

Sentencia T-658-09

DERECHO A LA SALUD-Comprende un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del mayor nivel que puede suministrarse a una persona

DERECHO A LA SALUD-Derecho constitucional y servicio público esencial

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación jurídica

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL EN DERECHO A LA SALUD COMO FUNDAMENTAL DE MANERA AUTONOMA-Sentencia T-760/08

DERECHO A LA SALUD-Prestación a cargo del Estado orientado por los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia

DERECHO A LA SALUD-Es un derecho fundamental

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad

DERECHO A LA SALUD-Casos en que cabe la protección por vía de tutela

En cuanto a la protección del mencionado derecho, la Corte Constitucional ha señalado que cabe su protección por vía de acción de tutela cuando se requiera la prestación de un servicio médico. En ese sentido, se ha dicho que hay lugar a promover su protección en los siguientes dos casos: (i) cuando el servicio médico requerido se encuentre incluido en los planes obligatorios de salud, siempre que su negación no responda a un criterio médico y (ii) cuando se niegue una prestación excluida de los citados planes que se requiera de manera urgente, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para tal fin. En ambos casos, la protección se da para que se preste el servicio por la respectiva EPS a la que pertenece el usuario, independientemente del hecho de que el financiamiento del mismo no recaiga directamente en ella.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Régimen subsidiado

LINEA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA CON EL PROBLEMA DE SALUD PUBLICA-

Reiteración de jurisprudencia sobre la obesidad mórbida y la cirugía de By pass gástrico

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

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para la cirugía de By pass Gástrico por obesidad mórbida

Así pues, se precisaron las condiciones necesarias para que la cirugía bariática pudiese ser autorizada por vía de tutela y se dispuso que: “(i) debía quedar plenamente demostrado que la persona tenía una patología que le impedía absolutamente desenvolverse en comunidad o que tenía graves consecuencias para su vida biológica, (ii) debía demostrar que el diagnóstico y solicitud de práctica del procedimiento habían sido proferidos por los médicos vinculados a la EPS accionada, (iii) debía acreditarse que no existía otro tratamiento capaz de evitar el daño a la vida y; por último, (iv) debía quedar claro que la persona no contaba con los medios económicos necesarios para sufragar el tratamiento, bien sea directamente o por medio de mecanismos de financiación no confiscatorios que cubran el riesgo”. Además, mediante Sentencia T-725 de 2007, se puntualizó sobre la necesidad de obtener, antes de practicarse el procedimiento, (i) el consentimiento informado del paciente¹ y (ii) de la valoración técnica realizada al paciente, por parte de un grupo interdisciplinario de médicos, realizada antes de la emisión de la orden médica en el que se le prescriba dicho procedimiento.

ACCION DE TUTELA CONTRA ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Procedencia para autorización de procedimiento de by pass gástrico por laparoscopia

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Concepto de médico tratante particular resulta vinculante cuando no se evalúa la situación del paciente

ACCION DE TUTELA CONTRA ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Procedencia para autorización de procedimiento de by pass gástrico por laparoscopia

Referencia: expediente T-2.283.221.

Alexander Escobar Vásquez.

Demandado:

EMSANNAR E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera y segunda instancia, por los Juzgados Veintidós Penal Municipal y, Décimo Penal del Circuito, dentro del trámite de tutela impetrada, a través de apoderado judicial, por ALEXANDER ESCOBAR VÁSQUEZ contra EMSSANAR E.S.S. EPSS.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud.

El señor Alexander Escobar Vásquez, mediante apoderado, solicita impetró el amparo de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, lo cuales considera vulnerados por la Entidad Promotora de Salud, EMSSANAR E.S.S E.P.S-S, al no autorizarle el procedimiento quirúrgico Bypass Gástrico ordenado por su médico tratante.

1. Reseña Fáctica.

Afirma el accionante en su libelo que:

1. Se encuentra vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro del Régimen Subsidiado, clasificado por el SISBEN en nivel II y, afiliado a EMSSANAR E.S.S. E.P.S.-S.

1. A sus 30 años padece de sobrepeso, enfermedad que pone en riesgo su vida y que disminuye su posibilidad de subsistencia en condiciones dignas. Para tratar dicha patología, inició diversos tratamientos tales como, dietas, medicamentos y ejercicios, sin obtener resultado alguno.

1. El 01 de octubre de 2008, consultó a un especialista en Cirugía Bariátrica por Laparoscopia, el Dr. Rafael Arias, su médico tratante, quien le diagnosticó SUPER OBESIDAD, de 5 años de evolución, de acuerdo con la siguiente información:

PESO

160 Kg

ESTATURA

1.79 Cm

INDICE DE MASA CORPORAL

50 Kg/m²

1. Como consecuencia de su enfermedad, el médico tratante le sugirió practicarse el BYPASS GÁSTRICO, y en efecto, le prescribió lo siguiente:” (...) Requiere tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de

tratamientos no quirúrgico. Favor autorizar BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA. Autorizar uso de Ligasure y Sutura Mecánica. Este procedimiento no es estético, tiene indicación médica. La Súper Obesidad es una enfermedad que pone en riesgo la salud presente y futura del paciente e interfiere con el desempeño normal de las actividades de la vida diaria”.

1. Como consecuencia de lo anterior, solicita la protección de los derechos que considera vulnerados.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones.

El demandante señala que la actuación de la entidad demandada ha vulnerado sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social, al no autorizar el tratamiento quirúrgico BYPASS GÁSTRICO, con uso de sutura mecánica y ligasure, procedimiento que requiere con suma urgencia, debido a la enfermedad que padece.

Sostiene, que el no suministro del tratamiento indicado, le ocasiona la desmejora en su calidad de vida, así como la imposibilidad de desarrollar, en condiciones normales, sus actividades cotidianas.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que le autoricen la mencionada intervención quirúrgica y, adicionalmente, se le provea el servicio médico integral que necesite, así como la utilización de todos los elementos médicos del grupo de obesidad (Endocrinología, Psiquiatría, Nutricionista, cirugía reconstructiva). Además, requiere que, el tratamiento, procedimiento y terapéutica que le fue prescrito, sean desarrollados por su médico tratante, el Dr. Rafael Arias y su equipo interdisciplinario, el cual se encuentra adscrito a la Fundación Valle de Lili, clínica vinculada EMSSANAR E.S.S. EPS-S.

4. Oposición a la demanda de tutela.

El Juez de primera instancia, Juzgado Veintidós Penal Municipal de Cali, admitió la

demanda de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que se pronunciara sobre los hechos de la misma.

Mediante escrito de fecha del 22 de enero del 2009, la Empresa de Solidaridad de Salud, EMSSANAR E.S.S. E.P.S-S, dio respuesta a la solicitud de tutela, en los siguientes términos:

Señaló, en primer lugar, que la mencionada empresa ha garantizado el acceso al servicio público de la salud consistente en procedimientos, medicamentos, intervenciones, hospitalización y exámenes pertinentes, definidos tanto por la institución prestadora que hagan parte de la red, como por los médicos tratantes del señor Alexander Escobar Vásquez.

Argumentó, que en el presente caso, el accionante asistió a la consulta médica en calidad de particular, además, su médico tratante, el Dr. Rafael Arias, se encuentra adscrito a la Fundación Valle del Lili, entidad que no está vinculada a la red prestadora de servicios de la entidad demandada.

Consideró, que no incurrió en la vulneración de algún derecho fundamental, como quiera que el accionante no cumplió con los requisitos indispensables para la autorización del tratamiento requerido.

Consecuentemente, solicitó que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, por demostrarse, de forma clara, la carencia de objeto y al considerar, el incumplimiento de parte del accionante consistente en no hacer uso de la respectiva red prestadora del servicio de salud para todas las atenciones médicas.

5. Pruebas que obran en el expediente.

a. Poder amplio, especial y suficiente, debidamente autenticado, que le otorga el señor Alexander Escobar Vásquez a la abogada Claudia Patricia Ramón Muñoz, con fecha 31 de octubre del 2008 (folio 10).

b. Copia de la solicitud que presentó el señor Alexander Escobar Vásquez a EMSSANAR E.S.S, por medio de la cual requiere el procedimiento que le fue prescrito por su médico tratante (folio 11).

c. Copia de la cédula de ciudadanía de Alexander Escobar Vásquez No. 94.474.075, expedida en Buga el 20 de mayo de 1997 (folio 12).

d. Copia de la Orden de Cirugía emitida por la Fundación Valle Lili, suscrita por su médico tratante el Dr. Rafael Arias, en la cual se indica “Paciente de 29 años, con cuadro de Súper Obesidad por más de 5 años, con peso de 160 Kg y talla de 179 cm, para un Índice de masa Corporal de 5 Kg/m². Refiere haber fallado a tratamientos múltiples con Dietas y Ejercicios. Historia de hipotiroidismo, apnea del sueño y lumbalgia mecánica. Requiere de tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de los tratamientos no quirúrgico. Favor autorizar BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA. Autorizar uso de Ligasure y Sutura Mecánica. Este procedimiento no es estético, tiene indicación médica. La Súper Obesidad es una enfermedad que pone en riesgo la salud presente y futura del paciente e interfiere con el desempeño normal de las actividades de la vida diaria” (folio 13).

e. Copia de la Historia Clínica del paciente, que lleva la firma de su médico tratante, adscrito a la Fundación Valle de Lili, en la cual se indica: “ (...) El paciente debe ingresar a tratamiento por grupo de obesidad, el tratamiento se inicia con la cirugía y debe continuar manejo por grupo multidisciplinario de obesidad” (folio 14).

f. Copia del carné de afiliación del accionante a EMSSANAR E.S.S. (folio 15).

g. Copia de la constancia presentada por el Gerente de Salud EMSSANAR E.S.S, de fecha de 29 de agosto de 2008, por medio de la cual certifica que: “La Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR E.S.S no tiene suscrito contrato de prestación de servicios de salud con la FUNDACIÓN VALLE DE LILI” (folio 28).

h. Copia de la Escritura Pública No. 3065, por medio de la cual se reconoce al señor Juan Carlos Martínez Gutiérrez como Gerente y Representante Legal de

la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR E.S.S.(folio36).

i. Copia del Certificado de Existencia Representación Legal de la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR E.S.S. (folio 38)

II. DECISIÓN DE INSTANCIA

1. Decisión de Primera Instancia.

El Juez Veintidós Penal Municipal de Cali, mediante sentencia del 30 de Enero del 2009, decidió conceder parcialmente la solicitud de amparo, al considerar que en el presente caso, se ha vulnerado el derecho a la salud del accionante, si se tiene en cuenta que se le diagnosticó obesidad mórbida, razón por la cual requiere el procedimiento quirúrgico "Cirugía Bariátrica", en razón de que se trata de una enfermedad progresiva que origina el deterioro en la salud del paciente.

Manifestó que la actitud omisiva por parte de la entidad demandada de no autorizar el tratamiento prescrito, vulnera los derechos invocados por el actor. Por tal razón, el A-Quo decidió ordenar a la entidad accionada autorizar la valoración del paciente a cargo de un especialista adscrito para que se defina si efectivamente requiere la realización del procedimiento BYPASS GÁSTRICO por LAPAROSCOPIA y, de ser así, proceder a su respectiva autorización.

2. Impugnación.

2.1 EMSSANAR E.S.S

El representante legal de la Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR E.S.S., impugnó la Sentencia proferida, en primera instancia, por el Juzgado Veintidós Penal Municipal de Cali.

En sustento del recurso manifestó que, en el presente caso, el procedimiento quirúrgico requerido por el accionante no se encuentra cubierto por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S. Además, señaló que el actor no solicitó la autorización del mismo ante Comité Técnico Científico de EMSSANAR E.S.S E.P.S.-S, con una orden médica proferida por un especialista adscrito a su red prestadora de servicios.

Por las razones expuestas, solicitó que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela por carencia de objeto, al considerar que no existe vulneración de algún derecho fundamental por parte de la entidad demandada.

3. Decisión de Segunda Instancia.

El Juez Décimo Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia del 11 de marzo de 2009,

decidió revocar el fallo proferido en primera instancia.

Para ello consideró que la entidad demandada no se encuentra obligada a prestar la atención solicitada, si se tiene en cuenta que el médico tratante, quien prescribió el tratamiento quirúrgico requerido, no se encuentra adscrito a su red prestadora de servicios.

Decidió entonces considerar que es la entidad demandada, a través de sus médicos adscritos, quien debe valorar al paciente y ordenar el procedimiento que éste necesite. Por consiguiente, deberán los profesionales de la salud vinculados a EMSSANAR E.S.S señalar, si para el presente caso, resulta pertinente el procedimiento que el accionante requiere.

III. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para examinar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela.

2.1 Legitimación activa.

Las normas que regulan la materia y la jurisprudencia constitucional, coinciden en señalar que la legitimación por activa en la acción de tutela se refiere al titular de los derechos fundamentales.

En esa orientación, la Constitución Política establece, en su artículo 862, que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86

de la Constitución Política”, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En el caso concreto, presenta la acción de tutela, mediante apoderado, el señor Alexander Escobar Vásquez quien es el titular de los derechos presuntamente vulnerados.

Conforme con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, el demandante se encuentra legitimado para la presentación de la acción de tutela.

2.2 Legitimación por pasiva.

La Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR E.S.S, en su condición de entidad Prestadora del Servicio de Salud, encargada de suministrárselos al demandante, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela, conforme con lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

3. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de EMSSANAR E.S.S. E.P.S-S., afectación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana del señor Alexander Escobar Vásquez, al no autorizar la práctica de la Cirugía Bariátrica- Bypass Gástrico por Laparoscopia, requerida por el accionante, bajo el argumento de que dicho procedimiento quirúrgico no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud subsidiado (POS-S).

Para el efecto, esta Corporación procederá a precisar el concepto del derecho a la salud a través del ejercicio de la acción de tutela, las generalidades del Régimen Subsidiado de

Salud, así como precisar el concepto de Obesidad Mórbida y el Bypass Gástrico como tratamiento idóneo para combatirla, el cual, según reciente jurisprudencia constitucional, se encuentra incluido en el POS. Además, se pronunciará sobre las prescripciones emitidas por médicos tratantes no adscrito, asunto que la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de tratar en diversas ocasiones, motivo por el cual, esta Sala reiterará la Jurisprudencia Constitucional.

4. El derecho a la salud y su protección constitucional a través del ejercicio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

Con fundamento en lo señalado por la OMS (Organización Mundial de la Salud), esta Corporación ha reconocido a la salud como “(...) un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o en menor medida en la vida del individuo³”. Por medio de los lineamientos jurisprudenciales, se precisó el concepto de salud y se estableció que ésta debe entenderse como una condición de la persona, que ha de ser valorada de manera específica en cada caso concreto. Así pues, la salud comprende un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del mayor nivel posible que puede suministrarse a una persona.

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Carta, la Salud es un derecho constitucional, así como un servicio público esencial, cuya prestación se encuentra a cargo del Estado⁴, y que debe orientarse por los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia.⁵

Conforme con dicho mandato, el derecho a la salud tiene entonces una doble connotación jurídica: (i) como servicio público y, (ii) como derecho de todas las personas. De acuerdo con el primer aspecto, al Estado le corresponde la dirección, coordinación y control de su prestación, con el propósito de lograr la protección de las personas. En cuanto derecho, la jurisprudencia constitucional definió su naturaleza como prestacional, cuya garantía se materializa progresiva y programáticamente.⁶

Precisamente, en desarrollo de los citados lineamientos, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, han concurrido a regular, dar contenido y reglamentar el ejercicio del derecho a la seguridad social. Fue así, como se creó un sistema institucional, normativo y prestacional, que permite a las personas acceder a los servicios que requieran. En este

sentido, la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, y el Decreto 806 de 1998, “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicios de interés general, en todo el territorio nacional”, entre otras normas, ha materializado derechos subjetivos a favor de los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en tanto diseñaron planes de beneficios y prestaciones concretas a las que pueden acceder las personas para mantener o reestablecer su salud⁸.

Actualmente, la Corte ha establecido que la salud, además de ser considerada como un derecho prestacional, se le ha reconocido un contenido de derecho fundamental, en tres niveles: primero, en relación con los planes obligatorios de salud diseñados por el Estado, pues en ellos se concreta su nivel de desarrollo; por otra parte, el mencionado derecho es fundamental cuando su desconocimiento implica una amenaza o vulneración para otros derechos fundamentales autónomos y de aplicación inmediata (criterio de conexidad); y, finalmente, el derecho a la salud es fundamental frente a grupos especialmente vulnerables como es el caso de la infancia, las personas con discapacidad, de los adultos mayores y de las mujeres en estado de embarazo entre otros, los cuales son sujetos de especial protección frente al derecho a la salud.

Así pues, en cuanto a la concepción de la salud como un derecho, la línea interpretativa jurisprudencial ha presentado una evolución y, en éste sentido, la salud adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo, cuando quiera que se concrete en una garantía subjetiva, prevista en una norma de naturaleza constitucional, legal o de otra especie, que cree y estructure el sistema nacional de salud, en el que se delinear los servicios específicos a los que las personas tienen derecho⁹.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha reconocido que el acceso a un servicio de salud que se requiere, previsto en los planes obligatorios, es un derecho fundamental autónomo. En este punto, es pertinente precisar que, conforme con la jurisprudencia constitucional, el carácter fundamental de un derecho no está sujeto a la acción mediante la cual se procura su protección¹⁰.

En cuanto a la protección del mencionado derecho, la Corte Constitucional ha señalado

que cabe su protección por vía de acción de tutela cuando se requiera la prestación de un servicio médico. En ese sentido, se ha dicho que hay lugar a promover su protección en los siguientes dos casos: (i) cuando el servicio médico requerido se encuentre incluido en los planes obligatorios de salud, siempre que su negación no responda a un criterio médico y (ii) cuando se niegue una prestación excluida de los citados planes que se requiera de manera urgente, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para tal fin¹¹.

En ambos casos, la protección se da para que se preste el servicio por la respectiva EPS a la que pertenece el usuario, independientemente del hecho de que el financiamiento del mismo no recaiga directamente en ella.

5. Régimen subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Reiteración de jurisprudencia.

La Seguridad Social en Salud fue contemplada por el legislador a través de la ley 100 de 1993 en su libro II, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Por mandato de esta norma, se creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual se encuentra constituido por dos regímenes, a saber: el contributivo y el subsidiado.

El régimen contributivo se encuentra contemplado en el artículo 202 de la citada ley, la cual lo define como “El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través de pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”.

El régimen subsidiado, se encuentra definido en el artículo 211 del mismo cuerpo normativo, como: “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”.

El régimen subsidiado ha sido creado con la finalidad de financiar el acceso al servicio de

salud, a las personas pobres y vulnerables y a sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar¹². Este régimen es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben contratos con las EPS del régimen subsidiado, públicas o privadas, encargadas de suministrar directa o indirectamente las prestaciones previstas en el plan obligatorio de salud subsidiado.

Las prestaciones de cada uno de los regímenes, aparecen contempladas en la Resolución 5261 de 1994, por medio de la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; así como en el Acuerdo 228 de 2002 que fija el listado de medicamentos para el régimen contributivo, el Acuerdo 306 de 2005, que comprende el plan obligatorio de salud para el régimen subsidiado y el Acuerdo 03 de 2009, por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivos y Subsidiado.

6. Obesidad Mórbida como problema de Salud Pública y Bypass Gástrico como tratamiento idóneo. Bypass Gástrico procedimiento incluido en los Planes Obligatorios de Salud. Línea jurisprudencial.

La obesidad mórbida, es una enfermedad crónica, generada por un exceso significativo de peso y masa corporal que particularmente se presenta cuando una persona pesa 50 kilos o más por encima de su peso ideal, o que tiene un IMC (Índice de Masa Corporal) de 35, acompañado de otras enfermedades¹³. De tal manera que, si no es tratada de forma oportuna podría generar graves problemas en la salud y en la vida de las personas que la padecen. Esta enfermedad se ha ido incrementando considerablemente hasta llegar a ser catalogada como un problema de salud pública.

Entre los tratamientos idóneos para combatir dicha patología, se encuentra la intervención quirúrgica llamada cirugía bariátrica, en la especialidad Bypass Gástrico por Laparoscopia, por su alta efectividad para obtener la reducción de peso y masa corporal.¹⁴

En distintos pronunciamientos la Corte Constitucional ha venido esclareciendo la disyuntiva sobre si el procedimiento de Bypass Gástrico se encuentra o no incluido en los Planes Obligatorios de salud.

La razón por la cual la Corte en varias oportunidades ha estudiado el presente tema obedece a que un número considerable de usuarios del servicio de salud ha acudido a la acción de tutela solicitando la autorización del mencionado tratamiento, pues las diferentes EPS se niegan sistemáticamente a suministrarlo argumentando, que se trata de un procedimiento netamente estético que no se encuentra incluido en el POS.

En este contexto la Corporación ha estudiado a fondo todo lo relacionado con el padecimiento de la obesidad mórbida y con el tratamiento idóneo para combatirla. En una primera fase, la Corte Constitucional se pronunció al respecto y, contrario a lo aducido por las Entidades Promotoras de Salud, señaló que el Bypass Gástrico, en los casos de obesidad mórbida, no puede catalogarse como un procedimiento estético, cuando el mismo se ha prescrito para contrarrestar de ésta enfermedad crónica y progresiva. Así se advirtió en Sentencia T- 110 de 2007, en los siguientes términos:

“(…) En reciente oportunidad y con relación a un caso similar al que ahora es objeto de pronunciamiento¹⁵, esta Corporación estableció que, de acuerdo con las investigaciones médicas que se han adelantado en relación con este tema, la obesidad mórbida, en tanto “es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas¹⁶, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad¹⁷”, es un padecimiento que, lejos de constituir un problema meramente estético, puede comprometer de manera grave no solamente la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas, sino incluso la existencia misma del afectado.

En la medida en que dicho procedimiento no aparecía expresamente incluido dentro de los Planes Obligatorios de Salud, la Corte Constitucional, asumió que, la intervención quirúrgica Bypass Gástrico, en principio, se encontraba excluida del POS. Bajo ese entendido, para efectos de que el mismo fuera autorizado a través de la acción de tutela, era necesario analizar si concurrían los requisitos jurisprudenciales que se han señalado para autorizar un procedimiento o tratamiento no POS.

Así pues, se precisaron las condiciones necesarias para que la cirugía bariátrica pudiese ser autorizada por vía de tutela y se dispuso que: “(i) debía quedar plenamente demostrado que la persona tenía una patología que le impedía absolutamente desenvolverse en comunidad o que tenía graves consecuencias para su vida biológica,

(ii) debía demostrar que el diagnóstico y solicitud de práctica del procedimiento habían sido proferidos por los médicos vinculados a la EPS accionada, (iii) debía acreditarse que no existía otro tratamiento capaz de evitar el daño a la vida y; por último, (iv) debía quedar claro que la persona no contaba con los medios económicos necesarios para sufragar el tratamiento, bien sea directamente o por medio de mecanismos de financiación no confiscatorios que cubran el riesgo”¹⁸.

Además, mediante Sentencia T-725 de 2007, se puntualizó sobre la necesidad de obtener, antes de practicarse el procedimiento, (i) el consentimiento informado del paciente¹⁹ y (ii) de la valoración técnica realizada al paciente, por parte de un grupo interdisciplinario de médicos, realizada antes de la emisión de la orden médica en el que se le prescriba dicho procedimiento.

En una segunda fase, y ante el hecho claro de que el Bypass Gástrico no es un procedimiento estético²⁰, la Corte ha venido señalando que el mismo, se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, solo que bajo una denominación diferente. Así pues, en Sentencia T-414 de 2008 se dispuso que, teniendo en cuenta las interpretaciones solicitadas al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forense, se deriva que, de lo establecido en la Resolución 5261 de 1994, la cual contempla en su artículo 62 “Las derivaciones de Estómago bajo el código 07630 Anastomosis de estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis de Estómago en Y de Roux, “se concluye que pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como BYPASS GÁSTRICO para Cirugía Bariátrica”.²¹

Por las razones anteriormente expuestas, se concluyó que el procedimiento quirúrgico Bypass Gástrico se encuentra incluido por los Planes Obligatorio de Salud y como consecuencia, las Entidades Promotoras deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, la cual no tiene otra finalidad que la de obtener la reducción del peso y de la masa corporal del paciente que padece la obesidad mórbida.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en sentencia T-586 de 2008, señaló que, por tratarse entonces de una obligación por parte de las Entidades Promotoras de Salud E.P.S, éstas deberán asumir el costo del procedimiento directamente, sin que se le otorgue el derecho de repetir contra el Fondo Nacional de Solidaridad (FOSYGA). En efecto, en la

mencionada providencia se discurrió así:

“[s]i en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía Byppas gástrico por la negativa de las Entidades Promotoras de Salud de realizarlo, el juez de tutela debe ordenar su práctica con cargo total a la Entidad Promotora de Salud Accionada, sin la posibilidad de repetir al fondo Nacional de Solidaridad - FOSYGA- , por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud”.

“(…) al representante legal de CAPRECOM ARS, seccional Valle del Cauca, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, proceda a realizar una junta de especialistas en lo atinente a la obesidad mórbida que padece Alba Lucía Sossa Aguirre y, si así se determina científicamente, previa cabal información clara y consentimiento consciente de la actora, autorice los procedimientos para atender la obesidad mórbida que padece y, si fuere del caso, le realice el “bypass gástrico por laparoscopia”, con la debida continuación del tratamiento integral que requiera”.

En conclusión, esta Corporación dispuso que, en los casos en los cuales las EPS o EPS-S estando obligadas a prestar adecuadamente el servicio de salud, se nieguen a suministrar un tratamiento de Bypass Gástrico, en el entendido de que éste se encuentra incluido en los respectivos Planes Obligatorios de Salud, los usuarios podrán acudir a la acción de tutela, para solicitarlo.

7. Oponibilidad al concepto científico del médico tratante aunque no se encuentre vinculado a la EPS del usuario.

Sobre el particular, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el médico tratante, independientemente de que esté adscrito o no a la entidad demandada, se encuentra capacitado para decidir, con base en criterios científicos, por ser quien conoce al paciente, sobre la evolución de su patología y el tratamiento que requiere.

Por regla general, las Entidades Promotoras de Salud deberán autorizar los tratamientos y/o procedimientos que se encuentren incluidos en el POS, siempre y cuando, la prescripción haya sido proferida por un médico tratante adscrito a la entidad. Sin

embargo, se ha considerado que, excepcionalmente, el concepto de un médico tratante particular, obliga a la Entidades Promotoras de Salud a proporcionar el tratamiento que éste considere necesario, siempre y cuando se logre acreditar que la entidad, tuvo conocimiento del concepto médico y no lo desvirtuó con apoyo en información científica.

Así pues, siguiendo tal línea jurisprudencial, será obligatoria la prescripción del médico tratante no adscrito a la EPS, “si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión”²².

Ha precisado la jurisprudencia que, en tales casos, “el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto”²³, pudiendo derivarse tales consideraciones del concepto emitido por un médico adscrito a la EPS.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, esta Sala de Revisión analizará la procedibilidad de la acción de tutela en el caso subexamine.

8. Caso Concreto.

Conforme con las pruebas que obran en el expediente, para esta Sala de revisión, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

* De acuerdo con la copia del carné de la Empresa Solidaria de Salud, EMSSANAR E.S.S E.P.S, el señor Alexander Escobar Vásquez, se encuentra vinculado al Régimen de Seguridad Social, en nivel II del SISBEN, adscrito a dicha entidad en calidad de afiliado.

* Dicho señor padece de sobrepeso, enfermedad que pone en riesgo su vida y disminuye

su posibilidad de subsistencia en condiciones dignas. Para tratar dicha patología, inició diversos tratamientos tales como, dietas, medicamentos y ejercicios, sin obtener resultado alguno.

* Según lo establecido en reciente concepto, emitido por su médico tratante, se le diagnosticó Super Obesidad - IMC 59 Kg/m, Hipertiroidismo, Apnea del sueño y Lumbalgia Mecánica.

* Como consecuencia de lo anterior, y de acuerdo con la orden médica de fecha 10 de enero de 2008, se le prescribió iniciar tratamiento adecuado para tratar dicha patología consistente en, “una intervención quirúrgica BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, y se solicitó el uso de Ligasure y Sutura Mecánica”. Además, se señaló que, una vez terminada la intervención quirúrgica, el paciente debe continuar bajo la supervisión de un grupo multidisciplinario de obesidad.

* Tal y como aparece en los escritos anexados al expediente, el actor solicitó la autorización del tratamiento quirúrgico ante la entidad demandada, la cual fue negada argumentando que el médico tratante no se encuentra adscrito a dicha entidad, además, el Bypass Gástrico no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

De acuerdo con las consideraciones esbozadas y los hechos que se encontraron acreditados, para la Sala es claro que los derechos invocados por el accionante, como son el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social, resultan tutelables toda vez que se evidencia su vulneración por parte de EMSSANAR E.S.S. E.P.S-S.

En efecto, una vez valorado el concepto del médico tratante, es evidente que, ante la negativa de autorizar la práctica de la cirugía, se está poniendo en peligro la vida y la salud del actor, teniendo en cuenta que la obesidad mórbida le ha ocasionado el padecimiento de otro tipo de enfermedades y, le impide considerablemente el desarrollo normal de sus actividades, limitando así, el pleno goce de sus derechos.

En lo referente al procedimiento requerido "BYPASS GÁSTRICO", acogiendo los recientes pronunciamientos de la Corte, se concluye que la intervención quirúrgica se encuentra incluida dentro de los Planes Obligatorios de Salud y por consiguiente, la E.P.S-S demandada, está en la obligación de autorizar su práctica. En efecto, según lo ha dicho la Corte, las personas que se encuentren adscritas ante cualquier Entidad Promotora de Salud, como es el caso del actor, tienen el derecho a que se le practique la cirugía Bypass Gástrico cuando ésta es prescrita por su médico tratante.

Ahora bien, en cuanto a la negativa de la entidad demandada, de autorizar el procedimiento requerido, argumentando que su prescripción había sido ordenada por un médico no adscrito a su red prestadora de servicio, la Sala considera que de acuerdo con el lineamiento jurisprudencial sentado sobre el particular, si la prescripción proviene de un médico no vinculado, la entidad demandada deberá someter dicha valoración a consideración de los profesionales de la salud que sí se encuentren vinculados a su red prestadora de servicios.

Así pues, esta Corporación ha señalado que, por ser el médico tratante quien tiene amplio conocimiento sobre la enfermedad que se padece, así como de los tratamientos idóneos para combatirla, deberán las Entidades Promotoras de Salud valorar dicho concepto y, si es el caso, desvirtuarlo con base en información técnica y científica²⁴.

En el presente caso, para la Sala Cuarta de Revisión es claro que, no obstante la prescripción proviene de un médico que no se encuentra adscrito a la entidad demandada, ésta en ningún momento sometió a consideración de sus médicos vinculados, el estado de salud del señor Alexander Escobar Vásquez. En consecuencia, como no se desvirtuó el criterio emitido por el médico tratante, se procederá a dar aplicabilidad a la jurisprudencia de ésta Corporación en el sentido señalado.

Por consiguiente, ésta Sala considera que la prescripción emitida por el médico externo resulta vinculante para EMSSANAR E.S.S E.P.S-S, debido a que esta entidad no evaluó la situación del paciente, ni le asignó un médico que tuviera los conocimientos especializados para éste tipo de patologías. Por tal razón, la entidad demandada está obligada a impartir la autorización del tratamiento requerido, no obstante que la orden de

la cirugía provenga de un médico no adscrito.

Por las razones anteriormente expuestas, se reitera, la Sala encuentra que, la EPS-S demandada, está obligada a autorizarle al actor la cirugía de Bypass Gástrico prescrita por su médico tratante. Ello en cuanto se trata de un procedimiento incluido en el POS, ordenado por un profesional de la salud, que si bien no hace parte de la red prestadora de servicios de la entidad demandada, se trata de un profesional idóneo y capacitado que conoce la patología del actor y cuyo concepto, no fue desvirtuado o controvertido.

Así pues, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales desarrollados en esta providencia, se procederá a ordenar a la E.P.S.-S accionada que, previo a la intervención quirúrgica que le fue prescrita al accionante de "BYPASS GÁSTRICO", en un plazo no superior a las 48 horas, le realicen una valoración a cargo de un grupo multidisciplinario de especialistas que se encuentren adscritos a dicha entidad, quienes deberán suministrarle la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que puedan generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica requerida.

Una vez suministrada dicha información, deberá obtenerse la manifestación clara, libre y espontánea de la voluntad del paciente, de someterse a la intervención quirúrgica. Obtenido el respectivo consentimiento informado del paciente, la entidad promotora de salud deberá proceder a emitir la autorización y a practicar el mencionado procedimiento, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

Por último, teniendo en cuenta la gravedad del procedimiento y los efectos que produce su recuperación, se hace necesario que la entidad accionada garantice una atención integral en salud, lo cual le brindará una adecuada recuperación, conforme a la prescripción de su médico tratante, quien señaló la importancia de continuar con el manejo por parte de un grupo multidisciplinario de obesidad, una vez se practique el tratamiento requerido²⁵.

Conforme con todo lo expuesto, es evidente que en el presente caso, se encuentra acreditada la importancia de practicar la intervención quirúrgica solicitada, la cual está encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor a la salud y al vida, razón por la cual se concederá el amparo solicitado y, en consecuencia, se revocará el fallo desestimatorio de segunda instancia, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de

Cali.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el once (11) de marzo de 2009, por el Juzgado Décimo (10) Penal del circuito de Cali. En su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del señor Alexander Escobar Vásquez, por las razones y en los términos de esta Sentencia.

TERCERO.- ORDENAR a EMSSANAR E.S.S E.P.S-S, que somentan al señor Alexander Escobar Vásquez, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministren la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica que se le dictaminó, para que 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 la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

De la misma forma, la entidad accionada está en la obligación de prestarle una atención integral en salud al señor Alexander Escobar Vásquez, lo cual le brindará una adecuada recuperación, conforme a la prescripción de su médico tratante.

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

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver Sentencia T-1229 de 2005

2Inciso 1, Art. 86 CP: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

3 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Artículo 48 C.P., inciso 1º: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

5 Ídem.

6 Ver sentencia T-438 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, entre otras.

7 Ver Sentencia T-997 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil

8 Ver sentencia T-609 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Sentencia T- 760 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

11 Ver Sentencia T-438 de 2009 M.P Gabriel Eduardo Mendoza

12 Artículo 212 de la Ley 100 de 1993.

13 Ver Sentencia T-414 de 2008. Conceptos emitidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencia Forense, La Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Protección Social y de la Asociación Colombiana de Cirugía, sobre la enfermedad catalogada Obesidad Mórbida.

14 Ver Sentencia T-414 de 2008, los conceptos relacionados sobre Bypass Gástrico en el fallo.

15 Sentencia T-384 de 2006, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

16 Enfermedad cardiovascular, de arterias coronarias, síndrome de apnea del sueño, hígado graso, osteoartritis, dislipidemia, intolerancia a la glucosa o diabetes, hiperuricemia, alteraciones menstruales, infertilidad y mayor frecuencia de cáncer de mama y ovario (3 veces), útero (5 veces), colon y próstata (3 veces).

17 www.aac.org.ar/PDF/UT0705.pdf.

18 Sentencia T-725 de 2007, Corte Constitucional.

19 Ver Sentencia T-1229 de 2005

20 Al respecto, en Sentencia T-414 de 2008, teniendo en cuenta los diferentes conceptos médicos que se solicitaron en dicha oportunidad se estableció que:

La Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, sostiene:

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. (Énfasis en el texto hecho por la Sala).

21 Ver Sentencia T-414 de 2008, Corte Constitucional.

22 Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

23 Sentencia Ibídem.

24 Sentencia T-760 de 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Ver folios 13 y 14.