

DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de by pass gástrico por obesidad mórbida

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de by pass gástrico pertenece al POS

DERECHO A LA SALUD-Criterios que se deben exigir para autorizar cirugía de by pass

DERECHO A LA SALUD-Acceso a servicios de salud que se requieran, no incluidos en el POS

Toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que realmente necesite en el momento oportuno. Por ello, los servicios que se requieran con necesidad pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro de los planes obligatorios de salud (POS) y aquellos que no. Cuando el servicio que se requiera no está incluido en el POS correspondiente, la persona que lo necesite debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que recibirá. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si la persona que lo necesita carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de carencia, es posible autorizar el servicio médico requerido y permitir que la entidad obligada a prestarlo, obtenga del Estado el reintegro del costo derivado del servicio no cubierto por el Plan obligatorio, en los eventos que se constate lo siguiente: (i) la falta del servicio médico que se requiere vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo necesita; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio o cuando esté argumentado que el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido; (iii) el servicio ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL-Comunicación a todas las entidades prestadoras del servicio de salud que la cirugía de by pass gástrico hace parte del POS-C

la Sala encuentra necesario que el Ministerio de la Protección Social, dentro de la órbita de su competencia, a través de los organismos y canales que considere conducentes, comunique a todas las entidades que prestan el servicio de salud en el régimen contributivo, que la cirugía bariátrica de bypass gástrico hace parte del POS-C, en los términos de la Sentencia T-414 de

2008 y del reciente Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, expedido por la Comisión Nacional de Regulación en Salud (CRES), el cual entró en vigencia el pasado 01 de enero de 2010. En dicha comunicación deberá aclararse técnicamente (i) qué tipo de procedimiento es el autorizado; (ii) en qué forma está reconocido por el POS-C y (iii) especificar que las reglas exigidas por la Corte en ese tipo de casos son: “(i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento; “(ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc); “(iii) El consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos de la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y “(iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.

Referencia: expedientes T-2406455 y T-2396335

Acciones de tutela interpuestas por María Rocío Colorado Rojas en representación de Yurany Bustamante Colorado contra Caprecom EPS-S y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia; y de Catalina Pabón Pabón contra la EPS-C Susalud.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., primero (01) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín (Antioquia), en la acción de tutela instaurada por María Rocío Colorado Rojas en representación de su hija Yurany Bustamante Colorado contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Caprecom EPS-S. (Expediente T-2406455)

La Sala de Selección de tutelas numero diez, mediante Auto de ocho (08) de octubre de 2009, por presentar unidad de materia, acumuló los expedientes de la referencia para ser decididos en una misma sentencia.

I. Antecedentes del expediente T-2406455

1. María Rocío Colorado Rojas, en representación de Yurany Bustamante Colorado, interpone acción de tutela por considerar que las entidades accionadas desconocen el derecho fundamental de su hija a la salud, al negarse a autorizar el procedimiento quirúrgico bypass Gástrico por Laparoscopia, con el fin de tratar las múltiples complicaciones que padece por la obesidad mórbida tipo III que afirma tener. En virtud de lo anterior, pide que la operación sea autorizada ya que no cuenta con los medios económicos para financiarla.

2. La Dirección Seccional de Salud de Antioquia (DSSA) considera que la competente para suministrar el servicio requerido es la EPS-S Caprecom, ya que en virtud del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 es la entidad obligada para brindar a los usuarios el POS subsidiado de forma integral. Por esto, solicita que la DSSA sea exonerada de toda responsabilidad.

En contraste, Caprecom EPS-S manifestó en la contestación de la demanda, que la cirugía que pide la accionante “no está catalogada como una enfermedad de alto costo ni catastrófica y no está contemplada en el plan de beneficios POS”, motivo por el que el servicio debe ser suministrado por la DSSA. Adicionalmente, informa que la paciente no realizó trámite para Comité Técnico Científico (CTC) en Caprecom, razón por la cual no puede afirmarse que se negó el servicio requerido.

3. El 21 de agosto de 2009, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín (Antioquia), profirió sentencia en la que denegó el amparo. A juicio del despacho judicial la tutela debe negarse porque (i) la orden y la necesidad de la cirugía fue prescrita por un médico no adscrito a la entidad; (ii) la accionante, en el trámite de esta acción interpuesta el 14 de agosto de 2009, apenas acudió a los médicos de Caprecom a que le ordenasen la valoración por especialista en cirugía bariátrica, luego no tenía excusa para no acudir a los especialistas de la entidad; (iii) la peticionara no ha acudido a la EPS a solicitar el servicio requerido.

II. Antecedentes del expediente T-2396335

1. Catalina Pabón Pabón interpuso acción de tutela contra Susalud EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado su derecho a la salud, puesto que sobrelleva distintas afecciones de salud derivadas de la obesidad mórbida tipo II que afirma padecer. En virtud de lo anterior y de múltiples intentos por adelgazar, solicita a la accionada el suministro del procedimiento denominado “Bypass Gástrico por Laparoscopia”, el cual le fue negado. Petición que reitera ante el juez constitucional, ya que no tiene cómo costear el procedimiento.

2. A juicio de la EPS demandada, la tutela es improcedente porque en ningún momento la actora ha presentado solicitud a la entidad para realizar el procedimiento, en virtud de ello el mismo no ha sido negado. Añade que ante este tipo de solicitud es necesario que acuda ante un Staff de Obesidad para completar los estudios requeridos, lo cual a la fecha de la interposición de la tutela no había ocurrido, por lo que pide que se permita a la entidad realizar todo tipo de exámenes y procedimientos para analizar la viabilidad de la cirugía. De otra parte, aclara que en caso de no existir autorización por médicos adscritos a la entidad, dicha prescripción debe ser autorizada por el Comité Técnico Científico (CTC), ya que se trata de una prestación no POS, por lo que pide que el juez constitucional requiera “a la parte accionante para el sometimiento de su solicitud al CTC”.

3. El Juzgado Vigésimo Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín (Antioquia), acogiendo los argumentos expuestos por la EPS accionada, denegó el amparo solicitado. No obstante, la primera instancia ordenó que se asignara cita perentoria para la evaluación de la paciente por el Staff médico de Susalud EPS, en orden a calificar la procedencia de la cirugía. Al igual que advirtió que el incumplimiento de lo ordenado la haría merecedora de las sanciones estipuladas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

Inconforme la actora con la decisión, argumenta que con la instauración del Staff de obesidad, lo que pretende la entidad es dilatar más la cirugía y la protección de sus derechos, por lo que pide que sea revocada la providencia.

El Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, confirmó la providencia por las mismas razones que la primera instancia, pero revocó la orden relativa a lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991 que hace referencia al cumplimiento de lo

ordenado.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a esta Sala de revisión resolver si las entidades accionadas según sea el caso, vulneran los derechos fundamentales de las accionantes, por la negativa de suministrar la autorización para la práctica de la Cirugía Bariátrica de Bypass Gástrico, bajo el argumento de no encontrarse dentro del plan Obligatorio de Salud (POS) respectivo, por no estar prescrita la cirugía por un médico adscrito a la red de la entidad prestadora del servicio y por no haber acudido ante el Comité Técnico Científico (CTC) para su aprobación.

Con el objetivo de resolver el problema jurídico formulado, la Sala reiterará brevemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con: (i) el derecho a la salud como derecho fundamental y su protección constitucional; (ii) la línea jurisprudencial de la Corte relacionada con el problema de la enfermedad denominada obesidad mórbida y/o severa y de la pertenencia al POS-C del bypass gástrico; para posteriormente abordar (iii) la solución de los casos concretos.

3. El derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia

Como lo ha precisado y replicado insistentemente esta Corporación, en virtud de la expedición de la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional reiteró los eventos y la forma en que ha protegido el derecho fundamental a la salud en distintos ámbitos. En la citada providencia se especificó que “el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional”. A causa de ello, el origen y desarrollo que el derecho a la salud ha tenido en la jurisprudencia, tanto a nivel externo como interno, hace necesaria

que se considere como fundamental la garantía del derecho a la salud de todos.

Del mismo modo, esta Corporación ha protegido el derecho a la salud:

(i) En un período inicial, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela;

(ii) En otro, señalando la naturaleza fundamental del derecho en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros;

(iii) En la actualidad, arguyendo la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los postulados contemplados por la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cual sea la persona que lo requiera.

Así, al reconocer a la salud bajo la categoría de un derecho fundamental y los servicios que se requieran¹, es plausible entender que el derecho a la salud debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no como una pauta deontológica que repose en un código predefinido. De ser así, se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibile, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede abstraerse.

4. El problema de la enfermedad denominada obesidad mórbida y/o severa y la cirugía bariátrica de bypass gástrico en la jurisprudencia de la Corte. La cirugía de bypass gástrico pertenece al POS. Reiteración de jurisprudencia.

Relacionado con la problemática derivada de la obesidad severa en nuestro país, la Corte Constitucional de tiempo atrás ha protegido sistémicamente la salud de las personas afectadas por dicho padecimiento, dando cuenta de ello la Sentencia T-414 de 2008, por medio de la cual la Corte Constitucional elaboró un amplio estudio relacionado con el flagelo de la obesidad excesiva.² En dicha providencia consta la línea jurisprudencial relacionada con el tema, conceptos de entidades especializadas y de organismos del Estado³, los cuales

clarificaron que lo descrito en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTOMAGO”, bajo el código 07630, Anastomosis del estómago, incluyendo gastroyeyunostomía, y el código 07631, Anastomosis del estómago en Y de Roux, es plausible que sean entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como “by pass gástrico para cirugía bariátrica”. Por tanto, éste es un procedimiento incluido en el POS-C, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las entidades encargadas de prestar el servicio de salud se nieguen a autorizarlo.⁴

Ahora, valga la ocasión para que la Corte aclare que distinta circunstancia ocurre cuando se trata de una solicitud de bypass gástrico de un afiliado al régimen subsidiado, puesto que ningún acuerdo de los que configura el plan obligatorio de salud subsidiado (POS-S) lo contempla, motivo por el que en dichas solicitudes deberán aplicarse los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Corporación para el suministro de servicios requeridos no POS, a los cuales se hará referencia más adelante.

No obstante, a pesar de que el procedimiento pertenezca al POS-C o en el caso del régimen subsidiado de ser procedente conforme a las reglas aplicables para servicios requeridos no POS, no puede entenderse que esta deba autorizarse sin mayores restricciones, ya que el peligro, complejidad y riesgo inherente de la cirugía de bypass gástrico en cada caso específico varía y debe observarse conforme a las necesidades concretas de cada paciente.

Es por ello, que la Corte exige que se verifiquen los siguientes criterios, en primer grado por las entidades que prestan el servicio y en segundo, por los jueces de tutela, para llegar a autorizar legítimamente este tipo de cirugía, que a saber son:

“(i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;

“(ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc);

“(iii) El consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de las ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos de

la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y

“(iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.

De igual manera, la jurisprudencia ha reiterado que las anteriores pautas no se excluyen entre sí, ya que en el evento en que se advierta que todos o alguno de los anteriores criterios no se cumple, debe verificarse el cumplimiento de los mismos de forma previa a la orden del procedimiento, todo con el fin de garantizar la protección efectiva del derecho fundamental a la salud de los pacientes.

5. Acceso a los servicios de salud que se requieran, no incluidos dentro de los planes obligatorios en salud. Reiteración de jurisprudencia. 5

Como lo ha venido manifestando esta Corporación, toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que realmente necesite en el momento oportuno. Por ello, los servicios que se requieran con necesidad pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro de los planes obligatorios de salud (POS) y aquellos que no. Cuando el servicio que se requiera no está incluido en el POS correspondiente, la persona que lo necesite debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que recibirá. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si la persona que lo necesita carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de carencia, es posible autorizar el servicio médico requerido y permitir que la entidad obligada a prestarlo, obtenga del Estado el reintegro del costo derivado del servicio no cubierto por el Plan obligatorio, en los eventos que se constate lo siguiente:

(i) la falta del servicio médico que se requiere vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo necesita;

(ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio o cuando esté argumentado que el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido;

(iii) el servicio ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar

la prestación del servicio a quien está solicitándolo.⁶

En suma, se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando la entidad obligada ha prestarlo se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, si se verifica la existencia de los criterios expuestos. El análisis de los anteriores presupuestos debe ponderarse en cada caso concreto en razón de la persona que reclama la protección; en otras palabras, si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, en virtud de la enfermedad que padece el paciente o al tipo de servicio que éste requiere.

6. Análisis de los casos concretos.

6.1 Del expediente T-2406455

Antes de empezar a estudiar el asunto sometido a revisión, la Sala advierte que la señora María Rocío Colorado Rodas estaba legitimada para interponer la presente acción de tutela a nombre de su hija menor de edad Yurany Bustamante Colorado, ya que según copia del documento de identificación, esta última nació el 03 de enero de 1992.⁷ De lo que se deduce que era menor de edad al momento de interponer la presente acción.

No obstante y sin mayor preámbulo, la Sala encuentra necesario confirmar la sentencia que se revisa ya que es pertinente tener en cuenta que la presente acción de tutela fue admitida el 03 de agosto de 2009 y como lo señaló la juez de primera instancia “la accionante sólo en el trámite de esta acción, acudió a los médicos de Caprecom a que le ordenasen la valoración por especialista en cirugía bariátrica, lo que ocurrió apenas el 18 de agosto, luego entonces ninguna excusa tenía para no acudir a los profesionales de la entidad y sí al médico particular”.⁸

De esta manera, la Sala no puede presumir la negación del servicio cuando la persona necesitada no ha acudido ante la EPS accionada para ser evaluada por los facultativos de la entidad, ni allega prueba que demuestre que ha acudido a la institución a solicitar el servicio y el mismo ha sido negado; además el derecho al diagnóstico no le fue desconocido puesto que a folio 40 reposa remisión con especialista en cirugía bariátrica adscrito a la entidad para que analice su caso.

En virtud de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia sometida a revisión, con la salvedad

de que se advertirá a la EPS accionada que en el evento que no lo hubiere hecho, deberá tener en cuenta los presupuestos expuestos en la presente providencia, en especial los concernientes al suministro de servicios requeridos que no hacen parte del POS-S, para tratar la enfermedad que padece la joven Yurany Bustamante Colorado.

6.2 Del expediente T-2396335

En lo que respecta al asunto de Catalina Pabón Pabón quien pertenece al régimen contributivo a través de la EPS-C Susalud, encuentra la Sala que (i) conforme a su historia clínica,⁹ padece distintas afecciones físicas de años atrás relacionadas con la obesidad que soporta; (ii) según dictamen médico de galeno no adscrito a la entidad,¹⁰ la señora padece obesidad desde el nacimiento, que ha venido aumentando de peso y empeorando hace 4 años, adicional a esto, padece de asma desde hace 5 años asociado a su obesidad, ha intentado dietas, actividad física, bioenergéticos, medicamentos, perdiendo hasta 3 kilos que recupera en semanas y gana más. En su opinión “la paciente es candidata a cirugía de obesidad tipo bypass gástrico, por tipo de dieta, comorbilidades y otros intentos para perder peso fallidos, no es de carácter estético”.

En el mismo informe¹¹ se aprecia que su índice de masa corporal (IMC), está catalogado en 39,67, cifra que confrontada con el concepto allegado por el Instituto de Medicina Legal en la Sentencia T-414/08, basado en la Organización Mundial de la Salud (OMS 1997) y The National Institutes of Health (NIH 1998), por medio del cual se adopta el IMC como parámetro de obesidad, el caso de la actora linda el grado III de obesidad, como se puede apreciar en el gráfico siguiente:

“Tabla 1. Clasificación de la obesidad según el IMC

Obesidad

Clase

IMC

(kg/m²)

Normal

-

18,5 – 24,9

Sobrepeso

-

25,0 – 29,9

Obesidad

I

30,0 – 34,9

II

35,0 – 39,9

≥ 40

“Los riesgos de comorbilidad y mortalidad asociados con estas categorías se califican como “aumentados” en el rango de 25,0-29,9 Kg./m², “moderados” en la Clase I, “severos” en la Clase II y “muy severos” en la Clase III (Kral 2001).”

Sobre la base de lo expuesto, para esta Sala de Revisión de tutelas no cabe duda que la actora requiere de una solución urgente a la enfermedad que padece, la cual pone en peligro su derecho fundamental a la salud en condiciones dignas.

Adicionalmente, según fue expuesto en las consideraciones de la presente providencia, el tratamiento conocido como bypass gástrico hace parte del POS-C, por lo que el argumento de

la entidad accionada concerniente a que el mismo no está incluido, no prospera, mucho menos que no hubiese sido formulada solicitud ante CTC, ya que dicho procedimiento corresponde a la entidad y no al usuario.

Ahora, en lo que respecta a que la solicitud no hubiese sido prescrita por el médico tratante adscrito a la entidad, es pertinente tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que el médico tratante es aquel galeno- adscrito a la EPS del paciente - que provee las recomendaciones de carácter médico, y ordena los servicios en salud que aquél necesita. Así, por regla general, no se reconoce amparo constitucional para la prestación de servicios en salud prescritos por facultativo distinto del médico tratante.?

Sin embargo, como bien se fijó en la Sentencia T-500 de 2007 y se reiteró en la T-760 de 2008, dicha regla admite algunas excepciones:

“... el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso en concreto.” (Negrilla fuera del texto original)

Así mismo, también puede resultar vinculante para la EPS el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, “cuando aquél se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.”¹² En tal forma, una entidad vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando omite estudiar y controvertir el servicio en salud ordenado por un médico no adscrito a dicha EPS. De igual manera, desconoce dicho derecho cuando, con razones diversas a las técnicas o científicas, decide no autorizar la prestación del servicio requerido. También se quebranta cuando, producto de una consulta ante un médico adscrito a la EPS que no arroja una valoración o diagnóstico alguno, la persona se ve obligada a acudir a una institución de carácter particular, como ocurrió en el presente caso.

En virtud de lo anterior, se concederá el amparo de la forma en que lo ha hecho la línea jurisprudencial de la Corte que reitera la sentencia T-414/08, protegiendo de esa manera el derecho fundamental a la salud en condiciones dignas de la actora, por lo que en consecuencia se ordenará revocar la sentencia que se revisa.

6.3 De otra parte y advirtiendo la Sala la necesidad de verificar el cumplimiento ejemplar de sus precedentes y en especial de la protección de los usuarios del Sistema General en Salud, ante el hecho de que en el caso que se revisa, relativo al expediente T-2396335 la EPS-C Susalud en la Sentencia T-1201/08 ya había sido parte en un proceso posterior a la expedición de la Sentencia T-414 de 2008, en el que se le puso de presente que dicho procedimiento hace parte del POS.¹³ Advertida dicha anomalía, se hace necesario adoptar una medida general mediante la cual se informe dicha circunstancia no sólo a la entidad accionada, sino a todas las entidades que prestan el servicio de salud en el país dentro del respectivo régimen.

Por lo anterior y atendiendo que el punto de la obesidad mórbida o excesiva ha sido decantado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte, conforme quedó reiterado en las consideraciones de esta providencia, la Sala encuentra necesario que el Ministerio de la Protección Social, dentro de la órbita de su competencia, a través de los organismos y canales que considere conducentes, comunique a todas las entidades que prestan el servicio de salud en el régimen contributivo, que la cirugía bariátrica de bypass gástrico hace parte del POS-C, en los términos de la Sentencia T-414 de 2008 y del reciente Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, expedido por la Comisión Nacional de Regulación en Salud (CRES), el cual entró en vigencia el pasado 01 de enero de 2010.

En dicha comunicación deberá aclararse técnicamente (i) qué tipo de procedimiento es el autorizado; (ii) en qué forma está reconocido por el POS-C y (iii) especificar que las reglas exigidas por la Corte en ese tipo de casos son:

“(i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;

“(ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc);

“(iii) El consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos de la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y

“(iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.

Adicionalmente, en dicho comunicado deberán ponerse de presente las consecuencias jurídicas que comporte el incumplimiento de lo aquí decidido, es decir, de la negativa de una EPS-C en suministrar un procedimiento POS como el estudiado.

La anterior orden encuentra sustento en las razones ya expuestas por esta Corporación a lo largo de la Sentencia T-760/08 y, en especial, a que se disminuya la excesiva interposición de acciones de tutela por problemas jurídicos como los estudiados en esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR por las razones y en los términos de esta Sentencia, el fallo proferido el 21 de agosto de 2009 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín (Antioquia) que denegó el amparo solicitado por María Rocío Colorado Rojas en representación de su hija Yurany Bustamante Colorado, contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Caprecom EPS-S.

SEGUNDO.- ADVERTIR a la EPS-S Caprecom que en el evento que no lo hubiere hecho, deberá tener en cuenta los presupuestos expuestos en la presente providencia, en especial los concernientes al suministro de servicios requeridos que no hacen parte del POS-S para tratar la enfermedad que padece la joven Yurany Bustamante Colorado.

En relación con el expediente T-2396335:

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con

Funciones de Conocimiento de Medellín (Antioquia). En su lugar, por las razones y en los términos de esta sentencia CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de la señora Catalina Pabón Pabón.

CUARTO.- ORDENAR a Susalud EPS-C que si aún no lo hubiere hecho, previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita a la señora Catalina Pabón Pabón, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministren la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica que se le dictaminó, y para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente la entidad, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica, la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de sus médicos tratantes.

De la misma forma, la entidad accionada está en la obligación de prestarle una atención integral en salud a la señora Pabón Pabón (entiéndase consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, evaluaciones previas y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico), lo cual le brindará una adecuada recuperación, conforme a las prescripciones que los médicos adscritos a la entidad accionada efectúen para tal fin.

QUINTO.- ORDENAR al Ministerio de la Protección Social que dentro de la órbita de su competencia, a través de los organismos y canales que considere conducentes, comunique a todas las entidades que prestan el servicio de salud en el régimen contributivo, que la cirugía bariátrica de bypass gástrico hace parte del POS-C, en los términos de la Sentencia T-414 de 2008 y del reciente Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, expedido por la Comisión Nacional de Regulación en Salud (CRES), el cual entró en vigencia el pasado 01 de enero de 2010.

En dicha comunicación deberá aclararse técnicamente (i) qué tipo de procedimiento es el autorizado; (ii) en qué forma está reconocido por el POS-C y (iii) especificar que las reglas exigidas por la Corte Constitucional en ese tipo de casos son:

“(i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;

“(ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc);

“(iii) El consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos de la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y

“(iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.”

Adicionalmente, en dicho comunicado deberán ponerse de presente las consecuencias jurídicas que comporte el incumplimiento de lo aquí decidido, es decir, de la negativa de una EPS-C en suministrar un procedimiento POS como el estudiado.

SEXTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

1 Los servicios que se requieran son aquellos indispensables para conservar la salud, en especial, de lo que comprometa la vida digna y la integridad personal, no importa como se conozcan en el argot médico o científico, ya sea que se trate de: medicamentos, procedimientos quirúrgicos, diagnósticos, exámenes, consultas con especialistas, tratamientos, traslados de centros hospitalarios, etc. Confrontar Sentencia T-369/09.

2 Según informó el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, después de realizar la revisión de bibliografía al respecto, La definición más sencilla de obesidad es: aumento de la grasa corporal. Hoy se define como “enfermedad causada por exceso de grasa corporal” (Kral 2001) y está plenamente reconocida como una enfermedad crónica que puede causar graves complicaciones médicas, alteración en la calidad de vida y mortalidad prematura (Klein 2001).

3 Las instituciones consultadas fueron: la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Asociación Colombiana de Cirugía.

4 El anterior criterio fue reiterado por esta Corporación en la Sentencia T-103 de 2009, en la que se revisaron las sentencias posteriores a la T-414 de 2008. Durante el año 2009 la Corte en la Sentencias T-055/09, T-103/09, T-163/09, T-193/09, T-369/09, T-403/09, T-561/09 y T-740A/09, reiteró el precedente contenido en la Sentencia T-414 /08 relativo a la pertenencia al POS del procedimiento denominado by pass gástrico.

5 En todo lo desarrollado en este acápite, confróntese la Sentencia T-760 de 2008.

6 Los anteriores criterios pueden verse plasmados en las Sentencias T-1204 de 2000, T-648/07, T-1007/07, T-139/08, T-144/08, T-517/08, T-760/08, T-818/08, entre muchas otras.

7 Folio 22

8 Folio 45

9 Folios 9 al 12

10 Folios 14 a 17

11 Folio 15

12 Sentencia T-760 de 2008. Ver también Sentencia T-083 de 2008.

13 En la Sentencia T-1201/08 la Corte estudió la solicitud del suministro de un byPass Gástrico en un caso que guarda similitud fáctica con él aquí estudiado, por lo que ordenó: “a la EPS Susalud que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita a la accionante, se someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas y si este concluye que la cirugía Bariátrica es el tratamiento indicado para la obesidad mórbida, se autorice y practique. “