

Sentencia T-270/11

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Protección constitucional

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inclusión de la cirugía By pass gástrico

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA BARIATRICA O BY PASS GASTRICO POR EPS-Procede práctica de intervención quirúrgica de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo interdisciplinario de especialistas de la EPS

Referencia: expediente T- 2919663.

Acción de tutela instaurada por Elizabeth Juanillo, contra la Secretaría Departamental de Salud del Cauca y/o Caprecom EPS-S.

Procedencia: Juzgado Segundo Penal Municipal de Santander de Quilichao, Cauca.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en única instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santander de Quilichao, Cauca, dentro de la acción de tutela instaurada por Elizabeth Juanillo contra la Secretaría Departamental de Salud y/o Caprecom EPS-S.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado Juzgado, según lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991; el 31 de enero de 2011, la Sala 1ª de Selección lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

La señora Elizabeth Juanillo promovió acción de tutela, en octubre 12 de 2010, contra la Secretaría Departamental de Salud y/o Caprecom EPS-S aduciendo vulneración de los derechos a la salud y a la vida digna, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. La accionante, se encuentra afiliada al régimen subsidiado por la empresa Caprecom EPS-S.

2. Señaló que tiene 35 años, “peso de 120 talla de 1.67” y padece “dolor insoportable en la espalda y las articulaciones como las rodillas, así como problemas asociados a circulación como venas varices en los miembros inferiores” (f. 1 cd. inicial).

El especialista cardiovascular le diagnosticó obesidad mórbida (f. 8 ib.) y solicitó inmediatamente la realización de una resonancia magnética, donde encontró “hernia de disco central que comprime el saco dural... presencia de insuficiencia venosa profunda bilateral, por lo cual se comentó para cirugía bariátrica esto desde el 29 de agosto de 2010” (1 ib.).

3. Afirmó que “pese a realizar todos los tratamientos médicos ordenados por medicina general ya que no fue posible la orden para un especialista (medicamentos y dietas) no ha sido posible la disminución de peso y por el contrario se han agudizado patologías asociadas a este hecho, es así como se me ha encontrado, apnea del sueño, lumbalgia y dorsalgia (hernia discal), artralgia de rodilla, disnea de medianos y pequeños esfuerzos, la insuficiencia venosa profunda, entre otras” (1 ib.).

4. Manifestó que estas condiciones dificultan su calidad de vida, más aún por cuanto es madre cabeza de familia, pues su esposo se encuentra postrado en una cama con pérdida de capacidad laboral mayor al 60% y sin opciones de tener una pensión, por lo que es ella quien lleva el sustento a su casa.

5. Aseguró que una operación de “bypass gástrico” mejoraría en un ciento por ciento las patologías asociadas a la obesidad e, incluso, erradicaría muchas de ellas, “la diabetes mellitus, por ejemplo se cura en un 85% de los casos y la apnea del sueño en un 82%”.

En consecuencia, solicitó que se apruebe esa cirugía, no por vanidad sino “para poder

trabajar y sacar adelante mis hijos y a mi esposo” (f. 38 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Solicitud de autorización de servicios de salud, donde se recomienda “valoración por neurocirugía, por cirugía bariátrica, bypass gástrico, ch, glicemia, cr, EVDA, eco HVB, valoración por anestesia”, citando como justificación clínica “hernia discal con imposibilidad lumbrosacra” (f. 3 ib.).

3. Formato de negación de servicios de salud (f. 7 ib.).

4. Prescripción emitida por un cirujano cardiovascular adscrito a la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, de Santander de Quilichao, en donde se propone cirugía bariátrica (bypass) por obesidad mórbida (f. 8 ib.).

5. Constancia expedida por el Ministerio de la Protección Social, donde dice que la accionante se encuentra activa en el régimen subsidiado, en el municipio de Villarrica (f. 16 ib.).

C. Actuación procesal.

Mediante auto de octubre 12 de 2010, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santander de Quilichao, Cauca, admitió la acción de tutela y comunicó esta decisión al representante de la EPS-S Caprecom, y a la Secretaría de Salud Departamental del Cauca, para que ejerzan el derecho de defensa, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, otorgándoles un término de tres días para contestar.

D. Respuesta del Departamento del Cauca, Secretaría de Salud.

Mediante escrito presentado en octubre 19 de 2010, un profesional especializado de la Secretaría demandada hizo mención a que “la remisión a cirugía bariátrica requerida por la señora Elizabeth Juanillo es competencia de Caprecom EPS, con la posibilidad de realizar recobro a la SDSC, de acuerdo a las tarifas establecidas y reconocidas por esta entidad”.

Además, esa Secretaría “no puede garantizar la atención integral en salud de la señora Elizabeth Juanillo, por ser entidad oficial que sólo administra recursos del Sistema General de Participaciones para la población pobre y vulnerable no cubierta con subsidios a la demanda

son los llamados participantes vinculados, que no tienen ninguna seguridad social, como lo ordena la Ley 715 de 2001, artículo 49” (f. 27).

E. Respuesta de Caprecom EPS-S.

A través del director territorial, dicha empresa afirmó que la demandante ha recibido los servicios a que tiene derecho, en ningún momento se le ha negado la atención inicial de urgencias ni la atención ambulatoria del primer nivel de complejidad, es decir lo que está dentro del POS – Subsidiado.

Sin embargo, la pretensión mayor de la actora es la realización del by pass gástrico, procedimiento no POSS que debe ser tramitado ante la Secretaría de Salud “con la respectiva carta de negación de la EPSS” y allegar la documentación ante el comité técnico científico, que deberá pronunciarse al respecto.

En consecuencia, solicitó se le desvincule del presente proceso y se oficie a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, para que expida las órdenes médicas requeridas por el afiliado, por no estar incluidas en el POS-S.

F. Sentencia única de instancia.

Mediante fallo de octubre 29 de 2010, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santander de Quilichao negó la tutela pedida, al considerar que la demandante ha recibido de Caprecom la atención correspondiente y no se comprobó que se hayan agotado los métodos alternativos al procedimiento bariátrico, como ejercicios, dietas, fármacos y terapias, entre otros.

Argumentó que si bien se tiene la valoración de un médico tratante, no se acreditó la exigencia jurisprudencial de la valoración técnica por el grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento.

Por tanto, concluyó que ni Caprecom, ni la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, han vulnerado los derechos de la actora, pues se puede verificar con las pruebas obrantes en el expediente que no existe negación del servicio por parte de dichas entidades, por lo cual “conmina a la accionante” a que presente la documentación pertinente ante Caprecom y se realicen los trámites “que den cuenta el grado de obesidad en el que se ubica la paciente, la hace beneficiaria de los resultados de la cirugía bariátrica” (f. 50).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se analiza.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos a la salud y a la vida digna invocados por Elizabeth Juanillo fueron vulnerados por las entidades demandadas, al negarle la autorización de cirugía bariátrica por no encontrarse contemplada en el POS-S.

Tercera. La salud como derecho fundamental.

La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que el ser humano necesita mantener adecuados niveles de salud, no solo para sobrevivir, sino para desempeñarse apropiadamente como individuo, en familia y en sociedad, de modo que al surgir anomalías que afecten los niveles de pervivencia estable, aún cuando no se esté en presencia de una enfermedad letal, debe brindarse una atención oportuna, para que no se ponga en peligro la dignidad personal y el paciente mantenga el derecho a las posibilidades de recuperación, recibir curación o alivio a sus dolencias y se le procure continuar la vida con dignidad.

Al respecto, en la sentencia T-395 de agosto 3 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se expresó:

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar 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, en la medida de lo posible.”

También se ha determinado que este derecho es de elevada trascendencia y debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna”, conforme a lo dispuesto en el

artículo 1º superior, que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana”.

A partir de la expedición de la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional reiteró los eventos y la forma en que debe protegerse el derecho fundamental a la salud, en distintos ámbitos. En la citada providencia se especificó que “el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional”.

En consecuencia, se ha protegido el derecho a la salud, (i) inicialmente, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) señalando la naturaleza fundamental del derecho en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, ancianos y discapacitados, entre otros; y (iii) en la actualidad, sentada la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, que emana de la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin discriminar cuál sea la persona que lo requiera.

Así, al reconocer a la salud bajo la categoría de derecho fundamental, con los servicios que requiera, es plausible deducir que este derecho debe garantizarse a todos, como una comprobación fenomenológica de la dignidad y no como una pauta deontológica que repose en un código predefinido. De ser así, se estaría en una situación constitucionalmente inadmisibile, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede abstraerse¹.

Cuarta. La cirugía bariátrica sí está incluida en el POS. Reiteración de jurisprudencia.

En la sentencia T-414 de abril 30 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional clarificó lo descrito en el artículo 62 de la Resolución N° 5261 de 1994, “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud...”, anotando que allí estipulado incluye técnicamente el procedimiento genéricamente conocido como “by pass gástrico para cirugía bariátrica”, quedando incluido

en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales válidas para que las empresas encargadas de prestar el servicio de salud se nieguen a autorizar un procedimiento que sí está dentro del POS vigente.

Dicho criterio ha sido reiterado, denotando sin embargo que por el mero hecho de pertenecer al POS tal procedimiento, no puede entenderse que la cirugía ha de autorizarse de inmediato, siendo que la complejidad y riesgo inherente a la misma varía en cada caso específico. Ante ello, se exige verificar los siguientes aspectos, en primer grado por las entidades que prestan el servicio y en segundo por los jueces de tutela al autorizar este tipo de procedimiento²:

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

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

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

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

Es claro que esas pautas no se excluyen entre sí y deben ser constatadas en forma previa a la expedición de la orden, con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

Quinta. El caso bajo estudio.

5.1. La señora Elizabeth Juanillo presentó acción de tutela al considerar que Caprecom EPS-S y la Secretaría de Salud del Cauca vulneran sus derechos fundamentales, al no autorizarle la cirugía bariátrica que requiere para superar, no sólo el problema de obesidad mórbida que padece, sino otras afecciones generadas por su exceso de peso.

Ponderando los criterios para ordenar la intervención pedida, al no autorizarse la cirugía

bariátrica para reducir la obesidad de la actora, efectivamente se vulnera su derecho a la salud, de ser indispensable y única alternativa, habiéndola ordenado el médico tratante, para el caso un cirujano cardiovascular del Hospital Francisco de Paula Santander (f. 2 cd. inicial).

También reposa en el expediente (f. 7 ib.) el formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, donde simplemente se señala con (x) que la cirugía no se encuentra dentro del plan obligatorio de salud.

En la contestación de la presente acción, Caprecom EPS-S afirmó que el servicio requerido por la actora, al ser no POS-S, tiene otro trámite ante la Secretaría de Salud (f. 28 cd. inicial).

5.2. Contrario a lo aducido por la entidad accionada, las operaciones previstas en el artículo 62 de la Resolución N° 5261 de 1994, referidas a “derivaciones en estómago”, bajo el código 07630, “anastomosis del estómago; incluyendo gastroduodenostomia, gastroyeyunostomía”, y el código 07631, “anastomosis del estómago en Y de Roux”, abarcan la técnicamente entendida como “by pass gástrico para cirugía bariátrica”, sí incluido en el POS3.

Así, no existe razón constitucional ni legal que permita a las entidades encargadas de prestar el servicio de salud negar la autorización anhelada.

5.3. Como no hay prueba sobre la previa consulta de la paciente con el grupo interdisciplinario, en el cual también deben estar incluidos médico general, internista, nutricionista y psicólogo, y en la línea jurisprudencial está claro que la selección de candidatos para el tratamiento quirúrgico de la obesidad requiere el consentimiento informado de la persona, que sólo se puede obtener en interrelación con el especialista y los demás profesionales, será ese grupo científico el que analice el caso de Elizabeth Juanillo y determine la viabilidad, efectividad y riesgos del procedimiento.

Consecuentemente, en la medida en que Caprecom EPS-S no agotó el estudio para la autorización del procedimiento ante el respectivo comité técnico científico, lo cual es de su cargo, esa falta no puede ser aducida para denegar el amparo del derecho fundamental a la salud de la actora.

5.4. Ahora bien, frente a la capacidad económica de la accionante, en el expediente (f. 4 cd.

inicial) se encuentra el carné de la EPS-S, donde consta la afiliación al Sistema General en Seguridad Social en Salud, Régimen Subsidiado, “estrato socioeconómico 1”, exento de copago, sin que obre refutación o prueba alguna que contradiga que la actora carece de medios para costearse la cirugía bariátrica, intervención que aparece como indispensable para la recuperación del derecho fundamental a la salud.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la respuesta emitida por las entidades accionadas y en armonía con la jurisprudencia, la Sala encuentra cumplidos los requisitos citados anteriormente, debiendo obtenerse primero el concepto del grupo interdisciplinario y, correlativamente, el consentimiento informado por parte de la actora.

5.5. En conclusión, debe ser revocado el no impugnado fallo proferido en octubre 29 de 2010 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santander de Quilichao, que denegó el amparo solicitado.

En su lugar, serán amparados los derechos de Elizabeth Juanillo a la salud y a la vida en condiciones dignas y se ordenará a Caprecom EPS-S y a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, por conducto de los respectivos representantes legales o quienes hagan sus veces, que si todavía no lo han realizado, en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, coordinadamente y en el ámbito propio de sus funciones, autoricen la remisión de la paciente al grupo interdisciplinario, para que sea valorada y advertida de la naturaleza, características, riesgos y consecuencias de la cirugía bariátrica y, si ella está de acuerdo y ese es el procedimiento médico quirúrgico apropiado, lo inicie en un término no mayor a un mes, debiendo concluir en el menor lapso científicamente indicado, dando oportuno y cabal cumplimiento a la adicional atención integral que deba prestársele.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida en octubre 29 de 2010 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santander de Quilichao, Cauca, que negó el amparo solicitado por

Elizabeth Juanillo, contra Caprecom EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud del Cauca.

En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos fundamentales de la actora a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Segundo: En consecuencia, ORDENAR a Caprecom EPS-S y a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, por conducto de los respectivos representantes legales o quienes hagan sus veces, que si todavía no lo han realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, coordinadamente y en el ámbito propio de sus correspondientes funciones, autoricen la remisión de Elizabeth Juanillo al grupo interdisciplinario, para que sea valorada y advertida de la naturaleza, características, riesgos y consecuencias de la cirugía bariátrica y, si ella está de acuerdo y ese es el procedimiento médico quirúrgico apropiado, lo inicien en un término no mayor a un (1) mes, debiendo concluir en el menor lapso científicamente indicado, dando oportuno y cabal cumplimiento a la adicional atención integral que deba prestársele a la paciente.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

2 T-369 de mayo 26 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

3 Sobre este aspecto, en la sentencia T-414 de abril 30 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se manifestó (no está en negrilla en el texto original): “La Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, sostiene: // ‘En la Resolución No. 5261 de 1994 con códigos 7630 y 7631 en el artículo 62, están descritos dos tipos de procedimientos de DERIVACIÓN GÁSTRICA por vía abdominal abierta o por laparotomía, como son las Anastomosis del estómago (gastroduodenostomía, gastroyeyunostomía) y la Anastomosis del estómago en Y de Roux, los cuales se debe 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 no estén dentro de las exclusiones señaladas en el artículo 18 de la mencionada Resolución. Sí bien, en dicho aparte se menciona como una de las exclusiones expresas en el POS a los tratamientos con fines de embellecimiento, sin duda alguna hay casos en los cuales, por una obesidad excesiva, la indicación de tratamiento quirúrgico trasciende lo estético por la necesidad mejorar funcionalmente a los pacientes con obesidad mórbidas y darles una mejor calidad de vida. // En el sistema no hay guías o protocolos y flujogramas para efectos de clarificar en caso dado el objetivo de un tratamiento respecto a lo funcional o lo estético, por lo cual debe ser realizado en cada caso teniendo en cuenta el concepto del médico o profesional tratante. // Por lo anterior, este Ministerio recomienda que sea dado por un perito o experto, donde emita un concepto sobre el entendimiento técnicamente como By Pass gástrico, para cirugía bariátrica.”