

Sentencia T-193-09

Referencia: expediente T-2132166

Acción de tutela instaurada por Kelly Alexandra Rojas Cardona contra SaludCoop EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá D.C., veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Primero Penal Municipal de depuración, el 25 de septiembre de 2008 y por el Juzgado Primero Penal del Circuito, el 12 de noviembre de 2008 -ambos de Buga-.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Solicitud de protección constitucional

La señora Kelly Alexandra Rojas Cardona, interpuso el 10 de septiembre de 2008, acción de tutela contra SaludCoop EPS al negarse esa entidad a practicarle la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia que requiere para tratar la patología de obesidad mórbida que padece. Conducta omisiva que considera lesiva de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la seguridad social y a la salud.

La solicitud de protección se fundamentó en los siguientes hechos:

#### 1.1. La accionante se encuentra afiliada a la EPS accionada como cotizante del

Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene 28 años de edad, pesa 130 kilogramos y mide 1.58 metros.

1.2. Sufre de obesidad mórbida grado III, desde hace aproximadamente 5 años, con índice de masa corporal -en adelante -IMC- de 51 K/g., enfermedad que le causa dificultades para realizar actividades básicas diarias que impliquen ejercicios como agacharse y caminar distancias cortas. También presenta mareo y dolores en rodillas, pies y espalda. A juicio de la tutelante, además de las consecuencias físicas que le genera su enfermedad debe soportar también “el rechazo de las personas cuando usa el transporte público”, y no puede divertirse como cualquiera de su edad en sitios públicos, lo cual hace que sufra de baja autoestima, stress y depresión permanente.

1.3. Desde febrero de 2006 hasta noviembre de 2007, la demandante estuvo en constantes controles con médicos generales y especializados adscritos a la EPS SaludCoop, por presentar problemas de marcado sobrepeso a pesar del manejo dietético que tuvo, sumado a frecuentes dolores en miembros inferiores e inestabilidad momentánea. Los médicos conceptuaron en general sobre el estado de salud de la accionante lo siguiente: “Paciente con obesidad de casi toda la vida, sin embargo desde hace cinco (5) años después de embarazo subió (sic) 20 kilos y no ha vuelto a disminuir de peso. Ha realizado al menos un plan nutricional dirigido por nutricionista (sic) aproximadamente de 9 a 12 meses acompañado de ejercicio (sic) con poca reducción de peso. No presenta comorbilidades. Aunque refiere dolor en espalda, rodillas y edemas en pies. Es remitida para el programa de obesidad.”<sup>1</sup>

En las recomendaciones se señaló: “paciente con Obesidad Grado III, durante los últimos cinco (5) años ha estado en tratamiento nutricional y de ejercicio dirigido con poca reducción de peso, se decide ingresar al programa de obesidad, (sic) valoración por Nutrición Dra. Vanegas, Fisioterapeuta Dra. Collazos, y con Medicina General Dra. Pineda, e iniciar Manejo con Sibutramina y/o Orlistat, paciente candidata a CX Bariátrica”.<sup>2</sup>

1.4. En marzo de 2008, consultó a la Dra. Olga Patricia Pineda, médico general, para control de peso, quien la remitió a consulta con la nutricionista y con la fisioterapeuta, cambiándole el medicamento que usaba a diario por FLUOXETINA 20 mg. y

Alcachofa. Después, fue valorada por fisioterapia y se le encontró: “Artralgia Generalizada, espasmos moderados semicodorsolumbares, fuerza muscular 3/5 generalizada, retracción moderada generalizada,” por lo que fue remitida “a acondicionamiento físico con manejo de la R.C.R., estiramientos, relajación, no salto, no trote (sic).”<sup>3</sup>

1.5. En julio de 2008, ante la ausencia de mejoría y la desesperación que le generó su enfermedad, la peticionaria solicitó cita particular con el Dr. José Pablo Vélez L., médico cirujano de la Clínica de la Obesidad -Fundación Valle del Lili-, quien en consulta externa diagnosticó a la paciente enfermedades asociadas con la obesidad como artralgias en rodillas y tobillos, lumbalgia mecánica y “Super Obesidad - IMC 51 Kg/m<sup>2</sup>”<sup>4</sup> proponiendo como solución a su problema de obesidad grado III, la cirugía denominada “BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA.”<sup>5</sup>

1.6. En agosto de 2008, mediante derecho de petición, la accionante en consideración a que su vida estaba en grave riesgo, solicitó a su EPS:

“se ordene a quien corresponda brindarme la debida atención en cuanto al tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, se autoricen los exámenes requeridos y se programe la respectiva cirugía de BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA CON LOS RESPECTIVOS CONTROLES PERMANENTES, para el inicio de tratamiento y curación de mi enfermedad denominada SUPER OBESIDAD(mórbida) con un índice de masa corporal de 51 Kg/m<sup>2</sup> de acuerdo a la valoración hecha y firmada por el doctor José Pablo Vélez L. medico de la clínica de la obesidad Fundación Valle del Lili.”

“Así como también lo que se requiera y derive de ella como la cirugía denominada lipectomía (que consiste en el retiro de la piel sobrante) y demás tratamientos y/o procedimientos que se requieran para el manejo integral y curación de mi enfermedad igualmente recomendada por el doctor Leonardo Quintero Pizarro, Médico especialista Medicina Interna adscrito a la EPS -Saludcoop donde en unos de los controles de noviembre 29 de 2007 manifiesta y queda asentado en una de las partes de la historia clínica “PACIENTE CANDIDATA A CX BARIATRICA”.

1.7. En septiembre de 2008, la Coordinadora Médica de SaludCoop al responder la solicitud de la accionante le informó que esa EPS cuenta con un programa de obesidad

manejado por un grupo de profesionales de diferentes áreas que brinda a personas como la demandante un manejo multidisciplinario durante un tiempo determinado, y allí se realizan actividades dirigidas a la disminución de peso; y, que después de seis meses de seguimiento la junta médica y el grupo multidisciplinario -para la obesidad-, deciden la pertinencia de los procedimientos quirúrgicos que correspondan en cada situación.

Señaló que en el caso de la peticionaria, revisada su historia clínica se encontró que “fue inscrita en el programa de obesidad el 29 de noviembre del 2007 valorada por el Dr. Leonardo Quintero Médico Familiar del programa quien consideró que era candidata para la cirugía pero que primero debía realizar el tratamiento respectivo antes de éste y se realizó las diferentes (sic) remisiones a especialidades para iniciar el manejo respectivo de la obesidad, al cual no asistió y una segunda y última consulta el día 11 de Marzo del 2008, y remitida nuevamente a las especialidades y citada en 1 mes a control. NO cumpliendo así con los objetivos del programa (sic).”<sup>6</sup>

Por lo anterior, la señora Kelly Alexandra fue remitida nuevamente al programa de obesidad para ser valorada por el grupo multidisciplinario y determinar el tratamiento a seguir en su caso.

1.8. Para la accionante la respuesta dada por SaludCoop EPS es negligente puesto que desconoce que los tratamientos del programa de obesidad ya habían sido cumplidos por ella, salvo lo referente al control por nutricionista, pues en otras oportunidades, lo había hecho sin obtener resultados positivos.

1.9. Finalmente señaló que no posee dinero “para sufragar la cirugía directamente”, ni los procedimientos médicos que se requieran para el manejo integral y curación de su enfermedad. Por lo tanto, solicitó la protección de los derechos invocados para que SaludCoop EPS “practique y cubra la cirugía bariátrica Bypass Gástrico por laparoscopia, para el inicio del tratamiento y curación de su enfermedad denominada Superobesidad Mórbida Tipo III”, así como también lo que se requiera y derive de ellas...”<sup>7</sup>

2. Trámite en la primera instancia

El Juzgado Primero Penal Municipal de depuración de Buga, el 12 de septiembre de 2008, avocó el conocimiento del reclamo de amparo constitucional y dispuso, además de la notificación del escrito de tutela a la accionada, la vinculación al trámite constitucional del Ministerio de la Protección Social - FOSYGA, y de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca. Igualmente, decretó la valoración de la accionante por medicina legal a fin de determinar si la señora Kelly Alexandra requería la cirugía solicitada o si por el contrario se trataba de un procedimiento estético.

#### 2.1. Respuesta de SaludCoop EPS

La Empresa promotora de salud no se pronunció sobre el reclamo de protección constitucional.

#### 2.2. Respuesta del Ministerio de la Protección Social

Esta entidad no rindió en tiempo<sup>8</sup> el informe solicitado por el juzgado.

#### 2.3. Respuesta de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca

Por parte de esta entidad territorial, tampoco fue rendido en término<sup>9</sup> el informe solicitado por el juez de tutela.

#### 2.4. Resultados de la valoración médico-legal

La Dirección Regional Suroccidente -Seccional Valle del Cauca, sede Buga, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses informó que la accionante "sufre de obesidad, casi desde hace 5 años se ha hecho mucho mas notoria; y que ha consultado varias veces por su problema pero que no ha tenido mejoría; ha tomado sibutramina, fluoxetina, cápsulas de alcachofa sin mejoría. Ha hecho múltiples dietas y no ha podido bajar de peso, ha asistido con la nutricionista; manifiesta que le duelen mucho las rodillas y los tobillos y la espalda.- Vivía en unión libre y tiene dos hijos, sin embargo la relación marital no es buena. Se encuentran separados dado la gordura que tiene; Antecedentes patológicos: Hígado graso, ovarios poliquísticos, operada de los ovarios hace 14 años. Refiere además que su madre era obesa al igual que la abuela materna y la hermana.(sic)"<sup>10</sup>

Como resultados del examen físico, el médico de Medicina Legal informó:

“se observa una mujer en edad reproductiva joven con peso 129 kilos talla 156 con índice de masa corporal de 53 con tensión arterial de 130/80 sentada brazo derecho. Pulso 82 por minuto y FR 18 por minuto: de positivo abundante (sic) panículo adiposo en abdomen, muslos, brazos, espalda; por obesidad generalizada; ambas rodillas se observan de gran tamaño difíciles de explorar por la masa grasa redundante: se observan en genu valgo (rodillijunta) (sic).”

(...)

“Discusión: se trata de una Mujer en edad adulta joven 28 años quien presenta obesidad mórbida con índice de masa corporal de 53.- El índice para obesidad es mayor a 30 y para obesidad mórbida sin cofactores es mayor de 40 y con cofactores como la hipertensión arterial es mayor a 35; esta paciente tiene 53: la obesidad viene documentada médicamente desde la EPS por historia clínica, al igual que los tratamientos médicos y nutricionales realizados sin lograr bajar de peso al menos un porcentaje que pueda llamarse significativo; lo anterior y la experiencia demostrada con estos casos de Obesidad Mórbida o Superobesidad permiten predeterminar que la paciente no bajará de peso con los tratamientos convencionales; Es de anotar que con el paso de los años nuestro cuerpo se hace mucho mas lento, responde muy poco a los tratamientos nutricionales por cuanto en forma natural, la obesidad aumentará, trayendo consigo las consecuencias graves como alteración del sistema osteo articular y cardiaco.”

“Debe tenerse en cuenta que la cirugía planteada ha comprobado ser efectiva en reducción de peso: sin embargo puede someter a la paciente a tener que tomar o incluir en su habito nutricional medicamentos tipo vitaminas y otros que por la carencia del estomago en la derivación en Ye de Roux del By Pass no se producirían.- Las complicaciones deben ser comentadas y aclaradas a la paciente por parte de los médicos especialistas tratantes; La cirugía planteada es indicada para este tipo de casos y no hay otro procedimiento que la reemplace y este incluido en el POS: se deja constancia que actualmente existen diferentes técnicas de cirugía bariátrica y que la propuesta por el médico es una de ellas: ninguna está incluida dentro del POS.- Igualmente dado que la

obesidad es una superobesidad, la pérdida de peso traerá consigo descolgamiento severo de piel en pliegues, en abdomen inferior, en mamas lo que produce patologías tipo infección como el intertrigo requiriendo según el caso de otro tipo de corrección quirúrgica como la dermolipectomía que en este caso sería de carácter funcional no estético.”<sup>11</sup>

Como conclusiones del informe técnico, el galeno forense señaló:

1.- La señora KELLY ALEXANDRA ROJAS CARDONA, identificada con cc.31642746 de Buga, padece de obesidad mórbida con IMC de 53.

2.- La cirugía planteada de by pass gástrico por laparoscopia está indicada para ese tipo de casos.

3.- No hay otro procedimiento que la reemplace: ni que produzca efectos similares; se deja constancia que actualmente existen diferentes técnicas de cirugía bariátrica y que la propuesta por el médico es una de ellas: ninguna está incluida dentro del POS.

4.- La realización de la Cirugía planteada por el Médico no es una URGENCIA; sin embargo, ésta es una necesidad de la paciente que debe ser solucionada en un corto a mediano plazo: En esta paciente dados los antecedentes de manejos multi disciplinarios (médicos y nutricionistas), se puede afirmar que por cualquier otro método utilizado, no bajará de peso.- Por ello la cirugía propuesta está indicada.”

### 3. Decisiones judiciales objeto de revisión

#### 3.1. Primera instancia

El Juzgado Primero Penal Municipal de depuración de Buga, mediante fallo de 25 de septiembre de 2008, concedió la protección constitucional a los derechos fundamentales invocados.

De las pruebas obrantes en el expediente el a-quo concluyó que la accionante necesitaba el procedimiento solicitado para la garantía efectiva de sus derechos a la salud y a la seguridad social según el informe de medicina legal, razón por la cual no existe justificación para que someta a la peticionaria a una espera indefinida que puede

generar consecuencias nefastas en su integridad física.

En consecuencia, ordenó a la EPS accionada la realización de la cirugía de By Pass Gástrico por Laparoscopia prescrito por el médico tratante, así como la totalidad del tratamiento requerido por la paciente, y le concedió a dicha entidad, la facultad de repetir contra el Fosyga.

## 3.2. Impugnaciones

### 3.2.1. SaludCoop E.P.S.

Inconforme con el fallo, el Director Seccional de SaludCoop EPS lo impugnó por considerar que si bien es cierto que la paciente padece de obesidad mórbida, también lo es que dicho procedimiento está excluido del POS (art.18 Res.5261 de 1994).

En ese sentido, resaltó que uno de los requisitos que debió constatar el a-quo para autorizar el procedimiento era que el mismo hubiera sido autorizado por un médico adscrito a la red de servicios de la EPS, lo cual no acaece en el presente caso puesto que el galeno que prescribe la intervención quirúrgica no tiene vínculo alguno con esa entidad.

Señaló que en el caso concreto, “la vida de la paciente no depende de la realización de la cirugía, esta intervención no es determinante para su sobrevivencia por lo menos en los siguientes 3 años.”<sup>12</sup> Agregó que “la obesidad mórbida, es una condición que por sí misma no causa la mortalidad del paciente y aunque es un factor de riesgo para enfermedades crónicas no es la causa única de las mismas. El sufrir las enfermedades crónicas no lleva directamente a la muerte, aunque cause efectos en la salud los cuales al pasar de los años y de acuerdo con los cuidados que tenga el paciente pueden conducir a su deceso...”<sup>13</sup>

A juicio de la EPS, es necesario que la paciente agote las alternativas terapéuticas<sup>14</sup> que consagra el Plan Obligatorio de Salud -POS-, e insiste que esa entidad siempre ha brindado todos los servicios que ha requerido la accionante mediante los especialistas del Programa de Obesidad Mórbida, puesto que los tratamientos que se desarrollan en dicho programa, implican un riesgo mucho menor que la intervención ordenada por el a-quo.

Por lo anterior, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, de lo contrario, se exonere a la EPS de asumir el cumplimiento del fallo por corresponder esa carga a la entidad pública o privada con la que tenga contrato el Estado en los términos del artículo 28 del Decreto 806 de 1998. Subsidiariamente, pidió que se autorice el recobro al FOSYGA.

### 3.2.2 Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social, a través de la Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales impugnó el fallo de primera instancia por considerar, contrario al ordenamiento jurídico, que se autorice a SaludCoop EPS repetir contra el FOSYGA, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2.2 y 2.4 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, y el artículo 238 de la Ley 100 de 1993, le corresponde a la entidad territorial departamental financiar, con recursos propios, la prestación de servicios de salud de la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, como ocurre en este caso.

### 3.3. Segunda instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2008, revocó el fallo de primera instancia y dispuso desvincular del trámite al Ministerio de la Protección Social y a la Secretaría de Salud Departamental, por considerar que esas entidades no han lesionado derecho fundamental alguno a la accionante.

Señaló que en el presente caso, le asiste razón a la EPS tutelada en tanto existen todavía otras alternativas que debe cumplir la actora antes de acceder al procedimiento quirúrgico y que no han sido observadas por ésta. En efecto, el ad-quem constató que la tutelante no asistió a las citas de control del programa de Obesidad Mórbida, lo cual impide considerar esos tratamientos como ineficaces o mucho menos tener al By Pass Gástrico como el único medio para aminorar las consecuencias de la patología que ésta padece.

Adicionalmente, consideró improcedente conceder el amparo constitucional ante la prueba irrefutable de que el galeno que prescribió el procedimiento quirúrgico reclamado,

era particular y no adscrito a SaludCoop.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Problema Jurídico

Corresponde determinar a la Sala si a la señora Kelly Alexandra Rojas Cardona, quien padece de obesidad mórbida grado III, y que tiene una expectativa de mejoría en su calidad de vida con la realización de la cirugía bariátrica por laparoscopia, se le vulneran sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, por la negación de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada, a practicar dicho procedimiento, por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud.

#### 1. Alcance de los derechos fundamentales a la vida y a la salud en el marco del problema de salud pública de la obesidad mórbida

Esta Corporación ha sostenido que la vida no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas.<sup>15</sup>

Lo que se pretende entonces, es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”<sup>16</sup>, en la medida en que sea posible.<sup>17</sup>

Por consiguiente un concepto restrictivo de la protección a la vida, que desconociera las anteriores precisiones, llevaría automáticamente al absurdo de la negación del derecho a la recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud y vida.

En este sentido, se tiene establecido por la jurisprudencia de esta Corporación que la tutela procede no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de eliminar el contenido de un derecho fundamental, sino, ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida digna y la calidad de la misma en las personas,<sup>18</sup> en

cada caso específico.

Conforme a lo anterior el derecho constitucional fundamental señalado en el artículo 11 de la Carta Política, implica, además, que el titular alcance un estado lo más lejano posible al sufrimiento y que, en consecuencia, pueda desempeñarse en sociedad como un individuo normal con óptima calidad de vida, único sentido en el que puede interpretarse el artículo 11 superior, a la luz del principio de dignidad humana contenido en el artículo 1º de la Constitución.<sup>19</sup> Este principio impone, entonces, a las autoridades el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la integridad, la libertad y la autonomía de hombres y mujeres por el solo hecho de existir, independientemente de cualquier consideración.

En la Sentencia T-760 de 2008,<sup>21</sup> se reconstruyeron de forma sistemática las reglas jurisprudenciales que en los diferentes escenarios constitucionales presenta el derecho a la salud, avanzando, dentro del marco que brinda la Constitución, en la identificación de los elementos que comportan el goce efectivo del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud.

La *ratio decidendi* invocada por la Corte al resolver cada uno de los casos acumulados en la providencia citada, será en adelante, el canon normativo frente al cual los jueces de tutela (individuales o colegiados) habrán de resolver los problemas jurídicos que en materia de derecho a la salud les sean sometidos a su consideración, por cuanto se trata del nuevo sentido y alcance que en casos concretos debe darse a este derecho constitucional fundamental, de forma tal que en su aplicación se garantice la igualdad de trato jurídico a quienes acuden a la jurisdicción, para reclamar amparo constitucional.

Debe recordarse que el Estado colombiano conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.<sup>22</sup> Sobre esta disposición el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la Observación General N° 1423 señaló que:

“8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a

controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

9. El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. (...) Por tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”

En el mismo sentido el Comité en la misma Observación General precisó que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos “esenciales e interrelacionados”: a) Disponibilidad, b) Accesibilidad, c) Aceptabilidad<sup>24</sup>, y, d) Calidad.

Los anteriores criterios resultan de la mayor relevancia para la interpretación del derecho fundamental a la salud en los casos concretos (art. 93 Superior). En efecto, conforme a dichos elementos las Entidades Promotoras de Salud deben abstenerse de crear barreras de acceso a sus usuarios o generarles consecuencias que impliquen déficits de protección efectiva.

De esta manera si el procedimiento, servicio o medicamento requerido por el paciente está en el Plan Obligatorio de Salud, corresponde a dichas entidades suministrarlo sin demora o condicionamientos de ninguna índole, lo cual ratifican disposiciones infra constitucionales como los artículos 162 y 177 de la Ley 100 de 199 y el artículo 7 del Decreto 806 de 1998. Por lo anterior, ante la negación o demora de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, puede acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección del derecho fundamental a la salud.

En esas condiciones, “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.”<sup>25</sup> Por esa razón, en estos casos las

Entidades Promotoras de Salud deberán afrontar las medidas que adopte el juez de tutela para restablecer el derecho así como las eventuales sanciones por parte de las autoridades competentes y a que no se pueda efectuar el cobro ante el FOSYGA.

En lo que respecta a la solicitud de la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia, cuando se trata de un paciente con obesidad mórbida a partir de la Sentencia T-414 de 2008<sup>26</sup> se estructuró una nueva regla que varió la línea jurisprudencial para la solución de este tipo de casos.<sup>27</sup>

En efecto, en la citada providencia se acreditó que dicho procedimiento sí está incluido en el Plan Obligatorio de Salud. La citada providencia señaló: “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 By pass 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 Prestadoras de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS).<sup>28</sup>

Empero, en lo que sí ha sido reiterada la jurisprudencia constitucional<sup>29</sup> es en exigir para la solución de este tipo de casos que el juez verifique el cumplimiento de ciertos requisitos para la procedencia de la acción de tutela, con el fin de amparar el derecho fundamental a la salud cuando lo pretendido es la realización del Bypass Gástrico por Laparoscopia.

En esta materia, la Corte estableció que por ser una cirugía de muy alto riesgo, invasiva y de alta peligrosidad,<sup>30</sup> es necesario que se cumplan los siguientes requisitos para su realización, a saber:

a. La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la práctica del procedimiento.

a. 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.

a. El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.

Con fundamento en las anteriores premisas la Sala analizará el caso particular de la accionante.

#### Caso concreto

La señora Kelly Alexandra Rojas Cardona padece de obesidad mórbida Grado III, lo cual descarta que el procedimiento quirúrgico cuya no realización motivó la presentación de esta acción de tutela sea de carácter estético.

La Sala no desconoce que conforme a la información suministrada por la entidad tutelada, la accionante no haya agotado el tratamiento con el grupo multidisciplinario para el manejo de la Obesidad Mórbida, pero esta circunstancia no puede justificar que se niegue un procedimiento a una persona que es candidata para dicha intervención quirúrgica, conforme indicó uno de los galenos de la EPS.<sup>31</sup> Este diagnóstico que fue ratificado por el médico de Medicina Legal, quien adicionalmente precisó: “En esta paciente dados los antecedentes de manejos multidisciplinarios (médicos y nutricionistas), se puede afirmar que por cualquier otro método utilizado, no bajará de peso.- Por ello la cirugía propuesta está indicada.”<sup>32</sup>

Resulta por demás preocupante que la EPS tutelada conciba el derecho a la vida solamente desde su dimensión biológica y desconozca que la obesidad que padece la actora le ha generado múltiples problemas en su salud mental que incluso la han llevado a afrontar una ruptura con su compañero sentimental y tendencias al aislamiento, pues dado lo avanzado de su enfermedad le resulta traumático utilizar el transporte público. Esta situación configura un trato cruel, proscrito por la Constitución (art. 12

C.P.)

No puede la entidad tutelada, que debe asumir una conducta de garante frente a los derechos de la señora Kelly Alexandra, crear barreras de acceso para el pleno goce del derecho fundamental a la salud de la accionante, aduciendo que la vida de la paciente no depende de la realización de la cirugía, por cuanto ella podría esperar por lo menos los siguientes tres (3) años para que le fuera practicada la intervención.

Una persona en el Estado social de derecho no está condicionada a esperar ningún tiempo para poder ejercer con plenitud y efectividad sus derechos fundamentales. Por el contrario, tiene la posibilidad de exigir judicialmente su observancia inmediata, cuando en casos como el presente, se pretende evadir las responsabilidades que le asisten a la entidad a la que el Estado autorizó prestar con calidad y oportunidad los servicios de salud.

Los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud no pueden (art. 155 Ley 100/93) convertirse en meros observadores de los padecimientos de las personas afiliadas al mismo, y por el contrario, les asiste un deber de diligencia para evitar que la accionante espere indefinidamente a que alguna autoridad estatal, en este caso, la jurisdicción constitucional, haga realidad los contenidos constitucionales y garantice de forma efectiva sus derechos.

En consecuencia, se dispondrá, conforme a las reglas jurisprudenciales reseñadas en esta sentencia, que la entidad accionada previamente a la realización de la intervención quirúrgica que requiere la accionante, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministren a la señora Kelly Alexandra 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 de la 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, siempre que no medien circunstancias que formen aconsejable un plazo mayor de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

SaludCoop EPS deberá brindar la atención integral que requiera la accionante como procedimientos quirúrgicos, 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. El Juzgado Primero Penal Municipal de depuración de Buga, deberá ser informado sobre el cumplimiento de esta providencia.

En el mismo sentido, en consideración a que la accionante no cuenta con los recursos necesarios para cancelar directamente el costo de la cirugía que requiere, según lo informado en el escrito de tutela, situación que no fue desvirtuada ni por la EPS tutelada ni por ninguno de los intervinientes, y que a la luz del artículo 83 Superior ha de tenerse como probada, se dispondrá que SaludCoop se abstenga de condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago de cuotas moderadoras o de copagos, puesto que por esta vía no pueden crearse, en este caso, nuevas barreras para el acceso a los servicios de salud que requiere la tutelante y por los cuales ya ha esperado un término más que razonable.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias objeto de revisión dentro de la acción de tutela promovida por la señora Kelly Alexandra Rojas Cardona y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de SaludCoop EPS, que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que requiere la accionante, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, liderado por el médico tratante, 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 de Bypass Gástrico por Laparoscopia, para que ésta manifieste de manera libre y espontánea su

voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente, la EPS dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica, siempre que no medien circunstancias que formen aconsejable un plazo mayor de conformidad con las prescripciones e indicaciones del galeno tratante.

De la misma forma, la entidad accionada está en la obligación, conforme a lo previsto en esta sentencia, de prestarle una atención integral en salud a la tutelante (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.

Tercero.- El representante legal de SaludCoop informará al juez de primera instancia sobre el cumplimiento de lo ordenado en esta providencia.

Cuarto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 23 del expediente.

2 Folio 24 del expediente.

4 Folio 27 del expediente.

5 Ibidem.

6 Folios 29 y 30 del expediente.

7 Folio 10 del expediente.

8 La intervención fue radicada el 28 de octubre de 2008. Folio 128.

9 El escrito fue radicado el 16 de octubre de 2008. Folio 119.

10 Folios 53 y 54 del expediente.

11 Ibidem.

12 Folio 66 del expediente.

13 Ibidem.

14 A título de ejemplo plantea el cambio de hábitos de comportamiento, ejercicios y dietas, soporte familiar y psicológico y medicamentos que disminuyen el apetito.

15 Sentencia T-597 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-395 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

18 Corte Constitucional. Sentencias T-260 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz y T-096 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-489 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

20 Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

21 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 Cfr. Ley 74 de 1968.

23 Adoptada durante el 22º período de sesiones, año 2000.

24 A su vez este elemento presenta cuatro dimensiones “superpuestas”: i) No discriminación, ii) Accesibilidad física, iii) Accesibilidad económica (asequibilidad) y iv) Acceso a la información.

25 T-1185 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

26 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

27 Esta nueva regla ha sido aplicada por las sentencias T-415 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-586 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-663 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-968 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-978 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, todas de 2008 y T-059 de 2009, M.P. Jaime Araujo Rentería.

28 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.

29 Sentencia T-264 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería.

30 Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

31 Folio 24 del expediente.

32 Folio 53 y 54 del expediente.