorsal y lumbar, que ya no cedían a la fisioterapia aplicada, y cuya solución se encontraba en la práctica de la "*mamoplastia reductora*", sin embargo, la E.P.S. se negó a realizarla aduciendo que dicho procedimiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud; en primera instancia se negó la tutela, fallo que no fue impugnado.

En consecuencia, el problema jurídico planteado consistía en determinar Si, dadas las particularidades del caso concreto, la negativa de la entidad promotora de salud demandada a practicar una mamoplastia reductora, con la excusa de que dicha operación ha sido excluida del Plan Obligatorio de Salud por tratarse de cirugía estética, es o no una conducta legítima de la EPS, o si, por el contrario, tal decisión vulnera los derechos fundamentales de la peticionaria.

La Corte decidió que se encontraban frente a la conculcación de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y por lo tanto, era procedente inaplicar por inconstitucional el artículo el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, que excluyó del POS la aludida operación y ordenar la práctica de la cirugía.

Dentro de la argumentación que llevó a tomar la decisión a la Corte Constitucional se encuentra el reconocimiento hacia la precariedad presupuestal del Sistema de Seguridad Social en Salud, y la posibilidad de excluir ciertos tratamientos, como lo son las cirugías con fin estético, cuando dicha exclusión no vulnere derechos

fundamentales, lo cual se ve traducido en que no se afecte la salud de la persona, sin embargo:

(...) en cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional -cuando el asunto es llevado ante su estrado- si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues 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.

Así mismo, se trae a colación la jurisprudencia contenida en la Sentencia T – 499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que analiza el caso de la indiferencia ante el dolor estableciendo que dicha actitud puede conllevar a la violación de derechos fundamentales de la persona, ya que se convertiría en una forma de trato cruel:

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 y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.

El dolor envilece a la persona que lo sufre. Si quien está en el deber de impedirlo no lo hace, incurre con su omisión en la vulneración del derecho a la integridad personal del afectado, quedándole a éste último la posibilidad de ejercer las acciones judiciales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

Así también se refiere a que la prolongación del dolor se constituye en una tortura de parte de quien se encuentra en la posibilidad de aliviarlo hacia quien lo padece cuando injustificadamente omite procurar el tratamiento paliativo.

De igual manera, la Corte considera el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna:

Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida (artículo 11 superior) y con la integridad de la persona (artículo 12 de la Carta), en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida.

(...) Lo que se pretende entonces, es respetar la situación 'existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad', ya que 'al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable', en la medida en que sea posible.

En la Sentencia **T – 1251 de 7 de septiembre de 2000**, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, la Corte estudió el caso de una profesora de educación física a quien se le diagnosticó por el ginecólogo *“hiperplasia mamaria derecha y mastopatía fibroquística con mayor componente de tipo displasia fibronodular asociada”*, quien sugirió la cirugía de reducción de senos, concepto médico que

fue confirmado por ortopedista, otro ginecólogo y un cirujano plástico. Su diagnóstico le causaba intensos dolores de hombro y cervico dorsalgia. En primera instancia se denegó la tutela al considerar que dicho tratamiento no estaba contemplado en el POS y además la negativa de practicarlo no ponía en riesgo la salud, ni la vida de la actora.

En ésta ocasión, la Corte reiteró la jurisprudencia contemplada en las sentencias T-102 de 1998, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. T-119 de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, T-471 de 2000, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, estableciendo que en tratándose de casos en los cuales se demostraba que la cirugía tenía un fin funcional y no estético o de embellecimiento procedía la tutela con el fin de aliviar afecciones dorsales, al respecto se pronunció en los siguientes términos:

En este caso es clara la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que esta Corporación ha manifestado en otras ocasiones, que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad el derecho a la vida, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico.

En consecuencia, con fundamento en las pruebas que obran dentro del proceso, y atendiendo los problemas que viene sufriendo la demandante como consecuencia del problema médico que tiene, y que incluso afecta su autoestima y su labor profesional, considera la Sala que la cirugía que requiere tiene como finalidad esencial, garantizar el derecho a la salud, al trabajo y a la integridad física.

De conformidad con la parte motiva de la sentencia decidió la Corte Constitucional revocar el fallo de instancia, conceder el amparo solicitado e invocar la excepción

de inconstitucionalidad del artículo 28 del Decreto 806 de 1998 y la Resolución 5261 de 1994 que excluyeron del POS la aludida operación.

Igual criterio se manejó en la **Sentencia T – 070 de 29 de enero de 2001**, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, en donde se analizó el caso de una mujer de la tercera edad a quien se le diagnosticó "*hiperplasia de senos*" como resultado de "*gigantomastia*", y a quien el ginecólogo ordenó la *pexia* mamaria con el fin de poner fin a sus dolencias lumbares y cervicales permanentes, contra la E.P.S. Salud Colmena, ya que ésta se negó a practicarla por considerar que estaba excluida del POS.

En primera instancia se concedió el amparo tutelar, pero en segunda instancia se revocó la decisión. La Corte Constitucional en sala de revisión, conoció el asunto y reiteró la jurisprudencia constitucional aplicable al evento planteado, concluyendo que

Con fundamento en las pruebas que obran dentro del proceso, y atendiendo los inconvenientes de salud que viene sufriendo la demandante, como consecuencia del problema dorso lumbar que padece, quien además es una persona de la tercera edad, considera la Sala que la cirugía que requiere tiene como finalidad esencial, garantizar el derecho a la salud, y a la integridad física.

Como consecuencia de la parte considerativa de la Sentencia, revocó el fallo de segunda instancia, y en su lugar, concedió la tutela, ordenando la realización de la cirugía plástica, como consecuencia de la excepción de constitucionalidad del artículo 28 del Decreto 806 de 1998, dando la posibilidad de que la E.P.S. repitiera los gastos al FOSYGA.

Por su parte, en **Sentencia T- 389 de 17 de abril de 2001**, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional conoció la tutela contra SALUDCOOP

E.P.S. de una mujer que padecía problemas de columna, espalda y cuello, desde aproximadamente 10 años, como consecuencia de una *“hipertrofia mamaria severa”*, según concepto médico que establece que *“la gigantomastia le ha generado un compromiso funcional importante por lo que la única opción que tiene es la reducción mamaria”*, como en otras ocasiones, el argumento de la negativa de la Empresa Promotora de Salud fue el mismo: la exclusión del POS, pues se aducían que se trataba de una cirugía suntuaria o de lujo.

En este caso, el Juez de primera instancia concedió la tutela con el argumento de que se encontraba en directa relación la afección de salud que padecía la actora con su problema de *gigantomastia*, que de no ser corregido a tiempo podía causar una invalidez, dicha decisión no fue impugnada.

La labor del Tribunal Constitucional se centró en torno al siguiente problema jurídico: decidir si la mamoplastia de reducción está excluida del POS por perseguir fines de embellecimiento o si, por el contrario, se trata de una intervención indispensable para poner fin a traumas de carácter funcional de la accionante y si la conducta de la E.P.S. es legítima, o sí, por el contrario, tal decisión vulnera los derechos fundamentales de la accionante.

La Corte aborda el tema recordando jurisprudencia reiterada (Sentencia T-395 de 1998 y Sentencia No T-271 de 1995 y Sentencia T-494 de 1993), en donde, pese a que la salud es un derecho de carácter prestacional, cuando se halla en conexidad con la vida o la integridad de la persona, es procedente la tutela, de ahí se deriva la protección constitucional de éste derecho que no es autónomo y fundamental por sí mismo.

En cuanto a las exclusiones y limitaciones contempladas en el POS la Sala determinó que éstas son legítimas en la medida en que no tengan la potencialidad

de afectar derechos de rango fundamental, como lo es la salud en conexidad con la vida digna y la integridad física, en este sentido se pronunció:

Las exclusiones y limitaciones se justifican si no afectan derechos fundamentales de los afiliados y beneficiarios. Además, no tienen carácter absoluto ni globalizador, pues en las relaciones individuales de las entidades prestadoras del servicio con sus usuarios se presentarán eventos particulares y concretos en los cuales el diagnóstico, tratamiento o rehabilitación no tengan como fin primordial el embellecimiento corporal, sino la atención de circunstancias que están alterando directamente la salud del afiliado o beneficiario, así una de las consecuencias, más no su finalidad, sea el embellecimiento corporal.

Ante esta probabilidad, en cada caso concreto la entidad prestadora del servicio o el juez de tutela deberán analizar las circunstancias particulares para verificar si efectivamente la cirugía o el tratamiento tienen carácter estético o de embellecimiento, o si, por el contrario, se refieren a eventos en los cuales el tratamiento aliviaría afecciones a la salud, sin considerar que la intervención quirúrgica tenga como consecuencia colateral la modificación o mejoramiento de las características físicas o corporales de la persona. Esta exigencia se desprende del respeto de la dignidad humana, la garantía de la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona y en los derechos a la vida, la igualdad y la salud, según lo establecen los artículos 1º, 2º, 5º, 11, 13 y 49 de la Constitución Política.

En ese entendido, la Corte confirmó la sentencia objeto de revisión.

El caso de la **Sentencia T-461 de 3 de mayo de 2001**, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, es el de una mujer que en 1995 se le diagnosticó por el ginecólogo adscrito al Instituto de Seguros Sociales *“dorsalgia generada por gigantismo*

*mamario*”, posteriormente, el radiólogo confirmó el diagnóstico estableciendo que. “(...) *Existe esclerosis subcondral a nivel del espacio intervertebral lumbosacra que compromete los platillos vertebrales y las apófisis articulares con probable disminución del espacio, lo cual sugiere discopatía a este nivel.*”. También se contaba con el diagnóstico de otro médico que estableció que el padecimiento de la actora era “*hipertrofia mamaria*” y le ordenó la cirugía de reducción de senos. Debido a que la Junta Médica no se reunió por cuanto no fue informada de este suceso, la mujer con la copia de su historia clínica asistió a un cirujano plástico particular quien confirma los anteriores diagnósticos y solicita la mamoplastia funcional.

En primera instancia, la tutela fue denegada, porque según el *a quo* no se demostró la incapacidad económica para asumir la cirugía. La sentencia no fue impugnada.

La Sala reitera la jurisprudencia imperante en estos casos, y recalca que procede la tutela como mecanismo idóneo de protección cuando se encuentra en riesgo el derecho a la salud en conexidad con la vida e integridad física de la persona, además cuando la *pexia* mamaria tiene como objetivo terminar con dolores dorsales, casos en los cuales el operador jurídico determinar claramente este fin, sobre el particular:

Está abundantemente probado que en este caso no se trata de una cirugía estética, sino que la reducción de mamas solicitada por el médico adscrito a la EPS para superar la hipertrofia mamaria de la que sufre la paciente y que le causa dolencias lumbares y le está produciendo una “esclerosis subcondral que compromete los platillos vertebrales y las apófisis articulares”, tiene carácter funcional, como además lo sostiene el cirujano plástico en concepto que obra en el expediente. De la revisión de la historia clínica aparece que la cirugía es el medio

idóneo para impedir que se agrave la lesión lumbar que ha empezado a sufrir la paciente.

En cuanto al argumento esgrimido por el juez de primera instancia, la Corte se pronuncia estableciendo que el ISS, no contradijo ni demostró la capacidad económica de la accionante y en ese sentido: “al afirmar la accionante que carece de recursos económicos hace una afirmación indefinida que releva de prueba al tenor del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; máxime cuando no hay en este proceso prueba en contrario”.

Por lo tanto, revoca la sentencia de primera instancia, concede la tutela e inaplica el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 y las contenidas en la Resolución 5261 de 1994 sobre exclusiones y limitaciones al POS en lo referente a cirugías estéticas.

El asunto planteado en la **Sentencia T-577 de 1 de junio de 2001**, M.P. Rodrigo Escobar Gil, fue similar a los estudiados anteriormente, en efecto se trata de una mujer que desde hace 5 años padece dolor en la región cervico dorsal, siéndole diagnosticada “*cervicalgia y dorsalgia mecánica e hipertrofia mamaria*” lo cual le ha generado una “*lordosis marcada*” y un extraño aumento en la región paracervical alrededor del cuello, lo que le produce dolor permanente en los brazos y en todo el cuerpo, por lo que se le recomendó la mamoplastia reductora, como solución a sus problemas de salud, pero la E.P.S. SALUDCOOP nuevamente con el argumento de que tal procedimiento está excluido del P.O.S., le negó su práctica, argumento que fue acogido por el juez de instancia al considerar que no estaba en peligro su vida.

La Corte Constitucional protegió el derecho a la salud de la demandante porque con la cirugía lo que buscaba era mejorar su estado de salud, pues no era necesario estar al borde de la muerte para protegerlo sino que dichas molestias tenían la potencialidad de afectar su calidad de vida digna. En este sentido afirmó:

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho - porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.

En consecuencia, con base en tales consideraciones, se revocó el fallo de instancia y concedió la acción de tutela.

Diferente fácticamente es el asunto puesto a consideración en la **Sentencia T-568 de 31 de mayo de 2001**, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, en donde una beneficiaria de su padre, estudiante de postgrado, a quien como consecuencia de dolores lumbares y deformidad en los hombros le fue prescrita la *“mamoplastia de reducción bilateral”* por el médico tratante adscrito al ISS, sin embargo, para la realización del procedimiento le fueron solicitados algunos documentos, entre los cuales estaba el certificado de estudios, en el cual constaba que la intensidad horaria del programa de estudios era de 12 horas y no 20 horas como lo exigía la norma.

El Juez de primera instancia concedió el amparo constitucional, sin embargo, al ser impugnado el fallo, el de segunda lo revocó.

En este caso la Corte Constitucional consideró que en reiterada jurisprudencia se ha protegido el derecho a la salud, en conexidad con la vida y la integridad física de la mujer, cuando las cirugías no tienen por fin último el embellecimiento sino la recuperación de su salud, en este caso, se invoca la excepción de inconstitucional de las exclusiones y limitaciones del POS.

Así mismo, analiza la posibilidad de que los derechos económicos, sociales y culturales, como la salud, puedan ser convertidos en derechos subjetivos en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico (Sentencia SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Gálvis. En igual sentido T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996).

Es así como establece que la posibilidad de exigir la práctica de cirugías que tengan como propósito el restablecimiento de la salud de la accionante se encuentra supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos legales:

La existencia de una afiliación al régimen contributivo, crea derechos subjetivos, algunos de ellos de naturaleza fundamental, a la atención que se brinda a través de dicho régimen. De allí que las EPS no puedan negarse a brindar los servicios de que requiere la persona, salvo que estén excluidos del régimen y que tales exclusiones, sea en general o en el caso concreto, no resulten inconstitucionales.

En el presente caso se observa que la negativa del Seguro Social en atender a la demandante se explica por el incumplimiento de los requisitos para estar afiliada, como beneficiaria de su padre cotizante, al sistema general de seguridad social en el régimen contributivo. Habiéndose comprobado que la demandante no estudia

como mínimo 20 horas semanales, no ha nacido un derecho subjetivo fundamental a “acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, por medio del régimen contributivo y, por lo mismo, no ha nacido obligación en cabeza del Seguro Social para brindar la atención.

Por lo tanto, no siendo contraria la condición normativa contemplada, se confirma el fallo de segunda instancia.

En la **Sentencia T-935 de 30 de agosto de 2001**, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, se examinó el caso de una señora a quien le fue diagnosticada por el médico tratante adscrito a COOMEVA “*Hipertrofia mamaria*” prescribiendo la “*mamoplastia de reducción*”, concepto que fue confirmado por el cirujano plástico, quien además señaló que existía cambio a nivel de columna. No obstante, la E.P.S. se negó a realizar el procedimiento porque estableció que la cirugía no es funcional sino estética.

En primera instancia, se concedió la tutela, en la segunda instancia lo revocó, al considerar como improcedente la acción porque la negativa de la entidad accionada tenía sustento legal.

La Corte en cambio, fundamenta su decisión basándose en la jurisprudencia referente a que el dolor afecta la dignidad humana al respecto: (...) una situación que hace indigna la existencia del ser humano, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad.

Así mismo, cita un estudio científico que establece que:

Las manifestaciones físicas que acompañan a la hipertrofia mamaria (senos muy voluminosos) son entre otros dolor en el hombro, hendidura por la presión de la cinta del brassier a nivel del hombro, alteración en la calidad de vida de tipo físico

y psicológico, dolor de espalda tanto alto como bajo, dolor en el cuello, infección por hongos en el espacio debajo de los senos, dolor de cabeza y dolor o adormecimiento de las manos.

Por lo anterior y teniendo como base el acervo probatorio allegado al proceso concluye la Sala que:

La cirugía solicitada a Coomeva E.P.S., no puede ser considerada como una “cirugía estética”, y por lo tanto excluida del P.O.S., ya que de los diagnósticos que emitieron los médicos y que obran dentro del expediente se deduce que la cirugía la requiere la demandante para mejorar las dolencias que la afectan. Considera la Sala que la cirugía que requiere la accionante, tiene como finalidad esencial, garantizar el derecho a la salud, a la dignidad, seguridad social y a la integridad física y que su caso es similar al resuelto en la T-1251/00, luego se reitera dicha jurisprudencia en armonía con las otras jurisprudencias citadas en el presente fallo.

De ésta manera, revocó la sentencia de segunda instancia, y concedió la tutela de los derechos a la salud, en conexidad a la dignidad, la integridad personal y el derecho a la seguridad social de la accionante y ordenó programar la cirugía requerida.

Por su parte, la sentencia **T-531 de 27 de mayo de 2004** M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, estudia la solicitud de protección del derecho a la salud, a la dignidad, seguridad social y a la integridad física de la accionante que fue operada de cáncer en el seno derecho a quien su médico tratante le ordenó una cirugía denominada reducción mamoplástica para el seno contralateral, la cual no ha sido autorizada por la entidad accionada, que aduce que por tratarse de una cirugía de carácter estético no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S).

El problema jurídico a resolver en el *sub lite* determinar si fueron vulnerados derechos fundamentales a la seguridad social, integridad física y a la vida digna, al no serle autorizada la cirugía denominada mamoplastia reductora, por parte de CAJA SALUD A.R.S., que sostiene que la mencionada intervención está catalogada como cirugía estética y por ende excluida del P.O.S-S.

Al respecto la Corte decidió que la mamoplastia reductora del seno contralateral que demanda la accionante no tiene el carácter de procedimiento estético, por cuanto cumple la función de paliar los dolores que padece y de mejorar la imagen que aquella tiene de sí misma, pues la cirugía en mención tiene por objeto mejorar el estado de salud psicológica o emocional, que repercute en sus relaciones con las demás personas, y está vinculado a su dignidad personal.

Por otra parte, la Corte Constitucional afirma que la cirugía solicitada por la peticionaria no puede ser considerada como una cirugía estética, ya que se trata de una intervención que si bien, no hace parte del tratamiento contra el cáncer que actualmente padece, sí se deriva del mismo, puesto que la apariencia física resultante de la extirpación del seno derecho le causa a la accionante profunda depresión, por el desnivel en que se aprecia el seno con respecto del otro.

En reiteración jurisprudencial (T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se manifiesta:

(...) respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible. De allí que también el concepto de derecho a la salud, cuando va aparejado de su conexidad

con la vida, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Bajo estos criterios la Corte Constitucional revocó la sentencia y ordenó la protección de los derechos fundamentales de la actora.

En la Sentencia **T-948 de 7 de octubre de 2004** con M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, se analiza el caso en el que se tutela el derecho fundamental a la salud de una joven que durante varios meses ha estado en tratamiento por problemas de la columna vertebral, debido al crecimiento de los senos, pues en dos años pasó de talla 34 a 42. Según diagnóstico clínico, padece “gigantomastia bilateral”, por lo que requiere de una cirugía de reducción que no obedece a factores estéticos, pues el tamaño de los senos no está acorde con su contextura física y su edad, pues a la fecha de estudio tenía 19 años.

Al respecto, la Corte manifiesta que es necesario distinguir entre las intervenciones quirúrgicas con meros fines estéticos, de aquellas cirugías cuyo fin principal es solucionar problemas de salud de los pacientes, así puedan tener también un resultado estético beneficioso.

Al hacer esta necesaria distinción, y de acuerdo con el caso concreto, la Corte ha concluido que cirugías destinadas a modificar el tamaño de los senos de una mujer no pueden considerarse, por sí mismas, excluidas del POS, si la cirugía tiene por fin solucionar los problemas físicos derivados, precisamente, del tamaño de los senos y que ha afectado la salud de la interesada. Por ello, en ciertas oportunidades se ha ordenado el procedimiento y en otras ocasiones, no. Se repite, de acuerdo con las pruebas que obren en cada situación.

Por lo anterior, se tutela el derecho a la salud, tanto física como emocional, lo que implica proteger el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas. En el presente asunto se debate si la cirugía de mamoplastia reductora solicitada por la actora, tiene fines estéticos, o si por el contrario su realización mejoraría su estado de salud física y emocional, teniendo en cuenta que se trata de una paciente joven que padece gigantoplastia bilateral que le ha ocasionado una severa dorsalgia.

Más adelante, en sentencia T-913 de 1 de septiembre de 2005 la M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández analizó un caso en el que se solicita la protección del derecho a la salud y seguridad social, en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal de la accionante que padece “Hipertrofia Glandular Progresiva”, que le ocasiona el crecimiento progresivo de los senos provocando efectos secundarios adversos en su estado de salud, ejemplo de ello es la deformación de clavícula ocasiona por el excesivo peso de sus senos.

La respuesta de la entidad accionada se suscribe a establecer que el caso demandado, existen alternativas terapéuticas en el POS, como son el medicamento Tamoxifeno que le fue formulado por el gineco obstetra y que de acuerdo con los registros de su historia clínica, no están acreditados ni la intolerancia ni los efectos secundarios nocivos que manifiesta; además que esta sintomatología tiene manejo con fisioterapia y reducción de peso para disminuir el tejido graso mamario, tratamientos que deben agotarse antes de recurrir a la cirugía; que el antecedente de otra mamoplastia previa a su actual situación, no deja presagiar la segunda cirugía como la solución al caso, pues puede presentarse una nueva progresión de la hipertrofia; que la reconstrucción con colágeno que se solicita, evidencia los objetivos netamente estéticos de la cirugía y por tanto, que no son funcionales, puesto que la finalidad que con él se consigue es elevar el seno para brindar apariencia juvenil por lo que no se

encuentra suficiente evidencia que pueda solucionar definitivamente los problemas de dolor de la paciente.

En sentencia de primera instancia se estima que la accionada no ha vulnerado ni amenazado derecho alguno a la actora y por tanto, decide negar por improcedente la tutela impetrada teniendo en cuenta que con la cirugía de mamoplastia de reducción con reconstrucción de pezón y aureola reclamada por la demandante, ésta solamente obtendría reducción de grasa en sus senos, sin solucionar el problema hormonal y glandular que son los que le causan el dolor y el crecimiento; y que habiéndose demostrado con los resultados de la cirugía anterior, que a pesar de ella se repitieron los molestos síntomas, este procedimiento no garantiza la reacción favorable buscada, siendo posible que una vez más se vuelvan a presentar.

Dada esta situación la Corte manifiesta que se ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales y así, ha determinado la inaplicación de las normas del POS para ordenar a las entidades del sistema su realización.

Al efecto, señaló:

(...) La Corporación ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales y así, ha determinado la inaplicación de las normas del POS para ordenar a las entidades del sistema su realización. Al efecto, ha reconocido que ante las consecuencias secundarias de la gigantomastia, que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción puede dejar de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a esas dolencias, a las que no puede estar sometida la afiliada; y si el procedimiento ha sido indicado por los profesionales de la salud que tratan al paciente, por su no realización se vulneran o ponen en riesgo los derechos

fundamentales a la vida digna y a la integridad personal del accionante, resultando entonces la acción de tutela mecanismo procedente para su amparo.

Para la Corte la salud e integridad física de la persona, son condiciones integrantes del derecho fundamental a la vida y se revela entre ellos una conexidad de las partes y el todo. Por esto precisa que la protección constitucional, no sólo ha de brindarse cuando la vida sea amenazada con desaparecer totalmente, sino también cuando son sus componentes los que se afectan o perturban, toda vez que por ello de una u otra forma se afecta la vida humana y se menoscaba el curso digno que debe tener la misma.

Así, cuando hay padecimientos secundarios a la afección por la cual se reclama la prestación del servicio de salud que es negado por razones de reglamentación del Sistema, la Corte ha entendido que no puede someterse al paciente a su sufrimiento, que el trato que se le dispensa es inhumano y cruel, y que injustamente se le priva de su derecho fundamental a llevar una vida en condiciones dignas.

Igualmente, hay afecciones a la salud o a la integridad física de la persona que sin implicar un riesgo inminente a su vida o integridad física, perturban su dignidad como ser humano y le impiden llevar su existencia en las condiciones de decoro que su condición de tal amerita; por tanto, cuando se presenten estas circunstancias, la situación enmarca en los presupuestos de riesgo de los derechos fundamentales para acceder a la inaplicabilidad de las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, pues se trasgrede el principio de dignidad humana, orientador básico de nuestro ordenamiento jurídico.

En conclusión respecto a este caso en particular, no existe ninguna incertidumbre acerca de que por la estrecha y directa conexidad que en el caso tienen los derechos a la salud y a la seguridad social con los derechos fundamentales a la

vida, a la integridad personal y a la vida en condiciones digna de la accionante, la no realización de la cirugía los está menoscabando y por ello su protección inmediata se impone, pues sufre, como ella lo advierte, de dolencias colaterales causadas por la hipertrofia mamaria y el gigantismo que hoy presenta, afecta sin duda vida en condiciones dignas, consecuentemente tutela los derechos fundamentales deprecados por la accionante.

En la sentencia **T-539 de 13 de julio de 2007** M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, se analiza el caso de una mujer que padece *“artrosis y una cervicopatía crónica”*, ocasionada por el excesivo peso de sus senos que le genera mucho dolor en la espalda, los brazos y los hombros; el médico tratante sugirió una reducción de senos para aliviar el dolor. En la presente acción de tutela se busca evitar un perjuicio irremediable ante la vulneración de los derechos fundamentales a seguridad social, la salud y la dignidad humana, en conexidad con la vida.

La accionada solicita no acceder a la acción de tutela, por cuanto la evaluación y manejo para cirugía plástica de reducción de mamas se encuentra fuera POS, por considerar que la cirugía es de carácter estético y ella debe ser asumida directamente por el usuario.

Agrega que la no realización de tal cirugía plástica no atenta contra el derecho a la vida que cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS, deberá financiarlos directamente.

El juez de primera instancia no amparó los derechos deprecados en la acción de tutela, al considerar que la reducción del tamaño de sus senos no garantizaría que el dolor de espalda, hombros y caderas desaparecería con dicha cirugía; el tratamiento orientado a la reducción de mamas no está dentro del Plan Obligatorio de Salud que la accionante puede sufragar el costo con su propio pecunio, decisión que fue confirmada, denotando que no aparece probado que la falta de la

cirugía de reducción de mamas amenace los derechos fundamentales de la actora, ni se cumplen los requisitos jurisprudenciales establecidos en casos como el que se estudia.

En el presente caso la Sala de decisión manifestó que para la efectiva protección constitucional de los derechos fundamentales a la seguridad y la salud, en conexidad con la vida, se debe llenarla totalidad de los requisitos jurisprudenciales para la procedencia de esta acción en situaciones como la que se revisa, ha reiterado la Corte que el amparo constitucional para el suministro de medicamentos, tratamientos u operaciones que se encuentren fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), debe reunir y cumplir los siguientes presupuestos:

(...) i. Se ha de probar que el solicitante esté afiliado a la Entidad Promotora de Salud a la que está accionando...

ii. Que el medicamento, tratamiento o procedimiento haya sido ordenado por un profesional adscrito a la entidad prestadora de salud a la que está afiliado el accionante...

iii. En igual forma, se demostrará que la vida del usuario se pone en peligro si no se aplica el medicamento, tratamiento o procedimiento médico ordenado...

iv. De la misma manera, se debe demostrar la incapacidad económica del accionante para sufragar los gastos del medicamento prescrito y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud, como el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc..."

En el presente caso se tiene que, la intervención quirúrgica de reducción de mamas solicitada por Amanda Niño Arango no fue ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS accionada, lo cual tiene consecuencias jurídicas insanables.

Adicional a lo anterior, tampoco obra en el expediente prueba que indique que la intervención quirúrgica impetrada sea el único medio para aliviar las dolencias presentadas, ni que la salud y la calidad de vida de Amanda Niño Arango dependan de esa reducción mamaria, ni que exista un riesgo inminente y grave, que clame atención urgente e impostergable y requiera la determinación del Estado, a través de la tutela, para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto no se tiene la orden de médico tratante de la cirugía de reducción de senos, y, existen otros medios para tratar las dolencias de la accionante, por lo anterior la Corte Constitucional no tutela los derechos de la accionante.

En el siguiente asunto, la sentencia **T- 452 de 31 de mayo de 2007** M.P. Álvaro Tafur Galvis, resuelve la protección constitucional de los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la integridad física y la seguridad social de una mujer desplazada por la violencia que padece "*Dorsalgia*" ocasionada por el excesivo tamaño de sus senos, dolencias que aumentan y le imposibilita la realización de sus labores de madre, así como ejecutar largas caminatas y permanecer sentada por mucho tiempo.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha, negó la tutela impetrada, al estimar que la accionante no ha agotado los mecanismos ordinarios para obtener la atención en salud que requiere estima que de las pruebas que obran en el expediente, es claro que la demandante no fue remitida a la Secretaría de Salud Departamental para que se le autorizara una cirugía plástica en los senos, sino para que fuera valorada por el cirujano plástico; la accionante no requiere una cirugía plástica reparadora de seno, que sí está contemplada en el POS-S, sino que presenta un gigantismo mamario; el médico legista no concluye que el procedimiento que requiere la actora implique un riesgo inminente para su vida o

calidad de vida y, en consecuencia, el amparo solicitado debe ser negado ya que valida la posición de la accionada, al no suministrar el procedimiento médico que requiere la actora y, como no se encuentra probado que el ente demandado amenaza o vulnera algún derecho fundamental de la actora.

No obstante lo anterior, señaló que cuando el procedimiento médico no se encuentra dentro del POS-S, los servicios no incluidos serán suministrados con los recursos del Sistema General de Participaciones destinados a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

En reiteradas ocasiones (T-102 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-119 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-471 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-572 de 1999; T-1251 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-566 de 2001, T-749 de 2001; T-531 de 2004, T-630 de 2004 y T-782 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería) en casos similares, en los que se encontró plenamente demostrado que la cirugía requerida por las diferentes actoras no tenía un carácter estético sino que estaba destinada a poner fin a dolores o afecciones dorsales, se decidió conceder el amparo constitucional al considerar que la cirugía reclamada no tiene 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. La Corte Constitucional ha manifestado: (...) *La demandante tiene una enfermedad que le produce dolor, y la cirugía que aconsejan los profesionales de la salud consultados, es el medio indicado para asegurar que pueda disfrutar de una vida digna, ajena a una forma de trato inhumano, cruel y degradante*".

El objeto de la especial protección constitucional para casos similares es respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción

es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible. Para el efecto la Corte cita un artículo escrito por cirujanos plásticos que señala:

**...La cirugía de reducción de los senos: más que un procedimiento estético.**

Desde hace mucho tiempo existe un procedimiento quirúrgico dirigido a disminuir el tamaño de los senos, llamado mamoplastia de reducción, el cual es cada vez más popular. Para algunos sectores esta cirugía se realiza con fines estéticos en forma exclusiva, lo que ha ocasionado no pocos inconvenientes ya que la mayoría de las empresas aseguradoras de salud no cubren los costos de este tipo de intervenciones, por considerarlas innecesarias desde el punto de vista funcional.

De acuerdo con la revisión, las manifestaciones físicas que acompañan a la hipertrofia mamaria (senos muy voluminosos) son entre otros dolor en el hombro, hendidura por la presión de la cinta del brassier a nivel del hombro, alteración en la calidad de vida de tipo físico y psicológico, dolor de espalda tanto alto como bajo, dolor en el cuello, infección por hongos en el espacio debajo de los senos, dolor de cabeza y dolor o adormecimiento de las manos.

Por lo anterior y para el caso en concreto, es clara la procedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta que la Corte ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la potencialidad de hacer desaparecer en su totalidad el derecho a la vida sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben su núcleo esencial y tengan la posibilidad de menoscabar la vida y la calidad de la misma.

En cuanto a que el tratamiento solicitado se encuentra excluido del POS la Corte manifestó que de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 0289 del 28

de marzo de 2005, las cirugías plásticas, como las “Cirugías Reparadoras de Seno” están incluidas en el POS tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado siempre que tengan fines reconstructivos funcionales, igualmente está incluida la atención por ortopedia.

Por lo tanto, de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia, se tiene que la demandante tiene derecho a ser valorada por esas dos especialidades, que están incluidas en el POS-S, para que sean esos médicos quienes determinen el tratamiento a seguir en el caso de la demandante, bajo estos argumentos se concedió el amparo constitucional solicitado.

Mediante sentencia **T-755 de 21 de septiembre de 2007** M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, analiza un asunto en el que se tutela el derecho a la salud en conexidad con la vida de la accionante que padece mamas supernumerarias e hipertrofia mamaria, irregular tamaño de los senos uno respecto del otro, como consecuencia directa del tratamiento de quimioterapia, radioterapia y cirugía, que le fue suministrado para un cáncer de seno que padeció años atrás.

La EPS accionada señaló, que el procedimiento requerido por la accionante se encuentra excluido del POS ya que se considera de orden estético y no altera la funcionalidad.

En el expediente de la acción constitucional se encuentra un Informe Técnico Médico Legal del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se manifiesta que la cirugía planteada es de origen funcional mas no estético pues la hipertrofia mamaria es severa. Desde el punto de vista de la patología oncológica es importante destacar que la paciente puede prevenir aún más la recidiva tumoral, con la resección quirúrgica propuesta de la mamoplastia reductora.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Guadalajara, Buga profirió sentencia de primera instancia concediendo el amparo, por considerar que se dan los elementos indicados por la jurisprudencia, para la inaplicabilidad de las disposiciones del POS que excluyen o limitan la práctica de la cirugía de mamoplastia de reducción bilateral y reconstrucción mamaria bilateral con colgajos. Además de lo anterior se concedió el procedimiento solicitado, ordenó el recobro al FOSYGA.

De los supuestos facticos de la demanda y respecto a este tema en particular se debe tener en cuenta lo presupuestado en el artículo 1° del Acuerdo 289 de 2005 que prescribe:

*(...) “En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

- Cirugías Reparadoras de Seno.*
- Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.*
- Tratamiento para gran quemado.”*

Por lo anterior, es evidente que en el presente asunto no se trata de un procedimiento excluido del POS, sino de un procedimiento que claramente hace parte del mismo según el Acuerdo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, situación que no permite su recobro al FOSYGA. Se confirma la decisión del juez de primera instancia que tutelo los derechos de la accionante pero se revoca lo pertinente al recobro al FOSYGA.

Mas adelante, en Sentencia **T-888 de 25 de octubre de 2007**, con M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, se estudia el caso de una mujer que se solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la vida, la igualdad y la dignidad humana, teniendo en cuenta que padece hipertrofia mamaria, lo que le ocasiona problemas de salud, principalmente a nivel de la espalda, el médico tratante determinó que la accionante requería de carácter urgente cirugía denominada mamoplastia reductora bilateral, tratamiento negado por la EPS pues considera que se trata de un procedimiento de tipo estético no incluido en el POS y que no altera la funcionalidad.

La accionada manifiesta que la negación de la cirugía solicitada no vulnera derecho fundamental alguno de la accionante, pues queda claro que la cirugía por ella reclamada no se encuentra incluida en el P.O.S., además, a la misma paciente se le han prestado los servicios en salud que ha requerido.

El juez de primera instancia negó el amparo solicitado por considerar que la procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección de alguno derechos como son la salud y la seguridad social, los cuales por su naturaleza no son derechos fundamentales sino prestacionales, en el presente caso no existía una prueba científica que demostrase que el derecho fundamental a la vida de la accionante se encuentre en peligro y que en conexidad con éste derecho, los derechos a la salud y a la seguridad social resulten igualmente vulnerados, adicional a lo anterior manifiesta que el tratamiento solicitado se encuentra excluido del POS.

Si bien, se ha manifestado que el derecho a la salud no es de aquellos derechos respecto del cual la protección por vía de tutela proceda *prima facie*. La garantía de este derecho impone la necesidad de reconocer que su carácter prestacional cuyo desarrollo progreso esta a cargo del Estado, y que obliga a éste último a racionalizar la asignación de inversión para el cubrimiento integral de éste

derecho, respecto de la necesidad de sostenimiento que también exige la garantía y protección de otros derechos, todo ello en el entendido de que los recursos económicos para tales fines son limitados.

Asimismo, el derecho a la salud, que presenta una estructura normativa de *principio – mandato* al igual que otros derechos constitucionales, se caracteriza a su vez por una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante el señalamiento de las prestaciones que lo definen. Así, por una parte se debe determinar el nivel de prestación satisfactoria vista la disponibilidad de recursos con que cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud para ello, y por otra parte, se establecerán los casos en los que la protección por vía de tutela resulte ser viable.

Por otra parte, la Corte ha reiterado (T-539 de 13 de julio de 2007) que para inaplicar la reglamentación sobre limitaciones o exclusiones del P.O.S., es preciso verificar el cumplimiento de una serie de requisitos sin los cuales no será procedente la protección constitucional de los derechos fundamentales.

En esa medida y verificado el cumplimiento de los anteriores en mención por la accionante, se ordena la realización de la cirugía de mastectomía reductora bilateral y reconstrucción mamaria con colgajo en aras de la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

En la casuística estudiada por la **Sentencia T-517 de 22 de mayo de 2008**, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, la accionante señala que padece de hipertrofia mamaria, ésta le genera problemas que afectan su columna y cintura; razón por la cual solicitó a Colmédica E.P.S. el procedimiento de mamoplastia reductora, quien la negó por encontrarse excluida del POS. Además, indica que no tiene los recursos económicos para sufragar el costo de la cirugía que requiere.

Por lo anterior, acude a este mecanismo con el objeto que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad, y solicita que se ordene a la E.P.S. Colmédica que cubra el procedimiento de mamoplastia reductora por hipertrofia mamaria, y tratamiento integral.

La Sala debe entrar a establecer si la negativa de la entidad demandada vulnera los derechos fundamentales de la accionante, y por tanto si se debe autorizar la práctica del procedimiento de mamoplastia de reducción a la señora Restrepo, que fue prescrita por su médico tratante.

La Sala precisa la protección del derecho constitucional fundamental a la salud por vía de tutela, en virtud de ello refiere:

En esos términos se puede afirmar que el derecho a la salud es un derecho de conservación y restablecimiento del estado de una persona que padece de algún tipo de dolencia, lo que obedece al respeto del principio de dignidad humana. Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligre la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas (el acceso a tratamientos contra el dolor o el suministro de todo lo necesario, para aquellas personas que padecen de enfermedades catastróficas que si bien, algunas son incurables, debe propenderse por todo lo necesario para un padecimiento en condiciones dignas).

Por tanto, de conformidad con la normatividad vigente y en especial de los mandatos constitucionales, todos los entes que prestan la atención en salud deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, y garantizar los derechos de sus afiliados, puesto que la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida en condiciones dignas, el cual debe ser garantizado por el Estado y por todos los

entes encargados de la prestación del servicio, de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.

Posteriormente, y he ahí la importancia de esta providencia judicial, la Corte consagra las diferencias existentes entre mamoplastia reductora de carácter estético y funcional, así:

La Corporación ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales. Al efecto, ha reconocido que ante las consecuencias secundarias de la gigantomastia, que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción puede dejar de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a esas dolencias, a las que no puede estar sometida la afiliada; y si el procedimiento ha sido indicado por los profesionales de la salud que tratan al paciente, cuando su no realización se vulnere o ponga en riesgo los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad personal de la accionante, resulta entonces, la acción de tutela, un mecanismo procedente para su amparo.

Una vez efectuadas estas consideraciones, y reiterar lo dicho en la Sentencia T-119 del 10 de febrero de 2000, la Honorable Corte Constitucional decide amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social de la accionante, ordenando a la E.P.S. Colmédica, que proceda a autorizar la cirugía de mamoplastia reductora a la accionante, prescrita por su médico tratante.

En **Sentencia T-584 de 22 de julio de 2010**, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, se examina el caso de una menor de edad a quien la Entidad de Medicina Prepagada COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. le niega cirugía mamoplastia de reducción por gigantomastia prescrita por su médico tratante, quien en el diagnóstico que emite afirma que el procedimiento es **“DE RELEVANTE IMPORTANCIA EN LA PACIENTE PARA EVITAR LA**

***DEFORMIDAD Y EL DAÑO FUTURO DE LA COLUMNA TORAXICA DE LA PACIENTE.***”, cabe destacar que la menor no está vinculada al SGSSS.

En esta providencia la Corporación, además de realizar un análisis sobre el alcance y espectro de la fundamentalidad del derecho a la salud, efectúa un estudio tocante a la naturaleza, características y relaciones jurídicas que se generan entre los afiliados respecto de los Contratos de Medicina Prepagada, igualmente expone la tesis sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para resolver las controversias resultantes de los conflictos que en este tipo de actos jurídicos se generan, cuando la celebración o ejecución de estos contratos involucra la efectividad y eficacia de derechos fundamentales y por tanto los medios de defensa judicial ordinarios se tornan infructuosos.

En consecuencia, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional ordena a la entidad demandada autorizar y realizar la cirugía a la menor por no verificar si se encontraba afiliada a alguna EPS al momento de celebrar contrato de medicina prepagada. Para adoptar tal decisión recapituló la reiteración jurisprudencial referente al derecho a la salud como prerrogativa fundamental autónoma, con base en las Sentencias T-227 de 2003, T-016 de 2007, T-760 de 2008, para concluir que:

Por consiguiente, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales

Finalmente en el caso concreto la Sala de Revisión verifica el cumplimiento del requisito indispensable para la celebración de un contrato entre una entidad de medicina prepagada y los usuarios, establecido en el artículo 19 del Decreto 806 de 2008, que prescribe:

*“Los contratos de planes adicionales, sólo podrán celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.”<sup>19</sup>*

Por ello, al observar tal inconsistencia por parte de la entidad accionada, respecto de la vinculación de la menor en calidad de beneficiaria al Régimen Contributivo en el Sistema de Salud, la Corte Constitucional en obediencia a lo indicado en el parágrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998, menciona que:

La entidad autorizada a vender planes adicionales de salud -PAS-, como es el caso de Suramericana S.A. en el caso que ahora resuelve la Sala, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS.

Aunado a lo anterior, la Sala consideró: La entidad demandada incurrió en una omisión al momento de celebración del contrato que le acarrea consecuencias desfavorables, en este caso, la obligación de responder por la atención integral en salud que es demandada por la joven Diana Carolina León Torres, en aras de proteger su derecho a la vida y a la salud. En efecto, la cirugía solicitada en el escrito de tutela –MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN POR GIGANTOMASIA-

---

<sup>19</sup> Artículo 19 del Decreto 806 de 2008

correspondería autorizarla a la Entidad Promotora de Salud –EPS- en que se encuentre afiliada la joven, pero como no está vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la autorización y cubrimiento de dicha cirugía, en atención a lo expuesto en el párrafo precedente, compete a la empresa de medicina prepagada demandada, por no verificar si, al momento de celebrar el contrato de medicina prepagada en donde Carolina figura como beneficiaria, ésta se encontraba afiliada a una EPS.

Para el 14 de diciembre de 2010, se profiere la **Sentencia T-1039 de 2010**, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la que se examina el caso de una mujer quien busca la protección de su derecho fundamental a la salud considerando que después de la práctica de un procedimiento quirúrgico denominado “*mamoplastia reductora*”, que tenía como fin tratar la “*hipertrofia mamaria*” que la aquejaba, intervención realizada por Saludvida EPS, ahora accionada, en la parte lateral de sus senos apareció una capa de piel que le impedía el movimiento normal de sus brazos. En consecuencia acudió a su médico quien refirió realizar la cirugía que requería, siempre y cuando corriera con la totalidad de los costos, pues su naturaleza es eminentemente cosmética. La accionante solicita que se ordene a la EPS llevar a cabo el procedimiento quirúrgico dado que su “*condición no solo le resulta incómoda para realizar tareas normales con sus brazos, sino que también le ha producido graves afecciones psicológicas*”.

De esta forma, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, se encarga de determinar si ¿se desconoce el derecho fundamental a la salud de una persona cuando una EPS se rehúsa a practicar un procedimiento quirúrgico para conjurar los efectos secundarios de otra cirugía anteriormente practicada, por ser aquellos de naturaleza netamente estética?.

Para zanjar el mencionado problema jurídico, la Sala reiterará su jurisprudencia relacionada con: (i) el derecho fundamental a la salud, (ii) la práctica de cirugías

de carácter estético y (iii) la necesidad de prescripción del servicio por el médico tratante.

Respecto del Derecho fundamental a la salud adujo: Para esta Corporación, la salud constituye un derecho fundamental autónomo del cual se derivan dos tipos de obligaciones: (i) las de inmediato cumplimiento y (ii) las de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho.

Además recordando las Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-760 de 2008, T-922 de 2009 y T-049 de 2009, mencionó:

En consecuencia, puede señalarse que la protección del derecho fundamental a la salud mediante esta vía constitucional comprende, entre otras, las siguientes hipótesis: (i) la 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) la falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que al estar comprometida la vida o dignidad del paciente, la falta de capacidad económica del peticionario se constituye en una barrera infranqueable para tener acceso los servicios de salud requeridos.

Por consiguiente, la acción de tutela protege el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que *se requieren con necesidad*, es decir, salvaguarda la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los “*servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.*”

Posteriormente, hace hincapié en la exclusión de los Planes Obligatorios de Salud aquellos tratamientos o procedimientos cuyo fin sea diverso a mantener la vida o integridad de los pacientes, tal como lo evidencia esta afirmación:

La jurisprudencia de esta Corporación ha encontrado ajustada a la Constitución la decisión de excluir ciertos servicios del catálogo de beneficios, ya que, si bien el derecho a la salud goza de carácter fundamental, no significa que sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cubija, toda vez que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y las prioridades de salud que determinan los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles.

Para este Tribunal los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, el cual justifica que los servicios meramente estéticos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Para terminar, la Corporación alude a la necesidad de prescripción por el médico tratante del tratamiento o procedimiento que se requiere, a efectos de lograr el amparo del Juez Constitucional, requisito razonable que al desaparecer en el caso concreto, obliga a la Alta Corte a negar la medida proteccionista. En cuanto a esto afirmó:

Como se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha admitido excepciones a dicho requisito, aunque siempre entendiendo que debe ser un profesional de la salud quien señale la necesidad del tratamiento requerido. De esta forma, un concepto proveniente de un médico no adscrito a la EPS del accionante es suficiente para conceder la protección al derecho fundamental a la salud, (i) si la entidad ha tenido conocimiento de la opinión médica particular, y no la ha descartado con razones científicas y (ii) si la entidad ha acogido previamente dichos conceptos. Para la Sala es indispensable señalar que la labor de

determinar si una cirugía plástica tiene como finalidad garantizar la vida y condiciones dignas no es un asunto que pueda resolver responsablemente el juez de tutela, en tanto aquel carece de los conocimientos científicos y médicos necesarios para ello. En ese sentido, corresponde al galeno tratante, es decir, al profesional de la salud dotado de los elementos de juicio requeridos para establecer la necesidad de un determinado servicio de salud, dictaminar si la cirugía plástica persigue el mencionado fin; o si por el contrario, tiene un objetivo meramente estético. Tal determinación, como es apenas natural, se materializa en la orden médica expedida por el médico que ha venido asistiéndolo. Por consiguiente, los hechos que se siguen de la cirugía de “mamoplastia reductora” deben valorarse por el médico tratante a efectos de determinar el camino a seguir, lo cual debe atender los lineamientos constitucionales. Ahora bien, es necesario precisar que nada impide que la peticionaria, si logra desvirtuar el carácter estético de la cirugía reclamada, respaldada en la opinión médica de otro facultativo, pueda presentar una nueva acción de tutela solicitando la prestación efectiva de dicho tratamiento.

Para el año 2011, encontramos la **Sentencia T-134 de 3 de marzo de 2011**, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, a través de la cual se da solución al caso de Catalina Pérez López quien presentó acción de tutela contra Coomeva Medicina Prepagada, por considerar que la entidad vulneró sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, teniendo en cuenta que una vez le fue diagnosticada *hipertrofia mamaria, dorsalgia y quistes de mama bilaterales*, su médico tratante determinó que debía someterse a la cirugía de *mamoplastia de reducción*. La accionada negó la prestación del servicio aduciendo que la mamoplastia está expresamente excluida del plan de medicina prepagada, por su parte Catalina afirma que la patología que padece le impide llevar una vida tranquila pues sufre constantemente de fuertes dolores en el cuello y dorsalgia, que le impiden desarrollar su profesión como arquitecta.

En vista de ello, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, pretende establecer si una entidad de medicina prepagada vulnera los derechos de una mujer a la salud y a la vida digna al negarle la realización del procedimiento quirúrgico “*mamoplastia de reducción*”, alegando que este se encuentra excluido del contrato de prestación de servicios de salud. Para tal compromiso, reitera las reglas relativas a la procedencia de la acción de tutela para resolver conflictos derivados de contratos de medicina prepagada, mencionando que los Planes Adicionales de Salud, dentro de los que se encuentran los Contrato de Medicina Prepagada tienen como objeto la prestación del servicio de salud, lo cual implica que puede existir durante su ejecución una afectación a los derechos fundamentales de los afiliados, recordando por tanto que si bien es la jurisdicción ordinaria la llamada a dilucidar los conflictos que por tales negocios se generen, también es cierto que cuando se vulnera el derecho a la salud u otros derechos fundamentales de los afiliados o cuando se acredita la inminencia de un perjuicio irremediable, la vía ordinaria no es idónea ni eficaz y, en consecuencia, la acción de tutela se torna procedente.

Aborda luego las reglas que ha establecido la Corte en relación con el alcance y las limitaciones de los contratos de medicina prepagada a la luz del principio de buena fe, consagrando los criterios que se deben seguir en las etapas de formación, ejecución del contrato y aplicación de exclusiones.

En cuanto al derecho a la salud afirmó: La salud ha sido definida como un derecho fundamental que consiste en la posibilidad de alcanzar el nivel más alto de bienestar físico, mental y social dentro de lo posible para una persona. La prestación de los servicios tendientes a satisfacer esta garantía constitucional debe responder a las características de calidad, eficacia y oportunidad. Adicionalmente, las entidades prestadoras del servicio no pueden desconocer el principio de integralidad, conforme al cual no es posible fraccionar los tratamientos cuando ello implica un obstáculo insalvable para la atención de la patología del

paciente; ni el principio de continuidad, de acuerdo con el cual el servicio de salud no puede ser interrumpido injustificadamente antes de la recuperación o estabilización del paciente.

Finalmente, la Sala considera que es procedente el amparo, ordenando a Coomeva Medicina Prepagada S.A que programe y practique a su afiliada Catalina López Pérez el procedimiento “*mamoplastia conectora y A.P de todo el tejido resecado*”, porque además de examinar la necesidad de proteger el derecho a la salud de la accionante, reflexiona sobre la ambigüedad de la cláusula contractual que excluye el procedimiento requerido, tesis que se sustenta así:

Así las cosas, la mención simultánea en la cláusula de cobertura y en la de exclusión no permite determinar con claridad cuál fue la intención real de la parte que redactó la forma del contrato. Esto significa que la cláusula de exclusión de la mamoplastia tiene un carácter *ambiguo* y que, por lo tanto, no le es oponible a la accionante.

El tratamiento que se hace de este tipo de procedimientos quirúrgicos relacionados con la modificación de los senos en el contrato de prestación de servicios de salud desarrollado por la entidad accionante tiene como efecto desconocer la buena fe contractual, pues impide que se determine con claridad cuáles son las exclusiones de los servicios de salud del programa de medicina prepagada antes de suscribir el plan. No puede afirmarse por ello que la accionante se adhirió al contrato contando para ello con información suficiente y transparente.

En consecuencia, la entidad accionada debe asumir la responsabilidad sobre la prestación del servicio quirúrgico requerido por la accionante. Ello es posible puesto que las cirugías mamarias están cubiertas por el plan de medicina prepagada a los usuarios que iniciaron el servicio por lo menos trece meses antes

de la solicitud de la cirugía. En este caso, Coomeva Medicina Prepagada certificó que la accionante se encuentra activa dentro del plan de medicina prepagada desde 1998, esto es, desde hace más de diez años.

La última providencia judicial emanada de la Honorable Corte Constitucional estudiada y reseñada en la presente línea jurisprudencial es la **Sentencia T-285 de 2011**, proferida el 14 de abril, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; en ella la Sala Sexta de Revisión, examina el caso de una mujer afiliada a Coomeva EPS, en calidad de beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quien señala que padece de hipertrofia mamaria que le genera problemas afectando su columna y cintura. En consecuencia su médico tratante *decidió que es menester una mamoplastia reductora con reconstrucción mamaria tratamiento bilateral de glándula supernumeraria*". Él *diligenció el formato de solicitud y justificación de la mamoplastia reductora*", pero ésta fue negada por encontrarse excluida del POS. Aduce que no tiene los recursos económicos para sufragar el costo de la cirugía y solicita que se ordene a Coomeva EPS que le realice la mamoplastia reductora por hipertrofia mamaria, y le cubra el tratamiento integral.

En vista de lo anterior, la Sala entra a dilucidar el problema jurídico consistente en establecer si Coomeva EPS, ha vulnerado los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida digna de la accionante, por negarse a autorizar la práctica del procedimiento de mamoplastia de reducción, debido a una *"hipertrofia mamaria"* que padece y debe ser atendida con urgencia. Para efectuar tal análisis inicia reiterando la jurisprudencia atinente a la fundamentalidad del derecho a la salud.

Posteriormente menciona las reglas jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS, afirmando:

La jurisprudencia ha señalado unos criterios, que el juez de tutela deberá observar cuando frente a medicamentos, procedimientos e intervenciones excluidos del

POS, pero imprescindibles para la preservación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o práctica. En los casos en los cuales las personas requieran de un tratamiento, examen, intervención o medicamento, pero las entidades prestadoras del servicio de salud lo niegan con fundamento en que no está contenido en el POS, la acción de tutela es procedente si se afectan derechos fundamentales y se acreditan los requisitos señalados.

La importancia de esta sentencia radica en que establece las diferencias entre mamoplastia reductora de carácter estético y funcional, a efectos de determinar la necesidad y amparo del procedimiento que se está requiriendo, frente a este aspecto expresó:

Esta corporación ha proferido y avalado las decisiones de tutela que ordenan practicar la cirugía de mamoplastia reductora, considerada como estética, y por tanto excluida del Plan Obligatorio en Salud, en el evento en el que se encuentre demostrado que está destinada a poner fin a afecciones ocasionadas por la hipertrofia mamaria, siendo su objetivo primario curar una dolencia, así conlleve el efecto secundario de mejorar la apariencia corporal. En ese sentido, se han diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales. De esa manera, esta Corte ha reconocido que ante las consecuencias secundarias que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción deja de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a ciertas dolencias. Así esta corporación ha señalado, en varios pronunciamientos, que la realización de esta cirugía disminuye o cura las secuelas dañinas de la hipertrofia mamaria, como cervicalgia, dorsalgia y alteraciones en la columna vertebral. Ante la prescripción médica de este procedimiento, cuya realización se reclama por vía de la tutela, se debe verificar que la situación, condiciones y circunstancias particulares, encuadren dentro de los parámetros jurisprudenciales anteriormente descritos, a fin de establecer si la

misma no es de carácter meramente estético o cosmético, sino que es necesaria para objetivos funcionales del paciente, lo cual dará lugar a la protección de los derechos mencionados, evento en el cual se deberá ordenar la práctica de la cirugía, a pesar de estar excluida del POS.

Luego de ese análisis la Corporación afirma que si bien el concepto del médico tratante es el principal criterio para determinar el servicio que se requiere, no es el único, puesto que en la acción de tutela puede considerarse aquél generado por un médico externo si la entidad no lo desvirtuó científicamente, lo enunció así:

El servicio que se requiere puede estar o no dentro del plan obligatorio de salud. En ambos supuestos, la jurisprudencia constitucional ha estimado que ello debe ser decidido por el médico tratante, al ser la persona capacitada, con fundamentos científicos y que conoce al paciente, hallándose adscrito a la entidad encargada de la prestación; por ende, en principio, se ha negado el amparo cuando no se cuenta con su concepto. Sin embargo, esta regla no es indefectible puesto que, en algunos casos, no aceptar el criterio de un médico externo, puede convertirse en una barrera contra el acceso al derecho constitucional a la salud. Ello ha ocurrido, por ejemplo, cuando la entidad responsable tuvo conocimiento de dicho concepto, pero no lo descartó con base en información científica y en la historia clínica particular sea porque se valoró inadecuadamente a la persona; o hubo ausencia de evaluación médica por parte de los especialistas que sí estaban adscritos, sin importar el argumento que originó la mala prestación del servicio; o el médico tratante que había realizado la auscultación dejó de estar vinculado a la entidad que inicialmente aceptó su dictamen.

En consonancia con lo expuesto, la Corte Constitucional protege el derecho a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la accionante, profiriendo la orden respectiva a Coomeva EPS para que autorice evaluación médica especialista y tratamiento o cirugía de mamoplastia reductora a la beneficiaria.

Tabla 1. El Juicio Constitucional de Protección del Derecho a la Salud en Mujeres que Requieren Pexia o Reducción Mamaria

<b><i>El juicio constitucional de protección del derecho a la salud en mujeres que requieren pexia o reducción mamaria</i></b>			
¿En sus fallos la Corte Constitucional reconoce el derecho a la salud de las mujeres que requieren intervención quirúrgica denominada pexia o reducción mamaria?			
<b>SI</b>			<b>NO</b>
<p>Porque en dichos eventos lo que se busca proteger es el derecho a la salud en conexidad con la vida digna, la integridad física y cumplir con el postulado de evitar tratos, crueles inhumanos o degradantes, pese a que tal tratamiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.</p>	❖	T – 102 – 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell	<p>Cuando se trata de asuntos que no tienen como fin uno funcional sino estético o cosmetológico y sus consecuencia. Tampoco cuando no se acreditan los requisitos legales mínimos para consolidar el derecho a la salud en uno subjetivo.</p>
	♣	T – 119 – 2000 M.P. José Gregorio Hernández	
	♦	T- 1251 -2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero	
	♦	T – 070 – 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis	
	♦	T – 389 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño	
	♦	T- 461 – 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra	
	♦	T – 577 – 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil	
	♦	T - 935 – 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra	
	♦	T - 531 – 2004 M.P. Jaime Araujo Renteria.	
	♦	T - 948 – 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.	
	♣	T - 913 – 2005 M.P. Clara Inés Vargas	
		♦	T- 568 – 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

	<p><b>Hernández.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ T -452 – 2007 M.P. Alvaro Tafur Galvis.</li> <li>◆ T -755 – 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.</li> <li>◆ T- 888 – 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto</li> <li>♠ T-517 - 2008 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández</li> <li>♠ T-584 - 2010 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto</li> <li>◆ T-134 - 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva</li> <li>♠ T-285 - 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ T-539 - 2007M.P.Nilson Pinilla Pinilla</li> <li>◆ T-1039 - 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio</li> </ul>	
--	---	---	--

Fuente: La presente investigación – Año 2012

Nota: Los signos:

- ❖ Indica una sentencia MADRE dentro de la línea.
- ♠ Indica una sentencia HITO dentro de la línea
- ◆ Indica una sentencia sobre el tema

## 2.2. EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN MUJERES QUE REQUIEREN IMPLANTES MAMARIOS EN ARAS DE GARANTIZAR SU VIDA DIGNA.

El máximo tribunal constitucional en el caso de la protección constitucional del derecho a la salud de mujeres que requieren implantes mamarios ha reiterado la jurisprudencia referente a la materialización del principio de dignidad humana, cuando resulte que tal negativa vulnera el ejercicio de derechos fundamentales como el proyecto de vida de una persona y las relaciones interpersonales se ven afectadas.

En este sentido, en la **Sentencia T-572 de 11 de agosto de 1999**, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, se conoció el caso de una mujer que interpuso Acción de tutela contra La Nación, representada por el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la dignidad, a la salud y de la mujer, porque no le autorizaron el implante de prótesis mamarias, así como *“los tratamientos médicos, farmacéuticos, terapéuticos y psicológicos conexos o complementarios”*.

Dentro de los supuestos fácticos relevantes se encuentran que la accionante es una mujer joven, de 29 años de edad, esposa de un teniente del ejército, y por ello, beneficiaria del servicio médico que dicha institución le presta a sus afiliados. En virtud de ello, por presentar dolencias en sus senos, fue diagnosticada una enfermedad fibroquística de seno, la cual fue tratada con hormonas, en un principio, pero que después le fue recomendado otro tratamiento que buscaba extirpar los quistes a través de una *“mastectomía subcutánea”*, a ella se le explicó que debido a lo grande de los quistes, le quedarían unas cavidades que deberían ser reconstruidas con la implantación de unas prótesis mamarias Sin embargo, el procedimiento que se le realizó, sin haberlo autorizado fue el de *“resección total”*

de los dos senos, pero sin implantes. Por lo cual los solicitó, pero le fueron negados aduciendo que era una intervención de carácter estético excluida del Plan de Servicios de Sanidad del Ejército, lo que le ha causado vulneración a sus derechos a la integridad física y psíquica y deterioro en sus relaciones conyugales.

En primera instancia se denegó la tutela, por considerar que no existía violación de derechos fundamentales.

El problema jurídico que la Corte afronta consiste en determinar si a través de la tutela se puede ordenar el implante de unas prótesis mamarias, con miras a restablecer su integridad física, moral y psicológica, y con ello su dignidad humana.

Efectivamente la Corte determina que el derecho a la salud debe ser protegido por medio de la Acción tutelar cuando está en relación directa con el derecho a la vida, con fundamento en el principio de dignidad humana, y por lo tanto no es aplicable la exclusión de la cirugía de implante de senos como cirugía estética.

En este sentido, reiteró lo contenido en la sentencia T-102 de 1998, en consecuencia, consideró que con el implante de prótesis mamarias se restablecía no sólo la integridad física de la actora sino también su integridad emocional y psicológica. Se recalcó en que no siempre las intervenciones estéticas tienen fines cosméticos o de embellecimiento y por consiguiente no todos los procedimientos estéticos pueden tenerse en tanto excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Aquellas 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 y no pueden catalogarse como intervenciones superfluas con fines de embellecimiento:

Bajo los anteriores supuestos, la Sala estima que además del tratamiento quirúrgico consistente en la implantación de las prótesis mamarias que requiere la actora, se deberá ordenar el tratamiento psicológico que le garantice una reafirmación de su autoestima y carácter femenino, los cuales han resultado bastante afectados con la mutilación de la que ha sido objeto, tal como han recomendado los médicos legistas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conforma a las pruebas recaudadas dentro del expediente a folios 58 al 65.

En consecuencia la Corte, inaplica las disposiciones legales que excluyen estos tratamientos estéticos, pues no lo son en el presente caso, teniendo en cuenta a parte de los argumentos esbozados con anterioridad la prevalencia de los derechos de la mujer, y en consecuencia ordena la programación de la cirugía solicitada así como todos los tratamientos médicos, farmacéuticos, terapéuticos y psicológicos que la precedan. Así como también oficiar a las autoridades competentes a fin de determinar la posible responsabilidad médica de los profesionales que participaron en la intervención de resección de senos sin consentimiento de la tutelante.

En Sentencia **T-888 de 25 de octubre de 2007**, Ponencia Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, se estudia el caso en el que se solicita a los derechos fundamentales a la vida, la igualdad y la dignidad humana, de mujer que padece hipertrofia mamaria, lo que le ocasiona problemas de salud, principalmente a nivel de la espalda, el médico tratante determinó la accionante requería de carácter urgente cirugía denominada mamoplastia reductora bilateral, tratamiento negado por la EPS pues considera que se trata de un procedimiento de tipo estético no incluido en el POS.

La Corte Constitucional ha manifestado que para inaplicar la reglamentación sobre limitaciones o exclusiones del P.O.S., es preciso verificar el cumplimiento de una serie de requisitos que la jurisprudencia ha sintetizado de la siguiente manera:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

“2ª. Que se trate 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.

“3ª. 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 prepagados, etc.).

“4ª. 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.”

Con todo, siempre se ha señalado en las órdenes judiciales dictadas a las E.P.S. que éstas podrán reclamar el reembolso de las sumas pagadas por los servicios prestados o los medicamentos entregados, los cuales no estaban legalmente obligadas a asumir, reclamación que podrán hacer efectiva ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA.

En esa medida y verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos por la accionante, se ordena la realización de la cirugía de mastectomía reductora bilateral y reconstrucción mamaria con colgajo en aras de la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

Por su parte, la **Sentencia T-626 de 26 de junio de 2008**. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, expone el estudio del asunto jurídico bajo estos supuestos fácticos, la señora Ángela Vélez - accionante -, es una persona discapacitada que sufrió de cáncer de seno, a quien hace aproximadamente 25 años se le realizó una cirugía estética de mamas.

La accionante señala que en el año 2004 padeció de cáncer en el seno derecho y fue intervenida quirúrgicamente. Este tratamiento fue asumido por Cafesalud Medicina Prepagada. Posteriormente, en el año 2006 desarrolló cáncer en el seno izquierdo y fue sometida a quimioterapia y radioterapia. En razón a estos tratamientos, *“se rompió y se capsuló la prótesis”*, y en consecuencia su médico tratante ordenó *“reconstrucción de mama con colgajo libre con técnica microvascular”*.

Solicita se ordene a Cafesalud, Medicina Prepagada, realice el procedimiento médico ordenado, así como la totalidad del tratamiento integral que se requiere para la recuperación de su salud, sin que se le oponga el pago de copagos.

En la presente ocasión, corresponde determinar a la Sala si los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante están siendo vulnerados por Cafesalud, Medicina Prepagada, al negarse a suministrar un procedimiento ordenado por su médico tratante, aduciendo que se trata de una preexistencia.

Para resolver este problema jurídico, la Sala reitera la jurisprudencia que ha proferido, en relación con el derecho a la salud, en especial frente a las personas con alguna clase de discapacidad, teniendo en consideración que la accionante sufre de poliomielitis.

Por tanto respecto del derecho fundamental a la salud y su relación con las personas que se encuentran en una situación especial dada su discapacidad, afirmó:

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho a la salud, entendido no sólo como la simple posibilidad de existir, sino la vida en condiciones dignas que permitan a la persona desarrollar al máximo las facultades inherentes al ser humano, en la medida de lo posible. De esta forma, se garantiza el artículo 49 de la Carta Política que establece que el Estado debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios médicos tendientes a la recuperación de la salud.

De otra parte, la protección constitucional del derecho a la salud se encuentra reforzada cuando la persona sufre de alguna clase de discapacidad, toda vez que entra en juego el mandato constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, en razón de su debilidad física o mental.

Se concluye entonces que la igualdad de oportunidades no sólo implica la ausencia de discriminaciones, sino también ayuda efectiva para que quienes se encuentren en situación de inferioridad o desventaja puedan remediarlas eficazmente.

Aunado a lo anterior, realiza una remembranza en la Sentencia T-065 de 2004, en la que señaló que aquellos procedimientos que no han sido expresamente

excluidos del contrato de medicina prepagada deberán ser cubiertos en forma integral por la entidad prestadora de salud prepagada.

En consecuencia, la Honorable Corte Constitucional decide conceder la tutela a los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de las señora Vélez, por tanto ordena a Cafesalud, Medicina Prepagada, que autorice el procedimiento *“reconstrucción de mama con colgajo libre con técnica microvascular”* a la señora Vélez y preste los servicios, tratamientos y procedimientos médicos para el tratamiento del cáncer, de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante adscrito a la entidad.

En **Sentencia T-1176 de 2 de diciembre de 2008**, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional estudia el caso de un mujer de 53 años de edad, que se encuentra afiliada a la EPS Salud Total como cotizante, es paciente con antecedente de MASTECTOMÍA BILATERAL, como consecuencia de un Cáncer Bilateral de seno, por lo cual ha sido necesario el uso de brassier con prótesis. Su médico tratante le ordenó RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON PRÓTESIS y aduce que al solicitar autorización a Salud Total E. P. S. dicha entidad se negó a aprobar el procedimiento, por no estar previsto en el POS. Señala que carece de los recursos necesarios para cubrir los costos de esta operación y que tal intervención es fundamental para vivir en condiciones de dignidad. En consecuencia, solicitó la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad.

De tal manera que la Honorable Corporación al resolver este particular debe determinar si la E. P. S. Salud Total 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

aparición 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: (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, efectúa una reiteración jurisprudencial.

Entratándose del derecho a la salud como derecho *iusfundamental* mencionó:

20.- En este lugar resulta preciso advertir, de nuevo, que así como ocurre con la totalidad de los derechos fundamentales, el derecho a la salud se encuentra vinculado con otras garantías en virtud del nexo profundo que comparten estas libertades, el cual les comunica el norte ideológico que comparten, que no es otro distinto, a obtener la cabal realización del **principio de dignidad humana**. De este modo, el derecho a la salud guarda una estrecha relación con los derechos fundamentales a la **integridad personal** y a la **vida en condiciones de calidad y de dignidad**, entre otros. Puestas así las cosas, es necesario resaltar que dicha relación de articulación tan sólo indica la unidad de propósito que recorre el conjunto de derechos reunidos bajo el signo de *los derechos fundamentales*. Lo anterior significa que la alteración de una determinada garantía –en este caso, el derecho a la salud- de manera ineluctable concluye en la afectación de otros derechos que la rodean.

La anterior consideración pone de presente en el caso particular del derecho bajo estudio que el carácter fundamental del derecho a la salud no puede depender de una alegada relación de conexidad con otros derechos fundamentales pues dicha exigencia trae consigo dos proposiciones que suscitan serios reparos: (i) en primer lugar, por esta vía se niega la naturaleza *iusfundamental* del derecho a la salud,

en la medida en que se demanda la acreditación de un vínculo con un derecho del cual sí se pueda predicar efectivamente tal carácter; (ii) en segundo término, como ha sido señalado en esta providencia, en cierta medida tal requisito es un contrasentido dado que una vulneración de un derecho fundamental –cualquiera sea éste- en todos los casos trae consigo la alteración de otras garantías, por lo que en estos eventos siempre se presenta una relación de conexidad.

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

Después de efectuar un análisis libertador del derecho a la salud, se refiere a la obligación de las Entidades Promotora de Salud de suministrar el servicio o llevar a cabo las cirugías de reconstrucción mamaria que las pacientes requieran con fines que apuntan a garantizar una vida digna y de calidad, así:

En la actualidad, la norma que define el contenido en mención es la Resolución 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*. Según el artículo 70 de la Resolución 5261 de 1994 dentro del POS está prevista la cirugía de reconstrucción de seno (Cirugía reparadora de seno que incluye reconstrucción de areola, pezón).

25.- Con base en la interpretación aislada de esta norma, podría pensarse que la RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON PRÓTESIS “no se encuentra incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud y que por ende, las entidades integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud, no están obligadas a suministrarla con cargo a la Unidad de Pago por Capitación -U. P. C.-. Sin embargo, una lectura de lo dispuesto en la resolución a la luz de los preceptos constitucionales así como de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional resulta, a juicio de la Sala, suficiente para que las entidades encargadas del suministro de este servicio se abstengan de negarlo, conducta que vulnera en forma evidente el derecho fundamental a la salud de sus usuarios (as).

Después de reparar en el fundamentos jurisprudencial que la misma Corte respecto de esta temática ha plasmado en las Sentencias T-038 de 2007, T-572 de 1999, T-102 de 1998, y T-499 de 1992, y mediante las cuales se protegen los derechos fundamentales de las accionantes ordenando a las entidades respectivas realicen las cirugías e implantes prescritos por los médicos tratantes, concluyó:

28.- Puestas de esta manera las cosas, se tiene que en aquellos eventos en los que la intervención ordenada por los/las Médicos (as) tratantes se relaciona con el implante de prótesis mamarias cuyo objeto no es embellecer a la persona sino reconstruir los senos que han sido previamente afectados por intervenciones dirigidas a extirpar tumores malignos - lo que trae consigo no solo consecuencias de orden físico o funcional sino afectaciones psicológicas y estados depresivos – la necesidad de cubrir estas intervenciones aparece de bulto. Tanto es esto así que la Corte ha ordenado, incluso, una asistencia psicológica para quienes se enfrentan a una situación de este tipo.

Por ello y considerando que lo debatido "no se trata de un procedimiento cosmético o superfluo pues - como se deriva de las pruebas allegadas al expediente – se endereza más bien a restablecer la apariencia normal de la peticionaria y a ponerla en condiciones que le permitan llevar una vida digna y de calidad. El médico tratante no recomendó la cirugía para que la actora luciera más bella sino para que recuperara su apariencia normal", se ordena a EPS Salud Total autorice la reconstrucción mamaria con prótesis a favor de la accionante.

Tabla 2. El Juicio Constitucional de Protección del Derecho a la Salud en Mujeres que Requieren Reconstrucción Mamaria?

<b><i>El juicio constitucional de protección del derecho a la salud en mujeres que requieren reconstrucción mamaria?</i></b>			
<b>¿En sus fallos la Corte Constitucional reconoce el derecho a la salud de las mujeres que requieren reconstrucción mamaria?</b>			
<b>SI</b>			<b>NO</b>
<p>Porque en dichos eventos lo que se busca proteger es el derecho a la salud en conexidad con la vida digna, la integridad física y cumplir con el postulado de evitar tratos, crueles inhumanos o degradantes, pese a que tal tratamiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ T- 572 – 1999 M.P. Fabio Morón Díaz</li> <li>◆ T-888 - 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto</li> <li>◆ T-626 - 2008. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra</li> <li>♣ T-1176 – 2008. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto</li> </ul>		<p>Cuando se trata de asuntos que no tienen como fin uno funcional sino estético o cosmetológico y sus consecuencia. Tampoco cuando no se acreditan los requisitos legales mínimos para consolidar el derecho a la salud en uno subjetivo.</p>

Fuente: La presente investigación – Año 2012

Nota: Los signos:

- ❖ Indica una sentencia MADRE dentro de la línea.
- ♣ Indica una sentencia HITO dentro de la línea
- ◆ Indica una sentencia sobre el tema

### **2.3. EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN MUJERES QUE REQUIEREN PROCEDIMIENTOS MÉDICOS PARA DESCARTAR Y TRATAR CÁNCER DE SENO.**

La Corte Constitucional al abordar el tema de la protección constitucional del derecho a la salud de personas que requieren tratamientos, exámenes o ayudas diagnósticas, para tratar padecimiento de sus mamas, o cáncer de seno, ha manejado un criterio de avanzada, especialmente basándose en la prevalencia del derecho sustancial y especialmente de la fundamentalidad de los derechos para este grupo poblacional vulnerable que requiere la especial protección estatal.

En los años 2002 y 2003 no existen sentencias que difieran sustancialmente a la jurisprudencia reiterada que sobre el tema la Corte Constitucional ha esbozado, es así como en la **Sentencia T-210 de 20 de marzo de 2002**, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en donde una mujer beneficiaria del sistema de salud subsidiado interpone la acción de tutela contra la Secretaría de Salud del Tolima. Entre los hechos más relevantes se encuentran que la mujer requiere un examen denominado “*ventriculografía gamográfica*” y quimioterapia como consecuencia de la extirpación de un tumor cancerígeno en uno de sus senos, sin embargo, la entidad accionada no le ha otorgado estos servicios, porque manifiesta no contar con el presupuesto necesario para cubrir dichos tratamientos. El juzgado de primera instancia tuteló los derechos invocados y al ser impugnada el juez revocó la sentencia.

La Corte constitucional estableció que no es de recibo el argumento de la Secretaría de Salud el no contar con recursos económicos en detrimento de la salud de la accionante y que por lo tanto era factible otorgar el amparo constitucional:

No puede ampararse la autoridad competente de realizar las actuaciones debidas, con el argumento de la inexistencia de recursos económicos, si se está frente a una situación de urgencia probada, que ponga en peligro evidente la vida de una persona. En estos casos, procede la acción de tutela”.

En el caso concreto, la situación de falta de recursos económicos de la actora es un hecho fuera de toda duda, en la medida en que pertenece al régimen subsidiado. Sobre la gravedad de la enfermedad que padece y el tratamiento que requiere son hechos que no discutió la entidad demandada, por lo que para la Corte hay certeza de que la situación de grave perturbación en la salud de la actora, es la que ella describe en su escrito de tutela, y que acompañó de algunos documentos del Hospital, en donde fue atendida inicialmente. Por ello, hay que concluir que se está ante un perjuicio irremediable, que no permite posponer una decisión al respecto, o esperar, tranquilamente, a que la Nación suministre a la Secretaría demandada los recursos suficientes que requiere.

(...) La Corte, sobre esta actitud indiferente de las autoridades frente a los requerimientos de obtener una pronta resolución, en asuntos tan importantes para la persona, en los que puede estar comprometida la vida u otros derechos fundamentales, ha dicho que no sólo hay vulneración del derecho de petición, sino que constituye un verdadero desconocimiento de la dignidad humana, y, por ende, puede ser protegido a través de la acción de tutela”.

El caso bajo estudio decidido en la **Sentencia T-676 de 21 de agosto de 2002**, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, es el del esposo de una mujer, que actúa como su agente oficioso, quien manifiesta que la E.P.S. Coomeva E.P.S. ha violado los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su consorte, pues se niega a práctica de un tratamiento de *Hemodiálisis y Recuperación vascular*, que ha sido prescrito por el Jefe de la Unidad de cuidados intensivos de la Clínica debido a que después de tres (3) cirugías estéticas: cirugía plástica de aumento de senos,

lipectomía abdominal y lipoinyección glútea, se le presentaron complicaciones tales como “trombosis arterial, isquemia severa e insuficiencia renal, estando en peligro la integridad de sus miembros inferiores (uno de los cuales ya fue amputado desde la cadera y en el otro se le amputaron parcialmente los dos dedos), su sistema respiratorio y riñones”.

La Corte considera que en este caso es constitucional la aplicación del artículo 28 del decreto 806 de 1998 sobre exclusiones del POS para aquellas cirugías estéticas y complicaciones que de las mismas se deriven cuando estas no tienen un fin funcional:

(...) Excepcionalmente cuando dichas exclusiones se refieran a situaciones que pongan en peligro, en un caso concreto, derechos fundamentales, el juez constitucional puede ordenar el amparo pues en ese caso esos límites deben ceder ante la necesidad de salvaguardar el derecho fundamental afectado.

El juez constitucional antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional<sup>20</sup>, para que proceda el amparo por vía de tutela, dichos requisitos son:

1) 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<sup>21</sup>;

---

<sup>20</sup> Ver, entre otras, sentencias SU-111 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-283 de 1998, T-560 de 1998 y T-409 de 2000.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2) Que se trate 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;

3) 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 prepagados, etc.).

4) Finalmente, 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.

El Alto Tribunal consideró que no le habían sido negados los tratamientos y procedimientos médicos requeridos por la accionante, y que por tal motivo no se encontraban vulnerados derechos de carácter fundamental, además estableció que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues la señora en mención cometió una imprudencia al realizarse tres cirugías plásticas sin la observancia de sus particulares condiciones, además porque no solicitó a médico alguno de la entidad concepto científico para su realización, además los recursos públicos no pueden ser invertidos en estos eventos pues ello significa disminución de los recursos de la población pobre y vulnerable.

Se estableció que los supuestos fácticos de este caso en concreto, no permiten aplicar la jurisprudencia imperante en este tema:

Por lo tanto y como se ha podido verificar la situación, condiciones y circunstancias particulares de la protección vía tutela para los casos de

“mamoplastia reductora” difiere considerablemente del caso en comento, por lo cual no le es aplicable la jurisprudencia constitucional citada por el actor, la cual no constituye un precedente como se afirma en sus argumentos y no cabe por tanto, reiterarla.

En la **Sentencia T – 921 de 9 de octubre de 2003**, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, se trata el tema de una mujer afiliada a SALUDCOOP E.P.S. de 52 años de edad, beneficiaria de su esposo y con escasos recursos económicos a quien debido a que presenta una masa en el seno izquierdo que le produce un intenso dolor, el médico tratante, perteneciente a esa entidad, le ordenó el 23 de abril de 2003, la realización de una *“Ecografía Mamaria y una Biopsia Esterotóxica de Mama izquierda”* con el fin de descartar un posible cáncer, el segundo examen le fue negado argumentando que existe otro procedimiento consagrado en el POS que cumple la misma finalidad que es descartar la existencia de un cáncer. El juez de primera instancia denegó el amparo deprecado.

La Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia de la protección constitucional al derecho a la salud cuando se encuentre en conexidad con el derecho a la vida, y además cuando quien lo solicite sea una persona de la tercera edad, por cuanto, en este caso se otorga una protección especial, máxime cuando depende del examen solicitado desechar la posibilidad de que padezca una enfermedad mortal como lo es el cáncer:

La labor del juez no puede circunscribirse a considerar la vida tan sólo como la existencia biológica o la simple conservación de los signos vitales sino que debe tener presente que el concepto de vida es más amplio, pues ésta se encuentra directamente relacionada con la dignidad de la persona. El ser humano tiene derecho a gozar de una vida digna, es decir, a poder desarrollar todas las facultades que como ser humano le son inherentes. Así las cosas, el derecho fundamental a la vida puede resultar violado y como tal merece ser

protegido por vía de tutela cuando se desconoce el derecho de la persona a tener una vida digna”

(...) Ya ha manifestado esta Corporación que el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema de salud no se limita simplemente a demandar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica ni al suministro de medicinas por parte de las entidades encargadas de la prestación del servicio, sino que incorpora el derecho al diagnóstico, es decir “la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.

Ante la disyuntiva y diversidad de criterios entre el médico tratante y personal administrativo de la entidad el que prevalece es el criterio del primero:

Cuando se niega la realización de un examen de diagnóstico que se requiere para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja al paciente o para precisar su nivel de afectación y así determinar el tratamiento necesario a seguir, se está poniendo en peligro su derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida<sup>22</sup>.

Ese criterio al cual debe acudir el juez es el dictamen del médico tratante, toda vez que es quien tiene los conocimientos científicos y calificados para opinar sobre el asunto y es quien, por pertenecer o estar adscrito a la entidad prestadora de salud, está facultado para actuar en su nombre. Sin ese concepto

---

<sup>22</sup> M.P. TAFUR GALVIS, Alvaro. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-627 del 8 de agosto de 2002 y M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. T-845 del 10 de octubre de 2002.

el juez no tiene las suficientes herramientas para adoptar la decisión<sup>23</sup> y que ese dictamen prevalece sobre los conceptos que del caso emitan otros médicos ajenos a la E.P.S.<sup>24</sup>. Así mismo, ha expresado que la opinión del médico tratante, si entra en colisión con la manifestada por el personal administrativo de la entidad prestadora de salud, prevalece y el juez debe tener en cuenta prioritariamente aquélla y desechar esta última<sup>25</sup>, salvo que se demuestre con base en pruebas médicas empíricas, que refuten el concepto del médico tratante, que el medicamento o el tratamiento requerido no es necesario<sup>26</sup>.

Es claro que, aunque no sea ostensible la afectación directa de la vida de la paciente por la no realización del examen prescrito por el médico tratante, lo cierto es que el mismo tiene como finalidad descartar la existencia de una lesión maligna, de un cáncer. Enfermedad que si es detectada en su etapa temprana su tratamiento puede ofrecer mejores resultados.

Con el fin de evitar perpetuar las dolencias de la persona y someterla a tratamientos que repercutan negativamente en su condición de salud de la accionante, se concedió la tutela.

A su vez, en Sentencia **T-782 de 14 de septiembre de 2006** con ponencia del Dr. Jaime Araújo Rentería, analizo el caso de una mujer que manifiesta que después de un embarazo se le formaron dos senos accesorios ubicados cerca de las axilas. Posteriormente el médico tratante determinó que era necesaria la resección de lo que se denominó “Politelia derecha a nivel axilar y glándula mamaria supernumeraria izquierda con pezón incluido”.

---

<sup>23</sup> M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Ver la Sentencia T-378 del 3 de abril de 2000.

<sup>24</sup> M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Puede verse la Sentencia T-665 del 10 de diciembre de 1997

<sup>25</sup> M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro Se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-179 del 24 de febrero de 2000. T-378 del 3 de abril de 2000 M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro y T-344 de 2002, ya citada.

<sup>26</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-170 de 2002, ya citada.

Advierte la E.P.S. accionada que de conformidad con jurisprudencia de la Corte Constitucional el derecho a la salud será amparable por vía de la acción de tutela cuando quiera que adquiera el rango de fundamental por conexidad con derechos como la vida y otros de carácter fundamental. Si no se presentará dicha conexidad con derechos de tal categoría, la protección constitucional por vía de tutela, resulta improcedente, así, cuando los tratamientos médicos, quirúrgicos y la entrega de medicamentos guarden directa relación con la protección de un derecho fundamental que se encuentre en conexidad con el derecho a la salud, éste último será amparable por esta vía judicial.

El juez de primera instancia negó el amparo constitucional solicitado por considerar que el derecho a la salud es fundamental siempre y cuando se encuentre en una relación de conexidad con algún derecho como la vida, adicional a lo anterior la accionante no demostró su incapacidad económica para asumir el costo del tratamiento médico recomendado, presupuesto indispensable para que la acción de tutela resulte procedente en la reclamación de servicios de salud excluidos del P.O.S., por tal motivo la tutela en este caso resulta improcedente.

Corresponde a la sala determinar si la E.P.S. accionada, al negar la realización de un procedimiento quirúrgico excluido del POS, viola los derechos fundamentales de la accionante cuando lo que se pretende es prevenir que en el futuro, la afección que la aqueja y que corresponde a un tumor benigno se torne en un tumor maligno y vea así comprometida su salud y su vida.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte menciona que se debe tener en cuenta el concepto del especialista tratante, si este considera que es necesaria la intervención la EPS debe ordenar el tratamiento así se encuentre excluido del POS, como en efecto ocurrió en este caso, se tutela el derecho a salud en conexidad con la vida de la accionante.

Al respecto la Corte señaló:

...Los derechos a la salud y a la seguridad social contenidos en la Constitución Política, tienen la categoría de derechos prestacionales o de segunda generación, cuyo desarrollo programático no permite, por regla general, que las personas reclamen del Estado una pretensión subjetiva. No obstante, tal y como lo ha señalado la sentencia SU-819 de 1999, proferida por esta Corporación, “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.

En consecuencia, cuando para garantizar el derecho a la vida, la persona reclama la protección de su derecho a la salud por vía del amparo constitucional, hace de este mecanismo la vía más adecuada y expedita para ello, permitiendo así la prestación oportuna y eficaz de servicios en salud representado en el suministro de medicamentos, en la realización de exámenes de diagnóstico, en la práctica de intervenciones quirúrgicas y en todos aquellos procedimientos médicos que permitan garantizar la vida de la persona a través de la preservación de su salud.

En consideración a lo anterior, la Corte en casos similares ha establecido eventos en los cuales se puede inaplicar la reglamentación expedida por el CNSSS en la que se contemplan las exclusiones y limitaciones a la prestación de un servicio médico, cuando quiera que dicha “reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas”, los eventos son:

1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la

vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

2ª. Que se trate 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.

3ª. 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 prepagados, etc.).

4ª. 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.”

La Corte estableció que el juez de tutela debe tener en cuenta el criterio del médico tratante, por dos razones: por cuanto el conocimiento científico del médico tratante, lo hace la persona más calificada para dar una opinión puntual y exacta sobre la patología que aqueja al paciente, y porque al ser el médico que ha venido tratando al paciente, conoce de manera directa y específica la evolución e historia clínica, permitiéndole dar un concepto científico más ajustado a la particularidad del caso médico. Pero además, debe advertirse que por ser médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente, el médico tratante tiene la competencia para actuar en nombre de la E.P.S.

Entonces, el dictamen dado por el médico tratante es de vital importancia en un trámite judicial, pues a partir del mismo el juez constitucional puede impartir las

órdenes que garantizarán la efectiva protección de los derechos fundamentales del paciente a quien le ha sido negada la atención en salud.

Bajo estos criterios la Corte tutelo los derechos fundamentales de la actora.

En la **Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008**, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Segunda de Revisión de la Honorable Corte Constitucional decide sobre veintidós acciones de tutela instauradas por diferentes ciudadanos principalmente contra Entidades Promotoras de Salud, a fin de buscar una protección de sus derechos fundamentales que les permita en algunos casos obtener un buen estado de salud, y en otros sobrellevar la enfermedad catastrófica que los aqueja en aras de lograr una vida digna. Aunado a ello, la importancia de este pronunciamiento radica en que se efectúan una serie de órdenes, requerimientos, amonestaciones y exigencias a diferentes instituciones estatales y privadas debido al creciente índice de tutelas que cantidad de personas se han visto obligadas a instaurar con el objetivo de buscar justicia, la eficacia de sus derechos y porque no la orden de un juez constitucional que les permita sobrevivir, índice que refleja una decadencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al cual la Corte Constitucional pretende, sino salvar, por lo menos coadyuvar en su auxilio, pues se ahoga gracias a la negligencia, desidia y corrupción de sus propios administradores.

Frente al escenario que nos ocupa, cabe mencionar que se resaltarán la ratio decidendi correspondiente a los casos de aquellas prácticas quirúrgicas relacionadas con cirugías de mamas o seno, tratados en esta importantísima sentencia.

En primera instancia, la Corte Constitucional afirma que siendo el derecho a la salud un derecho constitucional fundamental, lo ha protegido por tres vías, así:

La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general 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 y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

Posteriormente, se realiza una recopilación de ejemplos que permiten demostrar la inexistencia del amparo por vía de tutela en casos para los cuales, según la Corporación, no se está afectando la vida o salud del gestor. En consecuencia, menciona:

3.5.2. A continuación se recuerdan algunos de estos ejemplos en los cuales la Corte ha negado la acción de tutela admitiendo que el servicio de salud prescrito por el médico no está en el POS y la Constitución no ordena que sea autorizado porque su exclusión no desconoce aspectos importantes de la salud o de la vida del interesado:

(i) *Servicios de salud estéticos*: En sentencia T-749 de 2001,[90] se negó una cirugía reconstructiva mamaria a una mujer que quería mejorar la apariencia física de sus senos. En sentencia T-490 de 2006,[91] se negó una depilación por láser a un hombre que padecía de Pseudofoloculitis de la Barba, enfermedad que consiste en que los vellos de la barba se le incrustan en la piel, por lo cual el actor se veía forzado a sacárselos con un alfiler. En sentencia T-198 de 2004,[92] se negó una cirugía plástica a una mujer que tras haber recibido tratamiento por un

herpes infeccioso se le diagnosticó cicatriz irregular antiestética sobre el ala nasal izquierda. Esta Corporación adujo que de acuerdo a lo indicado por el médico tratante, se trata de una operación que no está dirigida a lograr la recuperación funcional de la demandante, sino que persigue exclusivamente fines estéticos. En sentencia T-676 de 2002,[93] la Corte negó tratamientos originados como consecuencia de complicaciones de cirugía estética. En sentencia T-073 de 2007,[94] se concluyó que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante, no fueron vulnerados por la entidad demandada al negar el medicamento para el acné ordenado por su médico tratante, no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud. La Juez de Instancia concluyó que la afección a la salud que padece el menor no vulnera ni pone en riesgo su salud, su vida o su integridad personal. Se trata de una enfermedad común de la adolescencia y no hay indicio en el expediente de que la situación del menor sea especialmente grave, además la demandante no probó que no pueda pagarlo, ni impugnó el fallo, ni aportó las pruebas solicitadas. En sentencia T-476 de 2000,[95] la Corte negó una mamoplastia reductora porque no tiene fines terapéuticos ni se afecta la salud de la demandante. En sentencia T-539 de 2007,[96] negó una mamoplastia reductora porque no existe un riesgo inminente y grave, además, no se afecta la salud de la actora. En sentencia T-757 de 1998,[97] la Corte negó una cirugía de quiste sobre ceja derecha que no afecta su vida e integridad personal ni implica limitación funcional. Usualmente la Corte ha considerado que los tratamientos estéticos deben ser costeados por el interesado, así ello represente una carga económica elevada.

En seguida, se entra a estudiar el Expediente T-1310408, donde la accionante interpuso acción de tutela contra Famisanar EPS, por considerar que se violó su derecho a la salud al negársele una cirugía de reducción de busto, ordenada por su médico tratante para enfrentar el malestar que la aqueja (*gigantomastia + déficit funcional dorso lumbar*), en razón a que se trata de un servicio de salud no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud, POS. Sin mayor dificultad la Corte

analiza el caso primero cerciorándose sobre la inclusión o no en el POS del tratamiento solicitado y posteriormente haciendo uso del criterio **servicios de salud que se requieren con necesidad**. Encontrando, respecto del primer punto una respuesta positiva, puesto que con base en el Acuerdo 289 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las cirugías reparadoras de seno hacen parte de los Planes Obligatorios del Régimen Contributivo y Subsidiado siempre que tengan fines reconstructivos funcionales, además ligando este hallazgo con el criterio aducido refirió:

Se trata pues, de un típico caso en el que una entidad, bien sea porque desconoce la regulación vigente, bien sea porque estratégicamente actúa como si no la conociera, se niega a autorizar la prestación de un servicio que alguien *requiere*, por considerar que no está incluido en el plan obligatorio de salud y que, por tanto, no está obligado a brindarlo. Al tratarse de un servicio que sí está en el plan, obstaculizar su acceso es un claro *irrespeto* al derecho a la salud de la persona que lo requiera. Adicionalmente, en caso de que la posición de la EPS logrará salir triunfante, está, seguramente, intentaría repetir contra el FOSYGA por el valor del tratamiento (dentro del proceso Famisanar EPS solicita expresamente que se reconozca el derecho de recobro que le asiste, en caso de ser obligada a garantizar la prestación del servicio requerido por la accionante). Esto quiere decir que la EPS hubiese podido tener la posibilidad de que se le pagara algo no debido, usando para ello los recursos del Fondo de solidaridad, es decir, afectando los recursos para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los más necesitados. En todo caso, como ya se dijo, el hecho de que el servicio no se encuentre incluido dentro del plan obligatorio, no es razón suficiente, en ningún caso, para negar servicios de salud que se *requieran con necesidad*.

(...). Ahora bien, como se puso de presente, en la medida en que el servicio de salud en caso de *requerirse* no tendría un carácter estético, no sería un servicio

excluido del plan obligatorio de servicios y, de acuerdo con la regulación, se ha de entender incluido.

Posteriormente, la Corte Constitucional analiza el expediente T-1320406 referente a una mujer que interpuso acción de tutela en nombre de su hija de 15 años, contra la Clínica Cardiovascular Jesús de Nazareth y el Departamento Administrativo Distrital de Salud, DADIS, por violar el derecho fundamental a la salud de su hija, quien presenta una *hipertrofia de glándulas mamarias*, por lo que se le ordenó la práctica de una cirugía plástica a la que se rehusan llevar a cabo las entidades accionadas. La madre alega que carece de recursos económicos para asumir el costo del servicio de salud requerido, ambas, madre e hija, se encuentran en el nivel 2 del SISBEN.

A efectos de solucionar este caso, y con base en el criterio de "requerir con necesidad un servicio de salud",

La Sala considera que el Departamento Administrativo de Salud Distrital de Cartagena, DADIS, *irrespetó* el derecho a la salud de la niña hija de la accionante, al dejar de tomar las medidas adecuadas y necesarias para determinar si la niña requiere o no *con necesidad* un servicio de salud (*mamoplastia terapéutica*), y para garantizar su acceso efectivo al mismo, en caso de que se determine que sí lo requiere (*ver apartado 4.4.3*). En consecuencia, la Sala resolverá tutelar el derecho a la salud de la hija de la accionante, considerando que se trata pues de un sujeto doblemente protegido, tanto por ser niña (*ver sección 4.5*), como por no estar vinculada plenamente al Sistema de Salud (*ver sección 4.2*).

Finalmente, esta sobresaliente sentencia en materia del derecho a la salud, realiza un significativo aporte jurisprudencial en el sentido de que con base en la casuística y problemática estudiada, elabora "algunas reglas generales para resolver dudas acerca de la pertenencia de un servicio de salud al POS, y otras

reglas específicas aplicables a hipótesis concretas de exclusión", que obviamente inciden en el tema de cirugías relativas a reconstrucciones mamarias, se presentan las que nos atañen directamente de la siguiente manera:

(i) *Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.*<sup>[412]</sup> La aplicación concreta de este criterio se ha orientado a señalar que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud.<sup>[413]</sup> Sobre la justificación de este criterio a la luz del derecho a la salud señaló la Corte: *“El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Lo anterior supone una clara orientación finalista de este derecho, lo que impone la adopción del mismo criterio para efectos de interpretar las disposiciones que regulan la materia. (...) Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos. (...) A esta solución podría oponerse la regla establecida en el artículo 18 literal i) de la misma resolución, conforme a la cual están excluidas las “actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual”. (...) dicha disposición no prohíbe el suministro de los elementos requeridos para realizar el procedimiento, intervención o actividad, sino que prohíbe actividades, procedimientos e intervenciones no contenidas en el manual.”*<sup>[414]</sup>

(ii) *En caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los*

*derechos de la persona, de conformidad con el principio 'pro homine'. En consecuencia, la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. Al respecto la Corte ha señalado que "si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona."<sup>[415]</sup> Por ello, una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con dicho principio."<sup>[416]</sup> Con idénticos efectos la Corte ha señalado que en los casos de duda acerca de si un servicio médico se encuentra excluido se debe acudir a una interpretación que permita el goce efectivo del derecho. Ha dicho que el "*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* sujeta el goce de los derechos definidos en ella al principio de progresividad. Ello supone que únicamente cuando se ha incluido, por así requerirlo el derecho en cuestión, la prestación dentro del sistema de salud (en este caso), éste es exigible. Ello podría llevar a pensar que, aún con las imprecisiones antes indicadas, sólo son exigibles aquellas prestaciones definidas por el Estado, pues de esta manera se asegura que el cubrimiento corresponde al nivel de desarrollo y a los recursos existentes. La Corte comparte este argumento, salvo en los casos de duda. En tales eventos, en atención a los principios pro libertatis y de buena fe en el cumplimiento de los tratados, en concordancia con el principio de dignidad humana, debe preferirse la opción que extienda o amplíe el aspecto de goce del derecho fundamental. Visto en sentido contrario, toda restricción a un derecho debe ser expresa y no dejar asomo de duda. Tal es la carga que debe asumir el garante del derecho."<sup>[417]</sup><sup>27</sup>*

Recuerda la Sala que frente a las cirugías plásticas o con fines de embellecimiento la regulación sí ha previsto un criterio de interpretación según el cual, *las cirugías*

---

<sup>27</sup> Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2088/t-760.08htm>. con acceso 23 de noviembre de 2011.

*plásticas enunciadas en la Resolución 5261 de 1994 que tengan finalidad reconstructiva funcional se encuentra incluidas en el POS y deben ser suministradas por las EPS sus usuarios.*<sup>[418]</sup> Así por ejemplo se encuentran incluidas en el POS las cirugías reparadoras de seno, el tratamiento para paladar hendido y labio fisurado y el tratamiento para gran quemado.

*xi) Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad.* Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que *requiere con necesidad*, como ocurre por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. En el mismo sentido, las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.

No sobra mencionar que para construir tan bella sentencia, nuestra Corte Constitucional efectuó un juicioso análisis de la Recomendación general N° 24 de 1999 sobre 'la mujer y la salud, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, pues es claro que en casos como implantación de prótesis, reconstrucción mamaria y cirugías plásticas de mamas o senos que conlleven fines primordiales diferentes a los estéticos o suntuarios, lo que se encuentra en juego es la identidad de ser y sentirse mujer y por ende su propia dignidad.

Tabla 3. El Juicio Constitucional de Protección del Derecho a la Salud en Mujeres que Requieren un Tratamiento Mamario

<b><i>El juicio constitucional de protección del derecho a la salud en mujeres que requieren un tratamiento mamario</i></b>			
¿En sus fallos la Corte Constitucional reconoce el derecho a la salud de las mujeres que requieren la autorización de la práctica de un tratamiento o examen mamario?			
SI			NO
<p>Porque en dichos eventos lo que se busca proteger es el derecho a la salud en conexidad con la vida digna, la integridad física y cumplir con el postulado de evitar tratos, crueles inhumanos o degradantes, pese a que tal tratamiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ T – 210 – 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra</li>   <li>◆ T – 921 – 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño</li>   <li>◆ T – 782 – 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería</li>   <li>◆ T-760 – 2008. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ T – 676 – 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería</li> </ul>	<p>Cuando se trata de asuntos que no tienen como fin uno funcional sino estético o cosmetológico y sus consecuencia.</p> <p>Tampoco cuando no se acreditan los requisitos legales mínimos para consolidar el derecho a la salud en uno subjetivo.</p>

Fuente: La presente investigación – Año 2012

Nota: Los signos:

- ❖ Indica una sentencia MADRE dentro de la línea.
- ♠ Indica una sentencia HITO dentro de la línea
- ◆ Indica una sentencia sobre el tema

### **3. SUBREGLAS CONSTITUCIONALES: IMPLICACIONES DEL DERECHO DE LAS MUJERES A LA SALUD COMO FUNDAMENTAL CUANDO REQUIEREN TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS MAMARIOS NO POS.**

#### **3.1 SUBREGLAS FRENTE A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER CUANDO REQUIERA MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN CON FINES FUNCIONALES.**

Cuando la cirugía solicitada tiene fines curativos y de rehabilitación, se garantiza un derecho integral a la salud, por lo tanto no caben los argumentos de la exclusión del P.O.S.

“El derecho a la salud, se considera prevalente porque la cirugía solicitada no tiene fines estéticos, sino curativos porque con ella se busca terminar o mejorar las dolencias que padece y con ello se asegura su dignidad humana”<sup>28</sup>

(...) en cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional -cuando el asunto es llevado ante su estrado- si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues 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.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> M. P. Dr. BARRERA CARBONELL, Antonio. Sentencia T-102 de 24 de marzo de 1998.

<sup>29</sup> M. P. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Sentencia T – 119 de 10 de febrero de 2000.

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 y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.<sup>30</sup>

Se debe tener en cuenta los documentos probatorios obrantes en el proceso, que determinen los inconvenientes de salud de la accionante para evaluar si la cirugía que requiere tiene como finalidad esencial, garantizar el derecho a la salud, y a la integridad física, con el fin de decidir si la mamoplastia de reducción está excluida del POS por perseguir fines de embellecimiento o si, por el contrario, se trata de una intervención indispensable para poner fin a traumas de carácter funcional de la accionante y si la conducta de la E.P.S. es legítima, o sí, por el contrario, tal decisión vulnera los derechos fundamentales de la accionante.

Las exclusiones y limitaciones se justifican si no afectan derechos fundamentales de los afiliados y beneficiarios. Además, no tienen carácter absoluto ni globalizador, pues en las relaciones individuales de las entidades prestadoras del servicio con sus usuarios se presentarán eventos particulares y concretos en los cuales el diagnóstico, tratamiento o rehabilitación no tengan como fin primordial el embellecimiento corporal, sino la atención de circunstancias que están alterando directamente la salud del afiliado o beneficiario, así una de las consecuencias, más no su finalidad, sea el embellecimiento corporal.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> *Ibíd.*, Sentencia T – 119 de 10 de febrero de 2000. p. 85

<sup>31</sup> M.P. Dr. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Sentencia T- 389 de 17 de abril de 2001.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho - porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.<sup>32</sup>

La posibilidad de exigir la práctica de cirugías que tengan como propósito el restablecimiento de la salud de la accionante se encuentra supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos legales: La existencia de una afiliación al régimen contributivo, crea derechos subjetivos, algunos de ellos de naturaleza fundamental, a la atención que se brinda a través de dicho régimen. De allí que las EPS no puedan negarse a brindar los servicios de que requiere la persona, salvo que estén excluidos del régimen y que tales exclusiones, sea en general o en el caso concreto, no resulten inconstitucionales.<sup>33</sup>

La cirugía mamoplastia reductora del seno contralateral solicitada no tiene el carácter de procedimiento estético, por cuanto cumple la función de paliar los dolores que padece y de mejorar la imagen que aquella tiene de sí misma, pues la cirugía en mención tiene por objeto mejorar el estado de salud psicológica o

---

<sup>32</sup> M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia T-577 de 1 de junio de 2001.

<sup>33</sup> M.P. Dr. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Sentencia T-568 de 31 de mayo de 2001.

emocional, que repercute en sus relaciones con las demás personas, y está vinculado a su dignidad personal en razón a que la apariencia física resultante de la extirpación del seno derecho le causa a la accionante profunda depresión, por el desnivel en que se aprecia el seno con respecto del otro.<sup>34</sup>

La Corte ha concluido que cirugías destinadas a modificar el tamaño de los senos de una mujer no pueden considerarse, por sí mismas, excluidas del POS, si la cirugía tiene por fin solucionar los problemas físicos derivados, precisamente, del tamaño de los senos y que ha afectado la salud de la interesada, se ha manifestado que la protección de los derechos fundamentales se realiza de conformidad con el material probatorio recaudado en cada caso en particular y se tutela el derecho a la salud, tanto física como emocional, lo que implica proteger el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.<sup>35</sup>

La salud e integridad física de la persona, son condiciones integrantes del derecho fundamental a la vida y se revela entre ellos una conexidad de las partes y el todo. Por esto precisa que la protección constitucional, no sólo ha de brindarse cuando la vida sea amenazada con desaparecer totalmente, sino también cuando son sus componentes los que se afectan o perturban, toda vez que por ello de una u otra forma se afecta la vida humana y se menoscaba el curso digno que debe tener la misma.<sup>36</sup>

Cuando hay padecimientos secundarios a la afección por la cual se reclama la prestación del servicio de salud que es negado por razones de reglamentación del Sistema, la Corte ha entendido que no puede someterse al paciente a su sufrimiento, que el trato que se le dispensa es inhumano y cruel, y que injustamente se le priva de su derecho fundamental a llevar una vida en condiciones dignas. Igualmente, hay afecciones a la salud o a la integridad física

---

<sup>34</sup> M.P. Dr. ARAUJO RENTERÍA, Jaime. T-531 de 2004

<sup>35</sup> MP. BELTRÁN SIERRA, Alfredo. T-948 de 7 de 2004.

<sup>36</sup> MP Dra. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. T-913 de 2005

de la persona que sin implicar un riesgo inminente a su vida o integridad física, perturban su dignidad como ser humano y le impiden llevar su existencia en las condiciones de decoro que su condición de tal amerita; por tanto, cuando se presenten estas circunstancias, la situación enmarca en los presupuestos de riesgo de los derechos fundamentales para acceder a la inaplicabilidad de las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, pues se trasgrede el principio de dignidad humana, orientador básico de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>37</sup>

La acción de tutela es procedente no solo ante circunstancias graves que tengan la potencialidad de hacer desaparecer en su totalidad el derecho a la vida sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben su núcleo esencial y tengan la posibilidad de menoscabar la vida y la calidad de la misma.<sup>38</sup>

En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía reparadora de seno, tratamiento para paladar hendido y labio fisurado y el tratamiento para el gran quemado, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales.<sup>39</sup>

“La Corporación ha diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales. Al efecto, ha reconocido que ante las consecuencias secundarias de la gigantomastia, que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción puede dejar de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a esas dolencias, a las que no puede estar sometida la afiliada; y si el procedimiento ha sido indicado por los profesionales de la salud que tratan al paciente, cuando su no realización se vulnere o ponga en riesgo los derechos fundamentales a la vida

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*, T-913 de 2005 p. 87

<sup>38</sup> M.P. TAFUR GALVIS, Álvaro T- 452 de 2007.

<sup>39</sup> M.P. Dr. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. T-755 de 2007.

digna y a la integridad personal de la accionante, resulta entonces, la acción de tutela, un mecanismo procedente para su amparo”.<sup>40</sup>

“La jurisprudencia de esta Corporación ha encontrado ajustada a la Constitución la decisión de excluir ciertos servicios del catálogo de beneficios, ya que, si bien el derecho a la salud goza de carácter fundamental, no significa que sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cobija, toda vez que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y las prioridades de salud que determinan los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles”.<sup>41</sup>

“Para la Sala es indispensable señalar que la labor de determinar si una cirugía plástica tiene como finalidad garantizar la vida y condiciones dignas no es un asunto que pueda resolver responsablemente el juez de tutela, en tanto aquel carece de los conocimientos científicos y médicos necesarios para ello. En ese sentido, corresponde al galeno tratante, es decir, al profesional de la salud dotado de los elementos de juicio requeridos para establecer la necesidad de un determinado servicio de salud, dictaminar si la cirugía plástica persigue el mencionado fin; o si por el contrario, tiene un objetivo meramente estético. Tal determinación, como es apenas natural, se materializa en la orden médica expedida por el médico que ha venido asistiéndolo”.<sup>42</sup>

“Esta corporación ha proferido y avalado las decisiones de tutela que ordenan practicar la cirugía de mamoplastia reductora, considerada como estética, y por tanto excluida del Plan Obligatorio en Salud, en el evento en el que se encuentre demostrado que está destinada a poner fin a afecciones ocasionadas por la hipertrofia mamaria, siendo su objetivo primario curar una dolencia, así conlleve el efecto secundario de mejorar la apariencia corporal. En ese sentido, se han diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas de las funcionales. De

---

<sup>40</sup> M.P. Dra. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. T-517 de 2008.

<sup>41</sup> M.P. PALACIO PALACIO, Jorge Iván. T-1039 de 2010.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, T-1039 de 2010. p. 88

esa manera, esta Corte ha reconocido que ante las consecuencias secundarias que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción deja de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a ciertas dolencias. Ante la prescripción médica de este procedimiento, cuya realización se reclama por vía de la tutela, se debe verificar que la situación, condiciones y circunstancias particulares, encuadren dentro de los parámetros jurisprudenciales anteriormente descritos, a fin de establecer si la misma no es de carácter meramente estético o cosmético, sino que es necesaria para objetivos funcionales del paciente, lo cual dará lugar a la protección de los derechos mencionados, evento en el cual se deberá ordenar la práctica de la cirugía, a pesar de estar excluida del POS”.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> M.P. PINILLA PINILLA, Nilson. T-285 de 2011.

### **3.2 SUBREGLAS FRENTE A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER CUANDO REQUIERA TRATAMIENTOS MAMARIOS CON FINES FUNCIONALES.**

No puede ampararse la autoridad competente de realizar las actuaciones debidas, con el argumento de la inexistencia de recursos económicos, si se está frente a una situación de urgencia probada, que ponga en peligro evidente la vida de una persona. En estos casos, procede la acción de tutela”.<sup>44</sup>

El Alto Tribunal consideró que no le habían sido negados los tratamientos y procedimientos médicos requeridos por la accionante, y que por tal motivo no se encontraban vulnerados derechos de carácter fundamental, además estableció que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues la señora en mención cometió una imprudencia al realizarse tres cirugías plásticas sin la observancia de sus particulares condiciones, además porque no solicitó a médico alguno de la entidad concepto científico para su realización, además los recursos públicos no pueden ser invertidos en estos eventos pues ello significa disminución de los recursos de la población pobre y vulnerable.<sup>45</sup>

La Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia de la protección constitucional al derecho a la salud cuando se encuentre en conexidad con el derecho a la vida, y además cuando quien lo solicite sea una persona de la tercera edad, por cuanto, en este caso se otorga una protección especial, máxime cuando depende del examen solicitado desechar la posibilidad de que padezca una enfermedad mortal como lo es el cáncer: (...)Ya ha manifestado esta Corporación que el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema de salud no se limita simplemente a demandar

---

<sup>44</sup> M.P. Dr. BELTRÁN SIERRA, Alfredo. Sentencia T-210 de 20 de marzo de 2002.

<sup>45</sup> M.P. Dr. ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Sentencia T-676 de 21 de agosto de 2002.

atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica ni al suministro de medicinas por parte de las entidades encargadas de la prestación del servicio, sino que incorpora el derecho al diagnóstico, es decir “la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.”<sup>46</sup>

La Corte estableció que el juez de tutela para tutelar los derechos fundamentales de la actora debe tener en cuenta el criterio del médico tratante, por dos razones: por cuanto el conocimiento científico del médico tratante, lo hace la persona más calificada para dar una opinión puntual y exacta sobre la patología que aqueja al paciente, y porque al ser el médico que ha venido tratando al paciente, conoce de manera directa y específica la evolución e historia clínica, permitiéndole dar un concepto científico más ajustado a la particularidad del caso médico. Adicional a lo anterior se debe tener en cuenta que debe tratarse de un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente, por cuanto el médico tratante tiene la competencia para actuar en nombre de la E.P.S. En consecuencia, en el evento en el que el juez de tutela encuentre que el concepto del médico tratante, se contrapone al concepto que emite el Comité Técnico Científico de una E.P.S. (esencialmente administrativo), deberá el juez de tutela inclinarse por seguir el primero de estos conceptos, en tanto éste busca la protección efectiva de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física del paciente, más allá del cumplimiento de los lineamientos legales creados para el funcionamiento eficiente del SGSSS.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> M.P. Dr. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Sentencia T – 921 de 9 de octubre de 2003.

<sup>47</sup> M.P. ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Sentencia T-782 de 14 de septiembre de 2006.

En consonancia con el Acuerdo 289 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las cirugías reparadoras de seno hacen parte de los Planes Obligatorios del Régimen Contributivo y Subsidiado siempre que tengan fines reconstructivos funcionales. “Al tratarse de un servicio que sí está en el plan, obstaculizar su acceso es un claro *irrespeto* al derecho a la salud de la persona que lo requiera. En todo caso, como ya se dijo, el hecho de que el servicio no se encuentre incluido dentro del plan obligatorio, no es razón suficiente, en ningún caso, para negar servicios de salud que se requieran con necesidad”.<sup>48</sup>

“Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad. En caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio ‘pro homine’”.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> M.P. Dr. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. T-760 de 2008.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, T-760 de 2008. p. 91

### **3.3 SUBREGLAS FRENTE A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER CUANDO REQUIERA IMPLANTES MAMARIOS A FIN DE MATERIALIZAR DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.**

El implante de prótesis mamarias restablecía no sólo la integridad física de la actora sino también su integridad emocional y psicológica. Se recalcó en que no siempre las intervenciones estéticas tienen fines cosméticos o de embellecimiento y por consiguiente no todos los procedimientos estéticos pueden tenerse en tanto excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Aquellas 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 y no pueden catalogarse como intervenciones superfluas con fines de embellecimiento.<sup>50</sup>

“Esta 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, el derecho a la salud se torna fundamental..De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentabilidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. (...)”<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> M.P. Dr. MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T-572 de 11 de agosto de 1999.

<sup>51</sup> M.P. Dr. SIERRA PORTO, Humberto Antonio. T-1176 de 2008.

“En aquellos eventos en los que la intervención ordenada por los/las Médicos (as) tratantes se relaciona con el implante de prótesis mamarias cuyo objeto no es embellecer a la persona sino reconstruir los senos que han sido previamente afectados por intervenciones dirigidas a extirpar tumores malignos - lo que trae consigo no solo consecuencias de orden físico o funcional sino afectaciones psicológicas y estados depresivos – la necesidad de cubrir estas intervenciones aparece de bulto. Tanto es esto así que la Corte ha ordenado, incluso, una asistencia psicológica para quienes se enfrentan a una situación de este tipo”.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> M.P. Dr. SIERRA PORTO, Humberto Antonio. T-1176 de 2008.

## CONCLUSIONES

- El principio de dignidad humana, la vida en condiciones de justicia, el respeto por las especiales condiciones del género femenino e incluso una concepción jurídica del dolor ha implicado el reconocimiento de fundamental del derecho a la salud de las mujeres en los tres escenarios estudiados en el análisis jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional realizado por el grupo de investigación.
- La visión de la mujer en los eventos en que se solicita este tipo de intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos y exámenes de diagnóstico, suele constituirse para la generalidad de la gente, en una percepción negativa porque solamente vislumbran en ellas, un tipo de interés de embellecimiento y vanidad, por esa razón, condenan el desangre de las entidades del Sistema General de Seguridad Social.
- La especial protección constitucional que la Carta Política de 1991 ha otorgado a los derechos de las mujeres, permeada por los principios constitucionales de Dignidad Humana y vida en condiciones justas, permite concluir que es viable, otorgar el carácter de fundamental al derecho a la salud, cuando la negativa de las entidades obligadas a proporcionar los procedimientos y tratamientos necesarios para paliar alguna dolencia relacionada con los senos de una mujer, viola derechos de rango fundamental.
- La procedencia de la Acción Constitucional de Tutela no esta limitada únicamente para aquellos eventos en los cuales se encuentra en grave peligro la vida, sino también ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben su núcleo esencial y tengan la posibilidad de menoscabar la vida y la dignidad humana, en los eventos en que se solicita la protección

constitucional para la realización de procedimientos y tratamientos mamarios ésta debe ser analizada a la luz de los principios constitucionales de vida en condiciones dignas, fines constitucionales del Estado Social de Derecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional que establece los criterios sobre la procedencia o no de tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS y adicionalmente estudiar cada caso concreto para determinar con base en las pruebas recaudada, si los mismos, tienen un fin funcional o meramente estético.

- La Corte Constitucional es un tribunal de justicia que maneja un criterio amplio con base en la interpretación hermenéutica y contextual de la norma, lo cual ha permitido la procedencia de la Acción Constitucional de Tutela cuando las mujeres requieren procedimientos de mamoplastia de reducción también denominada prexia mamaria, así como de la cirugía de reconstrucción y otros tratamientos, exámenes y procedimientos mamarios, con el fin de materializar el derecho a la salud entendido como la ausencia de dolor y la posibilidad de restablecer la integridad tanto física como emocional de la paciente.
- Las mujeres que padecen las dolencias en los casos expuestos a lo largo de la línea jurisprudencial, refieren problemas de salud graves, en tal virtud la nutrida jurisprudencia desde el año 1992 hasta el 2011 ha establecido los criterios para diferenciar las cirugías estéticas de aquellas que tienen fines curativos, lo cual constituye el material para determinar las subreglas jurisprudenciales frente a este tema.
- El reconocimiento de la diversidad de la mujer, de sus sentimientos y de sus necesidades ha permitido que el imaginario colectivo de la sociedad, que históricamente no ha sido favorable para el género femenino, pues en principio fue considerada la responsable de la crianza y relegada al plano familiar, y posteriormente con la incidencia del fenómeno de la globalización considerada

como un mero objeto de placer visual y sexual, con sus cambios físicos estereotipados, hoy en día vislumbra una evolución tímida pero importante, en la medida en que posibilita una protección real para sus derechos como ser humano.

- El criterio de la Corte Constitucional de procedencia de la acción tutela en los casos de reconstrucción mamaria permiten determinar que existe una visión más humana en la rama judicial del poder público que reconoce como un presupuesto esencial de la autoestima femenina, el sentirse mujer tal como fue concebida por naturaleza, que indudablemente conduce a su estabilidad emocional y desarrollo social.
- En los eventos en que se requieren tratamientos y exámenes de diagnóstico tanto para descartar, como para intervenir medicamente a una mujer con ocasión de un problema de salud relacionado con sus mamas, se ha reiterado la jurisprudencia imperante tuitiva y proteccionista por excelencia, debido a que la salud debe ser vista como el estado integral de bienestar que solo es posible sin escatimar esfuerzos por lograr la recuperación de la salud de una persona.
- El concepto de derecho a la salud no puede estar limitado por reglas eminentemente administrativas que menoscaben la dignidad de las mujeres que requieren tratamientos médicos en aras de mejorar su calidad de vida, pues, debe tenerse en cuenta que este derecho fundamental no solo contempla la recuperación de la salud sino también un aspecto de prevención que permita mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como psicológica.
- La practica medica ha definido por cirugía plástica con fines reconstructivos funcionales a aquellas cirugías que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones

anat6micas que causan el mal funcionamiento de un 6rgano o sistema, en esta medida la Corte Constitucional ha tutelado los derechos fundamentales de mujeres que requieren reconstrucci3n o reducci3n mamaria que est1n 6ntimamente ligados con la vida en condiciones dignas.

## BIBLIOGRAFIA

AAFJES, Marieke. Belleza Producida y Cuerpos Maleables. UN ESTUDIO SOBRE LA BELLEZA FÍSICA Y LA PRÁCTICA DE CIRUGÍA ESTÉTICA EN BUENOS AIRES. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Buenos Aires. Maestría de Antropología Social y Política. Directora: Dra. Silvia Hirsch. Fecha de entrega: 10-11-2008

GOYES MORENO, Isabel. MUJER, MATERNIDAD Y TRABAJO EN COLOMBIA. Editorial Universitaria - Universidad de Nariño. Primera Edición abril de 2011.

HOYOS. Ilva Mirian. DE LA DIGNIDAD Y DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA INTRODUCCIÓN AL PENSAR ANALÓGICO. Editorial Temis. Bogotá: 2005.

PREAMBULO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA OMS, extraída el 26 de enero de 2012 de <http://www.who.int/suggestions/faq/es/> Página Web de la Organización Mundial de la Salud.

SANCHEZ FERRIZ, Remedio, y JIMENA QUEZADA, Luis. LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1995.

VÉLEZ ARANGO, Alba Lucía. NUEVAS DIMENSIONES DEL CONCEPTO DE SALUD: EL DERECHO A LA SALUD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. Recibido en junio 25 de 2007, aceptado en agosto 21 de 2007. Recuperado de [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012\\_6.pdf](http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_6.pdf) – 14 de octubre de 2011

YOUNES MORENO, Diego. DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá: 1995.

## CIBERGRAFIA

GARCÍA ARANGO, Gustavo Adolfo. . julio – diciembre, año/vol. 6, número 012. DERECHO A LA VIDA DIGNA. EL CONCEPTO JURÍDICO DEL DOLOR DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL. *Opinión Jurídica*. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma del Estado de México. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. p. 15 – 34. Recuperado de <http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/61F664E6-7CD6-4341-B9B6-24494792FC23/11198/Art7.pdf>

GILMAN 1999, MORGAN 1998, ETCOFF 2000, GIMLIN 2000, REISER y KOO 2004, Google 2005. Recuperado de [http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1159/1/Tesis\\_Marieke\\_Aafjes.pdf](http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1159/1/Tesis_Marieke_Aafjes.pdf)

MOURA, María Elena. MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN O REDUCCIÓN DE SENOS EN COLOMBIA. Recuperado de [http://www.cirugiaplasticahoy.com/mamoplastia\\_de\\_reduccion\\_o\\_reduccion\\_de\\_senos\\_en\\_colombia.html](http://www.cirugiaplasticahoy.com/mamoplastia_de_reduccion_o_reduccion_de_senos_en_colombia.html)- 17 octubre de 2011

MOURA, María Elena. Extraído el 17 de octubre de 2011 desde <http://saludymedicinas.com.mx/centros-de-salud/centro-de-climaterio/articulos-relacionados/afecciones-en-senos,-evite-grandes-problemas.html>

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-499-92.htm> [con acceso el 25-11-2011 6.00pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-102-98.htm>[con acceso el 23-10-2011 8.00pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-572-99.htm>[con acceso el 12-10-2011 8.15pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-119-00.htm>  
[con acceso el 20-10-2011 9.25pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-1251-00.htm>  
[con acceso el 18-10-2011 10.00pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-070-01.htm>[con acceso el 15-10-2011 9.10pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-389-01.htm>  
[con acceso el 16-10-2011 7.45pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-461-01.htm>  
[con acceso el 14-10-2011 5.00pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-577-01.htm>  
[con acceso el 20-10-2011 4:30pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-568-01.htm>  
[con acceso el 15-10-2011 4.45pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-935-01.htm>  
[con acceso el 14-10-2011 3.10pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-210-02.htm>  
[con acceso el 22-10-2011 3.25pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-921-03.htm>  
[con acceso el 21-10-2011 3.18pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-531-04.htm>  
[con acceso el 15-10-2011 3.45pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-948-04.htm>  
[con acceso el 15-10-2011 7.20pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-913-05.htm>  
[con acceso el 16-10-2011 8.20pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-782-06.htm>  
[con acceso el 18-10-2011 9.30pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-539-07.htm>  
[con acceso el 22-10-2011 9.45pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-452-07.htm>  
[con acceso el 15-10-2011 9.50pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-755-07.htm>  
[con acceso el 18-10-2011 9.20pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-888-07.htm>  
[con acceso el 20-10-2011 6.20pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-517-08.htm>  
[con acceso el 22-10-2011 6.30pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-626-08.htm>  
[con acceso el 18-10-2011 6.40pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-649-08.htm>  
[con acceso el 16-10-2011 5.20pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>  
[con acceso el 14-10-2011 5.30pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-1176-08.htm>  
[con acceso el 11-10-2011 5.15pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-584-10.htm>  
[con acceso el 2-10-2011 2.20pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-1039-10.htm>  
[con acceso el 18-10-2011 3.30pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-134-11.htm>  
[con acceso el 20-10-2011 4.10pm]

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-285-11.htm>  
[con acceso el 22-10-2011 4.00pm]