

Sentencia T-103-09

Referencia: expediente T-2074507

Acción de tutela interpuesta por Carlos Andrés Pérez Orozco contra Coomeva EPS.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Clara Elena Reales Gutiérrez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Quinto Penal Municipal y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla (Atlántico), en el trámite de la acción de tutela iniciada por Carlos Andrés Pérez Orozco contra Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES.

El accionante interpuso acción de tutela contra la EPS referenciada por considerar que dicha entidad vulnera sus derechos fundamentales: “a la vida, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la libertad y autodeterminación”. Por la negativa de la EPS en practicar la cirugía Bariátrica recetada por su médico tratante.

Para fundamentar su solicitud de amparo, manifestó los siguientes:

1. Hechos.

1. Relata que los diferentes médicos especialistas que lo han valorado en Coomeva EPS, sugieren que el tratamiento más efectivo para corregir todas las patologías que está sufriendo es la cirugía bariátrica denominada Bypass gástrico.

2. Por lo anterior, solicitó a su EPS la realización del tratamiento atrás citado, encontrando que la entidad negó el servicio porque la cirugía bariátrica, no hace parte del POS.

3. Asevera que la valoración que se le realizó no fue buscando un mejor aspecto estético sino para aliviar el intenso dolor que presenta desde hace mucho tiempo y todas las enfermedades que padece, la cual le impide realizar actividades cotidianas como trabajar, dormir y caminar.

4. Igualmente, señala que lleva gran parte de su vida conviviendo con la enfermedad y que desde hace 10 años su evolución ha sido progresiva, sufriendo muchos fracasos con los diferentes tratamientos médicos, farmacológicos, nutricionales, y programas de ejercicios a los cuales ha acudido.

5. Afirma que en estos momentos se encuentra en la imposibilidad de pagar la mencionada cirugía y todos aquellos procedimientos e intervenciones necesarias para el tratamiento requerido.

Por todo lo anterior, solicita el amparo de los derechos invocados y pide que se ordene a Coomeva EPS la atención integral en salud y la realización del procedimiento quirúrgico denominado cirugía bariátrica Bypass Gástrico, incluyendo los costos de manejo multidisciplinario, suministro de medicamentos y post-operatorio que demanda dicha cirugía.

La EPS accionada a través de apoderado judicial, manifestó:

Que no era cierto que un especialista de la entidad haya manifestado en su diagnóstico que la única alternativa era la cirugía bariátrica ya que el “galeno es claro en afirmar que en el plan de rebaja incluye la cirugía, previa valoración por endocrinología, psicología, nutricionista y medicina interna, de tal suerte que no puede el señor juez ordenar una cirugía riesgosa de este tipo, hasta tanto se agoten las alternativas del POS”.

Agrega que no existe criterio médico adscrito a la EPS, que recomiende la cirugía que el accionante solicita y las ventajas para el paciente frente a las posibilidades restantes.

Afirma que “la accionante resolvió solicitar de manera particular los servicios médicos particulares, quienes no pertenecen a la red de Coomeva EPS S.A y esta entidad ignora

las particularidades de este tipo de petición del derecho a la salud de un médico particular que no pertenece a la red...”.

En armonía con lo antedicho, opina que la EPS demandada no ha vulnerado el derecho a la salud que solicita el accionante y que así las cosas, “la cirugía que requiere el accionante, se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud y es considerada estética, de acuerdo a la resolución 5261 de 1994 del Ministerio de la Salud...”.

“Dentro del POS, existen otras alternativas y planes de rebaja de peso todas ellas científicas diferentes a la cirugía, a las cuales bien se puede acoger el accionante en procura de su propio bienestar ya que se encuentra llamado en primera mano a realizar todas las alternativas existentes para reducción de peso”.

Por ultimo, menciona que las EPS que operan en Colombia, deben garantizar la prestación de los servicios de salud en los términos concretos definidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, dentro de los cuales no se encuentran incluidos ciertos tratamientos, procedimientos, actividades y medicamentos, por no existir tecnología disponible en el país o por las condiciones financieras del sistema. Motivo por el cual pide que se decrete la improcedencia de la presente acción de tutela.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

El 25 de abril de 2008 el Juzgado Quinto (5) Penal Municipal de Barranquilla, denegó el amparo solicitado. La juez de instancia partiendo de un problema jurídico planteado en términos de la procedencia para autorizar el suministro de un tratamiento que no ha sido dispuesto por sus médicos tratantes, advirtió que “dentro del material probatorio no figura articulado orden del médico tratante y sobre todo que este adscrito a Coomeva EPS, existe solo un escrito con membrete del Dr Ricardo Daguer D, pero no enuncia que sea un medico adscrito a Coomeva EPS”.

Adicionalmente, asevera que el tratamiento solicitado por el accionante se encuentra excluido del POS y que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para autorizar este tipo de prestaciones excluidas del POS, motivo por el cual denegó la presente acción

de tutela.

2. Impugnación

Inconforme con la decisión, el accionante impugnó la sentencia expuesta manifestando que “existe un estado diagnosticado de súper obesidad mórbida que constituye un factor de riesgo extremo e inminente a la salud y que en ningún caso se trata de un aspecto estético”.

Del mismo modo, allegó concepto médico relacionado con su estado de salud en el que según él un médico adscrito a la EPS Coomeva de apellido McCausland da fe sobre su diagnóstico.

3. Segunda instancia

El 18 de junio de 2008 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, confirmó el fallo impugnado. Para ello, manifestó que si bien la Constitución no reconoce directamente el derecho a la salud, sino el derecho a la tutela a la salud, esto es, que en cada caso sean agotados todos los medios que se encuentren al alcance para la protección y recuperación. Motivo por el cual no puede ser protegido de modo directo y autónomo a través de la acción de tutela, sino se presenta vulneración con un derecho fundamental de aplicación inmediata, como la vida-.

Por lo demás, repite los argumentos expuestos por la primera instancia en el sentido de que no se cumplen los requisitos para autorizar un procedimiento no POS. En cuanto a la prueba que certifica la gravedad de la enfermedad allegada en la impugnación procede de un médico adscrito a la entidad, pero bajo la modalidad de medicina prepagada razón por la cual no procede.

III. Pruebas.

Del material probatorio allegado a esta Corporación, la Sala destaca lo siguiente:

1. Escrito de petición por medio del cual el señor Pérez Orozco solicita a la EPS

formalmente la practica de la cirugía (folios 7 y 8)

2. Contestación de la EPS a la petición (folio 6)

3. Receta médica expedida por el médico Ricardo Daguer en la cual diagnostica al señor Pérez la superobesidad y la cirugía bariátrica (folio 9)

4. Fotocopia de documentos de identidad del accionante (folio 10)

5. Certificado expedido por Coomeva en el que expone que el médico Ricardo Daguer Díaz, al 28 de abril de 2008, no tenía contrato de prestación de servicios con la entidad (Folio 34).

6. Concepto médico expedido por el médico Rafael McCausland Noguera, en el que detalla la evolución de la enfermedad del accionante.

IV. 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. Problema jurídico.

¿Vulnera Coomeva EPS, los derechos fundamentales del señor Carlos Andrés Pérez Orozco, por la negativa de la entidad en suministrar la autorización y practica de la Cirugía Bariátrica ordenada por su médico tratante, bajo el argumento de no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS-, principalmente por no estar diagnosticado el procedimiento por un médico tratante adscrito a la entidad?

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala se referirá a los temas de: (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 salud pública (obesidad mórbida) y la pertenencia al POS de la cirugía bariátrica de bypass gástrico; (iii) la afectación del derecho a la salud cuando no se suministran prestaciones, incluidas

en el POS y por último abordará (iv) la solución del caso concreto.

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

Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional se caracterizó por diferenciar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido meramente prestacional. En relación con el derecho a la salud, se consideró que para ser amparado por vía de tutela, debían tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Igualmente se protegía como derecho fundamental autónomo tratándose de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la constitución, y se protegía el ámbito básico cuando el tutelante era un sujeto de especial protección.

A partir de la sentencia T-858 de 2003, la Corte consideró que el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud. En tal medida consideró que siempre que se requiera el acceso a un servicio de salud, contemplado en los planes obligatorios, procede concederlo por tutela.

En efecto, las EPS tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS, entendido éste como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”.¹ (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior está fundamentado en el artículo 8 del Decreto 806 de 1998, que contempla que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. (Subrayado fuera del texto original).

Con posterioridad, la Corte le ha reconocido a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo. Sin embargo, también ha reconocido que la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables, pues dado que los derechos no son absolutos pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia y por cuanto la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por una acción de tutela son cuestiones diferentes y separables².

En efecto, en la Sentencia T-016 de 2007, la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación, desarrolló el criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte, sobre el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe derivar de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la realidad.

Al respecto se señaló:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).

“Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con

las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)". Subrayado fuera del texto original.

Acertadamente, la jurisprudencia de la Corte, para establecer la fundamentalidad del derecho a la salud, se ha apoyado de instrumentos internacionales de distinto orden,³ por ejemplo por lo estipulado en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

"La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos". " Subrayado por fuera del texto original.

En el mismo sentido, la Constitución de 1991, contempla estos criterios cuando en el artículo 49, estipula: "La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud".

"Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control". Subrayado por fuera del texto original.

Enfatizando la protección constitucional del derecho a la salud como derecho fundamental, la Sentencia T-200 de 2007, menciona las dimensiones de amparo de este derecho, para lo cual estableció:

"...En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i)

en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio⁴. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

“(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela⁵. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido -que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos...”. Negrillas fuera del texto original.

En efecto, la Corte ha considerado que en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios

relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudir directamente a la tutela para lograr su protección.⁶

A pesar de la razonabilidad, que persigue fines constitucionalmente valiosos, en la determinación de un plan obligatorio en el que se encuentran los procedimientos a cargo del sistema, tales dispositivos legales generan controversias en términos de derechos fundamentales para eventos precisos. En efecto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales se ve comprometida en los casos en que el usuario del servicio de salud requiere de un procedimiento o medicamento necesario para la conservación de su vida en condiciones dignas o su integridad física que, no obstante, se encuentra excluido del POS.

Ante la existencia de esa posibilidad fáctica, la Corte ha definido subreglas jurisprudenciales precisas sobre los requisitos que deben cumplirse para que el juez constitucional, ante la situación específica, proceda a inaplicar las normas que definen el contenido del plan obligatorio y, en su lugar, ordene el suministro de la o las prestaciones excluidas.

4. Línea jurisprudencial de la Corte relacionada con el problema de salud pública (obesidad severa y súper obesidad). La cirugía de Bypass gástrico pertenece al POS. Reiteración de Jurisprudencia.

Esta Corporación como se verá en la línea jurisprudencial que se presenta, bajo distintos matices a estudiado el tema de la obesidad mórbida y el procedimiento genéricamente descrito como cirugía bariátrica de Bypass gástrico, entre otros. En esta providencia se pondrá de presente el desarrollo contenido en las Sentencias T-264/03, T-828/05, T-1229/05, T-1272/05, T-027/06, T-060-/06, T-265/06, T-384/06, T-469/06, T-867/06, T-110/07, T-408/07, T-447/07, T-639/07, T-725/07, T-023/08, T-414/08, T-415/08, T-586/08, T-968/08, T-978/08, T-1022/08, T-1180/08 y T-1201/08.

Pues bien, como sentencia fundadora de línea, se encuentra la Sentencia T-264/037, en la cual la Corte revisó el caso de la Sra. Roa que presentaba obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial aunada a otras patologías, que según lo prescrito por el especialista tratante requería para su mejoría de una cirugía bariátrica.

Después de analizar y encontrar precedentes las reglas establecidas por esta Corporación para ordenar la autorización de procedimientos excluidos del POS, la Sala Cuarta de Revisión, precisó que no por el simple hecho de resultar procedente el amparo constitucional debe accederse a lo estrictamente solicitado por el accionante, puesto que es el juez de tutela, quien debe establecer el alcance de la orden de protección con el fin de garantizar materialmente la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados. En especial, si de las pruebas obrantes en el expediente se constata que a pesar de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, acceder a lo solicitado resulta ser perjudicial para el accionante, lo que no se traduce en que el juez constitucional deba negar el amparo, pues en materia de tutela está facultado para fallar extra o ultra petita.

En la referida providencia, ante el riesgo latente del derecho a la vida de la actora, se decidió ordenar la conformación de un equipo multidisciplinario que determinará el tratamiento pertinente, para lo cual se resolvió: “ORDENAR al Representante Legal de SaludCoop E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique el Dr. Hernán Yupanqui (especialista tratante) a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la señora Glaris María Roa Sánchez y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico. De igual manera, se le debe brindar la atención integral que requiera dicha señora para el mejoramiento de su calidad de vida”.⁸ (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

Posteriormente, en la Sentencia T-828/05, La Sala Séptima de Revisión, estudió el caso del Sr. Pezzotti, a quien se le diagnosticó obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial y otras patologías que le causaban un serio deterioro en sus condiciones de existencia, para lo cual se le recomendó el procedimiento denominado Bypass Gástrico por laparoscopia.

En aquella ocasión, la Corte denegó el amparo solicitado en la medida que el procedimiento requerido no había sido ordenado por médicos adscritos a la EPS

accionada a la cual se encontraba afiliado el Sr. Pezzotti. Además, se tuvo en cuenta que la entidad accionada había desplegado una conducta protectora de los derechos fundamentales del actor, por ello no encontró esa Sala: "(...) que en el caso concreto se hayan vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida del demandante, pues por una parte no están presentes las condiciones señaladas por esta Corporación para ordenar tratamientos o medicamentos excluidos del POS y, en segundo lugar, la entidad demandada ha adelantado las actuaciones necesarias para proteger los derechos del Sr. Pezzotti pues ha diseñado "un plan de manejo interdisciplinario", el cual comprende múltiples controles con diversos especialistas, para evaluar su condición médica y ha condicionado la práctica de la cirugía a una segunda evaluación de la Junta Médica, la cual deberá efectuarse una vez el accionante cumpla el esquema de tratamiento antes mencionado".⁹ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En el mismo año, la Corte conoció en Sentencia T-1229/05, la situación que enfrentaba una señora de 45 años, la cual a raíz de su cuarto y último embarazo catorce años atrás, venía presentando problemas de sobrepeso, al punto de alcanzar un problema de obesidad mórbida de nivel III o IV. Sumado a este problema, padecía de artralgia en las rodillas, molestias en la columna, hipertensión arterial, apnea de sueño, afecciones cardíacas e incluso tromboflebitis en una de sus piernas. Por tal razón se le dictaminó la necesidad de practicar la intervención quirúrgica denominada BYPASS GÁSTRICO.

Para la Corte, el problema jurídico de este caso versó sobre si puede negarse la realización de un procedimiento médico no incluido en el POS. Por tal motivo, una vez analizadas las condiciones de salud que afectaban a la paciente y retomando lo descrito por su médico tratante, en la medida que señaló que era candidata para la realización de la cirugía de BYPASS GÁSTRICO, se ordenó el procedimiento. Sin embargo, de manera previa a la realización de la mencionada cirugía, ordenó que la accionante fuera informada por sus médicos tratantes, quienes en razón a su conocimiento especializado, deberían dar su concepto médico en relación con los efectos que dicho procedimiento quirúrgico generaría respecto de las patologías atrás relacionadas, indicándole en todos los eventos los beneficios, y los riesgos que dicho procedimiento le podría acarrear vista la especificidad de las dolencias que la aquejan. Ello con el fin de estar plenamente informada la paciente, pudiendo de manera libre y espontánea dar su consentimiento

informado y autorización para la anotada cirugía de BYPASS GÁSTRICO.

La Corte concedió el amparo solicitado y dispuso: “ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, que dispondrá de un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, si ya no lo hubiere hecho, para que gestione con las entidades de salud públicas o privadas con las que tenga contrato, la realización a la señora Belsy Yaneth Sandoval de Delgado, la cirugía de BYPASS GÁSTRICO a ella recomendada. Previo a esto, se deberá haber obtenido el consentimiento informado de la paciente quien habrá recibido de su médico tratante, y de los demás médicos especialistas que tengan a su cargo el tratamiento y manejo de las demás dolencias que la aquejan, la información pertinente de los beneficios, riesgos y demás efectos que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de BYPASS GÁSTRICO. La Secretaría Distrital de Salud, asumirá los costos de las prestaciones médicas aquí ordenadas, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta”.¹⁰ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Como se puede apreciar el aporte significativo de esta providencia, radica en que incorporó una subregla en lo que se refiere a la autorización de la cirugía de Bypass gástrico, concerniente en la necesidad de que exista un consentimiento informado de la persona que requiere de la práctica del procedimiento bariátrico, ya que como se pudo comprobar los riesgos para la vida de las personas que padecen de obesidad mórbida es muy alto y por tanto, se debe contar con el consentimiento informado de la persona directamente afectada, comunicándosele de manera clara y concreta el tratamiento que se le puede efectuar de manera que se respete la autonomía y el consentimiento de la persona.

Más adelante, en la Sentencia T-1272/05, se evaluó el asunto de una señora a la que se le diagnosticó obesidad mórbida, pues desde hace varios años padecía de problemas de sobrepeso, los cuales fueron tratados médicamente, de manera infructuosa. Por tal razón su médico tratante recomendó el procedimiento de Gastroplastia Definitiva, el cual no fue autorizado por la EPS accionada por encontrarse fuera del POS. En este caso, el apoderado de la peticionaria solicitó a la Sala Quinta de Revisión que declarase la existencia de un hecho superado, teniendo en cuenta que la cirugía ya había sido practicada, en la medida que había interpuesto una nueva acción de tutela en la que

demonstró su incapacidad económica. Por tal razón se declaró la configuración de un hecho superado.

Al año siguiente, se conoció el caso tratado en la Sentencia T-027/06, en el cual a una señora se le dictaminó obesidad mórbida, pero la EPS accionada se negó a practicar la cirugía bariátrica que requería. En esta providencia se pudo establecer que la accionante había acudido a médicos particulares quienes le diagnosticaron igualmente obesidad mórbida, pero a diferencia de los facultativos de la EPS, éstos le ordenaron la práctica de la cirugía bariátrica. En la primera instancia el juez de tutela concedió y protegió el derecho ordenando la cirugía. Sin embargo la Corte encontró que la orden para la realización de la cirugía no fue expedida por el médico tratante adscrito a la entidad, razón por la cual declaró improcedente esa acción de tutela.

En esta jurisprudencia, versó en que se recordó la importancia del papel del juez de tutela, en la medida que este no puede reemplazar al médico tratante, ya que lo procedente es seguir los protocolos médicos y efectuar la remisión al médico especialista para determinar la viabilidad de la cirugía. Para ello la Corte revocó el amparo concedido, realizó la consideración que se cita¹¹. Y previno, lo siguiente: “PREVENIR a la EPS Cosmitet que si la cirugía aún no se ha practicado, debe valorar nuevamente la situación de salud de la paciente y establecer si esta necesita la cirugía, caso en el cual habrá de prestarse, en su integridad el servicio médico quirúrgico ordenado por el médico tratante, en forma oportuna”¹². (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Posteriormente, se profirió la Sentencia T-060/06, mediante la cual la Corte confirmó el amparo concedido por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Bogotá y revocó la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de la misma ciudad, que había denegado el amparo solicitado por una señora que padecía de obesidad mórbida grado II, a la cual sus médicos tratantes le informaron que requería la práctica del procedimiento BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.

En esta ocasión, la Sala Octava de Revisión, ponderando las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional para autorizar la práctica de un procedimiento excluido del POS, ordenó la práctica de una cirugía Bariátrica por Laparoscopia,

manifestando: “Así las cosas, para el caso se estima que los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal de la tutelante se encuentran vulnerados, pues al no practicársele el procedimiento denominado BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA ordenado por los médicos tratantes se puede agravar su estado de salud por las “comorbilidades” que presenta la actora (hipertensión arterial, disnea de medianos esfuerzos, apnea de sueño, várices de miembros inferiores, dolor lumbar, artralgias de rodillas y cadera bilateral), lo que indudablemente repercutirán en su calidad de vida”¹³

. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Ulteriormente, en la Sentencia T-265/06, evento en el cual nuevamente una señora requería de la practica del procedimiento “Bypass Gástrico Laparoscópico”, prescrito por su médico tratante, para el manejo adecuado de su cuadro de obesidad mórbida severa, asociado con avanzadas patologías de páncreas y vesícula, se decidió proteger los derechos fundamentales de la actora bajo la comprobación de las subreglas relacionados con el suministro de prestaciones excluidas del POS y sobre la base de la no obligatoriedad de agotar el trámite del llamado comité técnico científico, para acceder a prestaciones excluidas del POS.

La Sala Primera de Revisión, resolvió: “En consecuencia, ORDENAR al ISS E.P.S. que, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice y gestione la práctica del procedimiento médico denominado “By Pass Gástrico Laparoscópico” a la Señora Nelly Edelmira Rojas de Mayorga para el tratamiento de su obesidad mórbida severa, el cual debe ser practicado dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de su médico tratante”.¹⁴ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En la Sentencia T-384/06, La Sala Novena de Revisión, revisó el caso de la Sra. Moncada, a quien se le diagnosticó obesidad mórbida G3 y se le negó por parte de su EPS la autorización y práctica de la “CIRUGÍA BARIATRICA”, bajo el argumento de no estar contemplada en el Plan Obligatorio de Salud -POS- y ante la afirmación de no existir información acerca de la incapacidad económica de la accionante para sufragar los costos del citado procedimiento.

En esta providencia la Corte reiteró la jurisprudencia de la Corte relativa a la prueba de la capacidad económica de una persona que solicita una prestación excluida del POS, para lo cual recordó que a pesar de la existencia de ingresos económicos debe examinarse que los tratamientos ordenados, constituyan un gasto soportable, es decir si con la asunción de los mismos no se afectan otros derechos y garantías constitucionales.

De la misma forma, a manera de dictum sobre las consecuencias de la obesidad mórbida, se manifestó: “La obesidad es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas¹⁵, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad¹⁶. Por lo anterior, pruebas científicas han determinado que las personas con un diagnóstico de obesidad mórbida tienen una “menor expectativa de vida (10-15 años) y mayor mortalidad (6-12 veces)”.

“Así mismo, se ha demostrado que las terapias convencionales, es decir, dietas, drogas antiobesidad y el ejercicio físico, son ineficaces en los obesos mórbidos, por ende, en estos casos la cirugía es la mejor opción, no solo para disminuir la masa corporal sino para mejorar la calidad de vida de estas personas y aumentar sus expectativas de vida¹⁷.

Por ello, analizando cada uno de los requisitos para el suministro de prestaciones excluidas del POS y teniendo en cuenta el precedente contenido en las Sentencias T-265 de 2006, T-060 de 2006, T-1229 de 2005, T-264 de 2003, y T-365 de 2002, concedió el amparo solicitado en los siguientes términos: “ORDENAR a la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice y practique la CIRUGÍA BARIATRICA en los términos prescritos por el médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS”.¹⁸ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Posteriormente, la Corte revisó dos asuntos, el primero contenido en la Sentencia T-469/06, donde se presentó el caso de un Subintendente de la Policía Nacional, al que se le diagnosticó obesidad severa y se le recomendó “CIRUGÍA BARIATRICA”. En esta providencia, la Sala Séptima de Revisión, agotando el mismo

esquema aplicado en la Sentencia T-828/05, (el caso del Sr. Pezzotti), denegó el amparo solicitado en la medida que: “aparece demostrado que el procedimiento solicitado, esto es, la cirugía bariátrica haya sido ordenado por médicos adscritos (sic) a la Subsistema de Salud de la Policía Nacional”. Aunado a lo anterior, en la historia clínica del accionante se encontraban elementos que le permitieron inferir a la Sala, que la entidad accionada estaba practicando procedimientos relacionados con la obesidad del Subintendente entre ellas una cirugía en la pierna izquierda y a que diversas complicaciones médicas llevaron a que se pospusiera el procedimiento de colocación de la banda gástrica.

Sin embargo, a pesar de que en el caso se denegó la práctica de la cirugía, en el decisorio se previno a la entidad demandada sobre la continuidad del tratamiento integral del accionante, así: “PREVENIR al Subsistema de Salud, a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y al Hospital Central de la Policía Nacional para que se reanude el tratamiento integral de la enfermedad obesidad mórbida padecida por el Sr. Eduardo Gómez García una vez las condiciones médicas de éste último lo permitan.

Y el último caso del 2006, contenido en la Sentencia T-867/06, concerniente a una señora que se le dictaminó obesidad mórbida tipo III y edema en los miembros inferiores, para lo cual se le ordenó “cirugía de Bypass gástrico”. La EPS a que se solicitó el procedimiento denegó la autorización basándose en que la actora no había agotado las alternativas terapéuticas a la cirugía y a que además, la orden de la cirugía no había sido efectuada por un médico adscrito a la entidad. En este caso, la Sala Sexta de Revisión, le dio la razón a la EPS accionada y por la ausencia de autorización de un médico adscrito a la entidad y la objetiva comprobación de la desidia de la accionante en agotar las alternativas farmacológicas, denegó el amparo.¹⁹ Sin embargo en dicha providencia en la parte resolutoria se dispuso: “PREVENIR a la EPS S.O.S para que valore nuevamente la situación de salud de la señora Luz Marina Lucumi Gómez con el fin de que se determine cuál el procedimiento más acorde a su estado de salud”.

En el año posterior, esta Corporación expidió la Sentencia T-110/07, mediante la cual se abordó el asunto de la Sra. Clavijo Bernal, a quien se le diagnosticó obesidad mórbida e hipotiroidismo, pudiéndose determinar, que la estatura de la actora en ese

momento era de 1,65 metros y su peso de 118 kilogramos, con un IMC de 43,3. A la señora Clavijo, se le ordenaron por parte de su médico tratante varios exámenes y “cirugía bariátrica” para el tratamiento de la obesidad mórbida. La ARS accionada se negó a suministrar los exámenes y el procedimiento bajo el argumento de ser no POS.

Para la Sala Cuarta de Revisión, los requisitos para ordenar el suministro de prestaciones excluidas del POS se encontraron plenamente probados y se ordenó la práctica de la cirugía bariátrica, así: “ORDENAR a Humana Vivir A.R.S., que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice la práctica de todos los exámenes y procedimientos que requiera la accionante como preparación para la cirugía bariátrica”.

“Una vez efectuados dichos exámenes, si el médico tratante determina que la paciente se encuentra en condiciones de practicarse la cirugía bariátrica y siempre que la señora Clavijo Bernal manifieste expresamente su consentimiento informado para la realización de la cirugía, Humana Vivir A.R.S. deberá autorizar la práctica de la misma dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presentación de la solicitud. Dicha entidad deberá autorizar, además, el tratamiento post operatorio que requiera la demandante”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Nótese que a pesar de que en la parte considerativa de la Sentencia no se tocó el tema del consentimiento informado, en el decisorio de la providencia como se aprecia en las negrillas y subrayas, se condiciona la práctica de la cirugía a la manifestación expresa del consentimiento informado de la paciente.

Posteriormente, en la Sentencia T-408/07, se revisó, por parte de la Sala Tercera de Revisión, la necesidad del Sr. Paz, a quien se le diagnosticó obesidad mórbida, pues ya alcanzaba un peso de “113 kilos con estatura de 1.65 metros.”, para lo cual se le indicó la necesidad de la realización de la “CIRUGIA BARIATRICA TIPO BYPASS GASTRICO LAPAROSCOPICO”.

Como novedad en esta Sentencia, en su parte considerativa se desplegó un estudio del tema bajo el título: “garantía de la efectividad de los derechos a la salud y a la vida en el problema de salud pública de la obesidad mórbida”, en esta providencia se estimaron las

sentencias: T-384 de 2006, T-060 de 2006, T-1229 de 2005, y T-264 de 2003.²¹

Para lo cual dijo: “Ya la Corte Constitucional en múltiples oportunidades se ha visto obligada a hacer un análisis constitucional de la problemática que para pacientes con obesidad mórbida representa que las entidades promotoras de salud a las que se encuentran afiliados les nieguen el procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia en razón a que el mismo se encuentra excluido del plan obligatorio de salud, cuando pareciera ser que, conforme a los conceptos médicos, según cada caso particular, las patologías asociadas a esa enfermedad y la mala calidad de vida que deben afrontar quienes la padecen, podrían mitigarse con dicha intervención quirúrgica”.

Una vez agotado el estudio de las providencias atrás citadas, la Sala Tercera concluyó: “En todos estos casos la Corte constitucional ha reiterado el alcance del deber de inaplicar las normas sobre el Plan Obligatorio de Salud cuando, en el caso concreto, surja una indudable oposición entre éstas y la Carta Política ante la necesidad de brindar el tratamiento o el diagnóstico requerido por una persona enferma” ²².

De la misma forma para resolver el caso concreto allí planteado, ante el argumento de no estar en el POS el procedimiento llamado “cirugía bariátrica”, la Corte apoyándose de las pruebas practicadas en sede de Revisión, pudo establecer por los mismos médicos tratantes que dentro del POS para el caso del señor Sr. Paz no existían alternativas y que la cirugía era la única posibilidad concreta para que su vida no peligrara. Por ello se ordenó la valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministrasen la información pertinente y los beneficios, riesgos y demás efectos que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia. Una vez obtenido su consentimiento informado²³.

Más adelante, en la Sentencia T-447/07, se denegaron las autorizaciones para la práctica de una cirugía de “BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, en dos casos acumulados²⁴

, los cuales no cumplían con los requisitos establecidos por la Corte concernientes a que en el caso del expediente T-1530616 no se había autorizado el procedimiento por el médico tratante adscrito a la entidad y en razón a que no se agotaron alternativas del POS, se denegó.

En el caso del expediente T-1531620, la Sala encontró que la “obesidad mórbida” que padece la accionante estaba siendo tratada con métodos alternos a la “cirugía bariátrica”, que tuvieron como resultado una disminución significativa de su masa corporal de 40 a 37 centímetros. De la misma forma, sobre la base de pruebas practicadas en Sede de Revisión, se estableció que la obesidad se debía a causa de un Hipotiroidismo, el cual se pudo normalizar, sumado a que la paciente manifestó su intención de no someterse a la cirugía de BYPASS GÁSTRICO por ser una intervención no reversible.

Después, en la Sentencia T-639/07, se reiteraron los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación relacionados con la autorización de prestaciones no contenidas en el POS, sin embargo se adicionó: “la Corte Constitucional ha dicho que, respecto de requerimientos de intervención quirúrgica para el tratamiento de la obesidad mórbida, comúnmente conocidos como cirugías bariátricas, el requisito de la existencia de otras alternativas menos efectivas debe observarse con especial atención. Ello cuando el procedimiento ordenado, por supuesto, no se encuentra cobijado por el manual de procedimientos autorizados por el sistema de salud”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Renglón seguido se elaboró un capítulo de la parte considerativa titulado, “Procedencia de la acción de tutela para la práctica de cirugía bariátrica”. Allí, se estableció que las causas del problema de salud pública de la obesidad mórbida, proceden de disímiles causas y que: “En efecto, dado que la obesidad mórbida usualmente se encuentra asociada a factores etiológicos de distinto orden: psicológico, económico, genético, endocrino, metabólico y ambiental, la opción de la cirugía bariátrica ha sido considerada - con apoyo en los estudios científicos pertinentes- como la última opción en el esquema de tratamientos de esta enfermedad.

“Lo anterior ha conducido a que la acción de tutela, como mecanismo jurídico para la obtención de la práctica de dicha cirugía, se otorgue previo el agotamiento de ciertas etapas de valoración médica que certifiquen la inoperancia de otras alternativas para la reducción del peso del paciente. Estudios científicos indican que el sobrepeso en grado superlativo genera efectos nocivos y, en casos extremos, mortales para los pacientes. Desórdenes como enfermedades coronarias, hipertensión, diabetes, infertilidad, ciertos tipos de cáncer, apnea, desequilibrio hormonal, cirrosis y muerte súbita son apenas

algunos de los efectos más comunes y más conocidos del sobrepeso grave.

“Con todo, sobre la base de los estudios especializados, la Corte ha dicho que los problemas de sobrepeso pueden combatirse inicialmente mediante tratamientos acordes con la etiología de la enfermedad, de manera que la cirugía bariátrica -cualquiera sea la modalidad prevista- se ordene sólo en casos en que dichos tratamientos alternativos demuestren ser inefectivos para reducir el peso de un paciente. Por ello, en algunas de sus providencias, las Salas de Revisión de la Corte han ordenado la práctica de la cirugía, previa valoración médica multidisciplinaria del paciente”. 25

Para resolver el problema jurídico planteado en el caso de la Sentencia T-639/07, se ordenó previamente al fallo, la conformación del grupo interdisciplinario para que valorara a la accionante, razón por la cual una vez rendido el dictamen la Sala encontró que en el caso concreto de la señora Obando, por sus circunstancias específicas se cumplían los requisitos contemplados por esta Corporación para ordenar la practica del procedimiento.

De otro lado, se señaló la importancia de informar a los pacientes sobre las consecuencias de una cirugía, con el fin de respetar su autonomía, en consecuencia, ordenó que se le practicara: “(...) previa información suficiente a la peticionaria sobre los riesgos implícitos de dicha intervención, riesgos que están plenamente documentados en la literatura médica pertinente y que fueron puestos de manifiesto por los galenos que intervinieron en este proceso. De este modo se garantiza el conocimiento informado de la paciente, respecto de las ventajas y riesgos de la cirugía a cuya práctica decidió someterse”.26

En el mismo año 2007, la Corte estudió el caso contenido en la Sentencia T-725/07, en el cual a pesar de configurarse un hecho superado, se reiteró la garantía de la efectividad del derecho a la salud ante el problema de salud pública que representa la obesidad mórbida, en dicha providencia se reiteró el precedente contenido en las Sentencias T-110 de 2007, T-264 de 2003 y T-1229 de 2005.27

Una vez contemplados los criterios contenidos en las Sentencias atrás citadas la Sala Octava de Revisión, estableció que debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone “el procedimiento genéricamente descrito”, la Corte ha sido enfática

en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares, correspondientes en: “(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 las 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”.²⁸ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

De la misma forma en la parte considerativa de la Sentencia T-725/07, se realizó un significativo aporte a la línea en la medida que se vinculó la jurisprudencia de la Corte referente al “derecho al diagnóstico”. Para ello, se recordó que la Corte ha entendido que el derecho al diagnóstico incluye tres dimensiones: “(i) la de la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente²⁹, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso³⁰, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado³¹, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”.

De otra parte, se dijo que la jurisprudencia ha aplicado el concepto de “plazo razonable” para identificar si, en un caso específico, la entidad de salud cumple el requerimiento de “calidad” que le es exigible. De esta forma citó, las subreglas contenidas en la Sentencia T-889 de 2001. Que hacen referencia a (i) el grado de urgencia de la situación objeto de estudio; (ii) el tipo de procedimientos ordenados por los médicos tratantes cuya materialización se somete a un plazo; y a (iii) los recursos con que se cuenta para asegurar la realización de los tratamientos que se aplazan³².

En conclusión, lo que la Corte ha decidido es que una EPS responderá, por negligencia, si deja de garantizar las prestaciones a las que el paciente tiene derecho, puntualizando que una de esas prestaciones es el derecho al diagnóstico en un plazo oportuno o razonable.

Aplicando los criterios jurisprudenciales concernientes al plazo razonable, en el caso concreto de la Sentencia T-725/07, a pesar de que se declaró la configuración de un hecho superado, la Corte encontró en el caso del señor Juan Felipe Agudelo, a quien se le dictaminó obesidad mórbida que: “frente al primero de ellos (el grado de urgencia de la situación objeto de estudio), puede afirmarse que estamos ante una patología de tipo crónico, progresivo y permanente, con un significativo impacto en el desempeño de las facultades comunes del accionante debido a las afecciones que, en el mejor de los casos, sólo concurren, a saber: gastritis crónica, reflujo, hernia hiatal, osteoartritis, apnea de sueño, artrosis de rodillas, migraña, y esofagitis péptica grado II. Sobre el estado de desarrollo de la patología constata la Corte que corresponde a un cuadro clínico de obesidad mórbida en su grado más alto (grado III, IMC: 51.4). Por lo tanto, dadas las condiciones diagnósticas del paciente, la Sala puede afirmar que está ante un caso de significativa urgencia, máxime cuando se puede constatar que la enfermedad no se encuentra estabilizada o controlada y que su evolución podría, incluso, comprometer la vida del actor”.³³

Más adelante, declaró: “Examinados los criterios anteriores, encuentra esta Sala que está ante un caso de significativa gravedad, respecto del cual, durante la espera del diagnóstico, no se realizó tratamiento o prescripción alguna que se haya reflejado en el mejoramiento del estado de salud del actor. Igualmente, encuentra la Sala que la EPS accionada cuenta con los medios suficientes para dar cumplimiento a la obligación esencial de emitir un diagnóstico completo y oportuno del caso bajo estudio. Por lo tanto, concluye la Sala que no existe razón alguna que permita justificar una dilación de más de 24 veces del plazo auto impuesto por la EPS para la emisión del diagnóstico requerido por el señor Agudelo Rojas”.³⁴

A inicios del año 2008 la Corte profirió la Sentencia T-023/0835, en la cual la Sala Sexta de Revisión, tuvo en cuenta las Sentencias T-264 de 2003, T-828 de 2005, T-1229 de 2005, T-110 de 2007, T-447 de 2007 y T-639 de 2007.

En dicha providencia se revisó el caso de una señora de 32 años, a quien su médico tratante adscrito a la entidad, le ordenó una cirugía de “bypass gástrico por laparoscopia”, con autorización de “ligasure y sutura mecánica”.

Observó la Sala que la cirugía solicitada por medio de esa acción cumplía los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte, en la medida que se cumplieron los requisitos para ordenar la realización de un procedimiento no POS, ya que los tratamientos suministrados previamente a la accionante no dieron buenos resultados.

Ahora, de manera la Corte en la Sentencia T-414 de 2008 revisó el caso de la señora Martha Elena Garzón Cubillos, a quien la EPS Saludcoop, no autorizaba la cirugía de bypass gástrico puesto que el procedimiento no pertenecía al POS. Para la accionante, la cirugía era la única alternativa que le quedaba para controlar su obesidad ya que desde los 11 años inició su sobrepeso y desde esa época no había podido controlarla, lo cual le ocasionaba efectos colaterales, a pesar de que inició un tratamiento con fármacos el cual no dio los resultados esperados, razón por la cual su médico le ordenó la cirugía de bypass gástrico.

En este caso, la Sala Novena de Revisión de esta Corporación a partir de las inquietudes planteadas en el proceso por el Ministerio de la Protección Social, relacionadas con la posible pertenencia al POS del procedimiento conocido como bypass gástrico y la necesidad de resolver algunas dudas técnicas y científicas derivadas de la obesidad, llevó a la Corte a solicitar por parte de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la Asociación Colombiana de Cirugía, que rindieran sus respectivos conceptos acerca de (i) cuándo se puede considerar una obesidad como mórbida; (ii) a qué hace referencia el término cirugía bariátrica; y (iii) si 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 gastroduodenostomía, gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, podían entenderse técnicamente como bypass gástrico para cirugía bariátrica.

En dicha providencia se puntualizó de manera general por la Academia de Cirugía de Colombia, y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el caso de la obesidad, que el: “byPass Gástrico, es una de las operaciones más utilizadas. Consiste en reducir muy significativamente la capacidad de reservorio del Estomago y

conectar este reservorio mediante una gastroyeyunostomía, y la parte del Intestino formando una Y. Así que la Y de Roux y la gastroyeyunostomía si forman parte de la cirugía bariátrica de By Pass Gástrico para obesidad Mórbida”.

“El bypass gástrico o derivación gástrica combina la restricción gástrica con un grado leve de malabsorción, en este procedimiento la restricción gástrica se realiza con los mismos parámetros que en la gastroplastia y la banda gástrica. En la derivación (bypass) gástrica por gastro-yeyunostomía de Roux-en-Y, el recipiente gástrico es de 20 ± 5 cc. , se secciona el yeyuno a unos 15 cm del ligamento de Treitz, y el asa proximal del yeyuno se anastomosa a unos 50 cm de la gastro-yeyunostomía”.

Adicionalmente, teniendo en cuenta lo señalado por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, las cuales también intervinieron en el proceso que derivó en la Sentencia T-414/08, por medio de la cual se ratificó que lo descrito en la Resolución No. 5261 de 1994 con códigos de 7630 y 7631 en el artículo 62, son dos tipos de procedimientos de DERIVACIÓN GÁSTRICA por vía abdominal abierta o por laparotomía, los cuales se deben entender que están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud para tratamiento de cualquier trastorno de salud siempre que a juicio del médico sea pertinente en cada caso y cuando no sea para fines estéticos.

Después de exponer los conceptos presentados por las entidades referenciadas, la Corte en la sentencia T-414 de 2008, concluyó que el bypass gástrico está dentro del POS, de la siguiente manera:

“Conclusiones.

“De los criterios anteriormente expuestos, en cuanto a los dos primeros interrogantes, para la Sala, por tratarse de un tema eminentemente técnico, se ponen de presente como guía científica para la adopción de la decisión correspondiente, permitiendo de esta manera anexar información que enriquezca la línea jurisprudencial que sobre el tema ha venido construyendo la Corte. Sin embargo, en cada caso concreto, será el médico tratante y el grupo interdisciplinario los que determinen el tratamiento, medicamentos y procedimientos indicados en cada paciente para el manejo de su obesidad, con su respectivo consentimiento informado y respeto del derecho al diagnóstico como ya se

señaló.

“Para finalizar, en lo que respecta a la tercera pregunta que trata sobre 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, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como Bypass gástrico para cirugía bariátrica, el cual es un procedimiento incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las Entidades Prestadores de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS). 36

“Como bien lo afirmaran la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, en todos los casos en que se comprometan los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas y la cirugía bariátrica no tenga fines de embellecimiento, debe entenderse que los procedimientos estudiados están incluidos en el POS”.37

El anterior criterio de pertenencia al POS del bypass Gástrico fue ratificado y reiterado por la Corte en las sentencias T-415 de 2008, T-586 de 2008, T-968 de 2008, T-978 de 2008, T-1022A de 2008, T-1180 de 2008 y T-1201 de 2008.

Conclusión. La cirugía de bypass gástrico pertenece al POS.

Sobre la base de la línea jurisprudencial que se acaba de exponer, se extrae que antes de la existencia de la Sentencia T-414/08, la Corte ordenaba la autorización para procedimientos quirúrgicos relacionados con la obesidad mórbida genéricamente descritos como bariátricos, en el entendido de que se trataba de cirugías excluidas del Plan Obligatorio de Salud -POS-. Como se pudo apreciar en la referida providencia dicho criterio ya no opera por la precisión contenida en dicho fallo y el bypass Gástrico pertenece al POS, no por un mandato arbitrario de la Corte ni un cambio en su jurisprudencia, sino por la claridad técnica que las instituciones especializadas dieron sobre el tema, ya que desde 1994 dicho procedimiento hace parte de la Resolución No. 5261 de 1994, artículos 62 con códigos de 7630 y 7631, y por tanto así debe entenderse.

Ahora, por el mero hecho de que el procedimiento pertenezca al POS no puede entenderse que la cirugía deba autorizarse directamente, ante el peligro, complejidad y riesgo inherente de la cirugía estudiada; por esta razón la Corte conserva las siguientes condiciones que se extraen de la línea jurisprudencial expuesta, y que se deben verificar en primer grado por las EPS y en segundo por los jueces de tutela para autorizar este tipo de cirugía, tales criterios 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.

Los anteriores criterios no se excluyen los unos a otros, en el caso que el juez constitucional advierta que todos o alguno de los anteriores criterios no se cumplen, en la Sentencia deberá ordenar el cumplimiento de los mismos, todo en aras de la protección efectiva del derecho fundamental a la salud de la persona.

En cuanto a la prestación del servicio de salud en el caso particular del Régimen Contributivo³⁸, las EPS tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS, entendido éste como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”.³⁹ (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior esta fundamentado en el artículo 8 del Decreto 806 de 1998, que contempla

que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. (Subrayado fuera del texto original).

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que tratándose de la negación o demora de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, puede acudirse a la acción de tutela para lograr la efectiva protección del derecho fundamental a la salud.

Sobre el particular, esta Corporación en Sentencia T-538 de 2004, señaló que “cuando existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda”. (Subrayado fuera de texto)

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-1185 de 2005, en donde se consideró que al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. En consecuencia, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se nieguen a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, vulneran el derecho fundamental a la salud.

En tales situaciones, las personas adquieren subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente las contenidas en el Plan Obligatorio de Salud, en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia. Por ende, en aquellos casos en los cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, existe una violación directa al derecho fundamental a la salud, lo cual tiene como consecuencia las

sanciones pertinentes por parte del organismo competente y a que no se pueda efectuar el recobro ante el Fosyga. 40

6. Solución del caso concreto.

6.1. Conforme a los antecedentes y consideraciones de esta providencia, el asunto que ocupa la atención de la Sala, corresponde a la solicitud realizada por el señor Carlos Andrés Pérez Orozco, el cual considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad, entre otros, por parte de la EPS Coomeva, ya que la entidad no autoriza la Cirugía Bariátrica que según él, su médico tratante dictaminó, bajo el argumento de no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

El accionante aseveró que lleva gran parte de su vida conviviendo con la enfermedad y que desde hace 10 años progresivamente ha empeorado sufriendo muchos fracasos con los diferentes tratamientos médicos, farmacológicos, nutricionales, y programas de ejercicios a los cuales ha acudido. Del mismo modo, señaló que ante el avanzado estado de obesidad que padece, la cirugía no tiene un fin estético, sino que procuraría aliviar el intenso dolor que padece y que le impide realizar actividades cotidianas.

La EPS demandada sostiene la negativa en que la cirugía solicitada por el actor está excluida del POS, sumado a que la misma no fue recetada por un médico adscrito a la entidad.

1. Del material probatorio obrante en el expediente, se tiene a folio nueve (9) dictamen de un médico llamado Ricardo Daguer no adscrito a la EPS accionada, el cual el 06 de abril de 2008 dictaminó al señor Orozco “súper obesidad - cirugía Bariátrica previa valoración por endocrinología, psicología y/o psiquiatría...”. De la misma forma, a folio (43) se cuenta con la descripción que hace el médico Rafael McCausland N, el cual por medio de un amplio concepto señala los problemas: cardiovasculares, osteomusculares, metabólicos, respiratorios, psiquiátricos, sociales, entre otros que padece el señor Orozco por su denominada súper obesidad.

En el presente caso lo dictaminado por los médicos no adscritos a la EPS accionada, se

constituye en un criterio indicador de la obesidad que padece el accionante ya que su IMC41 es de 54.9, el cual sobrepasa los niveles de obesidad severa y se convierte en una súper obesidad conforme a lo indicado por las entidades consultadas en la Sentencia T-414 de 2008.42

No obstante, a pesar de que se verificó la pertenencia al POS del procedimiento quirúrgico que requiere con urgencia el señor Carlos Andrés Pérez, esta Sala de Revisión no puede dejar pasar por alto lo sostenido por esta Corporación a través de la línea jurisprudencial que se reiteró en esta providencia y que hace referencia a los requisitos particulares que se deben verificar en los casos de obesidad dada la alta peligrosidad que representa para el derecho a la vida, la cirugía bariátrica de Bypass gástrico, los cuales deben cumplirse en este caso, como 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 debieron 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

Del acervo probatorio que reposa en el expediente no sé cuenta con la prueba de que los médicos (grupo interdisciplinario) adscritos a la misma hayan analizado el caso, por ello la Sala no puede ordenar de forma directa el procedimiento, lo cual no se traduce en la desprotección de sus derechos fundamentales⁴³.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, lo requerido por el accionante es una intervención quirúrgica contenida en la normatividad del POS, cuya finalidad es funcional y no estética, ante esto se impone aplicar la jurisprudencia de esta Corporación que ha determinado que se afecta el derecho fundamental a la salud cuando no se suministran prestaciones o servicios médicos incluidos en el POS, encontrándose que la

EPS Coomeva desconoce lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación y por lo descrito en el artículo 8 del Decreto 806 de 1998, que contempla que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud -POS-, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia”.

Así, en casos en los que se niegan prestaciones incluidas en el POS, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que se vulnera el derecho fundamental a la salud y por tanto las personas tienen subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en el Plan, advirtiendo que tiene como consecuencia las sanciones pertinentes por parte del organismo competente y a que no se pueda efectuar el recobro ante el Fosyga. 44

Por tal motivo esta sala ordenará, conforme se ha dispuesto en los casos reseñados en la línea jurisprudencial de esta providencia, que la EPS accionada previamente a la realización de la intervención quirúrgica que requiere el accionante y con el fin de proteger su derecho al diagnóstico, lo someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a la valoración médica 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 necesita, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente la entidad promotora de salud dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes autorizará y gestionará la práctica del procedimiento el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante⁴⁵.

6.3. Ahora bien, teniendo en cuenta el diagnóstico de súper obesidad del actor y las inherentes complicaciones que se derivan de su enfermedad, conforme a lo solicitado por él mismo,⁴⁶ se hace necesario que se le garantice una atención integral en salud (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.

No está de más, recordar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de integralidad en virtud del cual, en casos como el presente, se ha establecido que el juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento⁴⁷.

Específicamente en la Sentencia T-136/04, esta Corporación, manifestó: "(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley."

El principio encuentra asidero en la medida que (i) garantiza la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evita a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología.

Conforme a todo lo expuesto, es evidente que en el presente caso, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor Carlos Andrés Pérez Orozco, razón por la cual se concederá el amparo solicitado y en consecuencia se revocarán los fallos que se revisan.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos el 25 de abril de 2008 por el Juzgado Quinto (5) Penal Municipal de Barranquilla y el de 18 de junio de 2008 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad. En su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad del señor Carlos Andrés Pérez Orozco, por las razones

y en los términos de esta Sentencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS Coomeva, que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que requiere el señor Carlos Andrés Pérez Orozco, lo 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 de bypass gástrico, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente la EPS 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 del médico tratante.

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

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (e)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Artículos 162 y 177 Ley 100 de 1993, artículo 7 Decreto 806 de 1998.

2 Ver sentencia T-016 de 2007.

3 Entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

4 Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

5 Sentencia T-557 de 2006.

6 Ver sentencia T-016 de 2007

7 Sí bien, en las Sentencias T-365/02 y T-171/03, la Corte autorizó los procedimientos llamados: “cirugía bariátrica por Laparoscopia” y “Cirugía de banda gástrica por obesidad mórbida” respectivamente, la causa que originó estas decisiones, correspondieron a que la patología que sufrían las accionantes y el tratamiento que se les había sido prescrito para combatirla, no estaba comprendido dentro de las exclusiones contractuales que tenían suscritas con las entidades en cada caso. Por ello, ante la falta clara y expresa de la exclusión de las cirugías en las disposiciones contractuales, se ordenaron los procedimientos.

8 Sentencia T-264/03.

9 Sentencia T-828/05.

10 Sentencia T-1229/05.

11 “Si el médico tratante ha ordenado la práctica de la cirugía y si se cumplen los requisitos enunciados anteriormente, la EPS debe realizarla, sin importar que se encuentre por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Esto es, la no práctica de la cirugía no puede fundamentarse en que ésta no se encuentra incluida en el POS, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el POS o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente o en que le falta información para decidir. En todo caso, la señora Amparo Edilma Collazos de Zuñiga tiene derecho a la atención médica requerida, y la entidad demandada deberá atenderla en forma oportuna y remitirla al médico especialista que corresponda en tanto por la EPS se le ha diagnosticado obesidad mórbida. Igualmente la EPS debe determinar si el dictamen médico proferido por los médicos particulares con respecto a la cirugía bariátrica es procedente. Finalmente si el médico tratante en los términos arriba expuestos, considera que debe practicarse la cirugía bariátrica, porque así se requiere para su salud, esta debe ser atendida y practicada por la EPS, en forma oportuna.

12 Sentencia T-027/06.

13 Sentencia T-060/06. En esta providencia a manera de consulta, se citaron las ya referenciadas Sentencias T-1272 de 2005, T-171 de 2003, T-828 de 2005, T-264 de 2003 y T-365 de 2002.

14 Sentencia T-265/06. De igual manera ordenó a la EPS del ISS que suministrara: “todos los medicamentos y practique todos los procedimientos, controles y evaluaciones médicas que requiera la Señora Rojas para el pleno restablecimiento de su salud, de conformidad con lo que disponga su médico tratante”.

15 “Enfermedad cardiovascular, de arterias coronarias, síndrome de apnea del sueño, hígado graso, osteoartritis, dislipidemia, intolerancia a la glucosa o diabetes, hiperuricemia, alteraciones menstruales, infertilidad y mayor frecuencia de cáncer de

mama y ovario (3 veces), útero (5 veces), colon y próstata (3 veces)".

16 Información elaborada por la Asociación Argentina de Cirugía, contenida en la página Web: www.aac.org.ar/PDF/UT0705.pdf.

17 www.gordos.com.

19 En la Sentencia T-867/06, se manifestó: "Ante la falta de claridad respecto de que la cirugía de Bypass por laparoscopia, sea el medio idóneo para solucionar los problemas de salud de la accionante, esta Sala estima necesario que a la paciente se le someta a una nueva evaluación médica en la que se determine cuál es el tratamiento más idóneo para el control de su enfermedad".

20 Sentencia T-110/07.

21 Igualmente se citaron, las Sentencias: T-265 de 2006, T-027 de 2006, T-1272 de 2005, T-828 de 2005, T-867 de 2006 y T-469 de 2006.

22 Sentencia T-408/07.

23 En la parte resolutive se dispuso: "ORDENAR al representante legal de Comfenalco EPS Valle del Cauca, que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita al señor Gustavo Adolfo Paz Betancourt, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, lo someta a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministren la información pertinente de los beneficios, riesgos y demás efectos que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente, la entidad promotora de salud dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica del procedimiento el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

"De igual manera, la entidad accionada debe brindar la atención integral que requiera el señor Paz Betancourt como procedimientos, controles, medicamentos y evaluaciones previos y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia, todo en aras de lograr el pleno restablecimiento de su salud y calidad de vida, según las

precisas indicaciones del galeno tratante”. Sentencia T-408/07.

24 Expedientes: T-1530616 y T-1531620.

25 Sentencia T-639/07. Posteriormente se citaron consideraciones de las Sentencias T-264 de 2003, T-828 de 2005 y T-867 de 2006.

26 En esta providencia se decidió: “ORDENAR a Saludcoop E.P.S. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la comunicación de esta providencia, adelante las gestiones necesarias para preparar clínicamente a la paciente con el fin de practicarle la intervención quirúrgica de By Pass Gástrico solicitada, cirugía que deberá practicarse en un término máximo de un (1) mes”.

De la misma forma, se puso de presente el estudio elaborado por Liliana Torregrosa Almonacid y Mauricio Tawil Moreno, de la Facultad de Medicina, de la Universidad Pontificia Javeriana, titulado Cirugía Bariátrica, una alternativa en el tratamiento de la obesidad mórbida, para lo cual se concluyó que “de conformidad con estudios científicos autorizados, cuya consulta se hizo a través de Internet, el de la paciente es un índice de masa corporal considerablemente elevado – IMC 54.39- grado súper obeso- para cuyo tratamiento efectivo se descartan alternativas de menor impacto, como la dieta, el ejercicio o los medicamentos endocrinológicos. Los resultados científicos consultados demuestran que, en pacientes de obesidad mórbida, dichos tratamientos son inefectivos en 90% a 95% de los casos y producen un efecto de yo-yo en la curva de mejoría, que usualmente tiene peores efectos en la morbilidad del paciente”.

27 En la Sentencia T-725/07, se citaron las Sentencias T-447 de 2007, T-408 de 2007, T-110 de 2007, T-867 de 2006, T-469 de 2006, T-384 de 2006, T-265 de 2006, T-060 de 2006, T-027 de 2006, T-1272 de 2005, T-1229 de 2005, T-828 de 2005 y T-264 de 2003.

28 Sentencia T-725/07.

29 Sobre esta dimensión del derecho ha sostenido la Corporación que “La realización de un examen diagnóstico puede llegar a involucrar la protección del derecho a la salud en conexidad con la vida y por lo tanto es tutelable, como en este caso. Ello, por cuanto se

afecta la salud y la vida de una paciente a la que su médico tratante le receta un examen para precisar qué enfermedad o anomalía en la salud la aqueja, y la entidad prestadora de salud decide no prestarlo. Así pues, no atender una orden médica que con seguridad va dirigida a mejorar las condiciones de vida de una persona enferma, es casi como negar el servicio mismo, quedando en vilo la valoración médica y por ende el resultado del tratamiento, y el posible pronóstico de una enfermedad". Sentencia T-1053 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Véanse, entre otras, T-617 de 2000, T-212 de 2002, T-1220 de 2001, y T-1054 de 2000.

30 Ello se desprende del significado mismo del término Diagnóstico el cual según el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española incluye como significados: "Arte o acto de conocer la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas o signos // Calificación que da el médico a la enfermedad según sus signos" (Diccionario RAE, 21ª Edición).

31 En palabras de esta Corporación "Si el diagnóstico es acertado orienta una solución y la prestación del servicio debe darse dentro de lo posible y lo razonable" (subraya fuera del texto). Sentencia T-384 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Igualmente ha señalado esta Corporación que "Curación, según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (Salvat Editores S.A., Undécima Edición, pág. 323) significa, además del restablecimiento de la salud, el conjunto de procedimiento para tratar una enfermedad o afección" (Subraya la Corte). Sentencia T-067 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

32 Para mayor información véase la Sentencia T- 889 de 2001 o la T-725/07, entre otras.

33 Para mayor claridad y por tratarse de citas relacionadas con folios de ese expediente, las citas fueron excluidas.

34 En la multicitada providencia se resolvió: "PRIMERO.- DECLARAR que existe carencia actual de objeto, por presentarse un hecho superado, y, por esta única razón, CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Medellín, el veintinueve (29) de enero de dos mil seis (2006), y el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín, el primero (1º) de marzo de 2007, en el asunto de la referencia.

“SEGUNDO.- ADVERTIR a Salud Total EPS que, en adelante, preste una atención médica adecuada a sus afiliados, que incluya un diagnóstico completo y oportuno, sin dilaciones injustificadas que puedan suponer vulneración de los derechos fundamentales de los pacientes a su cargo”.

35 La Corte bajo los mismos criterios de verificación de requisitos para la autorización de un procedimiento que no pertenece al POS, en las Sentencias T-112/08, T-211/08 y T-406/08, concedió el amparo de la cirugía bariátrica.

36 La gastroduodenostomía que consiste en unir el estómago con el duodeno, no se tiene en cuenta en la medida que según las autoridades consultadas no es un procedimiento para cirugía bariátrica, lo cual no deslegitima su pertenencia al POS para otros procedimientos.

37 Para mayor información véase en extenso los conceptos allegados a esta Corporación por parte de las entidades oficiales, información contenida en la Sentencia T-414 de 2008.

38 Considerado como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador y al cual deben afiliarse las personas vinculadas laboralmente, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias. Artículo 157 y 202 Ley 100 de 1993.

39 Artículos 162 y 177 Ley 100 de 1993, artículo 7 Decreto 806 de 1998.

40 En cuanto al tema de la afectación del derecho a la salud cuando no se suministran prestaciones, incluidas en el POS, pueden verse las Sentencias: T-1230/03, T-434/04, T- 736/04, T-1185/05, T-028/07, T-260/07, T-415/07, T-139/08, T-415 de 2008, T-586 de 2008, T-968 de 2008, T-978 de 2008, T-1022A de 2008, T-1180 de 2008 y T-1201 de 2008. entre otras.

41 Índice de masa corporal folio 9.

42 “En la práctica clínica se ha añadido una Clase IV, la súper-obesidad, que corresponde a un peso corporal más de 225% por encima del peso ideal y/o un IMC >50 kg/m² (Mason et al 1987; Murr et al 1999; Kral 2001). Los pacientes en esta categoría son de altísimo riesgo de complicaciones por su grave comorbilidad. Tomado de la Sentencia T-414/08, paginas 27 y 28.

43 Confróntese la Sentencia T-968 de 2008, en la cual a pesar de no contarse con el dictamen de los médicos tratantes de la entidad, la Corte ordenó la protección de los derechos fundamentales en los siguientes términos: “Se puede inferir, entonces, que ningún especialista adscrito a Saludcoop EPS ha ordenado el “by pass gástrico por laparoscopia”. Lo que se dispuso fue una valoración previa, a la que la accionante no se ha sometido a cabalidad con los profesionales adscritos a la empresa accionada, de donde se colige una condición indispensable para que se pueda acceder a lo solicitado, tratándose de una intervención que se encuentra dentro del POS.

“De tal manera, deben ser amparados los derechos a la salud, la seguridad social y la dignidad humana de la demandante y, por consiguiente, la EPS tiene la obligación de valorar debidamente la situación, con sus propios especialistas, para producir un diagnóstico actual y ordenar el procedimiento que de la manera más expedita conduzca al restablecimiento de la vida saludable y digna de Iveth Angelina Ibarra Campo.

44 Ver Sentencias T-1230/03, T-434/04, T- 736/04, T-1185/05, T-028/07, T-260/07, T-415/07, T-139/08, T-414/08, entre otras.

45 El mismo término se ordenó en las Sentencias T-639/07, T-408/7 y en el expediente T-1792104

46 Folio 3

47 El principio de integralidad, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias: T-179/00, T-133/01, C-674/01, T-111/03, T-319/03, T-136/04, C-760/04, T-719/05, T-965/05, T-062/06, T-282/06, T-518/06, T-492-07, T-597-07 entre otras.