

Sentencia T-1180/08

ACCION DE TUTELA-Eventos en que procede para proteger derecho a la salud

ACCION DE TUTELA-Eventos en que procede la protección del derecho a la salud de manera urgente

ACCION DE TUTELA-Procedencia para amparar el derecho a la salud en casos de cobertura del POS

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 1122 de 2007 para dirimir controversias entre entidades promotoras de salud y los usuarios en relación con garantías de prestación

LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE CIRUGIA DE BY PASS GASTRICO POR OBESIDAD MORBIDA

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inclusión de la cirugía de bypass gástrico

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

Referencia: expediente T-1.997.283

Acción de tutela instaurada por Nicolás Hernán Linares Linares SALUDCOOP EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, 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 de las sentencias proferidas por el Juzgado Séptimo Civil Municipal y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Nicolás Hernán Linares Linares contra SALUDCOOP EPS.

## I. ANTECEDENTES

El actor impetró acción de tutela contra SALUDCOOP EPS con el objeto de que se amparara su derecho a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la integridad psíquica y física, presuntamente desconocidos por la entidad promotora de salud demandada. Fundamenta la acción impetrada en los siguientes,

### 1. Hechos

1.- El actor se encuentra afiliado a la EPS SALUDCOOP, en calidad de cotizante dependiente<sup>1</sup>, dentro del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud.

2.- Cuenta con treinta y seis (36) años de edad<sup>2</sup> y padece de obesidad mórbida, su estatura es de 188 cm. y al momento de interponer la acción de tutela pesaba 207 kilogramos<sup>3</sup>.

3.- Afirma que la obesidad le ocasiona otras afecciones a su salud; tales como apnea de sueño, problemas en las articulaciones, dolores en la columna vertebral, diabetes e hipertensión.

4. Alega que fue valorado por un médico endocrinólogo quien prescribió la práctica de la cirugía bypass gástrico.

5. Sostiene que solicitó a SALUDCOOP EPS la autorización para que le fuera practicada dicha intervención quirúrgica pero la entidad prestadora negó el procedimiento. Igualmente realizó la misma solicitud a la Secretaría de Salud Departamental del Meta, entidad que lo remitió nuevamente a la EPS.

6. Precisa que los ingresos que percibe por el desempeño de la actividad de vendedor y como concejal del municipio de Granada los invierte en el sustento de su núcleo familiar, razón por la cual carece de recursos para costear la cirugía bariátrica.

Finalmente, manifiesta el actor que la negativa de la entidad demandada a la práctica de la intervención quirúrgica solicitada pone en riesgo su derecho a la vida y amenaza sus posibilidades de desarrollarse en condiciones dignas familiar y profesionalmente.

## 2. Solicitud de tutela.

El actor reclama la protección de los derechos invocados y, en consecuencia, pide que el juez de tutela ordene a la entidad demandada autorizar la práctica de la cirugía de bypass gástrico, así como brindarle el servicio integral necesario para el mejoramiento de su calidad de vida.

## 3. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

Reposan en el expediente los siguientes documentos:

1. Fotocopia del carné de afiliación de la Sr. Nicolás Hernán Linares Linares a SALUDCOOP EPS (Cuaderno 1 folio 6).
3. Fotocopia de la Historia Clínica elaborada por el médico endocrinólogo (Cuaderno 1 folio 7).
4. Respuesta de la EPS SALUDCOOP a la solicitud de autorización de cirugía bariátrica formulada por el Sr. Nicolás Hernán Linares Linares (Cuaderno 1 folio 8).
5. Escrito presentado por el Sr. Nicolás Hernán Linares Linares, dirigido al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Villavicencio, mediante el cual relaciona sus gastos mensuales y los estima en la suma de seiscientos sesenta mil pesos (\$660.000) (Cuaderno 1 folio 15).
6. Certificación expedida por el coordinador del área operativa y comercial de la Compañía Nacional de Juegos de Suerte y Azar S. A. -CONSUERTE S. A.- en la cual señala que los ingresos mensuales promedio del Sr. Linares Linares ascienden a la suma de cuatrocientos mil pesos m/l (\$400.000) (Cuaderno 1 folio 16).
7. Certificación expedida por el presidente y secretario general del Concejo municipal de Vista Hermosa (Meta) en la cual consigna que el salario mensual básico del Sr. Linares

Linares asciende a la suma de cuatrocientos treinta y tres mil setecientos pesos m/l (\$433.700) (Cuaderno 1 folio 17).

#### 4. Intervención de la entidad demandada

En escrito presentado ante el juez de primera instancia el representante judicial de SALUDCOOP EPS solicitó al juez de conocimiento no acceder a las pretensiones de la demandante. En ese sentido argumentó que la entidad no ha vulnerado sus derechos fundamentales, pues le ha prestado toda la atención a la que se encuentra obligada.

Adujo que la cirugía bypass gástrico se encuentra excluida del POS y que por lo tanto no era una prestación que estuviera obligada a proporcionar la entidad accionada. Puso de manifiesto que según diversos estudios médicos esta intervención supone riesgos operatorios y tiene un alto índice de mortalidad.

También alegó que dentro del POS están contemplados otros tratamientos alternativos, menos riesgosos e igualmente idóneos para aliviar la obesidad, los cuales han tenido éxito con pacientes que presentan características similares a la demandante, y describió el procedimiento seguido en la entidad promotora para este tipo de pacientes, el cual incluye la valoración inicial del paciente y su posterior remisión a la Junta de Obesidad para establecer las acciones a seguir y el tiempo de manejo promedio.

Igualmente pidió se practicaran pruebas con el fin de determinar la capacidad económica del demandante y la necesidad de la intervención quirúrgica. Finalmente, solicitó que en caso de que la acción de tutela sea concedida, se ordene al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) – Ministerio de la Protección Social, subcuenta de compensación del régimen contributivo, pagar el 100% de los costos generados en los servicios prestados a la peticionaria, dentro de los veinte (20) días siguientes a la presentación de la solicitud de pago.

#### 5. Sentencias objeto de revisión

Conoció en primera instancia el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Villavicencio, el cual mediante sentencia proferida el veintisiete (27) de agosto de dos mil siete (2007) denegó el amparo solicitado.

Luego de hacer un recuento del acceso a la prestación de servicios en salud como un derecho fundamental conexo, consideró el juez constitucional que en el presente caso no se cumplían las condiciones para tutelar el derecho presuntamente vulnerado pues el actor no había demostrado que un médico adscrito a la entidad demandada hubiera ordenado la valoración para la práctica del bypass gástrico, como tampoco que hubiera prescrito la práctica de la intervención quirúrgica en cuestión. Igualmente afirma que el demandante no aportó elementos probatorios respecto de las supuestas enfermedades relacionadas con la obesidad mórbida que padece.

El demandante apeló el fallo de primera instancia pues consideró que al quo erró al entender que la tutela había sido impetrada para que se autorizara la cirugía bariátrica, pues en realidad lo que él solicitaba era la valoración por parte de especialistas adscritos a SALUDCOOP EPS con miras a determinar si el procedimiento en cuestión debía ser autorizado -bypass gástrico- y de ser así se garantizara el suministro de todas las prestaciones médicas a que hubiera lugar, incluida la práctica de la intervención quirúrgica.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio confirmó el fallo de primera instancia, mediante providencia de veintiocho (28) de septiembre de dos mil siete (2007). Reiteró el ad quem los argumentos expuestos por el juez de primera instancia para negar el amparo solicitado, en el sentido que el actor no había acreditado que un médico adscrito a la entidad demandada hubiera ordenado la práctica de la intervención quirúrgica reclamada. Adicionalmente señala que el actor en el trámite de la segunda instancia aportó copia de una orden médica en la cual se deriva al Sr. Nicolás Hernán Linares Linares al grupo de cirugía bariátrica<sup>4</sup>, pero que dicho documento es suscrito por médicos que no prestan sus servicios a la SALUDCOOP EPS y adicionalmente carece de fecha, lugar de expedición así como de cualquier otra información adicional que permita valorarlo como prueba idónea.

## 6. Selección por la Corte Constitucional.

Mediante auto de veintidós (22) de agosto de dos mil ocho (2008) los magistrados que conformaban la Sala de Selección Número Ocho seleccionaron para revisión el expediente No. T-1997283.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

## 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el presente fallo 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 problemas jurídicos objeto de estudio

El Sr. Linares Linares se encuentra afiliado a SALUDCOOP EPS en calidad de cotizante dependiente dentro del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud. Cuenta con treinta y seis (36) años de edad y padece de obesidad mórbida, fue examinado por un médico especialista adscrito a la entidad demandada quien sugirió su valoración para cirugía bariátrica, en el escrito presentado para impetrar la acción de tutela afirma que solicitó la práctica del procedimiento quirúrgico bypass gástrico a SALUDCOOP y le fue denegada. Los jueces de instancia no otorgaron el amparo solicitado por considerar que en este caso no se reunían los requisitos para ordenar una intervención excluida del POS, ya que el actor no había aportado copia de dictámenes suscritos por médicos adscritos a la entidad prestadora en los cuales se prescribiera la intervención quirúrgica solicitada o en los cuales 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 demandada a practicar la cirugía bypass gástrico o a remitir al paciente para que sea valorado para la práctica 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 y sobre el derecho al diagnóstico y, finalmente, (iii) analizará si, en el caso concreto, se configuró una violación de los derechos fundamentales del actor.

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

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>7</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.

En lo concerniente a la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122 de 2007, art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario o la usuaria; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.<sup>8</sup>

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>9</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>10</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>11</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>12</sup>. En efecto, en primer lugar, debe quedar demostrado que la persona tiene un patología que le impide absolutamente desenvolverse en comunidad o que tiene graves consecuencias para su vida biológica “sino incluso la existencia misma del afectado”<sup>13</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>14</sup>. En los casos en los cuales no se reúnen los anteriores criterios se ha denegado la práctica del amparo solicitado<sup>15</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>16</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 ESTOMAGO” 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>17</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 ARTICULO 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 bariátrica (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, 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. El derecho al diagnóstico.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el derecho a la salud incluye el derecho a un efectivo diagnóstico<sup>18</sup> entendido como:

“la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.”<sup>19</sup>

Consideraciones que a su vez, encuentran sustento en la normatividad colombiana, específicamente, el literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994, define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la

presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha abierto paso a la consolidación del derecho al diagnóstico como presupuesto de la adecuada prestación del servicio público de atención en salud.<sup>20</sup> En efecto la Corte ha sostenido que “...cuando no se practica un examen diagnóstico requerido para ayudar a detectar una enfermedad y por ende determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida”<sup>21</sup>.

En concordancia con lo anterior, en sentencia T-366 de 1999 esta Corporación señaló que la entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos a la salud de sus afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de fallas en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor.

En este punto, resulta de gran importancia precisar que, en la práctica la efectiva garantía del derecho al diagnóstico se relaciona con dos situaciones específicas. De un lado, la exigencia de que las decisiones judiciales que reconocen prestaciones de servicios en salud estén respaldadas por órdenes médicas. Y, del otro, la existencia de fallas en el Sistema de Seguridad Social en salud que afectan la efectiva y eficiente prestación de éste servicio, vulnerando con ello los principio de calidad e integralidad del derecho a la salud.

En relación con lo primero, la Corte ha establecido que al reconocimiento por vía de tutela de prestaciones en materia de salud debe mediar entre otros, el requisito de que el médico tratante haya dispuesto previamente la orden del medicamento, tratamiento o insumo, en favor del paciente. Incluso, esta Corporación ha aclarado que por regla general, el médico 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. Lo anterior, tiene como sustento el hecho de que el dictamen médico debe corresponder coherentemente al proceso médico que se le adelanta al paciente, 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.

Por ello, la regla general consiste en que las prestaciones solicitadas a una empresa prestadora de salud deben previamente haber sido ordenadas 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 empresa.

Así mismo, tal y como se explicó en párrafos precedentes, la exigencia de que las ordenes del juez de tutela en relación con el reconocimiento de prestaciones en materia de salud, estén siempre respaldadas por un dictamen médico, busca garantizar 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.

## 6. Caso concreto

En el caso concreto encuentra esta Sala de Revisión que el demandante en el escrito de tutela solicitó la autorización para la práctica de la cirugía bypass gástrico sin aportar órdenes médicas que justificaran su reclamo.

Sin embargo, ante la negativa del juez de primera instancia a conceder el amparo solicitado, manifestó que su petición no iba dirigida a que se autorizara la práctica de la intervención quirúrgica sino a ser valorado parte de especialistas adscritos a SALUDCOOP EPS con miras a determinar si el procedimiento en cuestión debía ser autorizado -bypass gástrico- y de ser así se garantizara el suministro de todas las prestaciones médicas a que hubiera lugar, incluida la práctica de la intervención quirúrgica.

En esa medida encuentra esta Sala de Revisión que la solicitud inicial formulada por el actor de que la EPS demandada autorice la práctica de la cirugía by pass gástrico no puede ser atendida porque no hay una orden médica que la respalde. No obstante, su solicitud de ser valorado por especialistas para que se establezca si debe ser practicada la cirugía by pass gástrico está respaldada por la orden médica expedida por el endocrinólogo adscrito al SALUDCOOP EPS en la cual se consigna que se sugiere valoración para cirugía bariátrica.

A pesar que el demandado nunca solicitó esta prestación de manera específica a la EPS, pues directamente reclamó la autorización para la práctica del bypass gástrico, la cual fue justificadamente denegada, en todo caso su derecho al diagnóstico puede resultar afectado sino es remitido para que sea valorado por parte de especialistas para que se determine el tratamiento médico idóneo para la obesidad mórbida que padece.

Por tal razón se revocarán las sentencias de instancia y en su lugar se ordenara a SALUDCOOP EPS que autorice la valoración del paciente por una junta de especialistas para que se establezca cual es el tratamiento idóneo para tratar su enfermedad.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Villavicencio, el veintisiete (27) de agosto de dos mil siete (2007), y por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, el veintiocho (28) de septiembre de dos mil siete, en el trámite de la acción de tutela impetrada por Nicolás Hernán Linares Linares contra SALUDCOOP EPS.

Segundo: ORDENAR que, con cargo a la EPS SALUDCOOP, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente providencia, se inicie el procedimiento de valoración de la Sr. Nicolás Hernán Linares Linares por una junta de especialistas, la cual en un término no superior a un mes rendirá concepto sobre el tratamiento idóneo para la obesidad mórbida que padece.

Tercero: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Fotocopia del carné de afiliación, folio 6 del expediente.

2 Fotocopia de la cédula de ciudadanía, folio 13 del expediente.

3 Resumen de la historia clínica del Sr. Linares Linares, folio 7 del expediente.

4 Folio 52 del Cuaderno No. 1 del expediente.

5 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.

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

7 Sentencia T-859 de 2003.

8 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.”

9 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.

10 SU-337 de 1999.

11 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.

12 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>12</sup>, la cual, de conformidad con decisiones jurisprudenciales recientes<sup>12</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.

13 Sentencia T-110 de 2007 .

14 Sentencia T-828 de 2005 y T-725 de 2007.

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

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

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

19 Sentencia T-366 de 1999.

20 Ver Sentencia T-849 de 2001.

21 Ver sentencia T-232 de 2004