

Sentencia T-889/10

DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental

DERECHO A LA SALUD-Cirugía bariátrica por obesidad mórbida

DERECHO A LA SALUD-Criterios que se deben exigir para autorizar cirugía de by pass

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA BARIATRICA POR OBESIDAD MORBIDA-Caso en que el diagnóstico fue hecho por un médico no adscrito a la red de servicios a que pertenece la demandante

Se concederá la tutela del derecho fundamental a la salud de la accionante. Para protegerlo, le ordenará a Coomeva EPS que (i) dentro de las 48 horas siguientes, a la notificación del presente fallo, establezca contacto con la accionante con el objeto de comunicarle por parte de la entidad demandada, el inicio del proceso médico y administrativo, orientado a establecer qué tipo de tratamiento requiere la actora; (ii) dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, se conforme un grupo interdisciplinario de médicos, entre ellos un especialista en el padecimiento de la actora, a fin de evaluar el concepto dado por su médico tratante; (iii) en un plazo que no puede exceder de un (1) mes, defina el proceso de evaluación y diagnóstico médico de la accionante a fin de determinar la práctica del procedimiento médico denominado Cirugía Bariátrica tipo Tubulización Laparoscópica, o del procedimiento que requiere de acuerdo con la evaluación médica, garantizando las prestaciones previas y posteriores a la práctica del servicio médico requerido, a fin de asegurar la continuidad e integridad en la prestación del servicio, en los términos de las Reglas establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional; (iv) que garantice a la accionante, el acceso completo a la información necesaria, en términos comprensibles y concretos, indicándose de manera clara los riesgos y consecuencias del tratamiento, a fin de que pueda tomar la mejor decisión con base en la información disponible, en garantía de su derecho al consentimiento informado; (v) advertir a Coomeva EPS, que el tiempo transcurrido entre la notificación del fallo y la práctica efectiva del procedimiento médico requerido, debe ser razonable y limitado en términos de las actuaciones de una administración diligente.

Referencia: expedientes T-2722700

Acción de tutela interpuesta por Edith Fabiola Arteaga Henao contra Coomeva EPS.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptado en el asunto de la referencia, en la acción de tutela promovida por Edith Fabiola Arteaga Henao contra Coomeva EPS.¹

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.²

1. Edith Fabiola Arteaga Henao, interpuso acción de tutela contra Coomeva EPS, por considerar que dicha entidad, vulneró su derecho fundamental a la salud y a la vida digna, con la negativa de practicarle el procedimiento médico denominado Tubulación Gástrico por Laparoscopia, ordenado por el médico Juan Carlos Góngora.³ Manifestó ser una persona diagnosticada con obesidad mórbida, lo que le ha ocasionado graves y continuos problemas de salud de diverso tipo afectando su calidad de vida.⁴ Afirmó, que pese a haberse sometido a múltiples dietas, no ha podido reducir su peso corporal, siendo la única opción, la de la mencionada cirugía bariátrica.⁵ Se refirió a varias sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha ordenado la práctica de procedimientos médicos similares y solicita finalmente, la exoneración total de copagos y cuotas moderadoras, pues dados sus escasos ingresos no puede cubrir los costos que dichos pagos implican.

2. La entidad demandada, Coomeva EPS, intervino en el proceso para solicitar la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela. Para dicha entidad, no debe ser concedido el amparo solicitado, porque la tutela carece de objeto, debido a que la accionante nunca ha

hecho la solicitud a la entidad demandada, para que se autorice el procedimiento, de modo que ésta no lo ha negado. Además, agrega que el procedimiento médico que se solicita por vía judicial, fue prescrito por un médico no adscrito a la red de prestatarios de la entidad. Sostuvo en este sentido, que no es posible para Coomeva EPS autorizar una orden médica dada por un profesional que está por fuera de la red de sus servicios. Afirmó también, que la accionante no está siendo manejada por el grupo de obesidad de la EPS, por lo que se le asignó consulta médica para el ingreso a éste a partir de 31 de marzo de 2010. Señaló que el análisis interdisciplinario del caso es indispensable y que una vez se concluyan las valoraciones clínicas y cada uno de los profesionales haya definido el plan de manejo, se presenta a la paciente el caso, ello como cumplimiento de pronunciamientos de la Corte Constitucional que ha indicado el previo agotamiento de ciertas etapas médicas que permitan descartar otras alternativas a la quirúrgica, para la reducción de peso, de modo que es necesario respetar los pasos para la aprobación de la cirugía bariátrica en cualquiera de sus modalidades. Afirmó por otra parte, que el procedimiento solicitado se encuentra por fuera del POS, lo que excede el marco de sus obligaciones legales y por lo tanto la accionante debe asumir el costo del procedimiento, sin que sea posible su exclusión del pago de cuotas moderadoras.

3. (i) El trece (13) de abril de 2010, el Juzgado Vigésimo Primero (21) Civil Municipal de Medellín, decidió conceder el amparo solicitado por considerar, que teniendo en cuenta la condición particular de la accionante, y el hecho de que si bien el diagnóstico del procedimiento quirúrgico solicitado, fue realizado por un médico no adscrito a la red de servicios de la accionante, la entidad demandada no se opuso a él con base en información y conceptos científicos como lo prescribe la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que dicho concepto se hizo vinculante, siendo necesaria su práctica a fin de mejorar el estado de salud de la accionante. (ii) Impugnado el fallo por parte de Coomeva EPS, el veintiséis (26) de mayo de 2010, el Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito, resolvió revocar la sentencia y negar el amparo solicitado. Consideró el juzgado que teniendo en cuenta que la orden fue dada por un médico no adscrito a la red de servicios de la EPS accionada, se puede entender que dicha entidad no ha negado ningún servicio y que por tanto la tutela resulta improcedente.

4. En este contexto, le corresponde a la Sala decidir lo siguiente: ¿Una EPS (Coomeva EPS), viola los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la accionante, al negarle la

práctica del procedimiento médico denominado Tubulación Gástrica Laparoscópica, porque, según la entidad demandada, dicho procedimiento, se encuentra por fuera del POS y fue diagnosticado y ordenado por un médico no adscrito a la red de servicios de la entidad accionada?

5. Para decidir debe tenerse en cuenta, que conforme la Jurisprudencia de la Corte Constitucional la salud es un derecho fundamental.⁶ Además ha sostenido que:

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.⁷ La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.⁸

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, 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. 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.⁹ Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,¹⁰ sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.¹¹ También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’,¹² incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados”.¹³

6. En este caso, la Sala constata que (i) la accionante padece de obesidad mórbida grado II,

lo que le ha causado múltiples enfermedades comórbidas; (ii) que le fue diagnosticado el procedimiento quirúrgico denominado Cirugía Bariátrica tipo Tubulización Gástrica Laparoscópica, en efecto, por un médico no adscrito a la red de servicios de la entidad demandada; (iii) que a pesar de que dicha entidad, cuenta con la historia clínica de la accionante, no la valoró por parte de los especialistas en la condición que padece y tampoco descartó el diagnóstico con base en información científica. En circunstancias de esta naturaleza, cuando obran en el expediente múltiples diagnósticos médicos que hacen parte del seguimiento de la situación concreta de la accionante por parte de médicos adscritos a la entidad demandada, es evidente concluir, que existe una ausencia de diagnóstico en relación con el procedimiento médico ordenado por el médico especialista y por tanto, la accionante tiene derecho a que le sea concedido el amparo solicitado y en consecuencia sea ordenada la iniciación del proceso médico correspondiente, orientado a la realización del procedimiento quirúrgico denominado Cirugía Bariátrica tipo Tubulización Laparoscópica, pues prima facie dicho procedimiento médico hace parte del POS.¹⁴

En este sentido, teniendo en cuenta la obligación de la EPS de incorporar el diagnóstico médico hecho a la accionante, la entidad demandada deberá en el transcurso del proceso, valorar científicamente si dicho procedimiento debe en efecto ser practicado o en su defecto, el que recomiende un grupo interdisciplinario que se conforme para la valoración de la paciente, dependiendo de la condición de salud particular de la accionante. Ahora bien, si la EPS considera que con posterioridad a la práctica del mencionado servicio médico, ha incurrido en algún gasto que no le corresponde con base en la normatividad vigente, podrá hacer el respectivo recobro al Fosyga.

7. Es necesario tener en cuenta en todo caso, que si bien es cierto la Corte Constitucional ha amparado el derecho a la salud, en casos con circunstancias fácticas similares a la expuesta en la presente tutela, ha establecido también una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta como parte de la garantía efectiva del derecho, debido a la complejidad y al riesgo que implica este tipo de procedimientos médicos. Ha sostenido la Corte a ese respecto:

“Es por ello, que la Corte exige que se verifiquen los siguientes criterios, en primer grado por las entidades que prestan el servicio y en segundo, por los jueces de tutela, para llegar a autorizar legítimamente este tipo de cirugía, que a saber son:

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

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

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

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

“De igual manera, la jurisprudencia ha reiterado que las anteriores pautas no se excluyen entre sí, ya que en el evento en que se advierta que todos o alguno de los anteriores criterios no se cumple, debe verificarse el cumplimiento de los mismos de forma previa a la orden del procedimiento, todo con el fin de garantizar la protección efectiva del derecho fundamental a la salud de los pacientes.¹⁵” (cursivas dentro del texto).

8. A efectos de garantizar el acceso efectivo al derecho a la salud y a la vida digna, debe aclararse que la Corte Constitucional ha considerado que es justificado que un determinado servicio médico pase por el cumplimiento de un trámite administrativo. Para la Corporación, esto es razonable siempre que no demore excesivamente el servicio y no impongan cargas al usuario que no está obligado a asumir, pues al acceso a la salud debe estar desprovisto de obstáculos burocráticos que impliquen para la persona, una limitación injustificada para lograr un servicio médico al cual tiene derecho.¹⁶ Así, se irrespeta el derecho a la salud de una persona, cuando teniendo derecho a un servicio médico, los trámites burocráticos y administrativos demoran irrazonablemente el camino efectivo, postergando injustificadamente su posibilidad de ser atendido y la probabilidad de mejorar su estado de salud, tanto como sea posible. Esto supone además el derecho al examen diagnóstico que permita establecer si se requiere o no un servicio.

9. Finalmente, queda por definir si le corresponde a la accionante la cancelación de los respectivos copagos, a que hace alusión la entidad demandada, pues según sus afirmaciones

no cuenta con los recursos económicos para asumirlos.

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha establecido que “[t]oda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que requiere (i) cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o (ii) cuando requiere el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona tiene que asumir un ‘pago moderador’ (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica —parcial o total, temporal o definitiva— para asumir el costo que le corresponde. Como se dijo toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ -que no puede financiarse por sí mismo-.”¹⁷ Como lo reconoce específicamente la entidad demandada en el presente caso, la accionante se encuentra en el rango salarial No. 1, lo que supone que se trata de una persona cuyos ingresos son mínimos en términos de su capacidad económica para aportar al sistema. Teniendo en cuenta, que la capacidad económica no puede ser un obstáculo de acceso al sistema, la EPS podrá hacer a la accionante solamente el cobro de la suma correspondiente, a un cálculo que parta de su concreta capacidad y de la pertenencia del procedimiento médico al POS.¹⁸

10. En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo proferido el 26 de mayo de 2010, por el Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito, que revocó a su vez, la sentencia proferida el trece (13) de abril de 2010, por el Juzgado Vigésimo Primero (21) Civil Municipal de Medellín. En su lugar, concederá la tutela del derecho fundamental a la salud de la señora Edith Fabiola Arteaga Henao. Para protegerlo, le ordenará a Coomeva EPS que (i) dentro de las 48 horas siguientes, a la notificación del presente fallo, establezca contacto con la accionante con el objeto de comunicarle por parte de la entidad demandada, el inicio del proceso médico y administrativo, orientado a establecer qué tipo de tratamiento requiere la actora; (ii) dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, se conforme un grupo interdisciplinario de médicos, entre ellos un especialista en el padecimiento de la actora, a fin de evaluar el concepto dado por su médico tratante¹⁹; (iii) en un plazo que no puede exceder de un (1) mes, defina el proceso de evaluación y diagnóstico médico de la accionante a fin de determinar la práctica del procedimiento médico denominado Cirugía Bariátrica tipo Tubulización Laparoscópica, o del procedimiento que requiere de acuerdo con la evaluación médica, garantizando las prestaciones previas y posteriores a la práctica del

servicio médico requerido, a fin de asegurar la continuidad e integridad en la prestación del servicio, en los términos de las Reglas establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional; (iv) que garantice a la accionante, el acceso completo a la información necesaria, en términos comprensibles y concretos, indicándose de manera clara los riesgos y consecuencias del tratamiento, a fin de que pueda tomar la mejor decisión con base en la información disponible, en garantía de su derecho al consentimiento informado; (v) advertir a Coomeva EPS, que el tiempo transcurrido entre la notificación del fallo y la práctica efectiva del procedimiento médico requerido, debe ser razonable y limitado en términos de las actuaciones de una administración diligente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo dictado el veintiséis (26) de mayo de 2010, por el Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito, que revocó a su vez, la sentencia proferida el trece (13) de abril de 2010, por el Juzgado Vigésimo Primero (21) Civil Municipal de Medellín, y en su lugar, CONFIRMAR dicho fallo en el sentido de CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la señora Edith Fabiola Arteaga Henao, para que se establezca por parte de la entidad demandada qué tipo de tratamiento requiere la accionante.

Tercero.- ADVERTIR a Coomeva EPS, que el tiempo transcurrido entre la notificación del fallo y la práctica efectiva del procedimiento médico requerido, debe ser razonable y limitado en términos de las actuaciones de una administración diligente.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La Acción de Tutela de la referencia fue escogida para revisión por la Sala de Selección Número Siete, mediante Auto proferido el 22 de Julio de 2010.

2 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones. Cfr., entre otras, por ejemplo, las Sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

3 Folios 26 y 27 del cuaderno principal. (En adelante, siempre que se haga mención a un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos de que se diga expresamente lo contrario).

4 En efecto, a folio 26 del expediente, se encuentra un diagnóstico de la paciente del doctor Juan Carlos Góngora en la que se señala: Obesidad Mórbida II, Sahos, Artropatías. Así mismo, de los folios 19 a 24, aparece copias del seguimiento médico de la accionante, en la que se diagnostica, en diferentes fechas, disfonía, faringitis crónica, enfermedad del reflujo gastroesofágico sin esofagitis, laringitis crónica, obesidad no especificada, hiperlipidemia mixta, dolor en articulación, hemorragia vaginal y uterina anormal, no especificada.

5 A folio 56 del expediente, en respuesta a una solicitud del Juzgado 21 Civil Municipal de

Medellín, en el trámite de la primera instancia del proceso de tutela, afirmó el doctor Juan Carlos Góngora Arango: “El día 16 de marzo de 2010 se evaluó la señora EDITH FABIOLA ARTEAGA HENAO y se diagnosticó una obesidad mórbida de grado II, con enfermedades comórbidas consistentes en artropatías y apnea del sueño por lo anterior tiene indicación de realizarse una cirugía bariátrica tipo tubulización gástrica laparoscópica. En caso de no realizarse la cirugía la paciente continuará aumentando su peso, empeorando las enfermedades comórbidas y disminuirá su esperanza de vida (...)”.

7 Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-414 de 2001 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-786 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

8 En varias ocasiones la Corte Constitucional ha negado el amparo de tutela solicitado por un accionante, por el hecho de solicitar un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra afiliada. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-378 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-741 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-476 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

9 En la sentencia T-500 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

10 En la sentencia T-083 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió

un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

11 Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-1041 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

12 En la sentencia T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) se decidió atender el concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) ordenando la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

13 En la sentencia T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

14 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la pertenencia de la Cirugía Bariátrica al POS. En efecto, la Sentencia T-414 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), aclaró que dicho procedimiento sí se encuentra previsto en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que, por lo menos para el caso de esta modalidad de Cirugía Bariátrica, es claro que vulnera el derecho a la salud una EPS, cuando se niega su prestación con el argumento de que no se encuentra incluido en el POS. En esta oportunidad, la Corte Constitucional consultó a diversas entidades entre las que se encuentran la Asociación Colombiana de Cirugía, la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Medicina Legal, la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social. Estas entidades afirman que el By Pass Gástrico es un procedimiento consagrado dentro de la regulación del POS, pues lo descrito en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTOMAGO”, bajo el código 07630, Anastomosis del estómago, incluyendo gastroyeyunostomía, y el código 07631, Anastomosis del estómago en Y de Roux,

es plausible que sean entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como “by pass gástrico para cirugía bariátrica”. En estos mismos conceptos de las entidades consultadas se establecieron definiciones generales. Así por ejemplo, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses afirmó: “La cirugía bariátrica consiste en reducir el tamaño del estómago, asociado o no a procedimiento que impidan la absorción de la grasa. La forma de comer cambia radicalmente. Así se reduce la ingesta calórica y se asegura una dieta forzada al cambiar el hábito alimenticio obligando al paciente a comer pequeñas cantidades y tener que masticar muy bien”. En este mismo sentido, se pronunció recientemente la Corte Constitucional, en la sentencia T-037 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

15 Sentencia T-037 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

16 Así lo estableció la sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) –apartado 4.4.6.3-, en la que además se hace referencia a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en este mismo sentido.

17 Así por ejemplo en la sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Dijo la Corte Constitucional en este aspecto concreto lo siguiente –apartado 4.4.5.1.-: 4.4.5.1.1. “Toda persona tiene el derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas. La Constitución Política, en el artículo 49, establece que la ‘atención de la salud’ es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar ‘a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud’, ‘conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad’.”.

18 En efecto, así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-666 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En este caso, la Corte debió resolver un caso en el que una persona aducía su incapacidad económica para acceder a un medicamento que requería su hijo. En este caso, con base en este principio de distribución equitativa de los recursos, además del principio de cargas soportables, la Corte determinó que con base en el costo del medicamento y los recursos de que disponía el accionante, no resultaba desproporcionado o insoportable que asumiera el costo completo del medicamento, que correspondía a un

esquema de vacunación que contemplaba varias dosis. En esta sentencia, la Corte Constitucional hizo un análisis bastante completo sobre este tema de la capacidad económica. Dice la sentencia en uno de sus apartes: “7. Al respecto, los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte deben responder a las exigencias derivadas del principio de igualdad, valor que subyace al reconocimiento de los derechos sociales. Este respeto de la igualdad debe proyectarse tanto en su dimensión formal (igualdad de trato) como en su dimensión sustantiva (igualdad material y efectiva). Por ello, el criterio de incapacidad económica constituye una proyección de un criterio de accesibilidad económica equitativa: que quienes cuenten con más recursos apoyen a quienes, por carencia de recursos, no pueden acceder a los servicios básicos de salud.”

19 Doctor Juan Carlos Góngora Arango.