

INFORME SOBRE TUTELA DE SALUD

LUZ PUENTES

ID: 732913

MARTHA PEÑALOZA

ID: 728060

DANIELA ESCORCIA

ID: 729914

CATERINE CAMARGO

ID: 725319

MAYO 20 DE 2020

CORPORACION UNIVERSITARIA MINUTO DE DIOS

CONTADURIA PUBLICA

II SEMESTRE

INTRODUCCION

El presente trabajo se refiere al tema de la ACCION CONSTITUCIONAL DE TUTELA EN SALUD la acción de tutela ha sido un mecanismo muy utilizado desde el año de su creación, es decir, desde que se creó la constituyente de 1991, ha sido una herramienta que ha salvado vidas, que ha obligado a instituciones públicas y privadas a tomar acciones. Realmente esta acción constitucional fue una manera de decirles a los particulares que podían actuar cuando se vieran afectados por las grandes empresas o instituciones públicas. Sin embargo, al día de hoy en Colombia es posible afirmar que esta acción ha perdido ese norte, se ha perdido su razón de ser original, su finalidad y objetivo, en la medida en que las personas no conocen o no magnifican su verdadera importancia, ya que solo se quedan en la noción de que es una acción constitucional rápida y efectiva.

TUTELA DE SALUD

Accionante: Sandra Liliana Villareal López actuando en representación de su menor hija Laura Daniela Abril Villareal.

Accionados: Nueva E.P.S.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

CASO. EPS niega cirugía a menor que padece enfermedad en su oreja derecha, argumentando que la misma tiene un objetivo estético y no funcional.

La señora Sandra Liliana Villareal López, actuando en representación de su menor hija, Laura Daniela Abril Villareal, instauró acción de tutela contra la NUEVA E.P.S, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad, y la integridad física. Lo anterior, por cuanto se negó a realizarle una intervención quirúrgica de “*resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha*” prescrita por el médico tratante, argumentando que la misma “*tiene un objetivo estético y no funcional*”

Señala la peticionaria, que, como consecuencia de lo anterior, un profesional especialista – cirujano plástico-, adscrito a la entidad accionada indicó, mediante orden médica con fecha del 7 de septiembre de 2017, que el procedimiento a llevar a cabo para tratar la lesión que padece su hija consistía en la “*recesión de tumor benigno área especial*”. Agrega que, por tal motivo, el médico en mención prescribió los exámenes correspondientes a la menor para adelantar intervención quirúrgica.

Conforme lo anterior, aduce la tutelante que presentó ante la entidad demandada varios derechos de petición a través de los cuales solicitó que se “*autorizara de manera urgente la cirugía de recesión de tumor benigno área especial*. No obstante, la Nueva EPS no accedió a su requerimiento por considerar que “*(...) la lesión descrita corresponde a un tumor benigno en el lóbulo, sin producir alteración orgánica o funcional que dificulte o altere el sentido de la audición (...)*”, por tanto, concluyó que “*(...) la intervención quirúrgica tiene objetivo estético y no funcional*” que no se encuentra incluida en el actual Plan de Beneficios (anteriormente POS)

Agrega que, en razón de la negativa de la entidad demandada en realizar la intervención quirúrgica prescrita, su hija se ha visto sometida, en repetidas ocasiones, a tratos discriminatorios, siendo víctima de burlas y bromas de mal gusto. Todo esto, asegura ha ocasionado cambios desfavorables en el normal desarrollo de su vida personal, autoestima y relación con sus compañeros comoquiera que, en varias oportunidades, ha sido “(...) *ridiculizada por su condición*”.

Estima la tutelante que de no realizarse la intervención se desconocen los derechos y garantías a la salud, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas de su menor hija, la cual, conforme con los principios constitucionales, es un sujeto de protección reforzada, cuyo interés prevalece respecto de los demás. Por todo lo anterior, la peticionaria solicita que se le ordene a la entidad demandada autorizar de manera urgente la cirugía - “*recesión de tumor benigno área especial*”- requerida por la menor y, por consiguiente, el tratamiento integral que se derive de la misma. De igual modo, solicita que la Nueva E.P.S cubra todos los gastos de transporte, alojamiento, y alimentación de su hija y un acompañante al lugar donde vaya a llevarse a cabo el procedimiento quirúrgico. Añade que es madre cabeza de familia.

CONTESTACION DE ACCION DE TUTELA

Mediante auto del 7 de mayo de 2018, el Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar) avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a la parte

demandada para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora Sandra Liliana Villareal López, en representación su menor hija.

Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, la Nueva E.P.S solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela por considerar que la lesión que presenta la menor no produce alteración orgánica o funcional que afecte el sentido de la audición o comprometa la región cardiovascular, luego la intervención quirúrgica que se solicita tiene un objetivo estético y no funcional. De allí que la entidad de salud no haya vulnerado los derechos invocados por su madre.

En cuanto a los gastos de transporte, alimentación y alojamiento de la menor y un acompañante señaló que estos no son servicios que respondan a prestaciones reconocidas en el ámbito de la salud razón por la cual se encuentran expresamente excluidos del Plan de Beneficios que no son financiados por los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. Sobre el particular, destacó que, conforme lo dispuesto por la propia jurisprudencia en la materia, este tipo de servicios no son susceptibles de reconocimiento vía acción de tutela. Pues “(…) *en el marco del principio de solidaridad social, el primer llamado a cubrir dichos gastos es el afiliado y su familia, siempre que su capacidad económica así lo permita*”.

Al respecto, precisó que la menor registra como beneficiaria de su madre quien reporta un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Sobre esa base, indicó que, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, solo es viable ordenar pagos de transporte y/o alojamiento cuando se demuestre que ni el paciente, ni sus familiares cercanos cuentan con los recursos económicos suficientes para cubrir los costos que se generen con ocasión de estos servicios.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar), mediante sentencia del 21 de mayo de 2018 resolvió negar el amparo invocado por considerar que dentro de los elementos probatorios que obran en el expediente y de la situación fáctica planteada, no se advierte que la no realización del procedimiento ordenado a la menor Laura Daniel Abril Villareal por el médico cirujano estético “*afecte gravemente su salud o su vida digna*”. Adicionalmente, señaló que la accionante “(…) *no acreditó prueba de la cual se logre inferir que no puede sufragar el costo del procedimiento (…)*” y los demás gastos que del mismo se deriven.

Por otra parte, estimó el despacho judicial que en el presente asunto tampoco se cumplió con el requisito de inmediatez previsto para que proceda la acción de amparo. Ello por cuanto el servicio solicitado a la Nueva E.P.S fue negado el 21 de noviembre de 2017, “(…) *habiendo transcurrido a la fecha (06) meses, con lo que se desvirtúa la urgencia que se pretende en la presente acción*”. Esta decisión no fue objeto de impugnación.

DECISION DE LA CORTE

Conforme ha sido expuesto, le corresponde a la Sala establecer si se vulneraron los derechos a la salud, a la igualdad, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas de la menor Laura Daniela Abril Villareal, con ocasión de que la NUEVA EPS se ha negado a autorizarle la realización de la cirugía de “*resección de tumor benigno área especial*” por estimar que la misma tiene, únicamente, un fin estético.

Para efectos de darle solución al objeto de la *litis*, es preciso señalar que, de los elementos de juicio allegados al proceso, la Sala encontró probados los siguientes hechos:

- (i) La acción de tutela se promueve en favor de una menor de 6 años de edad que padece de una lesión tumoral (fibroma) de 2cm de diámetro en la oreja derecha.
- (ii) La menor se encuentra afiliada en el régimen contributivo a la NUEVA EPS en calidad de beneficiaria de su madre cuya base de cotización es un salario mínimo legal mensual vigente.
- (iii) Como consecuencia de su diagnóstico el médico tratante - cirujano plástico-, adscrito a la entidad accionada ordenó el 7 de septiembre de 2017 la “*recesión de tumor benigno área especial*”.
- (iv) Conforme a lo anterior, la madre de la menor le solicitó a la demandada autorizar el procedimiento antes señalado. Sin embargo, dicho requerimiento fue negado por la accionada por considerar que “(...) *la intervención quirúrgica tiene objetivo estético y no funcional*” que no se encuentra incluida en el actual Plan de Beneficios (anteriormente POS).

Ahora bien, para abordar el análisis que corresponde respecto del caso concreto cabe advertir que de la lectura de las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social se puede sostener que las prestaciones derivadas del servicio de salud, se dividen en tres grandes categorías: i) servicios y tecnologías que se encuentran incluidos expresamente en el PBS, ii) servicios y tecnologías que están taxativamente excluidos del PBS y iii) servicios y tecnologías que no se encuentran incluidos, pero que tampoco han sido excluidos del PBS.

Así, en lo que respecta específicamente al procedimiento quirúrgico de “*resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha*” que le fue ordenado a la menor Laura Daniela Abril Villareal, precisa la Sala que el mismo no se encuentra expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). En todo caso, el artículo 15 de la ley Estatutaria en Salud que aquellos procedimientos que “(...) *tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas*”, no serán financiados con los

recursos públicos asignados a la salud. Argumento que, en efecto, puede concluirse es utilizado por la accionada para negar autorización del servicio solicitado.

Sin perjuicio de lo anterior, y tomando en consideración las circunstancias fácticas que dieron lugar a la acción de tutela, la Sala encuentra satisfechos los requisitos dispuestos por la jurisprudencia de esta Corporación mediante sentencia C - 313 de 2014 relativos a la posibilidad de inaplicar las normas que excluyen algún tipo de prestación médica. Máxime cuando es claro que, en esta oportunidad, el servicio médico invocado no se circunscribe a un asunto puramente estético, sino que, por el contrario, está dirigido a salvaguardar el derecho a la salud física y emocional en conexidad con la dignidad humana de una menor de 6 años, tal y como se explicará a continuación:

Para sustentar lo expuesto, empieza la Sala por reiterar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional. Sus derechos son fundamentales y, por expreso mandato constitucional, estos prevalecen sobre los derechos de los demás.

En ese contexto, en tratándose del derecho a la salud de los menores, ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación que el mismo no se reduce únicamente a aspectos funcionales, sino incluye también su bienestar psíquico, emocional y social. En aras de su protección, a la familia, a la sociedad y, en particular, al Estado, les compete llevar a cabo las acciones que corresponda para garantizarles a estos sujetos una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades.

De acuerdo con lo anterior, no es de recibo para la Sala que la EPS accionada fundamente la negativa de la prestación del servicio solicitado en el hecho de que la cirugía requerida por la niña *“tiene objetivo estético y no funcional”*, decisión que, en armonía con lo previsto por el derecho internacional, la Constitución Nacional y la jurisprudencia en la materia, conlleva una clara y manifiesta vulneración del derecho a la salud en conexidad con la dignidad humana de la menor por cuanto la no realización del procedimiento quirúrgico prescrito se proyecta de modo negativo en su bienestar emocional y psicológico.

Tal y como lo expuso la accionante en su escrito de tutela, la lesión que padece su hija, ha sido la causa de que ésta se vea constantemente sometida a *“burlas y bromas de mal gusto”*, afirmación que no ha sido controvertida por la demandada y que a consideración de esta Sala resulta razonable si se tiene en cuenta que un fibroma de 2cm de diámetro, protuberante, en el lóbulo de la oreja de una niña de 6 años de edad, puede despertar curiosidad en el medio con el que se encuentra constantemente relacionada, es decir niños y niñas de su edad, y por ende, ser motivo de ridiculización para la misma, quien como sostiene su madre, ha visto perturbado el normal desarrollo de su vida personal y especialmente su autoestima.

Sobre el particular, cabe hacer mención a lo dispuesto por la Corte en sentencia T-307 de 2006, donde, como ya se señaló en la parte considerativa de la presente sentencia, se abordó el caso de un menor que padecía de unas malformaciones congénitas benignas en sus orejas denominadas – *apéndices preauriculares*, los cuales, si bien no le generaban un daño funcional, sí le estaban afectando su salud psicológicamente comoquiera que era constantemente objeto de “*mofas*” por parte de los niños de su edad. En dicha oportunidad la Sala de Revisión tuteló el derecho a la dignidad humana del niño y, en consecuencia, le ordenó a la EPS accionada realizar el procedimiento quirúrgico prescrito a efectos de restablecer la salud integral del menor. Dentro de las razones que llevaron a adoptar la referida decisión se destaca, en palabras de la Corte, que “*(...) gran parte de las enfermedades no se originan en una disfunción física o funcional sino son motivadas por presiones que provienen del medio ambiente social y producen estrés: sentimientos de abandono, baja autoestima, aislamiento, burlas, inconformidad con la propia imagen, depresión, agresividad. Estas presiones comienzan a manifestarse desde la infancia más temprana y a partir de ese mismo momento es preciso reaccionar. Solo de esa forma se garantiza la faceta preventiva del derecho a la salud. Con ello se evita, de modo simultáneo, llegar a situaciones irreversibles que implican altos costos económicos, sociales y emocionales*”.

Bajo esa lectura integral del derecho a la Salud en los menores, consideró la Sala que “*(...) no se puede negar que el medio que enfrentan los niños en su familia, en el barrio y en el colegio muchas veces se presenta bajo sus aspectos más hostiles. Cualquier detalle que sobresalga y se distinga de lo que es considerado “normal” tiende a calificarse de manera negativa y a reprocharse bien sea en forma de agresión directa o indirecta, de burlas y de mofas. Esto ocasiona el aislamiento de los niños y genera en ellos sensaciones de tristeza, impotencia, aislamiento, depresión y agresividad*”.

En este orden de ideas, para el caso *sub examine*, insiste la Sala en la necesidad de partir de un concepto amplio e integral del derecho a salud en el sentido de que el mismo se extiende más allá de lo puramente funcional y orgánico, proyectándose en la dignidad humana, especialmente cuando se está ante sujetos que, por su situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad, como son los niños, niñas y adolescentes, deben ser especialmente protegidos por el Estado.

Tanto la entidad demandada como el juez de instancia estiman que en el presente caso se solicitaba la práctica de un procedimiento quirúrgico de orden estético, no funcional, no incluido en el Plan de Beneficios en Salud y que, en razón de ello, no se estaban desconociendo los derechos fundamentales de la menor. No obstante, de las consideraciones expuestas en precedencia es posible concluir que en el caso concreto la cirugía recomendada por el médico tratante a la niña Laura Daniela Abril Villareal se orienta justamente a proteger su dignidad humana, es decir, garantizar la salud integral de la misma quien se ha visto afectada en su aspecto psíquico y social. Desde ese punto de vista, no se puede calificar como estético el procedimiento que requiere la menor, pues según ha quedado establecido, la lesión visible que

presenta la misma repercute de forma negativa su salud psíquica, razón por la cual se requiere con necesidad llevar a cabo la intervención médica ordenada.

Ahora bien, argumenta la entidad accionada, así como el juez de instancia que como quiera que la accionante figura en calidad de cotizante en el Sistema de Seguridad Social en Salud no es posible acreditar su falta de capacidad económica para costear la cirugía que requiere su menor hija, así como tampoco, los gastos propios de la misma. Al respecto, encuentra la Sala que, de las pruebas allegadas al expediente, se pudo establecer que la base de cotización de la actora corresponde a un salario mínimo, hecho que permite concluir que, en razón de que la misma es madre cabeza de familia, los ingresos que percibe apenas le alcanzan para garantizar su mínimo vital, es decir, cubrir los gastos básicos del hogar. Luego Para la Sala es evidente la incapacidad económica de la madre de la menor para sufragar el costo de la operación de su hija, así como los gastos propios de la misma como cuidados posoperatorios, transporte y alojamiento, si hubiese lugar a los mismos).

Con fundamento en lo anterior, se revocará la decisión de instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar) que negó el amparo promovida por la señora Sandra Liliana Villareal López en representación de su menor hija y, en su lugar, se protegerán los derechos fundamentales a la salud integral y la vida en condiciones dignas de la niña.

En consecuencia, se ordenará a la Nueva EPS CAJACOPI que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, inicie las gestiones necesarias para que le sea practicada a la menor Laura Daniela Abril Villareal la cirugía de *“resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha”*, la cual deberá realizarse en un plazo máximo de dos (2) meses, garantizando los demás servicios que en razón a dicha intervención y de su patología requiera la misma para el restablecimiento integral de su salud física y psicológica, entiéndase estos últimos, como cuidados posoperatorios, transporte de la menor y la acompañante y alojamiento de las mismas en caso de llegar a requerirse.

En mérito de lo expuesto la Sala de Revisión

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, por las razones consignadas en esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Curumaní (Cesar), de fecha 21 de mayo de 2018, despacho que conoció en única instancia la acción de tutela de la referencia, a través del cual consideró no tutelar los derechos fundamentales invocados y, en su lugar, conceder la protección de los

derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad, y la integridad física de la menor Laura Daniela Abril Villareal.

SEGUNDO. ORDENAR a la NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguiente, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice la realización del procedimiento quirúrgico “*resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja derecha*” la cual deberá realizarse en un plazo máximo de dos (2) meses, garantizando los demás servicios que en razón a dicha intervención y de su patología requiera la menor Laura Daniela Abril Villareal para el restablecimiento integral de su salud física y psicológica, tales como cuidados posoperatorios, transporte de la menor y la acompañante y alojamiento de las mismas en caso de llegar a requerirse.

TERCERO. - Por Secretaría General librese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

CONCLUSION

- ✓ Uno de los principales avances que consagró la Constitución Política de 1991, fue el extraordinario mecanismo de la acción de tutela, instrumento que se ve reflejada en el Estado Social de Derecho, el efectivo acceso a la justicia por parte de los ciudadanos y la vía expedita a los derechos fundamentales consagrados en la carta política.
- ✓ Desde la promulgación de la Constitución Política de 1.991, la acción de tutela se ha convertido en la herramienta más efectiva de garantía y protección de los derechos ciudadanos, eso sí, sin desconocer que su abuso ha forjado congestión judicial y en muchos casos hasta inseguridad jurídica.
- ✓ La tutela tiene la virtud de proteger a todo aquel que la usa sin distinción alguna, por ejemplo a la gente de la calle, a los analfabetos, a los médicos, a los enfermos, a los empleados, a los pensionados, a los presos, a los ejecutivos, a los desocupados, a las amas de casa, a los niños, a los ancianos, a los estudiantes, a los profesores y a los disidentes. Ha servido para que desaparezcan los atropellos, los abusos por parte de las entidades administrativas, es decir esta herramienta se ha convertido desde sus primeros esbozos en el escudo para todos aquellos que sienten vulnerados sus derechos

