



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 03 de marzo de dos mil veinte (2020)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Acción de Tutela	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	No. 70-001-33-33-008-2020-00001-01
Demandante:	Luisa Fernanda Herazo Peña
Demandado:	Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA
Procedencia:	Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo

Tema: *Hipertrofia de la Mama / Diferencia entre cirugía estética y funcional / Régimen especial de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Concede / Tutela y ordena la autorización de cirugía / Perspectiva de género / Confirma la tutela de los derechos, pero modifica la orden*

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Procede la Sala a dirimir la impugnación presentada por la parte accionada dentro del asunto de la referencia, contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

2. LA SÍNTESIS FÁCTICA¹

La señora Luisa Fernanda Herazo Peña, quien actúa en nombre propio, manifestó estar afiliada en calidad de beneficiaria al FOMAG (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio).

¹ Fl 1 a 2 del C.Ppal

Indica que, a partir del año 2012 empezó a presentar dolor severo en la zona lumbar, en ocasiones incapacitante, a causa del aumento de tamaño de sus mamas, motivo por el cual se vio obligada a ser atendida en diferentes oportunidades por medicina general de la Clínica las Peñitas, entidad encargada de suministrar el servicio de salud.

En el 2015 fue valorada por un fisiatra, quien la remitió al cirujano general y por consecuente al cirujano plástico, el cual al momento de la valoración no encontró indicación quirúrgica, debido a que no había un soporte en imágenes de su padecimiento.

Adujo que, el día 07 de junio de 2019 fue atendida por cita prioritaria debido a que no soportaba el dolor en su espalda y no estaba respondiendo a los medicamentos que le habían suministrado, por lo que el médico de turno la remitió al cirujano general cuya cita se la asignaron el 10 de junio de 2019, remitiéndola a su vez al ortopeda.

Arguye que el ortopeda le mando una radiografía, que arrojó como resultado "*actitud escoliótica dorsal derecha de 5°*", refiriendo que, para su peso, estatura y contextura, sus mamas son muy grandes por lo cual se presenta el dolor constante. Afirma que el cirujano general le dio la aprobación para ser remitida al cirujano plástico. El día 24 de diciembre de 2019 fue valorada por el cirujano plástico para ver si era candidata para una reducción mamaria, sin embargo, este consideró que no contaba con las condiciones para la cirugía, ya que a la fecha no presentaba deformidad en la columna que justifique dicho procedimiento.

3. LOS DERECHOS INVOCADOS²

Derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social.

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN³

La señora Luisa Fernanda Herazo Peña, con fundamento en los hechos relatados solicita:

“1º) Que se me amparen y protejan los derechos constitucionales fundamentales a la Vida, Salud, Seguridad Social, consagrados en los Artículos 1, 49 y 48 de la

² Fl 4 del C. Ppal

³ Fl. 1 del C. Ppal

Constitución Política respectivamente.

2º) Que como consecuencia de lo anterior, se le ordene al representante legal del FOMAG o quien haga sus veces, ORDENAR, sin más dilación, y de manera eficaz, oportuna y eficiente, la autorización de la cirugía de reducción mamaria, con lo cual se daría solución a la patología que padezco.

3º) Así mismo, autorice cualquier otro tipo de tratamiento, medicamentos, suministros de drogas y realización de procedimientos requeridos, de manera integral, eficaz y eficiente, que se le indique al tutelante en el término de la distancia en forma ininterrumpida y permanente de acuerdo a la prescripción médica y de manera adecuada y oportuna, relacionada con la patología que pudiera padecer.

4º) Que en el evento de ser remitido a una ciudad diferente a la de mi residencia, para continuar mi tratamiento, se ordene al FOMAG suministre los viáticos de transporte ida y regreso de Sincelejo a la ciudad de remisión y viceversa, alimentación, transportes internos y estadía, para el accionante y su acompañante, en razón a que soy una persona de escasos recursos económicos por lo que no puede sufragar dichos gastos”.

5. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

PRIMERA INSTANCIA

Actuación procesal	Folios	Fechas o asunto
Por reparto ordinario se asignó el conocimiento al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo	18	13 de enero del 2020
Se admite la demanda	19	13 de enero del 2020
Se notifica personalmente a la accionante con el Oficio No. 0002(2020-00001-00).	23	13 de enero del 2020
Se notifica vía electrónica al Ministerio Público, FIDUPREVISORA y al FOMAG	20-22	13 de enero del 2020
Auto ordena la vinculación de la Unión Temporal del Norte Región 5	28-29	16 de enero de 2020
Se notifica personalmente a la Unión Temporal del Norte Región 5 con el Oficio No. 0008(2020-00001-00).	32	16 de enero del 2020
Concepto de la Fiduprevisora	25-27 y 46-48	14 y 22 de enero del 2020
Concepto de la Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral S.A	34-45	20 de enero del 2020
Concepto del Ministerio Público	49-51	24 de enero del 2020
Se profiere Sentencia, amparando los derechos fundamentales a la Salud, Seguridad Social y Vida Digna de la accionante	53-60	27 de enero del 2020

Se notifica personalmente via electrónica la sentencia a la demandante, Ministerio Público y a la demandada	61-65	27 de enero del 2020
La Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral S.A impugnó la decisión	66-77	29 de enero del 2020
Auto concede la impugnación	83	03 de febrero del 2020
La impugnación de la Fiduprevisora, fuera de tiempo	88-90	03 de febrero de 2020
Se somete a reparto para segunda instancia - correspondiéndole el conocimiento al Magistrado Ponente	2 Cd. Alzada	05 de febrero del 2020
Se remite a la Secretaría de este Tribunal por Oficio No. 0086-2020	1 Cd. Alzada	Recibido el 5 de febrero del 2020

SEGUNDA INSTANCIA

Actuación procesal	Folio	Fechas o asuntos
Pasa al Despacho del Magistrado Ponente	3 Cd. Alzada	06 de febrero de 2020
Se admite la impugnación y se decretan pruebas de oficio	4-5 Cd. de Alzada	7 de febrero de 2020
Se recepciona la prueba decretada, esto es, el concepto del médico cirujano plástico	15-16 Cd. Alzada	18 de febrero de 2020

6. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

6.1. La Fiduprevisora S.A⁴., En calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifestó que la señora **LUISA FERNANDA HERAZO PEÑA**, se encuentra **ACTIVA en calidad de beneficiaria del régimen de excepción de asistencia en salud.**

Aclara que, la prestación de los servicios médicos asistenciales no se encuentra a cargo del FOMAG, sino de las entidades contratadas para ello y que a su vez se hallan facultades por la ley teniendo en cuenta que la función del FOMAG se encarga de garantizar la prestación de servicios médico-asistenciales a través de la subcontratación con entidades encargadas.

Indicó que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la Fiduprevisora S.A., se hace evidente que el ente encargado de autorizar lo que requiere la actora en la Unión Temporal con la cual se haya suscrito el respectivo contrato de prestación de servicios médicos.

⁴ Contestación de la Fiduprevisora S.A. fl. 25 al 27 y 46 al 48

Alegó también que no obra como empresa promotora de salud y que se debe tener en cuenta que los servicios excluidos del plan obligatorio de salud los debe prestar el operador, en cumplimiento de su obligación contractual, sin perjuicio del recobro que pueda hacer.

Arguye la inexistencia de la vulneración de derechos fundamentales, como quiera que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva derivada de la supuesta afectación de los derechos fundamentales de la actora.

Por último, solicita que se desvincule por falta de legitimación en la causa por pasiva y que se vincule a la Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral S.A, quien es la legitimada para prestar los servicios de salud requeridos por la accionante.

6.2. La Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral S.A.⁵, rindió informe manifestando que se encuentra conformada por la Organización Clínica General del Norte- Medicina Integral y que ya NO es la Clínica las Peñitas S.A.S., la encargada de suministrar los servicios de salud, estado a cargo de la nueva entidad contratada para la región que es Medicina Integral, la cual debe regirse por los términos de referencia o pliegos de condiciones que son elaborados por la Fiduprevisora, quien sigue siendo la entidad que tiene la cobertura económica de los servicios de salud del magisterio y quien tiene el vínculo jurídico y de afiliación con los docentes.

Alegó que jamás y nunca ha vulnerado ningún derecho fundamental o legal a la paciente Luisa Fernanda Herazo Peña, por el contrario, le ha brindado la atención y los servicios médicos hospitalarios que ha requerido en razón de su patología.

No han dejado de suministrar los servicios integrales en mención, todos los ordenamientos generados por sus médicos tratantes tales como medicamentos, procedimientos, diagnósticos en todos los niveles de complejidad y ordenes de interconsulta, han sido acatados por la Unión Temporal del Norte Región 5- Medicina Integral, tal y como se muestra en las bases de datos y en la historia clínica de la usuaria.

Aclara que, han suministrado a través de su red, todos los servicios médicos con los que cuentan y que tienen debidamente habilitados por la autoridad competente

⁵ Contestación de Unión Temporal del Norte Región 5 Fl. 34 al 45

y que se enmarcan dentro del plan de beneficio de los docentes, los cuales se reflejan en las diferentes valoraciones que ha recibido por parte de los médicos especialistas y los diferentes estudios que se le han ejecutado.

Del mismo modo, expresa que su sistema de información no registra evidencias de que exista ordenamiento médico especialista de la práctica de realización del procedimiento de reducción mamaria, y así mismo, como se evidencian en los anexos aportados por la accionante en la presente Acción de tutela, no existe una orden dirigida por sus médicos especialistas tratantes.

Resalta que, su obligación es suministrar los servicios médicos que requieran los pacientes siempre y cuando se deriven del direccionamiento de sus médicos tratantes, que a la fecha de hoy esa institución brinda la totalidad de los tratamientos médicos y farmacológicos que le han sido ordenados con diligencia, pertinencia y oportunidad, prueba de ello, son las valoraciones consignadas en los registros de historia clínica de la paciente.

Trae a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-1214 de 2008, que establece que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente está únicamente en cabeza de los médicos y no le corresponde al juez.

Expresa que, no se trata de dejar morir a la paciente, ni mucho menos, porque no existe negativa en la prestación de los servicios médicos, lo único cierto es que la accionante solicita, le sea practicado un procedimiento de reducción mamaria, que en primera instancia no ha sido ordenado por parte del médico especialista tratante de la paciente y en segunda instancia, se trata de un estudio que se encuentra excluido del plan de beneficios, al ser un estudio que de carácter estético.

Con base en lo anterior, no se puede autorizar dicho procedimiento quirúrgico, toda vez que en los registros de historia clínica de la paciente no se evidencia ordenamiento del procedimiento solicitado. Aunado a ello, la cirugía solicitada se cataloga como cirugía estética y, por tanto, no puede ser cubierta con los recursos públicos del sistema de salud nacional.

Sostiene que, la paciente pertenece a un régimen de salud excepcional como es el magisterio, motivo por el cual la prestación de los servicios no se rige con lo

señalado en la Ley 100, sino por unos pliegos de condiciones que son establecidos por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora, que son las entidades que administran los recursos del sistema de salud de los docentes y quienes elaboran los pliegos de condiciones y el contrato que enmarca la prestación de los servicios médicos de salud de los docentes y su grupo familiar.

Hace mención, que si la paciente llegare a requerir cualquier servicio o conceptos que no se encuentre dentro de los pliegos de condiciones prestarlos de una manera diferente a la establecida y deban ser suministrados por ser una orden judicial, solicita muy comedidamente se ordene al FOMAG que se haga responsable de los mismos directamente, ya que la paciente tiene el vínculo jurídico de afiliación es con el Fondo, o que se les exporte por medio de la expedición de una orden de servicio por evento, y fuera de la capital que actualmente existe en virtud del contrato establecido entre el Fondo y La Organización Clínica General del Norte.

Insiste al despacho, se niegue el amparo solicitado, como quiera que no registra ordenamiento alguno en historia clínica del mencionado procedimiento, de la misma manera la cirugía de reducción mamaria se torna estética y, en consecuencia, haría parte de las exclusiones del plan de atención en salud de los docentes y no es obligación de esa entidad suministrarlo.

6.3. MINISTERIO PÚBLICO⁶: En su intervención manifestó que bajo criterio médico tener senos muy voluminosos causa dolores severos en la zona lumbar, dolor en el hombro, hendidura por la presión de la cinta del brassier a nivel del hombro, dolor en el cuello, infección por hongos en el espacio debajo de los senos, dolor de cabeza, dolor o adormecimiento de las manos, alteración en la calidad de vida de tipo físico y psicológico.

Resalta que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas, amplio alcance que le ha dado la jurisprudencia constitucional, pues ya no sólo comprende el aspecto físico o funcional, sino también las condiciones psíquicas, emocionales y sociales de la persona; toda vez que, una persona es un ser integral y, por ende, no puede dejar de tenerse en cuenta ninguna de las referidas facetas.

Alegó que las entidades que tienen a su cargo la autorización de la práctica de una

⁶ Fls 49 al 51 del C Ppal.

cirugía para modificar el tamaño de los senos vulneran el derecho a la salud de una mujer, cuando le niegan la práctica de este procedimiento que requiere para curar una enfermedad como también al retardar la prestación de un servicio médico, incluido o excluido del POS, y que ha sido prescrito por el médico tratante tras considerarlo necesario para conservar el estado de salud del paciente.

Por último, el juez debe analizar la situación en concreto y determinar si la accionante se encuentra efectivamente en un estado de salud en deterioro, para conceder el amparo solicitado.

7. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁷

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante Sentencia de calenda 27 de enero de 2020, resolvió tutelar el derecho a la Salud, Seguridad Social y Vida Digna de la joven Luisa Fernanda Herazo Peña.

Indica frente a la procedencia de la tutela para ordenar la práctica de procedimientos considerados estéticos cuando tienen una finalidad constitucional, que analizada la historia clínica de la accionante y el concepto de carácter funcional que establece el Ministerio de la Protección Social, en la Resolución No. 6408 de 2016, la reducción de mamas solicitada por Luisa Fernanda Herazo Peña, tiene un carácter funcional, el cual se orienta a la preservación de la salud de la actora y por tanto, la misma se encuentra dentro del plan de beneficios establecido por el Fondo a través de su entidad prestadora y con ello no se justifica la negativa del médico tratante, cirujano plástico, cuando otras especialidades, como lo es cirugía general, fisioterapia, ortopedia y en general la historia clínica de la paciente, determinan la necesidad en la práctica de dicho procedimiento en aras de mantener la salud del paciente sino además de mejorar su calidad de vida, lo cual atañe al carácter de la prestación de los servicios médicos.

Señala que, se dispondrá amparar el derecho a la salud y ordena al Fondo a través de su entidad prestadora de salud Unión Temporal del Norte Región 5° Medicina Integral, proceder a autorizar la cirugía de reducción de mamas dentro del término de dos (02) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión; así mismo para realizar los exámenes, valoraciones y procedimientos preoperatorios, para la práctica oportuna del procedimiento quirúrgico, como

⁷ Fls 53 al 66 del C. Ppal.

también de los servicios médicos que requiera de forma posterior a la práctica de la cirugía indicada, para el restablecimiento de su salud.

Respecto al suministro de viáticos, transporte, alimentación y estadía, para ella y su acompañante, en caso que le sean ordenados los servicios médicos que requiera con ocasión de su padecimiento, por fuera de la ciudad de residencia, precisa que en primera medida que se trata de una situación eventual que puede o no ocurrir y en caso que le sea ordenado procedimientos médicos por fuera de la ciudad de residencia, deberá valorarse la necesidad del procedimiento, la falta de recursos económicos del paciente para sufragarlos y además en cuanto al acompañante, la necesidad de contar con la asistencia de alguien por cuanto éste —paciente- no pueda valerse por sí mismo. Situación que no es posible determinar en este momento.

7.1. LA IMPUGNACIÓN⁸: El 29 de enero de 2020, la Unión Temporal del Norte Región 5 – Medicina Integral, presentó escrito de impugnación solicitando se revoque el fallo de tutela de primera instancia esgrimiendo los mismos argumentos de la contestación de la tutela.

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

8.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer en Segunda Instancia de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO. De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico se circunscribe en determinar, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal del Norte Región 5 – Medicina Integral, se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la Salud, Vida y Seguridad Social, de la joven Luisa Fernanda Herazo Peña, al negarse el procedimiento de reducción mamaria que la aqueja desde hace más de 5 años.

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor:
i) Generalidades de la acción de tutela; **ii)** El régimen especial de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de

⁸ Fls 66 al 77 del C. Ppal.

Prestaciones Sociales del Magisterio; **iii)** Deferencias entre cirugía funcional y estética; y **iv)** El caso concreto.

8.3. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

8.4. Régimen especial de Seguridad Social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: breve contextualización

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante el FOMAG, como una cuenta especial de la Nación, con independencia

patrimonial, contable y estadística y sin personería jurídica. En dicha ley se estableció que sus recursos serían administrados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en virtud de la suscripción de un contrato de fiducia mercantil celebrado con el Gobierno Nacional; función que le ha correspondido a la Fiduprevisora S.A, quien está encargada de contratar los servicios de varias IPS en todos los departamentos del país.⁹

En el artículo 4 de la referida normatividad, se consagró como función del FOMAG atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a la fecha de su promulgación.¹⁰

Adicionalmente, la referida ley previó la existencia de un Consejo Directivo del Fondo, el cual tiene a cargo las siguientes funciones: *“(i) Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento. (ii) Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo. (iii) Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo. (iv) Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos. (v) Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación. (vi) Las demás que determine el Gobierno*

⁹ Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”: “Artículo 3. *Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.*”

¹⁰ Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”: “Artículo 4. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 20, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.*”

Nacional.”¹¹

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 determinó las excepciones a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha norma, dentro de las cuales se encuentran: (i) los miembros de las Fuerzas Militares; (ii) los miembros de la Policía Nacional; (iii) el personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990; (iv) los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas; (v) los trabajadores de las empresas que, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, en el que se haya pactado sistemas o procedimientos especiales; (vi) los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y sus pensionados; y (vii) los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio.¹² Respecto de los últimos, señaló que se les mantendría su régimen especial de seguridad social, el cual debe ser respetado.¹³

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a tratarse de un régimen especial que tiene la facultad de establecer autónomamente los servicios con los cuales serán beneficiados sus afiliados, “no los hace ajenos a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”¹⁴.

Ahora bien, cabe hacer la precisión referente a que el régimen especial de salud del Magisterio tiene un Plan Integral y la prestación de los servicios médico-asistenciales se realiza a través de entidades de salud que son sometidas a un proceso de selección, cuyos lineamientos son establecidos por el Consejo Directivo del Fondo, y la contratación deberá ser adelantada por cada región.¹⁵ La atención y

¹¹ Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Artículo 7.

¹² Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras”: “Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a (...) se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”.

¹³ Acuerdo 04 de 2004, “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Considerando.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-515 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-248 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁵ Acuerdo 04 de 2004, “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Artículo 1 numeral 4: “Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforme a las siguientes características fundamentales: (...) Selección De Contratistas. El Consejo Directivo acordó que en cada región habrá más de un prestador de servicios, salvo que sólo se presente un proponente o los que se presenten no alcancen los requisitos mínimos. En cada región se contratará con las entidades que obtengan los mayores puntajes, previo el cumplimiento de unos requisitos y criterios que serán definidos en una próxima sesión del Consejo Directivo, con base en una evaluación técnica realizada por una entidad preferiblemente pública, distinta a la Fiduciaria. El número máximo de entidades con las que se contratará dependerá de la población; estos criterios serán definidos en una próxima sesión. La selección se realizará mediante el

servicios de salud prestados deberán sujetarse a: (i) las políticas corporativas de la Fiduprevisora S.A.; (ii) las orientaciones del Ministerio de Educación Nacional, acorde con el contrato de fiducia suscrito con dicha entidad; (iii) la política sectorial para prestadores de servicios de salud; (iv) los pliegos de condiciones o documento de selección definitiva y sus anexos; y (v) los contratos suscritos con las Uniones Temporales adjudicatarias de las invitaciones públicas.¹⁶

Uno de los lineamientos del plan integral de salud de este régimen de excepción es ofrecer una atención o tratamiento de todo tipo de patologías sin restricción, tanto a los afiliados como a los beneficiarios. En ese mismo sentido, han establecido que la atención integral de todas las patologías de alto costo o catastróficas (como el cáncer, el VIH, la insuficiencia renal crónica aguda, patologías cardiovasculares, neurológicas y los trasplantes) no tendrá exclusiones, preexistencias ni períodos mínimos de cotización.¹⁷ Asimismo, se ha establecido como criterio aplicado a los contratos celebrados con los prestadores de los servicios, que *“todo aquello que no esté tipificado explícitamente como una exclusión se entenderá cubierto por el Plan de Beneficios del Magisterio, siempre en cumplimiento de lo dispuesto por las normas que rigen al Régimen de Excepción”*¹⁸.

Dentro del mismo plan, se han clasificado como excluidos los siguientes procedimientos: *“(i) Tratamientos de infertilidad. Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo y la procreación. (ii) Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor. (iii) Todos los tratamientos quirúrgicos y medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen y suministren por fuera del territorio Nacional. (iv) Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico-quirúrgicos realizados en el exterior. (v) Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el INVIMA o el ente regulador correspondiente. (vi) Se excluyen tecnologías en salud sobre las cuales no exista evidencia científica, de seguridad o costo efectividad o que tengan alertas de seguridad o falta de efectividad que recomienden su retiro del mercado, de acuerdo con la normatividad vigente. (vii) Tratamientos de ortodoncia,*

procedimiento de invitación pública previsto en la Ley 80 de 1993. En el proceso de selección se deberá aplicar el procedimiento establecido en la legislación vigente respecto de la recomendación de las entidades con las que se contratará por parte de los Comités Regionales y del Consejo Directivo.”

¹⁶ Fiduprevisora S.A., Manual del Usuario 2017-2021, Principios Fundamentales, pg. 3.

¹⁷ Fiduprevisora S.A., Cartilla: Modelo Mejorado de Salud para el Magisterio, pg.17.

¹⁸ Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 1.

implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica. (viii) Prestaciones de salud en instituciones no habilitadas para tal fin dentro del sistema de salud. (ix) No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados con los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús, jabones, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental y demás elementos de aseo; leches, cremas hidratantes, anti solares, drogas para la memoria, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos. Los anti-solares y cremas hidratantes serán cubiertas cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente. (x) No se reconocerán servicios por fuera del ámbito de la salud salvo algunos servicios complementarios y necesarios para el adecuado acceso a los servicios como el caso del transporte. (xi) Calzado Ortopédico. (xii) Los pañales de niños y adultos y las toallas higiénicas. (xiii) Todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido.”¹⁹ (Subrayado fuera del texto)

8.5. Distinción entre procedimientos estéticos y funcionales.

Como se observa de la lista de exclusiones presentada en el acápite anterior, la relativa a tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor, no puede ser cubierta con los recursos previstos para el Plan de Salud del Magisterio. En este punto resulta necesario hacer unas precisiones respecto de las diferencias que existen entre una atención médica con fines estéticos o cosméticos y aquellas de carácter funcional.

Partiendo de lo anterior, se debe resaltar que hay dos tipos de intervenciones quirúrgicas que pueden parecer similares pero tienen diferentes finalidades²⁰. Por una parte, las consideradas de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias, cuya finalidad última es la de modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza. Por otra parte, se encuentran aquellas intervenciones quirúrgicas cuyo interés es el de corregir, mejorar, restablecer o reconstruir la funcionalidad de un órgano con el fin de preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna, así como también con el fin contrarrestar las afecciones

¹⁹ Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 2.

²⁰ Sobre este tema se pronunció recientemente la Corte en las Sentencias T-570 de 2013, T-022 de 2014, T-142 de 2014 y T-381 de 2014.

sicológicas que atentan también contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Ahora bien, las cirugías que se enmarcan dentro de la clasificación de estéticas, cosméticas o suntuarias, por regla general, no se encuentran cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, así como tampoco los efectos secundarios previsibles que de este tipo de procedimientos se puedan llegar a derivar.

La Corte Constitucional ha señalado que una cirugía será calificada como estética o funcional con base en una valoración o dictamen científico que se encuentre debidamente soportado. Dicha clasificación no puede ser realiza con base en parámetros administrativos o financieros de la entidad prestadora del servicio de salud y, mucho menos, de los criterios subjetivos del paciente que solicita la realización de la intervención.

La distinción de estos dos tipos de cirugías ha sido estudiada en varias sentencias de la Corte Constitucional y ha sido aplicada al régimen general de seguridad social integral de salud. No obstante, la postura expuesta podría ser adaptada para el caso del Plan de Salud del Magisterio por analogía, pues ambos regímenes deben regirse por los mismos principios, tal y como el de la integralidad.²¹

En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado que: *“existen cirugías estéticas que persiguen dos propósitos distintos: el estético o cosmético cuando buscan mejorar tejidos sanos para embellecer el cuerpo, y el funcional o reconstructivo cuando son necesarias para tratar una enfermedad”*²².

De otra parte, esa Alta Corporación ha señalado unos criterios para saber en qué casos se está o no ante una cirugía estética o una reconstructiva: *“la cirugía estética con fines de embellecimiento es aquella que no tiene una patología de base y busca exclusivamente embellecer o rejuvenecer tejidos sanos o normales de las personas. A su turno, la cirugía estética reconstructiva (incluida en el P.O.S.) tiende a recuperar la forma o la función perdida como consecuencia de un trauma o una enfermedad”*.²³

²¹ La analogía ha sido aplicada en este tipo de casos por la Corte Constitucional. Al respecto ver sentencia T003 de 2019.

²² Corte Constitucional, Sentencias T-793 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-579 de 2017 y T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y T-392 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ Corte Constitucional, Sentencias T-623 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-152 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

De igual forma, en el caso de una docente que pertenecía al régimen de excepción del magisterio y a quien el FOMAG le negó la autorización de una cirugía de mama ordenada por su médico tratante, la Corte Constitucional reiteró en la existencia de procedimientos quirúrgicos que, en principio, pueden catalogarse como estéticos y, luego, adquieren la connotación de funcionales o reconstructivas, por ser necesarios para garantizar el ejercicio del derecho a la salud²⁴. En dicho fallo se señaló que la Corte:“(…) *en múltiples oportunidades ha propendido por la protección de la vida en forma integral, buscando que la persona obtenga del Sistema de Seguridad Social una solución satisfactoria a sus dolencias físicas y psicológicas, que afecten su normal desarrollo en sociedad. Incluso, ha ordenado la realización de cirugías que, prima facie, podrían catalogarse como estéticas, pero conllevan una connotación funcional fundamental, en aras de garantizar la vida digna, sin compromiso de la salud física y síquica*”²⁵

En la sentencia **T-392 de 2009**²⁶, la Corte Constitucional respecto a las cirugías estéticas y funcionales sostuvo que “[Desde] un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente ‘estéticos’ o ‘cosméticos’ cuando, ‘es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente’, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando ‘está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma’. La cirugía reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

Aunado a lo anterior, habrá de tenerse en cuenta que una cirugía será considerada como estética o funcional a **partir de una valoración o dictamen científico debidamente soportado**, y no en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención. Queda claro entonces, que las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del PBS, mientras que las reconstructivas o funcionales si entienden incluidas y a cargo de las EPS.²⁷

En la sentencia **T-381 de 2014**, se establecieron unas reglas para ser aplicadas a casos en los que se niega una cirugía arguyendo que se trata de una intervención

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Reiterada por la Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁶ Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁷ Sentencia T-579 de 2017.

con una finalidad estética y no funcional, a saber: “(i) Que el caso no esté clasificado como una cirugía estética, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico. (ii) Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología. (iii) Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales. (iv) Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita. (v) Que los efectos negativos de la enfermedad ameriten la intervención inmediata del juez constitucional, para evitar un perjuicio irremediable.”²⁸

Lo expuesto lleva a concluir que, efectivamente, las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del Plan. Sin embargo, las reconstructivas o reparadoras de carácter funcional se pueden entender incluidas y las IPS deberán responder por su autorización y realización; con fundamento en el lineamiento antes mencionado, en virtud del cual “*todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido*”, así como también por tratarse de un procedimiento de rehabilitación.²⁹

Con base en las precedentes consideraciones se abordará el

9. CASO CONCRETO. Procura la accionante la protección a su derecho fundamental a la salud, vida y seguridad social, presuntamente vulnerados por el FOMAG, ante la negativa de la cirugía de reducción mamaria que requiere, en razón al gran volumen de sus senos, lo que le está causando dolores incapacitantes en su espalda.

La entidad demandada en su contestación³⁰ e impugnación³¹ alegó que no hay vulneración de los derechos mencionados por la accionante y que le han prestado los servicios de salud necesarios para la atención que le aqueja.

El Juez de primera instancia, decidió amparar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y una vida digna invocados por la actora, al encontrar acreditados los supuestos establecidos por la Corte Constitucional para la cirugía de reducción de mamas por ser funcional y no estética.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-392 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁰ Ver contestación Fl. 25 al 27

³¹ Fls. 66 a 77 del C.Ppal.

Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

9.1. Legitimación en la causa por activa. Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.

En el presente caso la acción de tutela fue presentada por la señora **Luisa Fernanda Herazo Peña** en representación propia, por lo que se puede afirmar que, en efecto, existe legitimación en la causa por activa para el ejercicio de la acción de tutela.

9.2. Legitimación pasiva. Al ser el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la entidad a la cual se encuentra afiliada la accionante en calidad de beneficiaria, y ser la Unión Temporal del Norte Región 5 – Medicina, la encargada de prestar los servicios médicos dentro de régimen especial de salud del magisterio tal como lo acepta el FOMAG en su contestación³², se entiende superado este requisito.

9.3. Inmediatez. Los pronunciamientos de la Corte Constitucional han establecido que la *inmediatez* es un requisito que opera como regla general en la evaluación de procedibilidad de las acciones de tutela, cuyo propósito es garantizar que el mecanismo no se desnaturalice ni contraríe la seguridad jurídica.³³ Este requisito consiste en verificar que la acción haya sido instaurada en un plazo razonable,³⁴ sin que ello implique que exista un término de caducidad para la misma, pues una afirmación así, iría en contra de lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política.³⁵

Como no es atribuible a la inmediatez un lapso de tiempo específico o único, será el juez de tutela el encargado de determinar, con base en las particularidades del caso, cuál es el plazo razonable y, en consecuencia, si un proceso determinado cumple tal requisito.³⁶

³² Contestación del FOMAG Fls. 25 al 27

³³ Corte Constitucional, Sentencia SU-961 de 1999.

³⁴ Corte Constitucional, sentencias SU-189 de 2012.

³⁵ Corte Constitucional, sentencias T-374 de 2012 y T-060 de 2016.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-499 de 2016.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la inmediatez es el transcurrir de un plazo razonable entre la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y la instauración de la acción de tutela. No obstante, la Corte ha reconocido tres casos en los cuales este principio debe ser valorado de manera más flexible, a saber: (i) acaecimiento de un hecho catalogado como fuerza mayor, caso fortuito o similar³⁷; (ii) que la amenaza o vulneración se extienda en el tiempo³⁸; o (iii) que exigir un plazo razonable sea una carga desproporcionada, si se tiene en cuenta la condición de vulnerabilidad del accionante.³⁹

En el caso concreto, se evidencia de los supuestos fácticos narrados por la accionante que, ésta, a raíz del gran volumen de sus senos viene presentando desde hace más de 5 años dolores en su espalda, por lo que, se vio avocada el día 10 de junio de 2019 a acudir al servicio de urgencias de la Clínica Las Peñitas de Sincelejo hoy Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral S.A., lugar donde le brindan los servicios de salud a los docentes y sus beneficiarios, siendo atendida por el médico general, quien le diagnosticó “DORSALGIA, NO ESPECIFICADA y HIPERTROFIA DE LA MAMA”⁴⁰, ordenándole “S/S ECOGRAFÍA MAMARIA, CITA CONS. EXTERNA CON ORTOPEDIA y CITA CIRUGÍA GENERAL CON REPORTE”.

El 2 de julio de 2019, fue valorada por el Radiólogo, quien concluyó en su diagnóstico “*actitud escoliótica dorsal derecha de 5°*”⁴¹. El 9 de julio de 2019, le fue realizada “ultrasonografía diagnostica de mama, con transductor de 7 M HZ o más”, arrojando como resultado “*Pequeño quiste simple en mama derecha, Mastopatía fibroquistica, Birads 2*”⁴².

El 24 de diciembre de 2019⁴³, la actora fue valorada por el Médico Cirujano Plástico, adscrito a la Clínica Las Peñitas, quien indicó:

“Paciente femenina 23 años refiere dolor en columna. Al examen físico presenta gigantomastia moderada, hasta el momento no presenta deformidad en la columna cervico dorsal que justifique la cirugía de reducción mamaria.”

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-299 de 2009.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-788 de 2013.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-410 de 2013.

⁴⁰ Fl. 8

⁴¹ Fl. 12

⁴² Fl. 13

⁴³ Fl. 17

Conforme a lo anterior, como quiera que los hechos que dan lugar a la presente acción datan de finales de diciembre de 2019 y la tutela se presentó el 13 de enero de 2020, la Sala encuentra superado este requisito.

9.4. Subsidiariedad. A pesar de ser un mecanismo preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales,⁴⁴ la acción de tutela tiene un carácter subsidiario que, en principio, se evalúa con relación a la existencia de otros mecanismos judiciales que tengan competencia para decidir el asunto objeto de reclamación. En otros términos, la tutela es, por regla general, improcedente cuando el accionante puede solicitar la protección de sus derechos a través de otros tipos de acciones constitucionales, o a través de jurisdicciones diferentes a la constitucional.

No obstante, esta regla general encuentra dos excepciones, que se originan al reconocer que la mera existencia de otros mecanismos no necesariamente garantiza, por sí misma, la protección eficaz, suficiente y necesaria de los derechos conculcados. Es por esto que en reiterada jurisprudencia constitucional se ha precisado: (i) que la evaluación de procedencia debe necesariamente tener en cuenta que tales mecanismos, además de existir, sean idóneos y eficaces para lograr la protección adecuada de los derechos; y (ii) que, frente al inminente acaecimiento de un perjuicio irremediable, es necesario tomar medidas de carácter transitorio, aun cuando el fondo del asunto debe ser resuelto por otro mecanismo existente.⁴⁵

Así, cuando el mecanismo no es idóneo o eficaz, el juez de tutela tiene plena competencia para tomar todas las decisiones de fondo y de carácter definitivo para resolver el asunto propuesto. Entre tanto, frente a la existencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela no sustrae del todo las competencias del juez ordinario, sino que tan solo adopta decisiones de carácter transitorio para evitar la consolidación de un daño, debiendo el accionante acudir con posterioridad al mecanismo ordinario para lograr una solución definitiva.

En consecuencia, el análisis de procedibilidad de la acción de tutela debe determinarse según el caso concreto, no solo porque la subsidiariedad sea un requisito a evaluar en todas las acciones, sino también porque para establecer la pertinencia de la aplicación de las excepciones mencionadas, el juez debe

⁴⁴ Artículo 86 de la Constitución Política.

⁴⁵ Tales excepciones también son enunciadas por la Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y el Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

incorporar al análisis las *condiciones objetivas* de quien instaura la acción. Tales condiciones han sido elaboradas por la jurisprudencia de la Corte en los siguientes términos: “(...) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (...)”⁴⁶, deben ser tenidas en cuenta para reconocer si ubican a la persona en circunstancias de debilidad manifiesta, de tal manera que estas impacten la decisión respecto a la procedibilidad del caso.

Pues bien, en el caso en análisis, a voces de lo dispuesto en las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, en principio la Superintendencia Nacional de Salud sería la entidad encargada de atender el reclamo por la presunta omisión en la prestación del servicio de salud por cuya causa, a juicio de la accionante, le fueron vulnerados por parte de la prestadora de los servicios de salud del Magisterio los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social.

Sobre el tema de Seguridad Social en Salud, las Leyes 1122 de 2007⁴⁷ y 1438 de 2011⁴⁸, otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con las atribuciones propias de un juez, algunas controversias entre las EPS (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. Específicamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, estatuye que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”. Este trámite judicial, inicia con la presentación de una petición informal y en el término de 10 días siguientes, a la radicación del oficio se debe dictar el fallo, el cual puede ser impugnado dentro de los 3 días siguientes.

No obstante, la Corte Constitucional ha sostenido que las acciones de tutela que buscan la protección del derecho fundamental a la salud son procedentes porque, a pesar de existir por ley un mecanismo jurisdiccional para ello ante la Superintendencia Nacional de Salud, aquél no es idóneo ni eficaz.⁴⁹ Recientemente, la Corte ha concluido que la estructura de su procedimiento tiene falencias graves

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencias T-827 de 2011 y T-477 de 2013.

⁴⁷ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁸ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-603 de 2015 y T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-707 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

que han desvirtuado su idoneidad y eficacia, tales como: “(i) La inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. (ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado. (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país.”⁵⁰

Delimitado lo anterior, se pasa a analizar el sub examine. Dentro del acervo probatorio allegado al expediente, esta Colegiatura vislumbran las siguientes piezas documentales aportadas por las partes así:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luisa Fernanda Herazo Peña (fl. 7)
- Copia de la epicrisis de la clínica las peñitas de fecha 10 de junio de 2019 (fl. 8-9)
- Copia de la historia clínica de Las peñitas S.A.S de fecha 09/02/2015 (fl. 10)
- Copia de la asignación de citas DUSOFT MEDICAL de la clínica las peñitas S.A.S de fecha 10 de junio de 2019 (fl. 11-12)
- Copia del ultrasonografía diagnóstico de mama, con transductor de 7M HZ O MAS de la Unidad Diagnóstico Clínico Imagenológico de fecha 09/07/2019 (fl. 13-14)
- Copia del examen de radiografía de columna torácica o dorsal de la dependencia de imagenología de la clínica las peñitas con el número de Orden No. 0100114347 de fecha 03/10/2015 (fl. 15)
- Copia del examen de ecografía “ultrasonografía” diagnóstico de mama con transductor de la clínica las peñitas S.A.S con el número de Orden No. 0100156674 de fecha 21/01/2016 (fl. 16) clínica las peñitas S.A.S
- Copia de la hoja de control AS-44 (fl. 17)

En el plenario se acredita que la accionante Luisa Herazo Peña, tal como registra en la historia clínica emanada de la Clínica Las Peñitas S.A.S., desde hace aproximadamente 5 años viene presentando dolores incapacitantes en su espalda asociado al gran volumen de sus senos, razón por la cual fue valorada en el año 2015 por cirugía estética y reconstructiva, para definir la necesidad de una reducción mamaria y determinar el carácter de ésta, si estético o funcional.

En dicha valoración, el médico cirujano plástico Roger Ruiz Moreno, determinó:

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-309 y T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-2018 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

“paciente femenina 19 años, refiere dolor en la columna dorsal, al examen físico presenta gigantomastia moderada, no presenta deformidades en columna que justifique la cirugía de reducción mamaria (...)”⁵¹

También fue valorada por imagenología el 3 de octubre de 2015, obteniendo como resultado:

“Altura, densidad y alineación de los cuerpos vertebrales conservada. Espacios intervertebrales y relaciones articulares sin alteraciones. No se observación alteración de las partes blandas adyacentes”

El 10 de junio del año 2019, acudió al servicio de urgencia por presentar el siguiente cuadro clínico⁵²:

“MOTIVO DE CONSULTA:

DOLOR EN LA ESPALDA

ENFERMEDAD ACTUAL:

CUADRO CLÍNICO DE MÁS DE O MENOS 5 AÑOS CON DOLORES EN LA ESPALDA QUE EN OCASIONES ES INCAPACITANTE, ADEMÁS AUMENTO EN EL TAMAÑO DE LAS MAMAS, REFIERE QUE HACE TRES AÑOS FUE VALORADA POR FISIATRÍA QUIEN REMITE A CIRUGÍA PLÁSTICA EN EL CUAL NO ENCONTRÓ INDICACIÓN QUIRÚRGICA, REFIERE DOLOR DE MAMAS, NO TIENE ESTUDIOS DE IMAGEN.”

Asignándole como diagnósticos de egreso y resumen del Plan Terapéutico⁵³ lo siguiente:

CÓDIGO	DIAGNOSTICO DE EGRESO ASIGNADOS
M549	DORSALGIA, NO ESPECIFICADA
N62X	HIPERTROFIA DE LA MAMA

Resumen Del Plan Terapéutico

*“con dorsalgia de larga data asociada con aumento en el tamaño de las mamas, al examen físico mamas hipertróficas, **de gran peso, de gran tamaño**, sin masas dominantes, solo dolor, S/S ecografía mamaria, cita cons externa con ortopedia y cita cirugía general con reportes.”*

Del mismo modo, en el dossier se encuentran los resultados de ultrasonografía diagnóstica de mama, con transductor de 7 M HZ o MAS, de la Unidad Diagnóstico Clínico Imagenológico de fecha 09 de julio del 2019, del que la médico radióloga Lorena Ballesteros G., concluye *“PEQUEÑO QUISTE SIMPLE EN MAMA DERECHA, MASTROPATIA FIBROQUISTICA, BIRADS 2”⁵⁴*, así como el radiólogo

⁵¹ Fl. 10

⁵² Fl. 8.

⁵³ Fls. 8 reverso.

⁵⁴Ver resultados de ultrasonografía diagnóstica de mama, con transductor de 7 M HZ o M AS, de la Unidad Diagnóstico Clínico Imagenológico Fl. 13

el día 2 de julio del mismo año del informe concluye que la accionante tiene una actitud escoliotica dorsal derecha de 5°⁵⁵.

El 24 de diciembre de 2019, la accionante fue atendida nuevamente por el médico cirujano plástico, quien al examen físico concluyó⁵⁶:

“Paciente femenina 23 años refiere dolor en columna al examen físico presenta Gigantomastia moderada, hasta el momento no presenta deformidad en columna cervico dorsal que justifique la cirugía de reducción de mamas”

Ahora bien, como prueba de oficio el Magistrado Ponente citó a declarar al Médico Cirujano Plástico, adscrito a la Clínica Las Peñitas, galeno que la había valorado en dos oportunidades, a fin de que explicara su concepto y las razones por las cuales llegó a esa decisión; en la referida diligencia se le solicitó que explicara las medidas anotadas en una gráfica que reposa en la evaluación médica del año 2015 y posteriormente en el año 2019, a lo que respondió (se transcribe ad Litteram):

*“En el año 2015 la gráfica muestra un 22, 23, 24, 9 y 9, cierto, eso son las medidas antropométricas de las mamas de la señora o sea al principio hay una medida de la horquilla esternal hasta areola, que mide 22 cm del lado derecho, una medida de la horquilla esternal hasta la areola mide 23 cm y la distancia entre las dos areola 24 cm y la distancia de la areola hasta abajo del surco mide 9 cm, eso fue en el año 2015 yo al revisarla hay un diagnóstico de gigantomastia moderada, ósea que tiene los senos un poco grandes, pero en el momento no hay ninguna razón para autorizar la cirugía, porque no tiene deformidades en su columna cervico dorsal que justifique este tipo de tratamiento, porque si bien ella me refiere un dolor en la columna dorsal, esto yo no puedo, es algo que ella siente, digamos, es un síntoma, no tiene signos de tener ese dolor, en el momento que la revisé. **PREGUNTA:** las medidas entre el 2015 y 2019 son coincidentes o han cambiado. **RESPUESTA:** Las medidas han cambiado, porque acá ya tenía 23 cm, 22 cm y acá tiene 24 y 26 y la medida del surco también está aumentada a 10 cm, y acá tiene 9 aumentado de tamaño. **PREGUNTADO:** Eso quiere decir que en el 2019 tenías los senos más grandes y otra pregunta... Cuál serían las medidas que harían necesarias una cirugía. **RESPUESTA:** Como le venía explicando, no hay medidas que justifiquen la cirugía, lo que justificaría la cirugía es que tenga un signo que pueda verificar, que pueda decir, yo no quisiera decir que la paciente me está mintiendo, pero ella dice sentir un dolor y que ese dolor lo provocan los senos, entonces ahí está otra pregunta que yo me haría, por qué hay hombres que tienen deformidad en la columna y no tienen senos, yo necesito tener una justificación para hacer ese procedimiento, más ella manifiesta presentar dolor, pero yo no puedo comprobar ese dolor que ella tiene. **PREGUNTADO:** Entonces no importa la medida del busto, esa medida no es factor que justifique la cirugía. **RESPUESTA:** La medida no justifica la cirugía, aunque se ha notado que existe un crecimiento, los senos le están creciendo, pero yo no puedo asegurar de que ella en un futuro vaya a tener o no deformidad en la columna, sea la causa de los senos o no, porque muchas veces los pacientes se deforman la columna por tratar de esconder los senos porque siente que están muy grandes...donde debe estar la deformidad de la columna, en este tipo de*

⁵⁵ Ver informe de radiología de la clínica las peñitas Fl. 12

⁵⁶ Fl. 17.

pacientes la deformidad debe estar cervico-dorsal, ósea en la parte del cuello y en la parte donde inicia el tórax, ahí debe estar la deformidad, para yo decir que se trata de los senos. PREGUNTADO: En este caso ella llegó con imágenes diagnósticas y usted verificó que no tenía ninguna desviación en la columna o no recuerda, o no está en el expediente. RESPUESTA: Vamos a verificar el examen de columna...esta tiene fecha de julio 2 de 2019...como conclusión actitud escoliotica dorsal de 5°...aquí dice que tiene una actitud escoliotica, escoliotica es decir que se tuerce del lado lateral, en mi experiencia más que todo es una cifosis, es decir que se tuerce hacia adelante, que hace como especie de giba cuando los senos pesan, la escoliosis no es un signo que digamos para decir que tiene los senos grandes, la escoliosis es un mal hábito de sentarse. PREGUNTADO: Tiene algo más que agregar. RESPUESTA. Yo lo que quiero agregar es que yo no puedo decir si en el día de mañana puede presentar o no ese tipo de deformación, que hasta ahora no se justifica la cirugía, que más adelante no lo puedo predecir”.⁵⁷

Con base en lo anterior, se encuentra demostrado en primer lugar que a la actora presenta un diagnóstico de: i) HIPERTROFIA DE LA MAMA⁵⁸, ii) ACTITUD ESCOLIOTICA DORSAL⁵⁹ DERECHA DE 5°, iii) QUISTE SIMPLE EN MAMA DERECHA, iv) MASTOPATIA FIBROQUISTICA⁶⁰, y, v) BIRADS 2⁶¹, patologías en su gran mayoría relacionadas con las mamas y el tejido de estas y en segundo lugar, que no cuenta con un concepto médico favorable por parte del Cirujano Plástico, que hagan viable el procedimiento médico requerido por ella, así como tampoco se advierten las revisiones del médico ortopeda, a quien fue remitida por el médico

⁵⁷ Ver declaración rendida por el médico cirujano el día 18 de febrero de la anualidad en curso Fl. 15-16

⁵⁸ Según consulta realizada en la página web <https://www.redalyc.org/pdf/3655/365545295005.pdf>. Se define la hipertrofia mamaria o macromastia como el aumento sobre la “normalidad” del tejido de la mama, ya sea uni o bilateral, simétrico o asimétrico. Definir lo que constituye un volumen normal de la mama es bastante complejo ya que se relaciona directamente con el peso, la talla, el contexto, y la sintomatología manifestada por cada paciente. De forma arbitraria se considera que entre 300 a 375 cc sería un volumen mamario normal (2). Sin embargo, existen estudios que determinan que lo que define el concepto de hipertrofia mamaria es más bien la sintomatología, por lo que podríamos decir que los síntomas serían más importantes que el volumen propiamente dicho.

⁵⁹ Según consulta realizada en la página web webconsultas.com/salud-al-dia/escoliosis/tipos-de-escoliosis-6683. La **actitud escoliótica** (desviación lateral de la columna corregible de forma voluntaria) normalmente se debe a causas que están fuera de la columna vertebral. Al corregir estas causas, se corrige la desviación de la columna. Se clasifica de distintas formas según su causa.

⁶⁰ Según consulta realizada en la página web <https://www.elsevier.es/es-revista-clinica-e-investigacion-ginecologia-obstetricia-7-articulo-mastopatia-fibroquistica-aspectos-controvertidos-S0210573X13000075> La **mastopatía fibroquística** simple no tiene riesgo de malignización; sí lo tiene la mastopatía proliferativa con atipia (RR de 4-5). 2. La ecografía es la técnica diagnóstica de primera elección, que permite diferenciar los quistes simples de los quistes complicados, pudiéndose también emplear como método de seguimiento y servir como guía para realizar la aspiración del quiste. 3. Ante un cuadro clínico-eco y radiológico dudoso (BI-RADS 3) o sugerente de malignidad (BI-RADS 4 y 5), hay que hacer una punción-aspiración con aguja fina y/o biopsia con aguja gruesa como primera medida. 4. La mastopatía fibroquística asintomática no requiere seguimiento; la sintomática se seguirá con ecografía y/o mamografía.

⁶¹ Según consulta realizada en la página web www1.hospitalitaliano.org.ar/#!/home/imagenes/seccion/8081. **BIRADS 2**: significa que el resultado de su estudio es normal pero con un hallazgo de tipo benigno.

En la mamografía un BIRADS 2 significa que el estudio es normal pero que presenta hallazgos benignos a mencionar como por ejemplo calcificaciones de la piel, calcificaciones dispersas en la glándula, calcificaciones vasculares, ganglio intramamario (ganglio de forma y tamaño normal que se proyecta dentro de la glándula mamaria), etc.

general⁶².

No obstante lo anterior, el Tribunal no puede desconocer las afirmaciones de la actora y la evolución clínica que presenta, en la medida que refiere dolores desde el 2015 que aún persisten en el año 2019 y que está comprobado el aumento progresivo de las mamas desde la primera valoración realizada por el médico cirujano estético en el año 2015 y luego en el 2019, lo cual fue confirmado con su declaración.

Es de anotar, de la respuesta del médico cirujano a los interrogantes del Magistrado Ponente, que si bien es cierto, a su juicio, la actora no presentaba un diagnóstico que amerite la reducción de mamas a la fecha de su valoración, por cuanto la escoliosis que presenta no necesariamente está asociada al gran tamaño de sus senos, también lo es, que éste no descarta que más adelante pueda presentar deformidades en su columna por el peso de sus senos, al respecto manifestó *“yo no puedo decir si en el día de mañana puede presentar o no ese tipo de deformación, que hasta ahora no se justifica la cirugía, **que más adelante no lo puedo predecir”***.

Concepto anterior que no pudo ser analizado de forma armónica con los demás resultados de los especialistas y este Tribunal desconoce si la accionante antes de ser valorada por el médico cirujano plástico referenciado, fue evaluada por el médico fisiatra y el ortopedista, especialidades a las que fue remitida por parte del médico general cuando acudió al servicio de salud el 10 de junio de 2019⁶³.

Frente a lo anterior, conviene anotar, que la Corte Constitucional en asuntos similares al aquí analizado ha sostenido que para determinar si una cirugía es considerada estética o funcional se requiere un dictamen científico debidamente soportado, a saber:

*“habrá de tenerse en cuenta que una cirugía será considerada como estética o funcional a partir de **una valoración o dictamen científico debidamente soportado**, y no en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención.”*⁶⁴

Ahora bien, cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha dado un amplio concepto al derecho a la salud y vida digna, en el entendido que ya

⁶² Fl. 8.

⁶³ Fl. 8 y reverso.

⁶⁴ Sentencia T-579 de 2017.

no sólo comprende el aspecto físico o funcional, sino también las condiciones **psíquicas, emocionales y sociales de la persona**; toda vez que, una persona es un ser integral y, por ende, no puede dejar de tenerse en cuenta ninguna de las referidas facetas. El Estado y las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la responsabilidad de respetar y garantizar este derecho y, es por esto que, puede afirmarse que desconocen el derecho a la salud cuando toman determinaciones que afectan no sólo el bienestar físico, sino también el psíquico, social y emocional de los pacientes.⁶⁵

En este contexto, la Corte Constitucional ha resuelto numerosos casos en los que entidades prestadoras de salud han negado la práctica de cirugías que tienen como propósito modificar el tamaño de los senos a mujeres que requieren de este tipo de procedimientos. Por ejemplo, en la sentencia **T-102 de 1998**⁶⁶ la Sala Segunda de Revisión ordenó a Coomeva EPS autorizar la práctica de una *mamoplastia de reducción* a una mujer que presentaba **hipertrofia de la mama**, enfermedad que según el criterio del médico tratante le generaba dolor intenso en la espalda y otras molestias. En esta oportunidad la Corte expresó:

“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. A este respecto la Corte⁶⁷ ha expuesto lo siguiente:

“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...”. (Subrayas para destacar)

Un caso similar la Corte Constitucional, la Sala Sexta de Revisión en la sentencia **T-935 de 2001**⁶⁸, amparó los derechos a la salud y vida digna de una mujer a quien su EPS le negó la autorización de la práctica de una *mamoplastia de reducción* que requería para aliviar las dolencias generadas por la enfermedad **hipertrofia de mama**. En este caso, a partir de un informe de la Sociedad

⁶⁵ Sentencia T-003 de 2019.

⁶⁶ MP Antonio Barrera Carbonell. Reiterada en las sentencias T- 119 de 2000 MP José Gregorio Hernández Galindo, T-471 de 2000 MP Álvaro Tafur Galvis, T-1251 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero, T-389 de 2001 MP Jaime Córdoba Triviño, T-070 de 2001 MP Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁷ Sentencia T-499/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁸ T-935 de 2001. MP Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada en la sentencia T- 534 de 2004 MP Jaime Araujo Rentería.

Americana de Cirugía⁶⁹, la Corte Constitucional explicó las características de la patología *hipertrofia de mama* y del tratamiento para curarla:

“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”. (Subrayas para destacar)

De la misma manera, esa Corporación en sentencia **T-152 de 2012**⁷⁰ amparó los derechos constitucionales de una docente a quien el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encargado de la suscripción de los contratos para la prestación de los servicios médicos asistenciales de los educadores y sus beneficiarios, negó la autorización de la práctica de una *mamoplastia de reducción* ordenada por el médico tratante para tratar la enfermedad *cérvico dorsalgia crónica por gigantomastia bilateral*. En esta oportunidad la Sala Sexta de Revisión reiteró que existen procedimientos quirúrgicos que en principio tienen carácter estético, pero que adquieren la connotación de cirugías funcionales o reconstructivas cuando tal procedimiento es necesario para garantizar el ejercicio del derecho a la salud:

“Esta corporación en múltiples oportunidades a propendido por la protección de la vida en forma integral, buscando que la persona obtenga del Sistema de Seguridad Social una solución satisfactoria a sus dolencias físicas y psicológicas, que afecten su normal desarrollo en sociedad. Incluso, ha ordenado la realización de cirugías que, prima facie, podrían catalogarse como estéticas, pero conllevan una connotación funcional fundamental, en aras de garantizar la vida digna, sin compromiso de la salud física y síquica”

Los anteriores pronunciamientos revelan la uniformidad en la jurisprudencia constitucional en torno al deber de las prestadoras de salud en autorizar cirugías que modifican el tamaño de los senos con propósitos funcionales o reconstructivos.

Debe tenerse en cuenta, que los servicios materia de salud de la mujer deben

⁶⁹ En relación con este informe la Corte estableció la siguiente cita: “Los resultados de dicha investigación fueron publicados en la edición de mayo; del Mayo Clinic Proceedings. Dirección www.saludhoy.com/html/noticias/2001/may_21_1_01.htm/”

⁷⁰ MP Nilson Pinilla Pinilla

permitir y facilitar el ejercicio de sus derechos, especialmente los sexuales y reproductivos, atendiendo la perspectiva de género, que implica en este caso el aspecto exterior y no funcional, como se ha analizado, toda vez que el primero guarda una estrecha relación con el ejercicio de los derechos a la autonomía personal y con los derechos sexuales de la mujer, los cuales podrían verse afectados si ella no se siente bien consigo misma, con su aceptación como ser humano integral.

Confrontado el precedente jurisprudencial antes citado con el caso en concreto, debe resaltarse que: **(i)** la accionante presenta un diagnóstico de HIPERTROFIA DE LA MAMA, lo que significa que tiene un volumen mamario excesivo que viene aparejado con un peso mamario correlativo, que ha venido en un progresivo aumento, así como ACTITUD ESCOLIOTICA DORSAL DERECHA DE 5°, posiblemente asociado a un problema postural; **(ii)** que refiere intensos dolores lumbares desde hace aproximadamente 5 años, **(iii)** que existe una patología de base que produjo el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico, que debe ser identificada y diagnosticada; **(iv)** que no existe una orden de su médico tratante para la práctica de la cirugía solicitada; **(v)** pero al mismo tiempo, tampoco existe evidencia en el dossier, de haber sido valorada por el comité técnico científico multidisciplinario de la prestadora del servicio de salud para el régimen especial de los docentes, con el fin de determinar el carácter funcional o estético de sus dolencias; lo anterior al tener en cuenta que el médico cirujano plástico no es el especialista en columna, ni tampoco de las enfermedades del sistema musculo esquelético del cuerpo humano y menos quien pueda determinar la afectación psicológica de la accionante; es decir, que en este caso, se deben tener en cuenta también los conceptos de las siguientes especialidades: FISIATRA, ORTOPEDA o NEUROCIRUJANO y PSICÓLOGO, con el objeto de determinar no sólo la afección física referida por la actora; especialmente en su columna vertebral, sino también la posible afectación en su integridad física, funcional, psíquica, sexual, emocional, profesional y social, que le puede implicar el gran tamaño de sus senos, conceptos que se echan de menos en esta oportunidad y que son necesarios para establecer si el servicio que requiere la accionante es cosmético o funcional; y, **(vi)** los procedimientos médicos que tengan un carácter reconstructivo o reparador se encuentran incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud, que por analogía se asocian al régimen del FOMAG o Plan de Salud del Magisterio, y, por ende, la práctica de la cirugía solicitada en el evento de que ser avalada por el comité técnico científico, debe entenderse incluida, puesto que en el anexo N° 1 y 3 del documento de selección definitiva, que hace parte del contrato suscrito para la

prestación del servicio de salud, se determinó que todo lo que no se encuentre expresamente excluido se debe entender incluido dentro del Plan.

Por lo expuesto anteriormente, esta Sala, en principio encuentra que existe una amenaza al derecho fundamental a la salud de la mujer analizado en perspectiva de género con enfoque diferencial, en razón a sus especificidades biológicas; pero, la colegiatura está en desacuerdo con la tesis planteada por el *A quo*; en tanto, se estima que en esta oportunidad no existen los elementos probatorios suficientes para determinar, como lo hizo el juez de primer grado, que la cirugía requerida por la accionante es de carácter funcional y no meramente estética, ya que faltan los conceptos médicos de los especialistas de ortopedia o fisiatra que le fueron ordenados por el médico general; así como del neurocirujano y el psicólogo, al entender que LA SALUD, “es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”⁷¹ y precisamente por ello, se alcanza a advertir una amenaza al derecho fundamental a la salud de la actora como mujer, por parte de la accionada -ello analizado desde una perspectiva de género en el caso concreto, al reconocer factores biológicos propios de la accionante en el contexto específico de los hechos narrados- pues la simple negativa a la realización del procedimiento ***desconoce*** la integralidad de la mujer como individuo y a su ser sexual, social, profesional, que se asocian a la autonomía personal y al proyecto de vida⁷², por lo que se habilita al operador judicial⁷³ para

⁷¹ Concepto elaborado por la Organización Mundial de la Salud –OMS-en 1947
https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&limitstart=1&lang=es

⁷² **Ver Sentencia T-826-11** en la cual se ordena una valoración médica previa encaminada a identificar los tratamientos necesarios para recuperar la simetría en los senos, y para disminuir el tamaño y visibilidad de las cicatrices en esta zona del cuerpo. Igualmente se ordenó a la EPS deberá realizar todos los trámites administrativos para tal efecto, y deberá asumir todos los gastos derivados de su realización, entre ellos los derivados del reconocimiento de los honorarios, y los gastos de transporte, alimentación y alojamiento de la accionante, y por último, la realización y ejecución de los tratamientos identificados en la valoración anterior.

“Finalmente, se encuentra también que tanto la atención de la paciente como la realización del procedimiento quirúrgico pasaron por alto las exigencias que se derivan de una perspectiva de género, que implicaba tener en cuenta las particularidades biológicas y culturales de la mujer en el contexto específico. En este caso el aspecto exterior guarda una estrecha relación con el ejercicio de los derechos a la autonomía personal y con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.”

⁷³ **Ver sentencia T-012 de 2016.**

“La administración de justicia no es ajena a estos fenómenos. Los jueces, además de reconocer derechos, también pueden confirmar patrones de desigualdad y discriminación. Para evitarlo la doctrina internacional y constitucional ha desarrollado una serie de criterios y medidas basadas en el respeto y la diferencia de la mujer. Esta Corte, por ejemplo, en materia penal, se ha pronunciado sobre los límites de la recolección de pruebas cuando se trate de mujeres que hayan sido víctimas de delitos sexuales. En igual sentido, recientemente, esta Corporación se pronunció sobre el efecto de los celos como causal de divorcio, concluyendo que dichos eventos constituyen violencia física y/o psicológica contra la mujer. En materia laboral, este Tribunal Constitucional también ha exigido a los jueces la incorporación de criterios de género para la solución de casos. Particularmente, protegió los derechos de una trabajadora que fue despedida con base en estereotipos, y que a la postre había sido víctima de violencia física por su entonces pareja, alumno de la institución. En decisiones sobre desplazamiento, también se han incluido estos criterios de género.

tomar las acciones tendientes a cesar la amenaza- en la medida que una de las patologías que la aqueja “HIPERTROFIA MAMARIA”, puede generar complicaciones en su salud (Concepto OMS), pues quedó plenamente demostrado que ha tenido un aumento progresivo de sus mamas, que no ha sido suficientemente evaluado, hechos que no se pueden desconocer al incorporar criterios de género al solucionar el *sub examine* y que deberán ser analizados, tal como se indicó ut supra, por un comité de especialistas. En esa medida, este Tribunal así lo ordenará.

9.5. CONCLUSIÓN: En consecuencia, el Tribunal modificará los numerales primero y segundo de la sentencia que ordenó a la accionada la realización de la cirugía de reducción de mamas a la actora y en su lugar, ordenará que la señora Luisa Fernanda Herazo Peña, sea valorada por parte del Comité Técnico Científico de la entidad conformado por los siguientes especialistas: FISIATRA, ORTOPEDA o NEUROCIRUJANO y PSICÓLOGO, con el objeto de determinar si el aumento

En esa medida, entonces, esta Corte ha reconocido distintos derechos y ha incorporado nuevos parámetros de análisis en favor de las mujeres, bien sea como una manifestación del derecho a la igualdad o a través del establecimiento de acciones afirmativas y medidas de protección especial.
(...)

*Como se puede apreciar, según cada caso, la Corte ha introducido subreglas sobre cómo analizar casos que involucren presuntos actos discriminatorios en contra de la mujer, o medidas que limiten la igualdad real con respecto a los hombres. Como se indicó en párrafos anteriores, este enfoque de género, entonces, permite corregir la visión tradicional del derecho según la cual en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, consecuencias jurídicas pueden conducir a la opresión y detrimento de los derechos de las mujeres. **De ahí que, entonces, se convierta en un “deber constitucional” no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género.***

*Esta obligación constitucional se explica por varias razones. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de varios pronunciamientos, por ejemplo, han señalado cómo la administración de justicia ha confirmado patrones de discriminación en contra de las mujeres. La **Sentencia T-878 de 2014** recogió dichos pronunciamientos, concluyendo que los jueces vulneran los derechos de las mujeres cuando sucede alguno de los siguientes eventos: (i) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes[74]; (ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas[75]; (iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones; (iv) afectación de los derechos de las víctimas[76].*

*A partir de lo anterior, existe un deber constitucional de los operadores judiciales cuando se enfrenten con casos de estas características. Ya se ha dicho cómo el Estado colombiano, en su conjunto, incluidos los jueces, están en la obligación de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer. **Por esa razón, entonces, es obligatorio para los jueces incorporar criterios de género al solucionar sus casos.** En consecuencia, cuando menos, deben: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.”*

progresivo de sus mamas o hipertrofia mamaria, le ha afectado su salud, tanto física como psicológicamente y en caso de un concepto positivo desde un punto de vista funcional, las accionadas deberán realizar la respectiva cirugía pues ya se estableció que en ese escenario, aquella debe ser materializada por quien tiene a cargo el aseguramiento en salud, sin trabas administrativas; ya que en ese escenario planteado se entiende como parte del plan de salud del Magisterio, a que tiene derecho.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR LOS NUMERALES PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. El cual quedará así:

“PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna de la joven LUISA FERNANDA HERAZO PEÑA, identificada con la CC 1.102.874.875 pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, frente a las omisiones del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de su entidad prestadora de salud UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 5 y/o MEDICINA INTEGRAL.

SEGUNDO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de su entidad prestadora de salud UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 5 y/o MEDICINA INTEGRAL, que en el término máximo de un (1) mes, realice valoración a la señora Luisa Fernanda Herazo Peña por parte del Comité Técnico Científico de la entidad, conformado por los siguientes especialistas: FISIATRA, ORTOPEDA o NEUROCIRUJANO y PSICÓLOGO, lo anterior, con el objeto de determinar si el aumento progresivo de sus mamas o hipertrofia mamaria, le ha afectado su salud, tanto física como psicológicamente. Para ello, deberá realizar previamente todos los exámenes médicos requeridos por cada una de las especialidades que conforman dicho Comité. CUMPLIDO lo anterior, en el evento de tener concepto favorable por parte del Comité, la entidad accionada deberá en el término máximo de treinta (30) días, realizar el procedimiento de reducción mamaria a la señora Luisa Fernanda Herazo Peña.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta N° 035/2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO J. TORRALVO NEGRETE