

Sentencia T-447/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con otros derechos fundamentales

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos y tratamientos de alto costo

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Importancia

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Es requisito que el tratamiento esté determinado por el médico tratante

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia por cuanto examen solicitado puede ser reemplazado por otro incluido en el POS

Referencia: expedientes T-1530616 y T-1531620

Peticionarios: Paola Andrea Albiz Guerra y Liliana Chacón Collazos

Accionados: Colmédica E.P.S. y Cafesalud E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007)

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra, 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 pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos de tutela correspondientes a los siguientes procesos:

a. Expediente T-1530616. Accionante: Paola Andrea Albiz Guerra Accionado: Colmédica E.P.S.

a. Expediente T-1531620. Accionante: Liliana Chacón Collazos. Accionado: Café Salud E.P.S.

-Acumulación

Los procesos T-1530616 y T-1531620 fueron seleccionados y acumulados, por el Auto de la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional del 16 de febrero de 2007, al considerar que existe unidad de materia y semejanza fáctica de los problemas jurídicos planteados en las respectivas acciones de tutela.

Procede la Sala a exponer los antecedentes, pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

EXPEDIENTE T-1530616

I. ANTECEDENTES

A. SOLICITUD

El 26 de octubre de 2006, la señora Paola Andrea Albiz Guerra interpuso acción de tutela contra Colmédica E.P.S. -, con el fin de solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la salud, y a la seguridad social, en conexidad con la vida en condiciones dignas, por habersele negado el procedimiento denominado BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA con fundamento en los siguientes:

B. HECHOS

1. Paola Andrea Albiz Guerra se encuentra afiliada a la E.P.S. Colmédica, en el régimen contributivo, desde del 23 de septiembre de 2002.

1. La accionante desde su adolescencia empezó a tener síntomas de sobrepeso. Con el paso de los años, su situación se agravó, causándole problemas físicos y psicológicos, al tener que suportar rechazos y discriminaciones por su apariencia física.

1. El 2 de diciembre de 2005 fue sometida de urgencias a una cirugía de LAPAROTOMIA por presentar un embarazo extrauterino avanzado, intervención que presentó grandes dificultades técnicas a causa de la obesidad padecida.

1. A raíz de las complicaciones que se presentaron en la cirugía de LAPAROTOMÍA, el ginecólogo doctor Jorge Hernán Gutiérrez, conceptúa: “ser la obesidad de la señora Paola Andrea Albiz una patología que pone en riesgo su vida, debe ser vista por un médico especialista en el tema.”

1. Declara haber asistido a consulta médica con el Doctor Manuel Reynaldo Ballesteros Barros, médico internista adscrito a Colmédica E.P.S., quien le diagnosticó “obesidad mórbida” y emitió el siguiente diagnóstico provisional:

“ Se me pide evaluar para cirugía bariátrica a la paciente en mención, le explico que como internista le buscare otras patologías asociadas a esta y que la decisión de operarse es por un equipo multidisciplinario. Evaluó exámenes de laboratorio que demuestran HIPERURICEMIA, HIPOTIRODISMO, DISLIPIDEMIA MIXTA las cuales le inicio tratamiento, además SS IC con nutrición, como internista conceptuó que su obesidad sí le causa enfermedades como MÓRBIDAS ASOCIADAS.”

1. Como consecuencia de lo anterior fue remitida a una nueva consulta médica con el Doctor Harry Abadía, médico cirujano general, quien confirmó la “obesidad mórbida” como la enfermedad generadora de la obesidad sufrida por la accionante.

1. Relata la accionante que insistió en varias oportunidades ante la E.P.S. para que le fuera autorizada la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, sin tener respuesta a su solicitud.

1. Dice la peticionaria que acudió al médico particular el cirujano Hernán Darío Restrepo, quien le ordenó la CIRUGÍA DE BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, como tratamiento necesario para recuperar la salud y expresa que no se trata de un procedimiento estético, sino que por el contrario tiene una aplicación específica para tratar la obesidad mórbida y agrega que es una enfermedad que pone en riesgo la vida de las personas.

1. Como no había una respuesta clara a la solicitud del tratamiento, Paola Andrea Albiz Guerra el 2 de octubre de 2006 interpone derecho de petición, con el fin de obtener la autorización del tratamiento de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, con fundamento en la orden médica del médico particular.

1. El 17 de octubre de 2006, la E.P.S. demandada contesta la petición, negando la autorización de la cirugía por ser un procedimiento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

C. Actuaciones procesales

Mediante auto, del treinta (30) de octubre de 2006, el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali admitió la demanda interpuesta y dió traslado a la entidad demandada, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

D. Traslado y contestación de la demanda.

En escrito del 1° de noviembre de 2006, Colmédica E.P.S. dio respuesta a la acción de tutela, negando las pretensiones de la accionante, al no haber vulnerado los derechos a la salud, seguridad social en conexidad con la vida, bajo los siguientes argumentos:

1. Dada la patología de OBESIDAD MÓRBIDA, a la accionante le fue prescrito una intervención quirúrgica denominada BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, el cual fue negado por ser un tratamiento no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud P.O.S., ascendiendo el costo de ese procedimiento a dieciocho millones de pesos (\$18.000.000).

1. Del procedimiento solicitado se derivan otras cirugías reconstructivas, que de igual forma no están cubiertas por el P.O.S.

1. Lo único posible de suministrar es el procedimiento, ANASTOMOSIS DEL ESTOMAGO EN Y DE ROUX, cirugía abierta que esta incluida en la Resolución 5261 de 1994 (Manual de Actividades Procedimientos e Intervenciones del P.O.S.).

I. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

1. Copia del carné de afiliación a la E.P.S. Colmédica, en el que consta que la fecha de afiliación de la accionante, en calidad de cotizante, fue el día 23 de septiembre de 2002.

1. Copia de la Cédula de ciudadanía de la accionante en la que consta que su fecha de

nacimiento es el 22 de noviembre de de 1974.

1. Copia del concepto médico emitido por el ginecólogo Jorge Hernán Gutiérrez médico tratante de la E.P.S., en el que se evidencia las complicaciones quirúrgicas sufridas por la accionante en la LAPAROTOMIA y la remisión al médico especialista por considerar que la obesidad de la paciente es una patología crónica.

1. Copia de exámenes de laboratorio practicados el 17 de agosto de 2006.

1. Copia del concepto médico del Doctor Manuel Reynaldo Ballesteros Barros del 26 de agosto de 2006, quien evalúa la viabilidad de la práctica de la cirugía bariátrica, en el cual recomienda la aplicación de otros tratamientos alternos para atender la patología de obesidad.

1. Copia de consulta medica del 29 de agosto de 2006 con el médico cirujano Harry Abadía G.

1. Copia del diagnóstico que la accionante solicita al médico particular Hernán Darío Restrepo de la clínica Medellín, en el que se indica: "obesidad severa, se requiere BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA."

1. Copia del derecho de petición interpuesto por la peticionaria, en el que solicita la autorización del BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.

1. Copia de la respuesta dada por Colmédica E.P.S. a la petición, donde niega la autorización

de la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, por no encontrarse dentro de los tratamientos contemplados en el P.O.S.

1. Declaración de la señora Paola Andrea Albiz Guerra rendida ante el Juez Veintisiete Civil Municipal de Medellín , en la que destaca lo siguiente:

“Que la E.P.S. Colmédica me autorice la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, el cual me fue ordenado por el médico Héran Darío Restrepo de la Clínica de Medellín del Poblado, aclaro que éste médico no está adscrito a la E.P.S., yo tuve que acudir donde un médico particular, ya que yo estuve hospitalizada en la Clínica Bolivariana el 1 de diciembre de 2005, por embarazo tóxico y el médico Jorge Hernán Gutiérrez en la Historia Clínica ordenó manejo especializado y multidisciplinario, yo fui a la E.P.S. para empezar hacer las vueltas y allí me mandaron donde el médico general y éste me mandó para el internista, el internista Dr. Manuel Reinaldo Ballesteros me dijo que yo si necesitaba la operación, pero que él no me podía dar ninguna orden porque eso no le correspondía a él, me ordenó unos exámenes de tiroides , ácido úrico, colesterol, electrocardiograma, triglicéridos y me remitió donde el cirujano Dr. Harry Abadía y él me dijo que yo necesitaba esa cirugía, pero que no me podía dar la orden porque en la E.P.S. se lo prohibían, que esa era una cirugía que no cubría la E.P.S..”

I. DECISIÓN JUDICIAL.

A. Única Instancia.

El Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Medellín, mediante providencia del diez (10) de noviembre de 2006, negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social en conexidad con la vida, por considerar no cumplidos los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para la inaplicación del P.O.S.

Agrega que el procedimiento solicitado por la tutelante, no lo formuló un médico tratante adscrito a Colmédica E.P.S, de acuerdo a lo expresado bajo la gravedad de juramento por la peticionaria, en la declaración rendida dentro del proceso: “la cirugía Bypass por

Laparoscopia me fue ordenado por el médico Hernán Darío Restrepo de la Clínica Medellín del Poblado, aclaro que éste médico no está adscrito a la E.P.S., yo tuve que acudir a donde un médico particular”.

EXPEDIENTE T-1531620.

I. ANTECEDENTES

A. SOLICITUD

El 23 de agosto de 2006, Liliana Chacón Collazos interpuso acción de tutela en contra de Cafesalud E.P.S., solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social en conexidad con la vida en condiciones dignas, por haberle negado el procedimiento denominado BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA con fundamento en los siguientes:

B. HECHOS

1. La señora Liliana Chacón Collazos dice estar vinculada a Cafesalud E.P.S. en el régimen contributivo, como beneficiaria de su esposo.

1. Afirma que le diagnosticaron “obesidad mórbida”, enfermedad que no le permite desarrollar una vida en condiciones dignas, pues por su apariencia física sufre de depresión, rechazo social, y limitación en el desarrollo de actividades deportivas.

1. En consecuencia, el médico tratante le ordenó la práctica de una CIRUGÍA BARIATRICA para controlar la “obesidad mórbida” y reducir el riesgo de mortalidad temprana de la paciente.

1. Aduce que, interpuso derecho de petición para solicitar la cirugía BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, como tratamiento necesario para atender la enfermedad que padece de “obesidad mórbida”, ya que cuenta con un peso de 102 kilos y una estatura de 1 metro con 62 centímetros.

1. Como respuesta al derecho de petición, la demandada informa que dentro del historial médico no se ha manejado la enfermedad por médicos especialistas; por tanto, antes de implementar un tratamiento quirúrgico, es necesario tratar la patología por un médico nutricionista y por medicina interna, ya que la cirugía solicitada es riesgosa, lo que generaría complicaciones médicas para su salud.

C. Actuaciones procesales

Mediante auto, del veintitrés (23) de agosto de 2006, el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Cali admitió la demanda interpuesta y dio traslado a la entidad accionada, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

D. Traslado y contestación de la demanda.

En escrito del 29 de agosto de 2006, Cafesalud E.P.S. dio respuesta de manera extemporánea a la acción de tutela, negando las pretensiones de la accionante, al no haber vulnerado los derechos a la salud, seguridad social en conexidad con la vida, por ser la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA un procedimiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud y que por su complejidad pone en riesgo la vida de la paciente.

Agrega lo siguiente “Es primordial antes de entrar a proporcionar tratamientos quirúrgicos contra la obesidad, haber descartado por parte de endocrinología las patologías primarias como causales de la obesidad, o si se encuentran, darles el tratamiento médico que ameritan, para así mismo solucionar el problema de obesidad sin tener que recurrir a cirugías, ya que el hecho de no hacerlo o no descartar estas patologías primarias, pondría en grave riesgo la vida de la paciente al someterla a un acto quirúrgico de tanto estrés como es la cirugía Bariátrica.”

I. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

1. Copia del concepto médico emitido por el médico tratante, el doctor Fernando Quiroz, el cual formula la intervención quirúrgica BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, para neutralizar la enfermedad de la paciente y reducir el riesgo de mortalidad prematura.

1. Copia de la petición que efectúa la paciente, en la cual solicita la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA ordenada por el médico tratante Doctor Fernando Quiroz Romero.

1. Respuesta al derecho de petición propuesto por la accionante, en el que la E.P.S. Cafesalud le informa la necesidad de ser valorada por un médico nutricionista y por medicina interna en busca de otro tratamiento, antes de realizar una intervención quirúrgica de esa naturaleza, que pone en riesgo la vida de la paciente.

1. Declaración del Juez Veinticuatro Civil Municipal de Cali en la cual manifiesta lo siguiente (Folio 21):

“Septiembre 4 de 2006- Se habla vía telefónica con el Dr. Fernando Quiroz teléfono celular 3155619605 donde informa que es médico adscrito a la E.P.S. Cafesalud y que atiende pacientes remitidos por esta cuando han agotado los procedimientos previos en el tema de obesidad. Aclara que la paciente corre más riesgos con la obesidad que con misma cirugía la cual es la solución indicada para su caso”

5. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional

Mediante auto del 27 de abril de 2007, esta Corporación dispuso lo siguiente:

PRIMERO. ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la E.P.S. Cafesalud Seccional Cali, para que, en el término de tres (03) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto:

1. Allegue historia Clínica de la señora Liliana Chacón Collazos.

1. Informe qué tratamientos médicos se han practicado o realizado para tratar la enfermedad “obesidad mórbida” de la señora Liliana Chacón Collazos.

1. Informe si el médico tratante Fernando Quiroz es un médico adscrito a la E.P.S. Cafesalud.

SEGUNDO. ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Doctor Fernando Quiroz, para que, en el término de tres (03) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto:

1. Rinda concepto médico si es que no lo ha realizado, acerca de la necesidad médica de la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, como medio para recuperar la salud física y mental de la señora Liliana Chacón Collazos y envíe a esta Corporación el citado concepto.

1. Informe en el concepto mencionado, los riesgos y tratamientos posquirúrgicos que genera la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.

Vencido el término probatorio se allegaron a esta Corporación los siguientes documentos:

1. Concepto médico del doctor Fernando Quiroz que respondió de la siguiente forma:

“La paciente Liliana Chacón Collazos asistió a mi consulta con el diagnóstico de “obesidad mórbida” asociado a depresión, disfunción sexual y problemas articulares.”

“La obesidad se considera una enfermedad que incrementa los riesgos de morbilidad y mortalidad, reduciendo la calidad y la expectativa de vida.”

“Se le ordenó el procedimiento denominado BYPASS GÁSTRICO LAPAROSCOPIA, que le permite reducir de peso y mejorar las condiciones de salud, así como prevenir complicaciones posteriores.”

“El BYPASS GÁSTRICO LAPAROSCOPICO consiste en seccionar una parte del estómago quedando una parte útil de menos de tres onzas y el resto abandonado o no útil. Sección y derivación del intestino delgado a una longitud variable entre 80 cms y 2 mts, entendiéndose que en esencia es un procedimiento irreversible y que obliga a recibir de por vida medicamentos multivitamínicos tanto orales como intramusculares.”

“Los riesgos entre otros pueden ser: sangrado, infección de heridas o interna tipo peritonitis, falla en las suturas, filtración de líquido intestinal, fistulas, peritonitis, falla respiratoria o de otros órganos, estrecheces de las uniones intestinales, obstrucción intestinal, vómito ocasional o persistente, hernias internas, deshidratación, desequilibrio hidroelectrolítico, desnutrición, y otras incluso la muerte.”

2. Memorial de la abogada de Cafesalud E.P.S., por medio del cual anexa historia clínica de la accionante. De ella se desprenden los siguientes hechos más relevantes:

“El 6 de junio de 2006 asistió a consulta médica Liliana Chacón Collazos por presentar obesidad, la valoran y se diagnostica “obesidad mórbida” con un registro de masa corporal de 40, se ordenan exámenes médicos y se remite para valoración a cirugía general.”

“El 22 de septiembre de 2006 se realizó evaluación prequirúrgica de BYPASS GÁSTRICO, para explicarle a la paciente el riesgo que tiene volver a sufrir tuberculosis por los efectos de la cirugía.”

“El 12 de octubre de 2006, el médico tratante al analizar los exámenes realizados para la

cirugía de BYPASS GÁSTRICO, encuentra la enfermedad denominada HIPOTIROIDISMO como causa de la obesidad padecida por Liliana Chacón Collazos y en consecuencia ordenan medicamentos, dieta y un plan de acondicionamiento físico.”

“El 10 de noviembre de 2006 asiste a control médico para analizar la evolución médica del hipotiroidismo y obesidad, se encuentran notorios resultados al bajar de 40 a 37 el índice de masa corporal”

“El 7 de marzo de 2007 consulta médica con el nutricionista, se mantiene el índice de masa corporal en 37 y un peso estable, se le recomienda continuar con la actividad física”

I. DECISIÓN JUDICIAL.

A. Primera Instancia

El Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Cali, mediante providencia del cuatro (4) de septiembre de 2006, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social en conexidad con la vida, por considerar cumplidos los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para la inaplicación del P.O.S. y en consecuencia ordena la realización de la cirugía BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.

Agrega el juez de instancia, que la Corte Constitucional ha establecido las directrices para la inaplicación del P.O.S., las cuales se cumplen a cabalidad por la accionante y por el contrario la E.P.S. demandada no ha dado otra justificación que la no inclusión del BYPASS GÁSTRICO en el P.O.S., poniendo en riesgo la vida de la paciente.

De igual forma el juez indica haberse comunicado telefónicamente con el médico tratante, quien le informó ser un médico adscrito a la E.P.S. Cafesalud y la necesidad de practicar lo antes posible la cirugía, por estar en riesgo la vida de la paciente por las condiciones físicas que presenta su salud.

B. Segunda instancia

El Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali resolvió la impugnación presentada por la E.P.S. Cafesalud, en el cual revoca el fallo de primera instancia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La inaplicación del Plan Obligatorio de Salud no procede en todos los casos, para que ello proceda es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2. La accionante debe ser tratada por la E.P.S. previamente y en este caso no se ha cumplido.

3. En caso de que la paciente falle a los tratamientos con los especialistas que haga la E.P.S., ésta última deberá asumir el costo de la cirugía que sea recomendada con el fin de dar cumplimiento a los postulados constitucionales plasmados en la jurisprudencia constitucional.

4. No es posible inaplicar la legislación de seguridad social en este caso, puesto que no se ha demostrado que se cumpla en su totalidad con los requisitos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar las sentencias proferidas por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá en los procesos acumulados de la referencia.

B. Fundamentos jurídicos

1. Problema Jurídico que plantean las demandas.

Los expedientes acumulados plantean conjuntamente la presunta vulneración al derecho

fundamental a la seguridad social, la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas por parte de las E.P.S. demandadas al negar la práctica de la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.

2. Reiteración de jurisprudencia. El derecho a la salud y la conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas dentro de un Estado Social de Derecho.

El derecho a la vida humana está establecido desde el preámbulo mismo de la Constitución, como un valor superior que debe ser protegido por el estado, tanto por las autoridades públicas como por los particulares, que deberán garantizar y proteger la vida humana.

De igual manera, esta Corporación¹ ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna” conforme con lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana.”

Ahora bien esta Corporación en numerosos fallos ha definido el contenido y alcance del derecho a la salud, señalándolo como un derecho de carácter prestacional en su contenido propiamente dicho, pero puede llegar a ser protegido por la acción de tutela cuando se da la conexidad, la cual permite tutelar un derecho no fundamental como fundamental, cuando la estrecha y directa relación entre ellos implica la amenaza o vulneración de un derecho fundamental.

La Corte Constitucional desde sus inicios definió la conexidad, como aquellos derechos que no siendo denominados como fundamentales en el texto constitucional, les es dada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma tal que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida. 2

Esa interpretación ha sido reiterativa por la jurisprudencia de tutela, así por ejemplo, en la Sentencia T-575 de 20053, se dijo:

“La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En efecto la Corte ha considerado que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental por que no es un derecho subjetivo. Sin embargo, “ (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”.

3. La procedencia de la acción de tutela como mecanismo excepcional para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos en el P.O.S.
Reiteración de Jurisprudencia

Teniendo en cuenta la naturaleza prestacional del derecho a la Salud, el suministro de medicamentos y tratamientos que necesita la población colombiana, para el cuidado de su salud, no pueden ser cubiertos directamente por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, debido a los altos costos que éstos pueden generar y los limitados recursos con que cuenta el sistema.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación⁴, los recursos del Sistema deben destinarse a lo más urgente e indispensable, con el fin de cumplir plenamente con los principios que rigen la seguridad social, como la progresividad, eficiencia, la universalidad y la solidaridad. Con fundamento en lo anterior, aquellos medicamentos, exámenes o procedimientos excluidos del Sistema, deben correr por cuenta del afiliado o beneficiario.

Aunque lo anterior es la regla general en el sistema, pues de este modo se garantiza la subsistencia y viabilidad del sistema de seguridad social, pero pueden existir eventos en los que el no suministro de los medicamentos, exámenes y procedimientos puede llegar a afectar los derechos fundamentales del cotizante, asegurado o del beneficiario, poniendo en peligro su derecho a la vida, a la integridad personal, a la dignidad humana, etc., en esos casos, lo procedente es la inaplicación de las normas que contemplan esa exclusión pues de

este modo se impide que las normas de seguridad social obstruyan el goce efectivo de los derechos constitucionales⁵.

De todas maneras, la persona que pretenda que se inapliquen las normas de seguridad social, deberá demostrar ciertos requisitos que la jurisprudencia ha delineado y que deben ser objeto de análisis por parte de los jueces constitucionales, a saber:

“i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna.

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el P.O.S., o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.⁶”

En cada caso el Juez de tutela deberá verificar que se cumplan estos presupuestos, y una vez comprobados se podrá ordenar a la E.P.S. o A.R.S. correspondiente, el suministro de los tratamientos y medicamentos, para que se lleve a cabo el tratamiento y que se realice el procedimiento médico solicitado.

Sin embargo, respecto a los casos específicos de cirugía de BYPAS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, la Corte ha considerado que debe realizarse una valoración médica por un grupo de médicos interdisciplinarios y dependiendo del resultado obtenido en el estudio, se practicará la cirugía, siempre y cuando se concluya como única alternativa médica para tratar la enfermedad denominada “obesidad mórbida”.⁷

Fuera de lo anterior la Corte agregó, que debe haber un “consentimiento informado del paciente”, que consiste en la obligación que tienen los médicos especialistas, de informar de forma clara y concreta los efectos de la “cirugía bariátrica”, para que el o la paciente, manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al procedimiento.

Al respecto en la Sentencia T- 1229 del 20058 se dijo lo siguiente:

“Así, en la medida en que la accionante requiere de la mencionada cirugía para solucionar su problema de sobrepeso que esta afectando de manera grave su salud y que atenta igualmente en contra de su vida, resulta importante, que previo a la realización del mencionado procedimiento quirúrgico, y de que la accionante dé su consentimiento para el mismo, obtenga de todos y cada uno de los médicos especialistas que de una u otra forma tengan dentro de su conocimiento el manejo, tratamiento y control de las otras patologías que le han sido diagnosticadas y que aparecen reseñadas en el último control médico, la información necesaria acerca de los efectos que dicho procedimiento quirúrgico tendría en relación con esas afecciones. Ello con el fin de que, estando plenamente informada la paciente, pueda de manera libre y espontánea dar su consentimiento y autorizar le sea practicada la anotada cirugía de BYPASS GÁSTRICO”.

Posteriormente esta Corporación, en Sentencia T- 110 de 20079 trató el tema de una accionante que padecía “obesidad mórbida” con un índice de masa corporal de 41 y la A.R.S. no autorizó la práctica de la cirugía de BYPASS GÁSTRICO, luego de su análisis la Sala Cuarta de Revisión “ordenó la práctica de todos los exámenes y procedimientos que requiera la accionante como preparación para la cirugía bariátrica, así como la realización de la cirugía misma de acuerdo con la prescripción que efectuó su médico tratante, siempre que la paciente consienta en ello y que de los exámenes que se practiquen no se concluya que el estado de salud de la señora Clavijo Bernal impide la práctica de la referida cirugía.”

Así las cosas, si se cumplen con los anteriores requisitos podrá inaplicarse las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud para proteger los derechos a la salud y seguridad social en conexidad con la vida y ordenar la práctica de la cirugía de BYPASS GÁSTRICO.

C. Análisis de los casos concretos.

Una vez analizada la jurisprudencia relacionada con los procesos acumulados, esta Sala

analizará cada uno de ellos con el fin de indicar si hay una vulneración al derecho a la salud en conexidad con la vida, al no autorizar la cirugía BYPASS GÁSTRICO por ser un procedimiento excluido del P.O.S, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos consagrados por esta Corporación para la inaplicación del Plan Obligatorio de Salud.

EXPEDIENTE T-1530616

En el primer caso objeto de revisión, de acuerdo a los hechos y la jurisprudencia reseñada procede esta Sala a determinar si la E.P.S. Colmédica ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Paola Andrea Albiz Guerra, al negar la autorización y práctica de la cirugía BYPASS GÁSTRICO.

La Corte ha dicho, que cuando los usuarios requieren un tratamiento, examen, intervención, medicamento o diagnóstico y las entidades promotoras de salud lo niegan, con fundamento en que no está incluido en el P.O.S., se ha reiterado que la acción de tutela se torna procedente en los casos donde se afectan derechos fundamentales y se cumplan con los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional.

Conforme a lo anterior se analizará si en el presente caso se cumplen los requisitos para proceder a inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud.

De acuerdo con la jurisprudencia, el primer requisito necesario para el reconocimiento de servicios médicos NO P.O.S. es: “que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado”.

Para la Sala se encuentra acreditado que Colmédica E.P.S. niega la práctica de la cirugía de BYPASS GÁSTRICO, por ser un procedimiento no contemplado en el P.O.S., hecho que pone en riesgo la vida de Paola Albiz Guerra al padecer “obesidad mórbida”, patología que como quedo demostrado dentro del expediente, le causó serios problemas de salud en el embarazo, incluso puso en riesgo su vida.

El segundo requisito establecido es “que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el P.O.S. o en el P.O.S.-S o que,

pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente”.

En estos términos, de acuerdo al material probatorio, se encuentra el concepto médico emitido por el Doctor Manuel Reynaldo Ballesteros Barros, médico internista adscrito a la E.P.S. Colmédica, quien explica: “se debe buscar otras patologías asociadas a la “obesidad mórbida” y que la decisión de efectuar la cirugía de BYPASS GÁSTRICO debe ser tomada por un equipo interdisciplinario.”

En complementación con lo anterior la E.P.S. demandada reitera la necesidad de agotar otro tipo de tratamientos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, como es la Anastomosis del Estomago en Y de Roux contemplada en la Resolución 5261 de 1994.

En efecto, esto demuestra que existen otros tratamientos que pueden tener el mismo nivel de efectividad al solicitado por la accionante, hecho que conlleva al incumplimiento al tercer requisito establecido por la jurisprudencia de la Corte.

Otro aspecto, es la afirmación hecha por la accionante en la declaración rendida ante el juez de instancia, en la cual expresa ser un médico particular el Doctor Hernán Darío quien le formula la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, circunstancia que conlleva al incumplimiento de tercer presupuesto establecido por la jurisprudencia como es “que el tratamiento o medicamento formulado sea efectuado por un médico tratante adscrito a la E.P.S”.

En ese orden de ideas esta Corporación en varias ocasiones ha definido como médico tratante aquel profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examina como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. Al no ser la prescripción del médico tratante, el juez de tutela no puede dar órdenes a la E.P.S. encaminadas a la entrega de medicamentos o la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional¹⁰, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la E.P.S. accionada. Al respecto, se ha afirmado:

“Como se expresó en la parte considerativa, es necesario que el tratamiento a seguir sea determinado por el médico tratante de la EPS para que este vincule a la entidad con la prestación de los servicios médicos determinados. En el presente caso de lo dicho por el médico tratante no se desprende la existencia de una orden inequívoca y explícita de la necesidad de cirugía¹¹.”

De igual manera, en la Sentencia T- 188 de 2005¹² respecto al médico tratante se dijo:

“En el caso concreto estudiado por la Sala, se observa en primer lugar, que los medicamentos que reclama la actora por vía de la acción de tutela, no fueron prescritos por un médico adscrito al Seguro Social, y, en segundo término, que dicha entidad no le ha negado la asistencia médica que ha requerido por su enfermedad, por cuanto la paciente no ha acudido a las entidades adscritas al mencionado instituto a utilizar el servicio para su atención en salud...” Y más adelante agrega ““Por consiguiente, no resulta factible en este caso, acceder al amparo demandado, no precisamente porque el procedimiento prescrito se encuentre excluido del P.O.S. y el derecho invocado no tenga el carácter de fundamental, sino porque el tratamiento que potencialmente requiere la actora, no fue dispuesto por un médico adscrito a la entidad accionada y ese requisito no se puede pretermitir sin mayores disquisiciones, puesto que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo determinen los facultativos que mantienen una relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede disponer el tratamiento, o prescribir el medicamento”.

La Sala de acuerdo a lo expresado anteriormente concluye que en el presente caso, no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para que por medio de la acción de tutela se pueda ordenar la inaplicación del Plan Obligatorio de Salud.

En conclusión la Sala ordenará confirmar el fallo de única instancia.

EXPEDIENTE T-1531620.

De acuerdo con lo expuesto en los fundamentos jurídicos y lo referente al expediente anterior, la Sala analizará de igual forma si en el presente caso se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación para inaplicar las normas que regulan las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud.

En el presente caso, Cafesalud E.P.S. negó la autorización de la cirugía BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, por ser una intervención quirúrgica no contemplada en el P.O.S.. La peticionaria alega la vulneración del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas, pues aduce que la “obesidad mórbida” que padece le ocasiona grandes problemas de salud y le impiden desarrollar una vida normal.

Dentro de esta hipótesis la Sala verificará el cumplimiento de los presupuestos jurisprudenciales para la inaplicación de las normas que regulan el P.O.S.

1) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado.

La Sala encuentra que de acuerdo a la historia clínica se cumple el primer presupuesto, al haber un alto riesgo de mortalidad, por padecer “obesidad mórbida”, patología que le genera fuertes dolores en la espalda y rodillas, además de disfunción sexual, y depresión, sin que pueda disfrutar la señora Liliana Chacón Collazos de una vida en condiciones dignas.

2.) Que el tratamiento ordenado no pueda ser sustituido por otro previsto en el P.O.S., o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

Ahora bien en este punto tenemos por un lado, la posición de la E.P.S. demandada, cuando dice, que existen otros tratamientos que deben agotarse por endocrinología, para identificar las patologías primarias que causan la enfermedad de “obesidad mórbida”, antes de proponer tratamientos quirúrgicos, que pueden resultar adversos a la salud de la paciente.

Igualmente está el concepto del médico tratante Fernando Quiroz, adscrito a la E.P.S, quien ordena la cirugía como el tratamiento idóneo para la recuperación de la salud de la señora Liliana Chacón Collazos.

Pero a pesar de las pruebas que obran en el expediente, la Sala consideró ser necesario indagar más a fondo sobre la condición médica de la accionante, razón por la cual solicito a la E.P.S. demandada la historia clínica de la accionante, al igual que información detallada sobre los tratamientos agotados para remediar la enfermedad (“obesidad mórbida”) que padece y lo mismo se hizo con el médico tratante para que rindiera concepto sobre la salud

de la paciente.

De la historia clínica de Liliana Chacón Collazos, aportada por la demandada, y del concepto del médico tratante, la Sala puede concluir lo siguiente:

Para la época en que se dio el diagnóstico de la “obesidad mórbida”, es decir junio de 2006, la accionante tenía una masa corporal superior a los 40 centímetros, y que de acuerdo al concepto médico del doctor Fernando Quiroz, “cuando una persona tiene ese volumen de grasa corporal, hay un alto índice de mortalidad, siendo el tratamiento más viable la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.”

No obstante de lo anterior, el 10 de octubre de 2006¹³ a la señora Liliana Chacón se le diagnosticó Hipotiroidismo, y se le informó que está era la causa del aumento de peso, teniendo que empezar un tratamiento médico basado en medicamentos, fisioterapias y dieta, con un control periódico cada mes.

Luego en la consulta médica del 10 de noviembre de 2006¹⁴, la accionante registra una disminución de la masa corporal al bajar de 40 a 37 centímetros, con una pérdida de peso de 7 kilos, sin embargo se ordena continuar con el tratamiento de nutrición, fisioterapia y medicamentos para controlar el Hipotiroidismo. Posteriormente en consulta médica con el nutricionista el 7 de marzo de 2007, mantiene el peso y registra una masa corporal de 37 centímetros. Y además la paciente comenta su intención de no someterse a la cirugía de BYPASS GÁSTRICO por ser una intervención no reversible.

En estas condiciones, la Sala encuentra que la “obesidad mórbida” que padece la accionante esta siendo tratada con métodos alternos a la “cirugía bariátrica”, que han tenido como resultado una disminución significativa de su masa corporal de 40 a 37 centímetros.

Es importante decir que la evaluación hecha por el médico tratante Doctor Fernando Quiroz es de Agosto de 2006 y que de acuerdo a los nuevos hechos, se deduce que la valoración para la cirugía de BYPASS GÁSTRICO se realizó con anterioridad al diagnóstico del Hipotiroidismo y de la puesta en práctica del tratamiento médico con dieta y fisioterapia. Por lo tanto la Sala valora como no suficiente el concepto del médico tratante al haber sido anterior al estudio médico que se realizó para determinar las causas de la enfermedad de la accionante.

Conforme a lo expuesto en el caso de la referencia, no se cumple con el segundo presupuesto exigido por la jurisprudencia de esta Corporación para inaplicar las normas que rigen el Plan Obligatorio de Salud, al existir otro tratamiento que tiene la misma efectividad del formulado. En estas condiciones al no encontrarse verificado el cumplimiento del anterior requisito la Sala se abstendrá de analizar los requisitos restantes y procederá a confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Quince Civil del Circuito por ajustarse en todo a derecho.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

SEGUNDO . CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Medellín del 10 de noviembre de 2006, por medio del cual se negó el amparo solicitado por la señora Paola Andrea Albiz Guerra, dentro del expediente T-1530616.

TERCERO. CONFIRMAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida del dos (2) de noviembre de 2006 por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, que revocó el fallo del cuatro (4) de septiembre de 2006 del Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Cali, dentro del expediente T-1531620.

CUARTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver entre otras, las Sentencias T-706 y T-274 de 2004 M.P Jaime Araujo Rentería.

2 Esa es la interpretación que se ha dado a ese derecho desde los primeros años de la Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-571 de 1992. M.P. Jaime Sanin Greiffenstein, se pueden consultar las sentencias T-426 de 1992, 495 de 2003, 1014 de 2004, entre otras.

4 Sobre la materia, se pueden consultar, entre otras, las sentencias SU-111 de 1997, SU-480 de 1997, T-236, T-283 de 1998, T-560 de 1998, T-016 de 1999, T-409 y 549 de 2000, T-844 de 2001, T-1204 de 2000, T-1032 de 2001, T-668 de 2002, T-650 de 2004, T-377 de 2005, T-616 de 2005, T-618 de 2005, T-1311 de 2005, T-027 de 2006, T-060 de 2006, T-335 de 2006, T-627 de 2006, entre otras.

5 En el mismo sentido se pronunció la Sentencia T-060 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

6 Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-500/94, SU-819/99, T-523/01, T-586/02 y T-990/02.

7 Sentencia T- 828 de 2005 M.G. Humberto Sierra Porto

8 M.P. Jaime Araujo Rentería

9 M.P. Rodrigo Escobar Gil

10 SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en T-378 de 2000, y la T-749 de 2001.

11 Sentencia T- T- 749 de 2001 Marco Gerardo Monroy Cabra

12 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

13 Folio 40 del cuaderno No. 4

14 Folio 41 del cuaderno No.4