

Sentencia T-049-09

Referencia: expediente T-2.038.388

Acción de tutela instaurada por Marta Ligia Pérez Morales contra la EPS del Instituto de Seguros Sociales (ISS) (hoy Nueva EPS)

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil nueve (2009)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, y los Magistrados Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de única instancia dictado por el Juez Primero Penal del Circuito de Barranquilla el veinticinco (25) de abril de dos mil seis (2006).

### I. ANTECEDENTES

1.- La señora Marta Ligia Pérez Morales, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales (hoy Nueva EPS) a fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la vida, la salud y a la seguridad social. Lo anterior, por cuanto la entidad accionada se niega a autorizar la realización de la Cirugía Gástric By Pass por Laparoscopia, para el manejo de su enfermedad de fondo llamada obesidad mórbida y así mejorar sus funciones motoras.

### 2.- Hechos y Pretensiones

- Manifiesta la accionante que desde hace varios años le fue diagnosticada la

enfermedad llamada obesidad mórbida, la cual le ha causado muchas complicaciones en su estado de salud.

- Indica que, actualmente está padeciendo de osteoartrosis de cadera, lo cual le impide realizar sus labores cotidianas (Folio 2), circunstancia que le ha provocado complejos y depresiones, razones por las cuales no puede desarrollar una vida normal.

- Señala que se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales (hoy Nueva EPS) y en la actualidad se desempeña como ama de casa, por tal motivo no recibe ingresos mensuales.

- Agrega que, su médico tratante le ha dado como única solución la realización de una Cirugía Gastric By Pass por laparoscopia,, dado que ya ha probado con toda clase de medicamentos, dietas, ejercicios sin obtener resultados satisfactorios. A juicio de la accionante, el especialista le garantiza que con la realización de dicho procedimiento va a disminuir paulatinamente su peso corporal, lo cual traerá como resultado la desaparición de la mayoría de enfermedades asociadas con la obesidad.

- Concretamente, la accionada anexa al expediente la orden médica expedida por el Dr. Frank Cure, especialista en cirugía general, quien expresa:

Pte consulta por aumento de peso crónico, refiere que hace 11 años, posterior a su último parto le ha aumentado de peso en forma incontrolable, refiere que padece osteoartrosis de cadera, al parecer secundario a la obesidad, con dolor de cadera que irradia a las piernas.

Peso 134.0

Talla 1.54

IMC 56.5

Pte con aumento de los depósitos de grasa en el torso, con distribución ginecoide.  
No hay acantosis nígrica

PLAN:

PACIENTE CON GRADO EXTREMO DE OBESIDAD, CLASIFICADA CPMO (sic) SUPER OBESA (MORBIDA), CON OSTEOARTROSIS QUE LE IMPIDE REALIZAR SUS LABORES COTIDIANAS, POR LO QUE SE INDICA LA CIRUGÍA GASTRIC BY PASS POR LAPAROSCOPIA, PARA EL MANEJO DE SU ENFERMEDAD DE FONDO LLAMADA OBESIDAD Y ASÍ MEJORAR SUS FUNCIONES MOTORAS1.

- Como consecuencia de lo anterior, solicita al juez de tutela ordenar al Instituto de Seguros Sociales EPS (hoy Nueva EPS) que (i) autorice dentro del término de 48 horas la realización de la Cirugía Gastric Bypass por laparoscopia ordenada por el médico tratante como consta en la fórmula médica que se anexa, (ii) garantice la rápida y oportuna inmediatez de este procedimiento quirúrgico, puesto que tiene varios años de estar sufriendo de este problema, el cual trae como consecuencia otras enfermedades como osteoartrosis de cadera y depresiones, (iii) preste el tratamiento integral que requiera de manera oportuna y permanente, (iv) ordene la realización del presente procedimiento por el médico Frank Cure Pérez, quien ha sido su médico tratante, (v) prevenir al Seguro Social (hoy Nueva EPS) que no vuelva a incurrir en acciones que dieron mérito para iniciar esta tutela, de lo contrario sancionarlo conforme al artículo 52 del decreto 259 de 1991, (vi) ordenar al FOSYGA reembolsar al Seguro Social EPS los gastos que realice en cumplimiento de esta tutela conforme a lo dispuesto en la sentencia T 488 de 1997.

### 3.- Respuesta del Seguro Social (hoy Nueva EPS) Seccional Atlántico

El señor Adolfo Villalobos Pineda, actuando en su condición de Gerente Seccional Atlántico del Seguro Social respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó al juez del conociendo negar las pretensiones de la accionante por las siguientes razones: (i) la cirugía Gastric Bypass por Laparoscopia se encuentra excluida del POS, (ii) el copago está establecido por ley, y está sujeto a su pago los vinculados a la EPS en calidad de beneficiarios, y (iii) la cirugía debe ser practicada por las IPS que se encuentran dentro de nuestra Red de Servicios.

A pesar que dentro de los documentos aportados se encuentra un concepto médico particular, especializado en Cirugía General; manifiesta la accionada que no existe en el expediente orden de servicios expedida por un médico adscrito la EPS del Seguro Social

(hoy Nueva EPS). Adicionalmente, adujo que se trata de una cirugía de alta complejidad, cuya decisión de practicarla no puede ser tomada por un Cirujano General, por lo tanto es importante que mediante una Junta Médica Interdisciplinaria se valore el estado clínico de la paciente y se determine la pertinencia de la práctica de la mencionada cirugía. Por último, señaló la accionada que, no puede suministrar el procedimiento solicitado por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud.

#### 4.- Decisión Judicial Objeto de Revisión

Fallo de única instancia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, que obró como juez de conocimiento de la acción de tutela en única instancia negó por improcedente el amparo de los derechos invocados.

En sus consideraciones manifestó que el procedimiento médico solicitado, denominado Cirugía Gástric By Pass por Laparoscopia, tiene fundamento en una orden expedida por un médico no adscrito al Seguro Social EPS (hoy Nueva EPS), motivo por el cual debe negarse el recurso de amparo. De igual forma, resolvió no acoger las pretensiones del accionante puesto que no se demostró su falta de capacidad económica para sufragar el mencionado procedimiento.

En definitiva, decidió negar la acción impetrada por estimar que no se cumplieron los requisitos trazados por la Corte Constitucional para autorizar la realización de procedimientos excluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1.- Competencia

Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### 2.- Presentación del caso y problema jurídico a resolver

La señora Marta Ligia Morales, que para la fecha del 15 de febrero de 2006 se encontraba afiliada a la EPS del Instituto de Seguros Social (hoy Nueva EPS) en calidad de beneficiaria, cuenta con cuarenta y dos (42) años de edad y padece de super obesidad mórbida con osteoartrosis de cadera. Fue examinada por el médico particular, Dr. Frank Cure, quien ordenó la realización de una Cirugía Gástric By Pass por Laparoscopia para el manejo de la enfermedad de fondo llamada obesidad con el propósito de mejorar sus funciones motoras.

La Entidad demanda negó la prestación del servicio médico debido a que, si bien dentro del expediente existe una orden de un médico particular, no se acreditó documento alguno dentro del proceso que demostrara la existencia de una orden expedida por un profesional de la medicina adscrito a la EPS del Seguro Social (Hoy Nueva EPS). Adicionalmente, se puso de presente que al tratarse de una cirugía de alta complejidad, la decisión de practicarla no puede ser tomada por un Cirujano General, razón por la cual resulta de suma importancia que una Junta Médica Interdisciplinaria valore el estado clínico de la accionante y determine la pertinencia de la práctica del mencionado procedimiento. Finalmente, adujo que el procedimiento solicitado no puede ser suministrado por la EPS del Seguro Social (Hoy Nueva EPS) por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Conviene precisar que, el juez de única instancia resolvió la tutela en contra de las pretensiones de la demandante, por considerar que en este caso no se reunían los requisitos para ordenar una intervención quirúrgica excluida del POS, ya que la señora Martha Ligia Pérez no aportó copia de dictámenes expedidos por médicos adscritos a la entidad prestadora de los servicios en virtud de los cuales se prescribiera la intervención quirúrgica solicitada o en los que se ordenara su valoración por parte de especialistas con miras a la práctica de dicho procedimiento.

De acuerdo con los hechos reseñados, debe esta Sala resolver si la negativa de la EPS del Seguro Social (Hoy Nueva EPS) practicar la Cirugía Gástrica bypass por Laparoscopia o a remitir al paciente para que sea valorado para la realización de la cirugía en cuestión vulnera su derecho fundamental a la salud.

A fin de resolver el anterior interrogante procederá esta Sala de Revisión a (i) reiterar la

jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la salud, como derecho susceptible de protección por vía de tutela; (ii) estudiar las reglas jurisprudenciales en materia de la procedencia de la acción de tutela para ordenar la práctica de un bypass gástrico (iii) examinar la garantía del derecho a la salud por parte del juez constitucional en los casos en que la orden de servicios ha sido expedida por un médico especialista en la materia que no está adscrito a la entidad respectiva, y, finalmente, (iv) analizar si, en el caso concreto, se configuró una violación de los derechos fundamentales de la actora.

### 3.- El derecho a la salud y su protección por medio de la acción de tutela

La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio nacional, es un derecho y un servicio público<sup>2</sup>. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>3</sup>.

Con todo, ha explicado este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela, pues su garantía implica el reconocimiento de que su faceta prestacional, lo que obliga al Estado a asignar recursos para que su garantía tenga un alcance integral, todo esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la precisión de las prestaciones que lo configuran. En este contexto, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las

personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, personas con discapacidad, entre otros) o, por otra parte, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.”<sup>4</sup> De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela

por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador. Sin embargo, como hasta la fecha la Superintendencia Nacional de Salud no ha implementado los procedimientos tendientes a asumir las competencias referidas en la anterior disposición, la acción de tutela es el medio idóneo para la protección del derecho a la salud.

Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares -en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente<sup>6</sup> de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener cómo asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"<sup>7</sup>. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

Hechas las anteriores consideraciones, debido a que en el caso concreto el origen de la

acción impetrada es la negativa de una entidad prestadora a autorizar la práctica de la cirugía bypass gástrico se hará un breve recuento de las reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación en estos eventos.

4.- Evolución de la línea jurisprudencial en torno a la autorización por parte de las Entidades Promotoras de Salud de la cirugía bariátrica -bypass gástrico-.

Las Salas de Revisión de tutela de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades<sup>8</sup>, han adelantado un análisis constitucional de la procedencia de la acción de tutela interpuesta por personas que padecen de obesidad mórbida contra las entidades promotoras de salud que niegan el procedimiento denominado bypass gástrico con el argumento que tal prestación se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud.

En estos casos, la Corte ha exigido de manera estricta el cumplimiento de los requisitos fijados jurisprudencialmente para que fuera posible ordenar mediante acción de tutela prestaciones excluidas del POS<sup>9</sup>. En efecto, en primer lugar, debe quedar demostrado que la persona sufre un patología que le impide absolutamente desenvolverse en comunidad o que presenta graves consecuencias para su vida biológica “sino incluso la existencia misma del afectado”<sup>10</sup>. Adicionalmente, debe acreditarse que el diagnóstico y solicitud de práctica del procedimiento han sido proferidos por los médicos vinculados a la EPS, también debe probarse que no existe otro tratamiento capaz de evitar el daño a la vida. Finalmente, debe quedar claro que la persona no cuenta con los medios económicos para sufragar el tratamiento, bien sea directamente o por medio de mecanismos de financiación no confiscatorios que cubran este riesgo<sup>11</sup>. En los casos en los cuales no se reúnen los anteriores criterios se ha denegado la práctica del amparo solicitado<sup>12</sup>.

Finalmente, debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone el procedimiento genéricamente descrito, la jurisprudencia ha sido enfática en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares: (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento; y (ii) 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 del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo<sup>13</sup>.

Estas exigencias se justificaban en primer lugar porque se consideraba la cirugía del bypass gástrico como un procedimiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud y en segundo lugar debido a la complejidad y eventuales riesgos que implicaba esta intervención.

La consideración que el bypass gástrico era un tratamiento no incluido en el POS se derivaba de una interpretación literal del artículo 62 de la Resolución 2561 de 1994, precepto que bajo el código 07631 agrupaba las “DERIVACIONES DEL ESTÓMAGO” y no enuncia expresamente las intervenciones “cirugía bariátrica” o “cirugía bypass gástrico” sino que hace referencia a otro tipo de intervenciones tales como “Anastomosis del estómago; incluye gastroduodenostomía con el código 07630 y Anastomosis en Y de Roux Código 07631”.

No obstante, en decisiones recientes<sup>14</sup>, con base en información aportada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se ha arribado a una conclusión opuesta, es decir, que la cirugía bypass gástrico está incluida en el POS. La primera decisión en este sentido es la sentencia T-414 de 2008 proferida por la Sala Novena de Revisión, en la cual se hace alusión a un dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se consigna:

La Resolución 5261 de 1994, que establece las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, no expresa taxativamente el procedimiento utilizando la expresión inglesa de By-pass gástrico pero sí estableció en su ARTÍCULO 62 las intervenciones quirúrgicas abdominales que como técnicas quirúrgicas se utilizan para realizar la derivación de estómago, como son:

“Anastomosis del estómago; incluye gastroduodenostomía con el código 07630

Anastomosis del estómago en Y de Roux Código 07631.

Procedimiento que, como ya se mencionó anteriormente, SON LOS QUE SE UTILIZAN

EN EL BY PASS GÁSTRICO. (negrillas añadidas).

Esta consideración llevó a que en la sentencia T-414 de 2008, se concluyera que el bypass gástrico se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación diferente, tal como lo expuso el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. La Sala de Revisión en dicho fallo aclaró:

Para finalizar, en lo que respecta a la tercera pregunta que trata sobre lo descrito en el artículo 62 de la Resolución 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTÓMAGO” bajo el Código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el Código 07631 Anastomosis de estómago en Y de Roux, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como By pass gástrico para cirugía bariática (negrilla y subraya fuera de texto)

Por consiguiente, se puede afirmar que el procedimiento consistente en la realización del bypass gástrico para la reducción de peso y masa corporal, ocasionado por la enfermedad de obesidad mórbida, está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación distinta. En ese orden de ideas, las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, siempre que el médico tratante y un grupo interdisciplinario de médicos así lo dictaminen y el paciente dé su consentimiento informado.

Consecuencia de lo anterior es que, si en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía bypass gástrico por la negativa de las Entidades Promotoras de Salud de realizarlo, el juez de tutela debe ordenar su práctica con cargo total a la Entidad Promotora de Salud accionado sin, la posibilidad de repetir al fondo Nacional de Solidaridad - FOSYGA- , por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Ahora bien, para finalizar debe precisarse que el médico tratante y la comisión interdisciplinaria de médicos son quienes determinarán el tratamiento, los medicamentos y procedimientos indicados en cada paciente para el manejo de su obesidad y no le es permitido a la Entidad Promotora de Salud ni al juez de tutela cuestionar sus decisiones.

5.- La garantía del derecho a la salud por parte del juez constitucional en los casos en que la orden de servicios ha sido expedida por un médico especialista en la materia que no está adscrito a la entidad respectiva. Derecho al diagnóstico.

De acuerdo con la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional, las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud sólo pueden negarse a proveer las prestaciones requeridas por el paciente, ordenadas por el médico tratante especialista en la materia, que no esté adscrito a la respectiva entidad, cuando su decisión se fundamenta en razones médicas especializadas sobre el caso en cuestión<sup>15</sup>.

Recientemente, a partir de la sentencia T-760 de 2008 se hizo una síntesis sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre este tema. Concretamente, el mencionado fallo se centró en las soluciones de los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿la entidad encargada de la prestación de servicios de salud desconoce los derechos fundamentales de las personas cuando se niegan a suministrarlos con base en la ausencia de una orden expedida por un médico especialista que no está adscrito a la mencionada institución?, y (ii) ¿el hecho de que el servicio de salud haya sido ordenado por un médico especialista no adscrito a la entidad prestadora del servicio requerido vulnera los derechos fundamentales de las personas, no sólo porque la respectiva institución no se pronunció sobre la situación en la que se encontraban los accionantes; si no también porque no se aportaron razones médicas que desvirtuaran el concepto del médico ajeno a la Institución?

A partir de los anteriores interrogantes, la Corte ha establecido que al reconocimiento por vía de tutela de prestaciones en materia de salud debe mediar entre otros, el requisito que el médico tratante debe ser un profesional adscrito a la empresa prestadora del servicio de salud, de la cual se reclama la prestación en cuestión.

Esta afirmación, tiene como sustento el hecho de que la orden debe corresponder coherentemente al proceso médico que se le adelanta al paciente dentro de la correspondiente entidad, además, se busca evitar que los requerimientos en materia de salud en cabeza de un usuario del servicio, carezcan de continuidad en relación con el seguimiento de su estado por parte de la empresa que le debe presta la atención requerida<sup>16</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la exigencia en virtud de la cual las órdenes del juez de tutela deben estar siempre respaldadas por una orden médica, busca resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y sólo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la pertinencia de un tratamiento médico. Adicionalmente, la orden debe haber sido emitida por el médico tratante

Por ello, la regla general es que si se reclama un determinado servicio de una empresa prestadora de salud, éste debe estar previamente contenido en una orden emitida por un médico adscrito a la Entidad; pues, se asume que dicha orden es el resultado del seguimiento del estado de salud del paciente, producto del análisis médico que se le ha adelantado al usuario dentro de la respectiva Institución.

Empero, existen casos en los que el diseño institucional de las empresas que participan en la implementación de la prestación del servicio de salud, no permite dar cuenta de situaciones particulares de los usuarios, ni satisfacer de forma oportuna todas las necesidades de los sujetos pasivos de este requerimiento. Circunstancias que traen como consecuencia, entre otras, que los usuarios (i) deban someterse a meses de espera para acudir a un especialista, (ii) vean limitadas sus posibilidades de acceder a varias opiniones médicas en relación con su estado de salud, y (iii) se encuentren ante situaciones en las que a pesar de necesitar atención de urgencia, no les sea proporcionada debido al largo procedimiento interno que debe desplegarse en la Entidad. Dentro de este contexto, se ven obligados a acudir a médicos particulares, no adscritos a dichas empresas, y en general a opiniones médicas ajenas a las formalidades exigidas, tanto por las empresas a las que se encuentran afiliados, como por la misma jurisprudencia en materia de salud.

De esta forma, conviene precisar que el hecho de que el médico tratante no esté adscrito a la Empresa Promotora de Salud no restringe la posibilidad que las personas accedan a la garantía de la prestación de este servicio público. Acorde con esto, tenemos que, los usuarios tienen el derecho a que la Entidad a la cual se encuentran afiliados, emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución.

En términos generales encontramos que, la exigencia de que el médico tratante debe

ser un profesional adscrito a la empresa prestadora del servicio de salud de la cual se reclama el reconocimiento de la prestación en cuestión, tiene un fundamento práctico y jurídico.

En este orden de ideas debe reiterarse que, las afirmaciones expuestas anteriormente encuentran fundamento, principalmente en dos razones. La primera, por cuanto resulta de gran importancia proteger el derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras de salud están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. En tal sentido, forma parte de sus deberes emitir valoraciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de la realización de procedimientos y tratamientos, o la entrega de medicamentos e insumos. Puesta así las cosas, es claro que una prestación no podría suministrarse de manera satisfactoria atendiendo el principio de calidad si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.

Por ello, en el evento en que exista un diagnóstico de un médico no adscrito a la empresa que presta servicios de salud, sus afiliados tienen derecho a que la respectiva entidad, que es en últimas la que reconoce las prestaciones derivadas de las prescripciones médicas, determine si se requiere o no, por la condición de salud de la persona, reconocer dicha prestación. Y, la única manera de responder a ello, es emitir un diagnóstico que de cuenta de aquél que se originó en un médico ajeno a la empresa<sup>17</sup>.

La segunda, por cuanto conceder judicialmente la prestación de servicios de salud con base en una orden proveniente de un médico ajeno a la Empresa Promotora de Salud no vulnera el verdadero alcance de la regla general a la que se ha hecho referencia, dado que, de todas formas se satisface el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que éste labore o no en una determinada empresa.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia reciente, la Corte Constitucional ha expresado que cuando la orden haya sido emitida por un médico no adscrito a la EPS, esta Institución sólo puede negarse a prestar el servicio de salud si desvirtúa el

concepto médico expedido por dicho profesional, con base en razones científicas o técnicas relacionadas con el caso concreto.

En otras palabras, esta Corporación ha indicado que, corresponde a la respectiva Entidad Prestadora del Servicio de salud someter al paciente a evaluación médica, a partir de la cual puede desvirtuar el concepto del médico externo, de lo contrario debe seguir y cumplir lo prescrito por el profesional no adscrito a la institución. Adicional a lo anterior, la Corte ha aclarado que:

“ante un claro incumplimiento y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso a los servicios de salud ordenados por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que si esté adscrito a la entidad respectiva”<sup>18</sup>

Específicame, la Sala Segunda de Revisión en sentencia T-760 de 2008 reitera que se viola el derecho a la salud de una persona cuando las Empresas Prestadoras del servicio de Salud:

“(i) desconoce el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud, (ii) sin ninguna consideración de carácter científico o técnico, (iii) sólo por el hecho de no estar adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio en cuestión, especialmente, (iv) si la entidad nunca cuestionó la validez o idoneidad del concepto médico”.

A la luz de los criterios jurisprudenciales reconstruidos anteriormente, esta Sala de Revisión analizará el caso concreto objeto de la presente sentencia.

## 6.- Análisis del caso concreto

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se encuentra que la demandante está afiliada como beneficiaria de la antigua EPS del Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS<sup>19</sup>. Así mismo, puede observarse que en el escrito de tutela solicita la realización del procedimiento denominado Cirugía Gastric Bypass por laparoscopia, cuya orden médica tiene fecha de 16 de marzo de 2006 y fue expedida por el especialista en cirugía general, Doctor Frank Cure Pérez, quien no se encuentra adscrito a la EPS del

Seguro Social (hoy Nueva EPS)<sup>20</sup>, razón por la cual, el juez constitucional de única instancia negó el amparo a los derechos fundamentales invocados.

Al examinar las pruebas que obran en el expediente encuentra esta Sala de Revisión que, la actora aportó efectivamente al proceso el documento en donde se consigna la respectiva prescripción médica expedida por un especialista particular, ajeno a su EPS<sup>21</sup>; circunstancia que trae como consecuencia que, en el presente no exista duda sobre la existencia de la solicitud de practicar el mencionado procedimiento. De acuerdo con esto, en aplicación de las consideraciones desarrolladas en la parte motiva de esta sentencia, si bien la regla general es que el medicamento, insumo o tratamiento a favor del paciente, deben estar ordenados por un médico adscrito a la correspondiente EPS; tal y como se expresó en párrafos precedentes, existen ciertos supuestos en los cuales el diseño institucional de las entidades que participan en la implementación del servicio de salud no permiten dar cuenta de las situaciones particulares ni satisfacer de manera oportuna todas las necesidades de los sujetos pasivos de este servicio, eventos que, de alguna u otra manera hacen que las personas tengan que acudir a médicos no adscritos a las empresas prestadoras del servicio de salud o en general a opiniones médicas ajenas a las formalidades exigidas.

De conformidad con esta línea argumentativa, conviene precisar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional actual sobre esta materia, los casos en que exista una orden médica expedida por un profesional particular, ajeno a la EPS; ésta tiene la obligación de desvirtuar el respectivo concepto médico con base en razones científicas o técnicas relacionadas con el caso concreto.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que dentro del expediente existe un pronunciamiento de la EPS del Seguro Social (hoy Nueva EPS) en el cual se expresa:

“El Doctor FRANK CURE, según manifiesta la Accionante le garantiza que va a disminuir paulatinamente de peso corporal hasta llegar a su peso normal, preguntamos, nos preguntamos cómo garantiza que así y en caso contrario, el Dr. Cure responderá?, también manifiesta la Accionante que la cirugía se la realice el Dr. Cure, quien ha sido su médico tratante y posee una gran experiencia, pero debemos manifestar que por esta una entidad de naturaleza pública, debe someterse, además de los trámites

administrativos a la normatividad legal con relación a la contratación Ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios, por lo tanto no puede contratar con personas naturales SIN LA OBSERVANCIA DE ESTABLECIDO (sic) POR LA LEYES EN ESTOS ASUNTOS, por lo tanto, no puede imponérsele la carga de que se practique una cirugía que no ha sido ordenada por el médico del Seguro Social y mucho menos por un médico que no pertenece a nuestra Red de Servicio.

Sin embargo, Su señoría, una cirugía de alta complejidad como la indicada no puede ser tomada bajo la perspectiva de concepto de una sola especialidad que es la del Dr. Cure, como Cirujano General, cuando se compromete en la realización de esta cirugía la vida de la Accionante, por lo tanto es importante que mediante una Junta Interdisciplinaria conformada con medico (sic) de las siguientes especialidades así:

Médico internista

Médico Diabetólogo

Médico Cardiólogo

Médico Nutricionista

Sicología

Para que valore el estado clínico de la accionante y se determinela pertinencia de la practicar la cirugía CIRUGIA GASTRIC BY PASS POR LAPAROSCOPIA”22

A partir de la lectura de los apartes transcritos, puede colegirse que, la EPS del Seguro Social (hoy Nueva EPS) no manifiesta razones de fondo a fin de controvertir de manera técnica o científica el concepto emitido por el médico particular. Sin embargo, estima la Sala que, al lado de los anteriores argumentos, debe tenerse en cuenta el hecho que la mencionada orden fue expedida el 16 de marzo de 2006, esto es, hace aproximadamente 3 años; lo cual trae como consecuencia la existencia de serias dudas sobre la vigencia del diagnóstico emitido por el médico particular, así como de la necesidad de practicar a la accionate el procedimiento denominado Cirugía Gastric Bypass por laparoscopia, razón por la cual la orden emitida en esta acción de tutela debe estar encaminada a que la Señora Marta Ligia Pérez Morales deba ser valorada o

examinada nuevamente por un especialista.

En este punto conviene aclarar que una de las causas por las cuales exista dentro del expediente una orden médica proferida con tantos años de anticipación, es la falta de diligencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla en remitir el expediente a esta Corporación, pues como puede apreciarse en partir del cuaderno principal, la tutela de la referencia fue radicada en la Secretaría General de la Corte Constitucional el diez (10) de septiembre de 2008 a pesar que el fallo de única instancia fue proferido el veinticinco (25) de abril de 2006, con lo cual es notorio el incumplimiento de lo preceptuado en el inciso 2 del artículo 31 del decreto 2591 de 1991, razón por la cual en la parte resolutive de la presente sentencia se ordenará remitir copias de la sentencia al Consejo Superior de la Judicatura para lo su competencia.

Al respecto cabe así mismo señalar que, no le asiste razón al juez de única instancia cuando expresa que la tutela debe negarse porque no se cumplieron los requisitos trazados por la Corte Constitucional para autorizar la realización de procedimientos excluidos en el Plan Obligatorio de Salud, puesto que tal y como se explicó en la parte motiva de la presente providencia la realización de la cirugía Bypass Gástrico para la reducción de peso y masa corporal, ocasionado por la enfermedad de obesidad mórbida, está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación distinta. En ese orden de ideas, las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, siempre que el médico tratante y un grupo interdisciplinario de especialistas así lo dictaminen y el paciente dé su consentimiento informado.

Como consecuencia de lo anterior resulta que, si en sede de tutela se reclama la autorización de la mencionada cirugía, la cual es negada por la EPS, el juez de tutela después de constatar el cumplimiento de los respectivos requisitos debe ordenar su práctica con cargo total a la Entidad Promotora de Salud accionada sin, la posibilidad de repetir contra el fondo Nacional de Solidaridad - FOSYGA-, por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Aunado a lo anterior, estima la Sala que en este punto conviene recordar que debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone el procedimiento solicitado, la

jurisprudencia constitucional ha sido enfática en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares: (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento; y (ii) 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 del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo<sup>24</sup>.

De esta manera, si bien dentro del proceso, no puede afirmarse en principio que la existencia de una orden médica emitida por un profesional ajeno a la EPS del Seguro Social (hoy Nueva EPS), constituye un impedimento para reconocer la prestación solicitada; para la Sala es claro que en el caso concreto se presentan varias circunstancias que impiden al juez de tutela ordenar directamente la práctica del mencionado procedimiento, entre ellas se destacan: (i) la antigüedad de la orden médica, (ii) la falta de una valoración técnica por un grupo interdisciplinario de médicos y (iii) la prueba de la existencia del consentimiento informado de la accionante.

En términos generales, resulta claro que el médico tratante y la comisión interdisciplinaria de médicos son quienes tienen que indicar el tratamiento, los medicamentos y procedimientos requeridos por el paciente para el manejo de su obesidad, razón por la cual no le es permitido a la Entidad Promotora de Salud ni al juez de tutela cuestionar o sustituir sus decisiones.

A la luz de los argumentos antes expuestos, esta Sala de Revisión considera que a pesar de las circunstancias antes descritas, en todo caso deben protegerse los derechos a la salud y el diagnóstico de la señora Marta Ligia Pérez Morales que pueden resultar afectados sino es remitida para que sea valorada por una junta de especialistas para que determinen, si aún no se ha hecho, el tratamiento médico idóneo para la obesidad mórbida que padece.

Por tal razón, se revocará la sentencia de única instancia y en su lugar se ordenará a la Nueva EPS disponga la realización de una junta médica interdisciplinaria de especialistas con el propósito de valorar a la paciente a fin de establecer cual es el

tratamiento idóneo para la obesidad mórbida que padece, el cual de ser necesario será realizado a la señora Marta Ligia Pérez Morales en el menor tiempo posible de acuerdo con las respectivas indicaciones médicas y previo el consentimiento informado de la accionante.

### III. DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

veinticinco (25) de abril de dos mil seis (2006).CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la señora Marta Ligia Pérez Morales.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva EPS, en el caso que la accionante aún se encuentre afiliada a esta Entidad, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia disponga la realización de una junta médica interdisciplinaria de especialistas con el propósito de valorar a la paciente a fin de establecer cuál es el tratamiento idóneo para la obesidad mórbida que padece, el cuál de ser necesario será realizado a la señora Marta Ligia Pérez Morales en el menor tiempo posible de acuerdo con las respectivas indicaciones médicas y previo el consentimiento informado de la accionante.

Tercero.- REMITIR copia de esta sentencia al Consejo Superior de la Judicatura para lo de su competencia.

Cuarto.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 5 del cuaderno 1.

2 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Sentencia T-859 de 2003.

5 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) 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; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una

IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

6 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

7 SU-337 de 1999.

8 Ver entre otras las sentencias T-828 de 2005, T-1129 de 2005, T-060 de 2006, T-384 de 2006, T-110 de 2007, T-408 de 2007, T-447, de 2007 y T-725 de 2007.

9 Tales requisitos son:

(i) Cuando la falta del diagnóstico, medicamento, procedimiento o implemento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales a la vida o la integridad física del interesado. Según esta Corte, el derecho a la vida no sólo tiene una dimensión material o biológica, sino también una dimensión de “vida digna”<sup>9</sup>, la cual, de conformidad con decisiones jurisprudenciales recientes<sup>9</sup>, comprende

los campos de autonomía en el diseño del plan vital (“vivir como se quiera”), ciertas condiciones materiales de existencia (“mínimo vital”) y la intangibilidad de bienes como la integridad física o moral (“vivir sin humillaciones”).

(ii) Cuando se trate de un medicamento, tratamiento o implemento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

(iii) Cuando el paciente realmente no pueda sufragar el costo del diagnóstico, medicamento, tratamiento o implemento requerido.

(iv) Cuando no se puede acceder a él por ningún otro modo o sistema.

(v) Cuando el diagnóstico, medicamento, tratamiento o implemento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante.

10 Sentencia T-110 de 2007 .

12 Ver por ejemplo la sentencia T-1229 de 2005.

13 Al respecto ver la sentencia T-725 de 2007.

14 Sentencias T-414 y T-586 de 2008.

15 Ver sentencia T-760 de 2008.

16 Sentencia T-398 de 2008

17 En algunos casos, el problema puede versar justamente sobre la dificultad médica de emitir un diagnóstico. La Corte ha sostenido, que en estos casos no resulta inoperante el derecho al diagnóstico, pues, lo que se garantiza en ellos, es el despliegue de todas aquellas actividades necesarias para que se haga posible el diagnóstico en cuestión. Ver T-583 de 2007: “...esto no quiere decir que en casos en los que desde el punto de vista médico resulte difícil brindar un diagnóstico concreto del estado de salud de un(a) paciente, no se pueda reconocer la prestación integral del servicio de salud. En estos

casos es igualmente posible exigir, que la orden del juez de tutela sea determinable, por ejemplo en sentido de reconocer el conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o que se logre dicha determinación por cualquier otro criterio razonable.”

18 Ver sentencias T-083 de 2008 y T- 760 de 2008.

19 Ver folio 6 del cuaderno 1.

20 Ver folio 5 del cuaderno 1.

21 Ver folio 5 del cuaderno 1.

22 Folios 100 a 106 del cuaderno 2.

23 Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

24 Al respecto ver la sentencia T-725 de 2007.