

Sentencia T-828/05

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de by pass gástrico caso en que aún no ha sido ordenada

-Reiteración de Jurisprudencia-

Referencia: expediente T-1099433

Acción de tutela instaurada por el señor Pedro Julio Pezzotti Lemus, contra la Fundación Médico Preventiva.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil cinco (2005).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Alvaro Tafur Galvis y Humberto Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta en abril de 2005, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

El señor Pedro Julio Pezzotti Lemus, interpuso acción de tutela contra la Fundación Médico Preventiva, pues considera vulnerados sus derechos a la salud, a la integridad física y a la vida, con fundamento en los siguientes hechos.

A -Hechos.

1. El accionante, quien reside en la ciudad de Cúcuta, sufre de diversas enfermedades, entre las que se cuentan diabetes, hipertensión arterial, artritis, reumatismo, dislipidemia, reflujo gastroesofágico, apnea del sueño, depresión y una artrosis severa de rodilla derecha.

1. En septiembre de 2004 acudió a la “Clínica para la obesidad” en la ciudad de Bogotá, donde un especialista le manifestó que padece de OBESIDAD MÓRBIDA GRADO II y por lo tanto las dolencias que lo aquejan sólo menguarían si baja de treinta (30) a cuarenta (40) kilos de peso, para lo cual requiere la práctica de un BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.

1. Una vez obtenido el anterior dictamen médico presentó una solicitud a la “Fundación Medico Preventiva” para que le fuera practicado el procedimiento en cuestión, no obstante la entidad accionada le respondió que la practica de una cirugía de tal naturaleza requería el concepto de otros especialistas y remitió al Sr. Pezzoti a consulta con un endocrinólogo y un cardiólogo.

1. Afirma el peticionario que los especialistas después de someterlo a diversos exámenes consideraron que era candidato para la cirugía de BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, razón por la cual formuló una nueva solicitud ante la Fundación Medico preventiva.

1. En escrito de veinticuatro (24) de octubre de 2004 la entidad accionada respondió finalmente que existen alternativas “menos rigurosas y posiblemente igual de efectivas al procedimiento quirúrgico requerido (...) que no han sido suficientemente agotadas entre otras cosas por la escasa colaboración del paciente y que deben implementarse como primeras opciones”. Así mismo, estableció un plan de manejo a cargo de un equipo multidisciplinario para tratar al Sr. Pezzoti, quien debía someterse a controles periódicos por

parte de diversos especialistas. Una vez cumplido dicho tratamiento se convocaría una nueva Junta de Valoración interdisciplinaria para adoptar una decisión.

1. El peticionario considera que la respuesta de la entidad accionada es un mero pretexto para evadir la prestación del procedimiento quirúrgico requerido y que por lo tanto se han vulnerado sus derechos fundamentales.

B. Pretensión.

El señor Pedro Julio Pezzotti Lemus solicita se ordene a la Fundación Médico Preventiva, autorizar la práctica de la cirugía BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA y el suministro de los medicamentos necesarios post-operación; intervención que deberá realizarse en la Clínica del Country de la ciudad de Bogotá.

II-PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1. Resumen de Historia Clínica del accionante.
3. Respuesta al derecho de petición interpuesto por el accionante, mediante el cual se establece un plan de manejo de la enfermedad.
4. Ampliación de demanda de la acción de tutela.

III. RESPUESTA DE LA FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA

En respuesta al requerimiento hecho por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cúcuta, el tres de febrero de 2005, la Fundación Médico Preventiva manifestó que el procedimiento solicitado por el paciente no era necesario pues:

“...no se trata de un procedimiento quirúrgico para tratar directamente una patología sino de una ALTERNATIVA para que, al disminuir de peso (objetivo que también se puede lograr con otros métodos como dieta y ejercicio) algunas patologías que el paciente padece (como hipertensión arterial y diabetes) pueden ser mejor controladas.

La petición del señor PEZZOTTI LEMUS se basó en un concepto emitido por una Clínica Privada de la ciudad de Bogotá, a la cual acudió de manera particular y que no tuvo conocimiento (ya que a nosotros como custodios de su historia clínica no nos solicitó información ni copia) de los antecedentes nutricionales del precitado paciente.

...Una vez revisados los soportes obtenidos a través de internet, prensa, la justificación clínica emitida por la clínica para la obesidad sobre el bypass gástrico por laparoscopia; y teniendo en cuenta que en la historia clínica del paciente se resalta que el paciente no ha asistido a la mayoría de las citas programadas por nutrición, además de su poco compromiso en los tratamientos instaurados, y teniendo presente que todo tratamiento quirúrgico implica una serie de riesgos y posibles complicaciones, ya sea realizado este de manera particular o a través de nuestra institución se puede determinar que existen alternativas menos riesgosas y posiblemente igual de efectivas que no han sido suficientemente agotadas, entre otras cosas por la escasa colaboración del paciente y que deben implementarse como primeras opciones”.

IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Cúcuta, concedió el amparo invocado, pues consideró vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante. Considera el juez de primera instancia que del concepto emitido por el endocrinólogo tratante se desprende que las dietas y las medidas farmacológicas no son medidas idóneas para lograr una disminución de peso importante en el paciente, condición necesaria a su vez, para que éste registre alguna mejoría del cúmulo de enfermedades que lo aquejan. Afirma que: “ya desechada la dieta como lo dice el endocrinólogo por la falta de movimiento y su artrosis de rodilla, el medio más necesario y expedito en este momento para que no se ponga en riesgo la salud y la vida, es la cirugía bariátrica o BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA la cual el mismo endocrinólogo y la ciencia médica han determinado es un medio eficiente para la rebaja de peso y así con esta intervención quirúrgica controlar las enfermedades que padece el accionante y así evitar un pronto deterioro físico, o incluso la muerte”.

Sentencia de Segunda Instancia

Impugnada la anterior decisión por el representante de la Fundación Médico Preventiva fue revocada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta. Consideró el juez de segunda instancia que la historia clínica del paciente constituye una prueba irrefutable de la falta de compromiso del peticionario con su “auto cuidado alimenticio”, y que por lo tanto el Sr. Pezzotti ha incumplido con un deber a su cargo cual era “demostrar su real compromiso y su disciplina para seguir la recomendaciones de su nutricionista”. Acota que la actuación de la entidad demandada “... lejos de violentarle derecho fundamental alguno al demandante, está encaminada es a seguir la recomendación de su médico tratante quedando entonces a su arbitrio el someterse al tratamiento prescrito por la Junta Médica que estudió su caso y en caso de hacerlo ya tomará la misma la decisión correspondiente dependiendo del compromiso por él demostrado para seguir sus recomendaciones”.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Lo que se debate.

Corresponde a esta Sala establecer, si la Fundación Médico Preventiva está vulnerando los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud y seguridad social del señor Pedro Julio Pezzotti Lemus, al negarse a autorizar el procedimiento BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA que solicita el demandante para tratar la OBESIDAD MORBIDA GRADO II que padece.

VI. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Cuando la vulneración del derecho a la salud amenaza otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, el mismo goza del carácter de fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela.

Los derechos constitucionales fundamentales se determinan no sólo por la mención expresa

que de ellos haga la Carta Política, sino también por su significación misma para la realización de los valores y principios consagrados en ella y, además, por la conexión que ellos tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados.

En la Carta del 91 la salud de los colombianos es -por conexidad- un derecho fundamental cuya protección corresponde en buena medida al Estado, tomando muy en cuenta las específicas necesidades de su titular y los recursos existentes para satisfacerlas, aunque también en algunos eventos este derecho tiene naturaleza de derecho fundamental autónoma¹.

Al respecto, ha señalado la Corte:

“Esta Corporación ha sostenido², que si bien el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental³, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.⁴ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente⁵, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas⁶. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental”⁷.

Según jurisprudencia reiterada de esta Corporación, las entidades de salud (E.P.S.) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos o procedimientos excluidos del POS cuando: a) la falta de medicamentos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; b) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; c) el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido d) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.

En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que cumple los anteriores requisitos, demanda una actividad, un procedimiento, una intervención

o un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud, la entidad prestadora debe suministrarle los servicios requeridos y estará en posibilidad de exigir al Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), el reintegro de los gastos en que incurra.⁸

Respecto a la prestación requerida de manera específica en este caso concreto la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades⁹. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-264 de 2003 ordenó a la entidad prestadora programar una valoración a cargo de un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, con el propósito de establecer el tratamiento a seguir por el accionante y practicar todos los procedimientos e intervenciones requeridos incluyendo la cirugía bariátrica, si ello concluye el equipo médico.

Así las cosas deberá verificarse si en el caso concreto están presentes los requisitos antes señalados, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.

VII. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

En primer lugar cabe señalar que el tratamiento solicitado por el peticionario, el BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA se encuentra excluido del POS. De las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que la titular de los derechos cuya protección se reclama por vía de tutela es una persona que padece de obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial aunadas éstas a otras patologías que han causado un serio deterioro en sus condiciones de existencia.

Igualmente en ampliación de la solicitud de tutela, el accionante manifiesta que carece de medios económicos para costearse la cirugía mencionada, por cuanto la misma tiene un costo de aproximadamente 20.000.000 de pesos, suma que excede sus capacidades económicas.

No obstante, en el presente caso no aparece demostrado que el procedimiento solicitado, esto es, el BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA haya sido ordenado por médicos adscritos a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el Sr. Pezzotti. En efecto, de los documentos allegados al proceso se tiene que el dictamen según el cual el peticionario es candidato para la práctica de la intervención quirúrgica motivo de disputa fue formulado por un especialista de la “Clínica de la obesidad”, el cual no está adscrito a la Fundación Médico Preventiva.

Con base en dicho dictamen, el accionante se dirigió a la entidad demandada con el fin de que le autorizaran dicho procedimiento, para lo cual la Fundación Médico Preventiva ordenó la valoración por parte de diferentes especialistas entre los cuales se cuentan un endocrinólogo y un cardiólogo. El primero de ellos estimó que el Sr. Pezzotti "... cumple los criterios para pensar en Cirugía Bariátrica, pero compensando previamente las patologías concomitantes y solicitando valoración por un equipo médico con experiencia en el manejo de la cirugía bariátrica en este tipo de pacientes" (folio 94, negrillas fuera del texto).

Como puede observarse el especialista en cuestión supeditaba la práctica de la intervención quirúrgica a la valoración de un equipo médico, y precisamente esta fue la actuación que adelantó la entidad demandada la cual reunió el tres (3) de enero del 2005 una Junta Médica para decidir el tratamiento y conducta a seguir en el caso del Sr. Pezzotti (folio 102 y siguientes). En la junta participaron dos cirujanos generales, un gastroenterólogo, un nutricionista y un especialista en medicina interna, quienes concluyeron lo siguiente:

- "1. El paciente reúne condiciones para procedimiento quirúrgico por IMC y comorbilidades.
2. Su historia clínica muestra alta probabilidad de fracaso por falta de colaboración.
3. Se requiere manejo interdisciplinario primero.
4. Se debe realizar evaluación en un período aproximado de seis (6) meses, a partir del inicio del manejo interdisciplinario.
5. En los compromisos del presente documento se establece un plan de manejo que se deberá cumplir a cabalidad".

Se puede inferir, entonces, que los especialistas adscritos a la entidad prestadora no han ordenado el procedimiento BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, pues luego de examinar el caso del Sr. Pezzotti prescribieron un tratamiento previo una vez cumplido el cual se realizaría una nueva junta para evaluar la necesidad del procedimiento quirúrgico.

Por las anteriores razones no encuentra esta Sala que en el caso concreto se hayan vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida del demandante, pues por una parte no están presentes las condiciones señaladas por esta Corporación para ordenar tratamientos o medicamentos excluidos del POS y, en segundo lugar, la entidad demandada

ha adelantado las actuaciones necesarias para proteger los derechos del Sr. Pezzotti pues ha diseñado “un plan de manejo interdisciplinario”, el cual comprende múltiples controles con diversos especialistas, para evaluar su condición médica y ha condicionado la práctica de la cirugía a una segunda evaluación de la Junta Médica, la cual deberá efectuarse una vez el accionante cumpla el esquema de tratamiento antes mencionado.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, de dieciséis (16) de marzo de 2005, por medio de la cual negó la tutela instaurada por el señor Pedro Julio Pezzotti Lemus, en contra de la Fundación Médico Preventiva

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Por ejemplo cuando se trata el derecho a la salud de sujetos de especial protección como los niños (ver sentencia SU-225 de 1998) o de prestaciones incluidas en el POS (ver sentencia T-859 de 2003).

2 Cfr. sentencia T-839 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

3 Corte Constitucional. T-395 de 1998; T-076 de 1999; T-231 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Ver Sentencia No T-271 de 1995. Sentencia T-494 de 1993. Sentencia T-395/98.

5 Al respecto se deben consultar las sentencias SU-111 de 1997; SU-039 de 1998 ; T-236 de 1998 ; T-395 de 1998 ; T-489 de 1998 : T-560 de 1998, T-171 de 1999, entre otras.

6 Ver Sentencia No T-271 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-494 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7 Sentencia T-423/01 M.P. Jaime Cordoba Triviño

8 Ver, entre la abundante jurisprudencia de la corporación acerca del tema, a manera de ejemplo, las sentencias T-065/04, T-190/04, T-202/04, T-221/04, T-239/04, T-253/04, T-268/04, T-271/04, T-326/04, T- 341/04, T-342/04, T-343/04, T367/04.

9 Ver las sentencias T-264 de 2003, T-171 de 2003 y T-365 de 2002.