

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de bypass gástrico por obesidad mórbida excluída del POS

DERECHO A LA SALUD-Se dispone de cirugías alternativas para tratamiento de la obesidad y además la paciente no agotó todos los tratamientos para su mejoría

La accionante dispone de cirugías alternativas destinadas al tratamiento de la obesidad y que se encuentran cubiertas por el POS. Además, no existe prueba de que se hayan agotado todos los tratamientos que conduzcan a una mejoría de la enfermedad, simplemente se anexa un concepto de un médico que no es el tratante de la EPS. En el expediente de tutela no figura documento que demuestre que a la accionante se le han practicado otros tratamientos para el control de la obesidad y mucho menos indicación de que la única opción para tratar su enfermedad sea la cirugía de bypass gástrico.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no cumplirse los requisitos para ordenar tratamiento fuera del POS

ACCION DE TUTELA-Nueva evaluación médica de la paciente

Referencia: expediente T-1400962

Peticionario: Luz Marina Lucumi

Accionado: E.P.S Servicio Occidental de S.O.S.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, ha proferido la presente

SENTENCIA

En la revisión el fallo proferido dentro del expediente T-1.400.962, decidido en primera instancia por el Juzgado 20 Civil Municipal de Cali, Valle del Cauca, el 17 de abril de 2006 y,

en segunda instancia por el Juzgado 15 Civil de Circuito de Cali, Valle del Cauca, el 20 de junio de 2006.

El expediente de la referencia, fue escogido para revisión por medio de auto proferido por la Sala de Selección Número Ocho, el 25 de agosto de 2006.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

La señora Luz Marina Lucumi Gómez, instauró acción de tutela en contra de la E.P.S Servicio Occidental de Salud (S.O.S) por considerar vulnerado su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida.

Los hechos que dieron origen a la interposición de la acción de tutela son los siguientes:

1. La accionante se encuentra afiliada, en el régimen contributivo, a la E.P.S Servicio Occidental de Salud (S.O.S), desde el 1 de junio de 2004.
2. Afirma que en la actualidad padece de obesidad severa, enfermedad que se ha venido desarrollando desde hace mas de 5 años.
3. A pesar de llevar a cabo múltiples tratamientos para bajar de peso, como dietas, ejercicios y medicamentos, el resultado cada vez es mas desalentador y sigue aumentando de peso.

4. La accionante manifiesta que sumada a la obesidad, padece de otras como la artralgia en las rodillas, lumbajia mecánica, edema de los miembros inferiores, apnea de medianos esfuerzos, vena varicosa, hipertensión arterial y dolor lumbar.

5. Como consecuencia de lo anterior, la señora Lucumi se siente muy incompleja porque no puede utilizar ciertas prendas y zapatos por inexistencia de talla que se adapte a su cuerpo (anexa fotografías en donde se demuestra su estado).

6. En la actualidad, manifiesta que es sujeto de chistes y burlas que hacen alusión a su enfermedad y eso le genera problemas personales puesto que baja su entusiasmo y le produce mucha inseguridad.

7. Pone de presente que a pesar de que la EPS le ha diagnosticado una obesidad mórbida de tipo III, esa entidad nunca le ha indicado un tratamiento para bajar de peso.

8. La accionante manifiesta que nunca le indicaron un tratamiento con el fin de poner fin a la enfermedad que padece.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

10. La accionante indica que ha ensayado medicamentos para bajar de peso y que los compró por su propia cuenta.

B. Contestación de la entidad accionada

- El Servicio Occidental de Salud (S.O.S)

La E.P.S Servicio Occidental de Salud (S.O.S) solicita que se niegue la acción de tutela, pero que si se llegara autorizar, mediante la acción de tutela, la cirugía bariátrica, se exonere a la Institución por los hechos ocurridos o que pudieran ocurrir con posterioridad al procedimiento no cubierto por el POS. La entidad accionante se fundamenta en los siguientes argumentos:

1. Los procedimientos no incluidos en el POS no son objeto de cobertura por parte de la EPS, en consecuencia, la cirugía solicitada por la accionante no puede ser asumida por la E.P.S., incluyendo la valoración inicial.
2. La EPS ha suministrado las valoraciones, exámenes y tratamientos para manejo de la enfermedad de la accionante, todo dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.
3. La cirugía que si se encuentra incluida en el POS es la de Bypass gástrico por vía abierta, que es la que la Institución puede ofrecer a la usuaria, sin embargo, los demás insumos y medicamentos no están incluidos en el POS.
4. De otro lado, manifiesta que la obesidad mórbida puede ser tratada por dieta y cambios permanentes en los hábitos alimenticios. En este sentido, los tratamientos integrales son los que tienen los mejores resultados y que en todo caso, para lograr un efecto a largo plazo, se debe hacer una transformación con o sin cirugía en el estilo de vida o de otra manera, no se lograrán los objetivos de reducir el riesgo que produce la obesidad mórbida.
5. Como la accionante requiere disminuir la capacidad de contenido en el estómago, con el fin de que calme pronto el “hambre”, existen procedimientos alternativos como el Bypass Gástrico por vía abierta o la cirugía alternativa de gastrectomía parcial y en donde el objetivo es el mismo. Estas cirugías si se encuentran en el POS y la EPS puede autorizarla inmediatamente.
6. La EPS no recomienda que se le practique la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia, teniendo en cuenta que la paciente sufre de hipertensión y, en estos casos ya se tiene la experiencia de dos pacientes que estuvieron con diagnóstico reservado por complicaciones secundarias al realizar ese procedimiento.
7. Atendiendo al cumplimiento de órdenes de tutela, la EPS ha realizado cirugías como la que solicita la accionante, presentándose tres complicaciones en los pacientes con hospitalizaciones en cuidados intensivos de entre 30 y 50 días.
8. Por lo anterior, la EPS no puede hacerse responsable por las complicaciones que pudieran presentarse en el futuro con la accionante, de concederse la tutela.

9. Aclara, que la accionante llegó donde el médico José Pablo Vélez de forma particular sin que hubiera sido remitida por ningún médico adscrito a la EPS, desconociendo la historia clínica de la paciente, historia que sí era plenamente conocida por los médicos tratantes de la accionante.

10. Para la E.P.S, la cirugía ordenada por el médico antes mencionado, corresponde a una cirugía bariátrica para bajar de peso, la cual corresponde a la última alternativa para el control de la obesidad, por lo que no procede en todos los casos, sino en algunos pacientes muy específicos, con indicaciones específicas y contraindicaciones muy puntuales. Lo anterior se fundamenta en recomendaciones de organismos médicos internacionales.

11. Las complicaciones postoperatorias de la cirugía propuesta por el doctor José Pablo Vélez son muy delicadas y pueden generar múltiples enfermedades.

12. La EPS se opone firmemente a las recomendaciones del Dr. José Pablo Vélez pues aunque trabaja para una de las clínicas con las que la EPS S.O.S tiene convenio, no es el médico tratante de la paciente.

13. El doctor José Pablo Vélez hace referencia, al hacer un diagnóstico de la paciente, que ella se ha sometido a múltiples tratamientos no quirúrgicos dirigidos por médicos, como dietas, medicamentos y ejercicios sin obtener resultado alguno durante cinco años, afirmaciones contrarias a lo que se lee en la historia clínica de la paciente en donde se afirma por parte de la nutricionista y del médico tratante que la paciente no hace ejercicio, no hace ningún tipo de dieta, consume azúcares, grasas y tiene malos hábitos alimenticios.

14. No existe prueba que dirigida a demostrar que se llevaron a cabo tratamientos que hubiesen fracasado en el intento de hacer descender de peso a la accionante. Las afirmaciones de la accionante y del médico no tratante, no son prueba de que se hayan llevado a cabo dichos tratamientos.

15. La paciente solicita una cirugía sin llevar a cabo los tratamientos ordinarios para bajar de peso.

16. En ningún momento el Dr. José Pablo Vélez remite a la paciente para que sea evaluada por la Junta Médica, a pesar de asegurar el grave estado de salud. Luego la afirmación de la

vulneración a los derechos fundamentales de la paciente no tienen justificación alguna.

17. A la paciente nunca se le ha negado la atención, y, por el contrario, siempre que ha acudido a la EPS se le ha atendido y se le han dado recomendaciones que no ha seguido, pero a la entidad le resulta imposible a la E.P.S. obligarla a que siga dichas indicaciones, como por ejemplo que haga ejercicio.

18. La E.P.S. se opone firmemente a la afirmación el médico no tratante de que el tratamiento comienza con la cirugía de Bypass gástrico puesto que desconoce que ese tipo de tratamientos debe contar con una preparación previa que incluye dietas, actividad física al menos 6 meses, manejo psicológico y psiquiátrico previo, etc.

19. La E.P.S no niega su disposición a llevar a cabo tratamientos para la enfermedad que padece la accionante y para ello ponen a su disposición todo el equipo médico y nutricional para seguir tratamientos alternos a la cirugía bariátrica que requieren del compromiso de la paciente.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El Juzgado de primera instancia estimó conveniente vincular al Ministerio de Salud, en virtud de la eventual responsabilidad que podía recaer en el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

En respuesta de la Oficina Asesora jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio, se expuso lo siguiente:

1. Dentro del POS tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado, no se describe procedimiento alguno como Bypass gástrico por laparoscopia.

2. El bypass gástrico es equivalente a la derivación gástrica, denominación que es independiente de los fines terapéuticos y de la afección que motiva la práctica de dicho procedimiento.

3. Dicha técnica tiene que ver con la utilización de elementos como bandas, anillos y balones intragástricos, dispositivos que junto con grapas gástricas son usados como alternativa a la derivación Bypass, en los tratamientos de obesidad (cirugías bariátricas).

4. De conformidad con el numeral 6 del artículo 62 del Decreto 5261 de 1994, existen dos tipos de procedimientos quirúrgicos abdominales de derivación gástrica que pueden ser practicables a la paciente (códigos 07630 y 07631), como una posible alternativa de intervención incluida en el POS, a saber:

"ARTÍCULO 62. Definir para las intervenciones quirúrgicas abdominales, la siguiente nomenclatura y clasificación:

(...)

6. ESTÓMAGO

(...)

DERIVACIONES EN ESTÓMAGO

(...)

Códigos: 07630: anastomosis del estómago; incluye gastroduodenostomía, gastroyeyunostomía.

07631: anastomosis del estómago en Y de Roux"

Estos tratamientos hacen parte del POS y deben ser practicados por la EPS, para el tratamiento de cualquier trastorno de salud siempre que a juicio del médico sea pertinente

en cada caso y no esté dentro de las exclusiones señaladas en el artículo 18 de la misma Resolución.

1. Si la accionante llegara a requerir un procedimiento que se encuentre excluido del POS y ésta no pueda asumir sus costos, la persona debe ser atendida con cargo al subsidio a la oferta.

2. El FOSYGA se encuentra imposibilitado para prestar por sí mismo el servicio de salud, pues para este fin se crearon las EPS.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

II. LOS FALLOS QUE SE REVISAN

Primera instancia

El Juzgado Veinte Civil Municipal de Cali, Valle del Cauca, concedió al amparo solicitado por la accionante, ordenando la práctica del procedimiento quirúrgico de Bypass gástrico, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. A pesar de que en la historia clínica de la paciente no aparecen constancias de que la actora hubiese asistido a tratamientos con nutricionista, médico endocrinólogo, internista, etc., la accionada no desvirtúa el diagnóstico de obesidad certificado por la Doctora Beatriz Castillo G., médica tratante de la EPS.

2. La EPS no desplegó una actitud que procurara la atención de la paciente, pues ha debido

remitirla con carácter urgente a profesionales especializados, dado los riesgos cardiovasculares consignados por el médico tratante y el edema en los miembros inferiores

3. La EPS no colocó en manos de la paciente herramientas concretas que le permitan a la paciente soluciones concretas, es decir, que no remite a la paciente a programas médicos o de apoyo psicológico, generándose, de este modo, una actitud negligente, ausente y silenciosa en el tratamiento de la grave enfermedad de obesidad que padece la paciente.

4. En el caso concreto, se encuentra demostrada la vulneración de los derechos a la vida digna y a la salud en conexidad con la vida.

5. El concepto del médico José Pablo Vélez, referente a la necesidad de practicar Bypass gástrico por laparoscopia, debe ser atendido pues proviene de un especialista en cirugía bariátrica por laparoscopia y en estos casos dicha orientación es la que impera, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante que se encuentran en riesgo inminente.

6. La accionante no cuenta con los recursos suficientes para sufragar los gastos de la cirugía sugerida pues sólo devenga un salario mínimo mensual.

7. Al existir vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, es procedente conceder el amparo y permitir que se le haga la cirugía.

8. Por tratarse de una intervención quirúrgica que no hace parte del POS, la Entidad accionada podrá repetir contra el FOSYGA.

9. Para el juez de primera instancia, los requisitos para que sea procedente el amparo de una cirugía por fuera del POS y que se encuentran enunciados en la sentencia T-1207 de 2001 de la Corte Constitucional, se cumplen cabalmente.

Segunda instancia

El Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali resolvió la impugnación presentada por el

Ministerio de la Protección Social -Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA- revocando el fallo de primera instancia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. No se observa en la historia clínica de la paciente que padezca las enfermedades de artralgia en las rodillas, lumbalgia mecánica, apnea de medianos esfuerzos y dolor lumbar, pues sólo se menciona edema en los miembros inferiores.
2. Ni en la historia clínica de la paciente, ni en la documentación aportada al expediente, se evidencia que la accionante haya agotado las etapas previas a la cirugía de Bypass gástrico.
3. La accionante debe ser tratada por la EPS previamente y en este caso no se ha cumplido.
4. En caso de que la paciente falle a los tratamientos con los especialistas que haga la EPS, 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.
5. 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.

III. PRUEBAS

Obran las siguientes:

- * Copia del carné de afiliación a la EPS Servicio Occidental de Salud, en el que consta que la fecha de afiliación de la accionante, en calidad de cotizante, fue el día 1 de junio de 2004.
- * Copia de la Cédula de ciudadanía de la accionante en la que consta que su fecha de nacimiento es el 13 de diciembre de 1979.
- * Copia de la historia clínica de la accionante en la que se diagnostica obesidad grado III y presenta edema en los miembros inferiores, firmada por la doctora Beatriz del Castillo, médico tratante de la EPS.
- * Quince fotografías en las que se pone en evidencia la enfermedad de obesidad.
- * Respuesta al derecho de petición propuesto por la accionante, en el que la EPS S.O.S le informa que la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia no puede ser autorizada porque no se encuentra dentro de los beneficios del POS. Adicionalmente se indica que este tipo de cirugías no se puede llevar a cabo si la paciente no ha tenido una adecuada orientación y acondicionamiento desde el punto de vista psiquiátrico y nutricional, y en este caso esta opción no se ha agotado.
- * Copia del diagnóstico que la accionante solicita al médico particular José Pablo Vélez de la clínica de la Obesidad en la Fundación Valle de Lilí de Cali, en el que se indica que la paciente presenta un cuadro de obesidad mórbida por mas de 5 años, con peso de 115 kg y talla de 156 cm, para un índice de masa corporal de 47kg/m². Falla a tratamientos múltiples supervisados con dietas y ejercicios. Riesgo alto de enfermedad cardiovascular y muerte prematura por su obesidad extrema. Se manifiesta que la paciente requiere tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de los tratamientos no quirúrgicos. En dicho diagnóstico se solicita autorizar la cirugía de BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA, así como autorizar el uso de ligasure y sutura mecánica. Finalmente, se manifiesta que éste no es un procedimiento estético y tiene una clara indicación médica puesto que la obesidad mórbida es una enfermedad que pone en riesgo la vida de la paciente.
- * Copias de las órdenes de consulta expedidas por el médico José Pablo Vélez, en las que se indica que antes de la cirugía, la paciente debe asistir a especialistas en anestesiología, endocrinología, nutrición y psicología, además, debe practicarse endoscopia de cirugía

posterior y otros exámenes prequirúrgicos.

* Presupuesto escrito expedido por la Fundación Valle de Lilí en el que se indica que el procedimiento de Bypass Gástrico tiene un costo de \$16.500.000. Si la paciente requiere cuidados intensivos, la paciente deberá pagar \$881.100 diarios.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Sala Sexta de Revisión es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

1. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala establecer si la negativa a la práctica de la cirugía de Bypass gástrico, por no estar incluida en el POS, afecta el derecho a la salud, en conexidad con la vida, de la accionante.

3. El derecho a la salud, fundamental por conexidad

En repetidas oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la

naturaleza jurídica del Derecho a la Salud. A la luz de la Carta constitucional, éste no es un derecho fundamental per se, pero puede ser objeto de protección constitucional, siempre y cuando se encuentre en una estrecha relación con otros derechos que sí tienen la naturaleza de fundamentales, como lo son: el derecho a la vida, a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, etc. Esa es la interpretación recurrente en la jurisprudencia de tutela¹, así por ejemplo, en la Sentencia T-575 de 2005, M.P Humberto Sierra Porto 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 subjetivo². 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 subjetivo³. 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 subjetivo⁴”.

De conformidad con lo anterior, la protección del derecho a la Salud sólo tendrá el carácter fundamental si está en conexión directa con otro derecho fundamental. En el único caso en que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, sin necesidad de entrar a examinar si está ligado a un derecho fundamental, es el de los menores de edad, pues directamente el artículo 44 de la Constitución Política le atribuye ese carácter.

Corresponde entonces, al juez constitucional analizar la situación particular de la persona que reclama protección de su derecho a la salud por vía del mecanismo excepcional de la

acción de tutela pues, en estos casos, debe valorarse si existe una relación directa entre el derecho a la salud y otro derecho fundamental vulnerado, para así proceder al conceder el amparo. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

“... que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental⁵, 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.⁶ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente⁷, 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 personas. 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”⁸ (Subraya fuera del texto original).

En consecuencia con lo anterior, de no existir una vulneración a un derecho fundamental, la acción de tutela no resultará procedente, y el accionante deberá acudir a los mecanismos ordinarios de protección de los derechos. En el caso específico de transgresión de los derechos a la Salud, sin que se vulneren derechos fundamentales, se deberán seguir los procedimientos establecidos en los sistemas de acceso a la Salud.

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

Teniendo en cuenta el carácter prestacional de la protección a la Salud, el suministro de todos los 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.

Tal y como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación⁹, los recursos del Sistema deben destinarse a lo más urgente e indispensable con el fin de cumplir plenamente con los principios consignados en las normas de seguridad social tales como la progresividad, eficiencia, la universalidad, la solidaridad, etc. 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 su subsistencia, 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 constitucionales¹⁰.

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:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

"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 sustituído por otro previsto en el POS, 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.¹¹"

Una vez analizado el cumplimiento de estos requisitos, el juez ordenará a la entidad de seguridad social que suministre el medicamento, se lleve a cabo el tratamiento y se efectúe el procedimiento médico al solicitante. Sin embargo, con el fin de procurar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entidad de seguridad social a la que se ordenó la atención del paciente, podrá repetir ante el FOSYGA con el fin de obtener el reintegro de los costos sufragados.

5. El caso concreto

De un lado, la accionante solicita que se le practique una cirugía de Bypass gástrico y se ordene a la EPS S.O.S que cubra todos los gastos en que se incurra, puesto que de no hacerse la cirugía, se ve afectada la salud en conexidad con la vida y, además, con la cirugía se aliviarían otras enfermedades que padece.

De otro lado, la EPS S.O.S manifiesta que la acción de tutela interpuesta por la accionante debe ser negada porque es un procedimiento que no se encuentra incluido en el POS pero puede ser sustituido por otros procedimientos que si se encuentran incluidos, que surten el mismo grado de efectividad y generan un riesgo inferior al de una cirugía del Bypass gástrico. Además, la cirugía fue recomendada por un médico no tratante de la E.P.S, desconociendo que este es un procedimiento extremo para el tratamiento de la enfermedad.

Por su parte el Ministerio de la Protección Social -Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA- manifestó que a la EPS S.O.S le corresponde garantizar la prestación del servicio de salud y que el fondo simplemente es un administrador de los recursos de la Salud.

La Sala determina que para dar solución al problema jurídico del presente caso, es necesario determinar si los jueces de tutela actuaron de conformidad con los parámetros fijados por la jurisprudencia de esta Corporación en los que se determina cuando un medicamento, un procedimiento o un tratamiento deben ser amparados aún cuando no se encuentren incluidos en el POS. Los criterios a aplicar son los enunciados en el numeral 4 del capítulo IV de esta providencia.

En primer lugar, se entrará a examinar si la negativa de la EPS a realizar la cirugía de Bypass gástrico amenaza o vulnera el derecho a la vida de la accionante y si la no realización de ese

procedimiento puede afectar su vida o sus condiciones dignas de existencia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Se encuentra demostrado que la enfermedad que padece la accionante es obesidad morbida tipo III y edema en los miembros inferiores (historia clínica, folio 14 del cuaderno de primera instancia). Respecto del peligro que pueda correr la vida de la accionante, existe el concepto de un médico no tratante de la Fundación Valle de Lilí, en el que se explica que esta cirugía tiene una clara indicación médica y no estética y, además, que la obesidad mórbida es una enfermedad que ponen en riesgo la vida de la paciente. Sin embargo, en la historia clínica de la paciente se hace un diagnóstico de su enfermedad, pero no se indica que exista un inminente peligro sobre su vida.

Para la Sala está demostrado que la paciente no ha llevado a cabo otro tipo de tratamientos previos a la cirugía de Bypass gástrico que permitan lograr una mejoría de su enfermedad. En efecto, en la historia clínica de la paciente no consta que la accionante haya realizado tratamientos para adelgazar o que permitan sustituir la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia. Esto significa, que no aparece prueba que confirme lo afirmado por la accionante en su petición, en el sentido de haber realizado tratamientos alternativos a la cirugía solicitada.

En segundo lugar, se entrará a examinar si la cirugía de Bypass gástrico puede llegar a ser sustituida por otra prevista en el POS. Para dar respuesta a este interrogante es necesario hacer referencia a lo dicho por el Ministerio de la Protección Social en el trámite de la tutela. En esa oportunidad, se puso de presente, la existencia de cirugías alternativas al bypass gástrico por laparoscopia. Se trata de dos procedimientos alternativos incluídos en el POS a saber: la anastomosis del estómago que incluye gatroduodenostomía (Código 07630, contenido en el artículo 62 numeral 6 del Decreto 5261 de 1994, que regula el POS), y la anastomosis del estómago en Y de Roux (Código 07631, contenido en el artículo 62 numeral 6 del Decreto 5261 de 1994, que regula el POS).

Por su parte, la EPS manifestó que la sugerencia del médico no tratante, de llevar a cabo la cirugía del bypass gástrico, no fue remitida siquiera a la junta médica que es la que debe autorizar ese tipo de cirugías excluidas del POS.

Respecto a este punto, resulta claro para la Sala que la accionante dispone de cirugías alternativas destinadas al tratamiento de la obesidad y que se encuentran cubiertas por el POS. Además, no existe prueba de que se hayan agotado todos los tratamientos que conduzcan a una mejoría de la enfermedad, simplemente se anexa un concepto de un médico que no es el tratante de la EPS.

En el expediente de tutela no figura documento que demuestre que a la accionante se le han practicado otros tratamientos para el control de la obesidad y mucho menos indicación de que la única opción para tratar su enfermedad sea la cirugía de bypass gástrico.

En tercer lugar, se debe examinar si la orden de realizar el procedimiento quirúrgico de bypass gástrico por laparoscopia fue proferida por el médico tratante. Debe entenderse por médico tratante, “el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente”. Este concepto es el que ha sido acogido por la jurisprudencia de esta Corporación¹².

Para la Sala, si bien es cierto que el médico José Pablo Vélez está vinculado a la EPS S.O.S., no consta que sea el médico tratante de la accionante, sino que por el contrario, el médico que la ha tratado es la doctora Beatriz Castillo G. Además, no consta que el Dr. Vélez haya revisado la historia clínica de la accionante al hacer el diagnóstico de la paciente.

En cuarto lugar, aunque la accionante no hace mención de su incapacidad económica, en el escrito contentivo de la acción se manifiesta que trabaja como vendedora en un almacén de ropa con salario mínimo.

Hasta este estadio del análisis del caso concreto, la Sala observa que la accionante no cumple con los lineamientos que ha trazado la jurisprudencia cuando se trata de autorizar por vía de tutela, medicamentos, procedimientos o tratamientos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Adicionalmente, la Sala encuentra tres opiniones no coincidentes sobre el tratamiento a seguir respecto a la accionante: a) el concepto del médico José Pablo Vélez, en donde se recomienda una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia (folio 3 del expediente); b) el concepto de la doctora Beatriz Castillo (médico tratante de la EPS) en donde se manifiesta que la paciente no se le ha podido tomar los medicamentos por falta de tiempo y se recomienda que se practiquen exámenes específicos y siga un tratamiento (folio 11 del expediente); c) el concepto de la EPS en el que se manifiesta que a la paciente se le ha ofrecido valoración por especialistas médicos y paramédicos para que tracen un plan de regulación de su peso de manera paulatina, que es lo más indicado y evita complicaciones severas, como las que suelen ocurrir con la cirugía que solicita la tutelante (folio 48 del expediente).

Está probado que la paciente acudió simplemente donde un médico especialista sin que mediara remisión de la EPS, como si se tratara de un médico particular. Además, se reitera, que el diagnóstico que hace el Dr. Vélez, en el que se manifiesta que la paciente “falla a tratamientos múltiples supervisados con dietas y ejercicios con pocos resultados”, no cuenta con soporte probatorio puesto que al examinar la historia clínica dichos tratamientos no aparecen consignados y por el contrario se hace ver una completa desatención en la toma de medicamentos formulados por el médico tratante.

Ante la falta de claridad respecto de que la cirugía de Bypass por laparoscopia, sea el medio idóneo para solucionar los problemas de salud de la accionante, esta Sala estima necesario que a la paciente se le someta a una nueva evaluación médica en la que se determine cuál es el tratamiento más idóneo para el control de su enfermedad. Es decir, no hay certeza de que no exista peligro para la vida de la accionante si se ordena la cirugía sugerida por el doctor Vélez. Por el contrario, no aparece controvertido el procedimiento sugerido por la EPS y por ésta razón la tutela tampoco está llamada a prosperar.

En conclusión, como no se cumple con los requisitos trazados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar un tratamiento por fuera del POS, se confirmará la Sentencia del Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali. Sin embargo, dada la falta de claridad respecto del tratamiento médico a seguir, se dispondrá una nueva evaluación médica a la accionante para determinar el procedimiento más acorde con su estado de salud.

V. DECISIÓN

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

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, de 20 de junio de 2006, por medio del cual se negó el amparo solicitado por la señora Luz Marina Lucumi Gómez y que revocó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Veinte Civil Municipal de Cali, del 17 de abril de 2006.

Segundo.- PREVENIR a la EPS S.O.S para que valore nuevamente la situación de salud de la señora Luz Marina Lucumi Gómez con el fin de que se determine cuál el procedimiento más acorde a su estado de salud.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1 Esa es la interpretación que se ha dado a ese derecho desde los primeros años de la Corte Constitucional colombiana. Por ejemplo, en la Sentencia T-571 de 1992. M.P. Jaime Sanin Greiffenstein se dijo: “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se occasionaría 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”. Al respecto también se pueden consultar las sentencias T-426 de 1992, 495 de 2003, 1014 de 2004, entre otras.

2 Sentencia T-697 de 2004.

3 La Corte ha entendido que la naturaleza de derecho fundamental se puede entender de

manera autónoma, al derecho a recibir la atención de salud, definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De conformidad con el cual el derecho a la salud se estima fundamental; comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente y la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos.

4 Sentencia T-859 de 2003.

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

6 Ver Sentencia No T-271 de 1995. Sentencia T-494 de 1993. Sentencia T-395 de 1998.

7 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.

8 Sentencia T-1036 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9 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.

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

11 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.

12 Este concepto se predica tanto para las EPS como para las ARS. Por lo tanto, si el procedimiento o medicamento formulado no ha sido prescrito por un facultativo que tenga esa calidad, el juez de tutela no puede ordenar a la EPS o a la ARS la realización de tratamiento determinado por el médico particular. Empero, si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de

seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable y origina una responsabilidad médica que puede hacerse efectiva.