

Sentencia T-924/10

DERECHO A LA SALUD-Caso en que médico tratante ordenó práctica de cirugía bariátrica a paciente con obesidad mórbida pero EPS-S niega autorización por que dicha cirugía no se encuentra dentro del POS-S

DERECHO A LA SALUD-Carácter autónomo

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Prestación de servicios de salud se rige por el principio de integralidad, afiliados al recibir atención médica tienen derecho a la recuperación plena y óptima

LINEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LA OBESIDAD MORBIDA COMO PROBLEMA DE SALUD PUBLICA Y LA AUTORIZACION DE CIRUGIA BARIATICA

DERECHO A LA SALUD-Valoración previa a la cirugía bariátrica por grupo multidisciplinario de especialistas y suministrar información pertinente sobre beneficios y riesgos que pueda generar la intervención médica

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-Orden de autorizar y gestionar práctica de cirugía bariátrica una vez se haya obtenido el consentimiento informado del paciente y garantizar la atención integral

Referencia: expediente T-2.755.670

Acción de Tutela instaurada por María Betty Buriticá García contra Caprecom EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y

específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Lérica (Tolima), el 6 de julio de 2010, en la acción de tutela instaurada por la señora María Betty Buriticá García contra Caprecom EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional, en Auto del 25 de agosto de 2010, escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

La señora María Betty Buriticá García actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra Caprecom EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, por considerar que las entidades demandadas han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, al no autorizar la atención especializada por Gastrocirugía ordenada por el médico internista Dr. Germán Ruiz, ante al diagnóstico de obesidad mórbida.

1. Hechos

1. La accionante afirmó en su demanda, que tiene 50 años de edad y que pertenece al nivel I del Régimen Subsidiado, afiliada a través de Caprecom EPS-S.

1. Refirió de igual manera, que desde hace 10 años empezó a subir de peso a pesar de comer normalmente, por lo que acudió al médico y le realizaron exámenes de tiroides y hemoglobina, sin encontrar alguna anormalidad.

1. Indicó que se ha sometido en varias ocasiones a dieta, ha tomado sibutramina y ornisolec, sin conseguir bajar de peso, y de pesar 70 Kg. pasó a pesar 131 Kg. Dicho peso le ocasiona múltiples molestias, entre ellas, tensión alta, dolor en las piernas, retención de líquidos, y depresión.

1. Adujo que en septiembre del año anterior, el Doctor Germán Ruiz, médico internista, ordenó atención por cirugía bariátrica, me remitió por tener obesidad mórbida, solicité el servicio a Caprecom EPS-S, conoció el Comité Técnico Científico, pero el servicio fue negado por CTC PORQUE SU DIAGNOSTICO DEMUESTRA HTA NI D.MELLITIS NO HAY DESCOMPENSACION. (sic)

1. Esta negativa la obliga a solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, para que por este medio se ordene al Gerente de CAPRECOM EPS-S, de la ciudad de Ibagué (Tolima), que en el término de cuarenta y ocho (48) horas disponga autorizar la atención especializada por GASTROCIRUGÍA, ante el diagnóstico de OBESIDAD MÓRBIDA; de igual forma se practiquen los procedimientos que se requieran y se necesiten; y los medicamentos que sean formulados por el médico tratante POS-S y no POS-S, reconocer los gastos de transporte y alojamiento en que tenga que incurrir con un acompañante desde Lérída (Tolima) hasta cualquier parte del país, debiendo cubrir la entidad prestadora el 100% del costo anteriormente referido, debido a la falta de recursos económicos. Que la atención del servicio de salud se preste de forma integral bajo los lineamientos de la Ley 972 de 2005 y que se ordene al FOSYGA reembolsar a Caprecom EPS-S los gastos que realicen en el cumplimiento de esta tutela. (sic)

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

1. Contestación de Caprecom EPS-S

En respuesta a la solicitud de tutela, el Director Territorial de Caprecom Regional Tolima, pide se exonere a CAPRECOM EPS-S de toda responsabilidad que no esté incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y que en caso contrario, se ordene el recobro a la Gobernación del Tolima -Secretaría de Salud Departamental-, en solidaridad con el FOSYGA.

Para el efecto, precisó que efectivamente la accionante se encuentra activa como afiliada a Caprecom EPS-S, y se le han venido prestando y suministrando todos los servicios y medicamentos incluidos en el POSS.

Manifestó que el servicio medico especializado de cirugía para adelgazar y/o gastrocirugía, según diagnóstico denominado obesidad mórbida que padece María Betty Buriticá García, no se encuentra incluido en el Acuerdo 008 de 2009 en concordancia con la Resolución 5261 de 1994, que contiene los procedimientos cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, y que su realización debe ser asumida por la Secretaría de Salud Departamental según lo establece el artículo 49 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, que le atribuye asumir los exámenes, consultas especializadas, procedimientos y suministros que requiere la demandante, pues de no ser así se estarían generando cargas adicionales a la EPS-S, para las cuales no cuenta con recursos.

1. Contestación de la Gobernación del Tolima Secretaría de Salud Departamental

Indicó que la Ley 1355 de 2009, definió la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a ésta, como una prioridad de salud pública, adoptando medidas para su control, atención y prevención. Por consiguiente, antes de poner en funcionamiento el sistema médico para tratar este tipo de patologías se debe agotar ciertas estrategias de promoción en alimentación balanceada y saludable, a fin de tratar de controlar la enfermedad y no requerir el procedimiento aquí incoado.

Una vez agotado el procedimiento alimenticio, debe esclarecer el médico tratante la finalidad de la cirugía, a fin de determinar si se trata de una rehabilitación funcional, por cuanto son acciones tendientes a la recuperación de la salud, contenidas en el Acuerdo 008 de 2009. Dicho acuerdo, aclara y actualiza integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, de tal suerte que, según lo estipulado en el artículo 61, dicha responsabilidad recae en la EPSS Caprecom.

Artículo 61: ACCIONES PARA LA RECUPERACIÓN DE LA SALUD: El pos-s en el esquema de subsidiado pleno incluye las actividades, procedimientos e intervenciones según los niveles de cobertura y grados de complejidad, contenidos y definiciones establecidas en el presente acuerdo y en el anexo 2 del mismo:

1. Cobertura de servicios de segundo y tercer nivel el POS-S cubre:

1. g. Atención para rehabilitación funcional....

Por último, indicó que el médico tratante y una comisión interdisciplinaria de médicos son quienes determinarán el tratamiento, los medicamentos y procedimientos indicados en cada paciente para el manejo de su obesidad, y no le es permitido a la entidad promotora de salud ni al juez de tutela cuestionar sus decisiones.

No obstante lo anterior, solicita que de ser contrario el fallo de tutela a la Secretaría de Salud Departamental, se autorice el recobro al FOSYGA, por concepto de tratamientos, medicamentos, procedimientos y demás que le corresponda asumir a ese ente Departamental.

1. DECISION JUDICIAL

Fallo único de instancia

El 6 de julio de 2010, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Lériida (Tolima), resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante, por cuanto no logró probar la necesidad de realizar la cirugía solicitada.

En el análisis del caso concreto el juzgador advirtió, que la demandante no demostró el seguimiento del procedimiento alimenticio regulado en la Ley 1355 de 2009, así como la finalidad de la cirugía según el concepto del médico tratante. Tampoco acreditó la afectación en su salud, por el contrario, adjunta el concepto del Comité Técnico Científico, en el que se determina que no es necesaria la Gastrocirugía, al no evidenciarse descompensación. Por lo tanto concluye que las entidades demandadas no han vulnerado los derechos fundamentales invocados, en tanto han permitido el acceso a la salud de la peticionaria.

1. PRUEBAS

1. Pruebas documentales obrantes dentro del expediente.

Obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Betty Buritica García¹.

1. Copia del carnet de Caprecom EPS-S, donde consta que la señora María Betty Buritica, se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, del Régimen Subsidiado².

1. Copia de la solicitud de remisión de pacientes, emitida por el Doctor Germán Ruiz, medico internista del Hospital Reina Sofía de España E.S.E de Lériida Tolima³. Indicando el servicio de Gastrocirugía (Bariátrica) al cual se remite a la paciente María Buritica García.

1. Copia del Acta del Comité Técnico Científico, negando el servicio de Cirugía Bariátrica solicitado por la paciente María Betty Buriticá, justificando la decisión NEGADO POR CTC PORQUE SU DIAGNOSTICO NO DEMUESTRA HTA NI D.MELLITUS NO HAY DESCOMPENSACION4. (sic)

1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.2.1. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si Caprecom EPS-S, vulneró los derechos fundamentales a la vida y la salud de la señora María Betty Buriticá García, al no autorizar la práctica de la cirugía bariátrica requerida por la demandante, tras el diagnóstico de obesidad mórbida determinada por el doctor Germán Ruiz, bajo el argumento de no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S).

Para el efecto, esta Corporación procederá a reiterar su jurisprudencia sobre: (i) El derecho a la salud en su connotación de servicio público esencial; (ii) la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado de seguridad social en salud; (iii) la línea jurisprudencial de la Corte relacionada con el problema de salud pública de obesidad mórbida y la autorización de la cirugía bariátrica; (iv) procederá al análisis del caso concreto.

1. El derecho fundamental autónomo a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce, 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En el mismo sentido, la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. 1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

La Corte Constitucional ha entendido por derecho a la salud la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.⁵ La jurisprudencia constitucional sobre este aspecto ha determinado que el derecho a la salud es esencial para el mantenimiento de la vida, no sólo cuando se limita a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela únicamente en el caso de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino que se extiende al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas⁶. Concibiendo dichas condiciones en el sentido que el individuo pueda desarrollarse como ser autónomo, con la suficiente idoneidad para desempeñar cualquier función productiva dentro de la sociedad y ante todo con una vida saludable.

Ahora bien, los lineamientos jurisprudenciales han reconocido recientemente el derecho a la salud, como un 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, y delimite los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Es en este sentido, en el que la Corte Constitucional ha reconocido que el acceso a un servicio de salud que se requiere, previsto en los planes obligatorios en la materia como tal, es un derecho fundamental autónomo, cuya protección, se alcanza a través de la acción de tutela en los siguientes 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 concordancia con lo anterior y conforme lo proclaman los artículos 48 y 49 de la Constitución Política⁷, la salud además de ser un derecho constitucional, es un servicio público esencial, cuya prestación se encuentra a cargo del Estado y debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera, en los términos que establezca la ley. En el mismo sentido, el artículo 365 de la Carta Política determina que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, quien deberá asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

En desarrollo de dicho objetivo, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, concurren a regular y reglamentar el aludido servicio público esencial por medio de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud que permite a las personas acceder a los servicios específicos que requieran, a través de dos tipos de afiliaciones cuya clasificación se encuentra en el artículo 1578 de la precitada ley, los del Régimen Subsidiado y los del Régimen Contributivo.

De manera que, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción, pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud, cuando el mismo ha sido conculcado. Por tanto, las entidades encargadas de prestar la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con el fin de satisfacer los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta a la vez el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de

conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.

1. Reiteración de jurisprudencia. La prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado de seguridad social en salud.

El artículo 211 de la Ley 100 de 1993, define el régimen subsidiado 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. Este régimen ha sido creado con la finalidad específica de financiar el acceso al servicio de salud, de aquellas personas de escasos recursos que no tienen la capacidad económica para cotizar al Sistema, cuya administración está a cargo de las direcciones locales, distritales y departamentales de salud, quienes suscriben contratos con las EPS del régimen subsidiado, encargadas de suministrar directa o indirectamente las prestaciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. El Estado debe garantizar la efectividad de dicho acceso, a través de las entidades públicas y privadas, previstas para tal fin.

Esta Corporación, en Sentencia T-760 de 20089, compendió sistemáticamente las reglas jurisprudenciales que en los diferentes contextos constitucionales presenta el derecho a la salud, avanzando, dentro del marco que brinda la Constitución, en la identificación de los elementos que comportan el goce efectivo del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud¹⁰. La Corte, al resolver cada uno de los casos acumulados en la providencia citada, erigió la ratio decidendi invocada, como el cánón normativo conforme al cual los jueces de tutela -individuales o colegiados- habrán de resolver los problemas jurídicos que en materia de derecho a la salud les sean sometidos a su consideración.

Así que, cuando un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, en cualquiera de sus dos regímenes, reclama la protección de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, la única alternativa que tendría un juez de instancia para no aplicar la regla jurisprudencial fijada por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, so pena de violar el derecho a la igualdad de trato jurídico, la confianza legítima y la seguridad jurídica, es la

de presentar razones claras, poderosas y suficientes que le permitan cumplir una estricta carga de argumentación en aras de justificar su decisión.

En este caso, y a la luz del problema jurídico planteado, se trata de la negativa de una Empresa Promotora de Salud Subsidiada¹¹ de realizar a una de sus afiliadas una cirugía bariátrica que requiere. El argumento de la EPS-S es puramente reglamentario, es decir, que dicho procedimiento está excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), por su parte la accionante sostiene la carencia de recursos económicos para cubrir por su cuenta dicho procedimiento quirúrgico.

Acorde con la Sentencia T-760 de 2008, referida, a esta situación, requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará en adelante, requerir con necesidad.

El concepto de “requerir” se concreta en que: a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Por su parte, la noción de “necesidad” alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadas), y adicionalmente que el paciente no pueda acceder a lo ordenado por su médico tratante, a través de otro plan distinto que lo beneficie.

En este sentido, la regla aplicable en el presente caso y que se extrae de la citada sentencia, es aquella conforme a la cual una entidad de salud viola el derecho fundamental a la salud si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, cuando el servicio se requiera con necesidad, lo cual impone al juez de tutela restablecerlo, debiéndose resolver el caso entonces no con las reglas reglamentarias sino con la cláusulas constitucionales aplicables.

Igualmente, es de mencionar, que las prestaciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, se rigen por el principio de integralidad, el cual se erige como su pilar fundamental, en el entendido que los afiliados al momento de recibir atención médica, tienen

derecho a la recuperación plena y óptima de su estado de salud.

Al respecto, esta Corporación ha establecido que:

La prestación del servicio de seguridad social en salud debe estar caracterizada por la integralidad. Una manifestación de la misma se da en el deber de prestar tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, por ejemplo, a través de la terapia física. (...)

El tratamiento médico que se le brinde a los usuarios del servicio de salud no puede limitarse a la atención de urgencias, o al diagnóstico de un médico tratante sin que este se complemente con el suministro de los medicamentos que integran el tratamiento y la realización de terapias de rehabilitación requeridas para una plena u óptima recuperación.¹²

Lo anterior, permite concluir que, a la luz de este principio, las instituciones que prestan los servicios de salud, ya sean EPS, ARS o IPS, deben buscar la recuperación total de la persona, ya que no basta con el diagnóstico aislado de un médico, si no se acompaña de los procedimientos y tratamientos necesarios que materialicen el derecho a la salud. Todo ello, según lo contemplado 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 306 de 2005, que comprende el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado y el Acuerdo 008 de 2009, por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado.

1. La línea jurisprudencial de la Corte respecto a la obesidad mórbida como problema de

salud pública y la autorización de la cirugía bariátrica

La Corte Constitucional ha estudiado de fondo el tema de la obesidad mórbida¹³, y el tratamiento idóneo para combatirla, debido al considerable número de usuarios del servicio de salud que acuden a la acción de tutela solicitando la autorización del servicio negado por las EPS, que sistemáticamente argumentan que se trata de un procedimiento netamente estético que no se encuentra incluido en el POS.

En principio la Corte Constitucional abordó el tema, y señaló que en los casos de obesidad mórbida el Bypass Gástrico¹⁴, no puede catalogarse como un procedimiento estético¹⁵, cuando se ha prescrito para contrarrestar esa enfermedad crónica y progresiva, que ha sido definida como una prioridad de salud pública¹⁶.

En esa medida, y teniendo en cuenta que dicho procedimiento no aparecía expresamente incluido en los Planes Obligatorios de Salud, la Corte asumió que, la intervención quirúrgica Bypass Gástrico, se encontraba excluida del POS¹⁷. Al entrar a estudiar un caso en particular y ordenar a través de la acción de tutela el procedimiento requerido, era necesario analizar si concurrían los requisitos jurisprudenciales establecidos para autorizar un procedimiento o tratamiento no POS¹⁸.

Adicionalmente, la Corporación, debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone el procedimiento genéricamente descrito, ha sido enfática en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares: (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento¹⁹; y (ii) el consentimiento informado del paciente²⁰, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.

Ahora bien, ante la disyuntiva sobre si el procedimiento de Bypass Gástrico se encuentra o no incluido en los Planes Obligatorios de Salud, la Corte en Sentencia T-414 de 2008²¹, elaboró un amplio estudio relacionado con el problema de la obesidad excesiva, estructurado sobre una extensa línea jurisprudencial y diversos conceptos emitidos por entidades especializadas en el tema. Para ello, ofició a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la

Asociación Colombiana de Cirugía, para que aportaran sus respectivos conceptos acerca de (i) cuándo se puede considerar una obesidad como mórbida; (ii) a qué hace referencia el término cirugía bariátrica; y (iii) si 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 gastroduodenostomía, gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, pueden entenderse técnicamente como By pass gástrico para cirugía bariátrica.

Al primer interrogante respondieron:

La Asociación Colombiana de Cirugía:

La obesidad mórbida se define como la condición por la que una persona pesa 50 Kilos o más por encima de su peso ideal, o que tiene un índice de masa corporal de 35, acompañado de enfermedades como diabetes, hipertensión o trastornos cardio-pulmonares.

El índice de masa corporal es el resultado de dividir la masa expresada en kilogramos por el cuadrado de la estatura expresada en metros:

$$\text{IMC} = \frac{\text{Masa (Kg.)}}{\text{Altura (m)}^2}$$

El peso ideal se estima mediante tablas existentes, tanto para hombres como para mujeres y para niños, en los diferentes países.

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

El Ministerio de la Protección Social establece a través de la Resolución 00412 del 2000, las

normas técnicas y las guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica, detección temprana y la atención de los problemas relacionados con las prioridades en salud pública, a través de la consulta establecida en la guía de Atención de la Obesidad, que tiene como objeto “Lograr una mejoría del estado nutricional disminuyendo el aporte calórico proteico del individuo mediante tratamiento con dieta y educación, para evitar el sobrepeso y la obesidad y las complicaciones asociadas.

La guía de atención de la obesidad, la define como un desequilibrio entre la cantidad de energía que se ingiere y la que se gasta. Es el aumento del 20% o más del peso corporal en relación con la talla, consiste en un porcentaje normalmente elevado de la grasa corporal y puede ser generalizado o localizado. Según los rangos e interpretación de índice de masa corporal (Peso (Kg.) / Talla (m²)) en adultos según la Organización Mundial de la Salud del año 2000, la obesidad grado 3 o Mórbida se interpreta como el índice de masa Corporal mayor a 40.

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, después de realizar la revisión de bibliografía al respecto, manifestó:

Se denomina obesidad mórbida la correspondiente a un IMC \geq 40. Pero en el Consensus Development Panel de los National Institutes of Health (NIH 1992) se acordó designar como “obesidad severa” aquella asociada con el más alto riesgo de morbilidad y mortalidad, con preferencia sobre “obesidad mórbida”, término que fue considerado de connotación redundante y peyorativa (Kral 2001). Sin embargo, en la práctica clínica generalmente se utilizan los términos así: obesidad mórbida IMC \geq 40; obesidad severa 40.

En cuanto al segundo interrogante, relativo a qué hace referencia el término cirugía bariátrica, la Asociación Colombiana de Cirugía, afirmó:

Bariátrica, viene del griego y significa pesadez.

En general el término Cirugía Bariátrica, se refiere a las cirugías que tiene como fin lograr que las personas pierdan peso.

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

La llamada “Cirugía Bariátrica” es el término general que sirve para denominar el conjunto de procedimientos quirúrgicos usados para tratar problemas relacionados con la obesidad o de exceso de peso.

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, puntualizó:

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.

Al interrogante concerniente a la pertenencia al POS de 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 gastroduodenostomía, gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, sobre si pueden entenderse técnicamente como By pass gástrico, para cirugía bariátrica, las autoridades médicas respondieron:

La Asociación Colombiana de Cirugía.

En general las operaciones para la obesidad mórbida, buscan reducir y modificar el tránsito del alimento por el intestino, para evitar la absorción de algunos nutrientes.

El By Pass Gástrico, es una de las operaciones más utilizadas. Consiste en reducir muy significativamente la capacidad de reservorio del Estomago y conectar este reservorio mediante una gastroyeyunostomía, y la parte del Intestino formando una Y.

Así que la Y de Roux y la gastroyeyunostomía si forman parte de la cirugía bariátrica de By Pass Gástrico para obesidad Mórbida.

La gastroduodenostomía que consiste en unir el estómago con el duodeno, no es un procedimiento que se utilice para la cirugía bariátrica.

La Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social.

En la Resolución No. 5261 de 1994 con códigos de 7630 y 7631 en el artículo 62, están descritos dos tipos de procedimientos de DERIVACIÓN GÁSTRICA por vía abdominal abierta o por laparotomía, como son las Anastomosis del estómago (astroduodenostomía, gastroyeyunostomía) y la Anastomosis del estómago en Y de Roux, los cuales se deben entender que están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud para tratamiento de cualquier trastorno de salud siempre que a juicio del médico sea pertinente en cada caso y no estén dentro de las exclusiones señaladas en el artículo 18 de la mencionada Resolución. Sí bien, en dicho aparte se menciona como una de las exclusiones expresas en el POS a los tratamientos con fines de embellecimiento, 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 mórbida y darles una mejor calidad de vida. (Énfasis en el texto hecho por la Sala).

En el sistema no hay guías o protocolos y flujogramas para efectos de clarificar en caso dado el objetivo de un tratamiento respecto a lo funcional o lo estético, por lo cual debe ser realizado en cada caso teniendo en cuenta el concepto del médico o profesional tratante.

Por lo anterior, este Ministerio recomienda que sea dado por un perito o experto, donde emita un concepto sobre el entendimiento técnicamente como By Pass gástrico, para cirugía bariátrica.

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, explicó en que consisten las técnicas

descritas en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, concluyendo:

El By pass gástrico o derivación gástrica combina la restricción gástrica con un grado leve de malabsorción, en este procedimiento la restricción gástrica se realiza con los mismos parámetros que en la gastroplastia y la banda gástrica. En la derivación (bypass) gástrica por gastro-yeyunostomía de Roux-en-Y, el recipiente gástrico es de 20 ± 5 cc. , se secciona el yeyuno a unos 15 cm del ligamento de Treitz, y el asa proximal del yeyuno se anastomosa a unos 50 cm de la gastro-yeyunostomía.

Aunado a las anteriores intervenciones, la Superintendencia Nacional de Salud conceptuó dentro del proceso lo siguiente:

La cirugía bariátrica es la que se realiza en pacientes con sobrepeso extremo o severo, a fin de provocar un descenso importante de peso en los primeros años y el sostenimiento del mismo; así como reducir enfermedades asociadas a este tipo de obesidad y mejorar la calidad de vida, consiguiendo disminuir la mortalidad y mejorar la expectativa de vida disminuyendo el riesgo en la salud.

El BY PASS gástrico consiste en una derivación gastroyeyunal, actualmente predomina la preferencia por la derivación gastroyeyunal con anastomosis de Roux- en-Y como procedimiento más confiable y de mejores resultados persistentes a largo plazo y es una de las cirugías más frecuentemente realizadas en el tratamiento de la obesidad mórbida.

El Acuerdo No. 008 de 1994 estableció el Plan Obligatorio de Salud y ordenó al Ministerio de Salud la expedición del Manual con miras a unificar criterios en la prestación de servicios dentro de la Seguridad Social en Salud, como garantía de acceso, calidad y eficiencia, dicho Ministerio mediante la Resolución 5261 de 1994, estableció el Manual de actividades, intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud. (Negrillas fuera de texto)

Razón por la cual concluyó:

Anastomosis del estomago; incluye gatroduodenostomía con el código 07630

Anastomosis del estomago en Y d Roux Código 07631

Procedimiento que, como ya se mencionó anteriormente, son los que se utilizan en el By Pass gástrico.

Igualmente aclaró que la cirugía bariátrica no es un procedimiento con fines estéticos, toda vez que se realiza en pacientes con sobrepeso extremo o severo, cuyo objetivo es provocar un descenso importante de peso en los primeros años y el sostenimiento del mismo; así como reducir enfermedades asociadas a este tipo de obesidad.

En cuanto a los temas expuestos, para la Corte es claro que por tratarse de un asunto eminentemente técnico, tales criterios se ponen de presente como una guía científica para la adopción de decisiones a que haya lugar. No obstante, como ya se señaló, es el médico tratante y el grupo interdisciplinario los que determinan, en el caso concreto, el tratamiento, medicamentos y procedimientos indicados en cada paciente para el manejo de su obesidad, con su respectivo consentimiento informado y respeto del derecho al diagnóstico como ya se señaló.

Por último, es claro que en lo referente a la descripción que hace el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, concerniente 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, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como By pass gástrico para cirugía bariátrica, el cual es un procedimiento incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las Entidades Promotoras de Salud, se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS), en consecuencia, son dichas entidades las que deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, sin que se les otorgue el derecho a repetir contra el FOSYGA22.

1. CASO CONCRETO

La señora María Betty Buriticá García actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra Caprecom EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, por considerar que las entidades demandadas han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, al no autorizar la atención especializada por Gastrocirugía ordenada por el médico internista Dr. Germán Ruiz, ante al diagnóstico de obesidad mórbida, bajo el argumento de no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POSS-.

Del material probatorio obrante en el expediente, para esta Sala de revisión se encuentra acreditado que, de acuerdo con la copia del carnet de Caprecom EPSS, la señora María Betty Buriticá García, está vinculada al Régimen de Seguridad Social Subsidiado en nivel I, adscrita a dicha entidad en calidad de afiliada. Igualmente, que fue remitida por el doctor Germán Ruiz, al servicio de Gastrocirugía (Bariátrica) tras diagnóstico de obesidad mórbida. Es de mencionar que en el resumen y análisis de la historia clínica presentado por el Comité Técnico Científico, se lee: Paciente con obesidad mórbida peso 131 Kg IMC 51, Tto efectuado dieta, ejercicio, sibutramina, omisolec, sin conseguir bajar de peso manifiesta dificultad para respirar, dolor auricular, depresión se envía valoración y manejo por gastrocirugía (bariátrica).(sic)

De acuerdo con las consideraciones esbozadas y los hechos que se encontraron probados, es evidente que la presente acción está llamada a prosperar, toda vez que los derechos fundamentales invocados por la peticionaria han sido vulnerados por las entidades demandadas.

Según la definición dada por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, Según los rangos e interpretación de índice de masa corporal (Peso (Kg.)/ Talla (m²) en adultos según la Organización Mundial de la Salud del año 2000, la obesidad grado 3 o Mórbida se interpreta como el índice de masa Corporal mayor a 40. Índice que a todas luces supera la demandante, pues según la documentación anexa, su peso es de 131 Kg con un IMC 51. Así las cosas, y teniendo en cuenta que la accionante no ha logrado bajar de peso, a pesar de los diversos tratamientos que ha iniciado, la cirugía bariátrica se torna como la única alternativa para mejorar su salud y calidad de vida.

Acogiendo el pronunciamiento realizado en la Sentencia T-414 de 200823, reiterada en el

presente fallo, con respecto a que la descripción dada en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, con códigos 7630 y 7631, corresponde a dos tipos de procedimientos de DERIVACIÓN GÁSTRICA por vía abdominal abierta o por laparotomía, los cuales técnicamente forman parte de la cirugía bariátrica de By Pass Gástrico para obesidad Mórbida, y su pertenencia al Plan Obligatorio de Salud, así como lo previsto en el Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, expedido por la Comisión Nacional de Regulación en Salud (CRES), el cual entró en vigencia el pasado 1° de enero de 2010. Para esta Sala es claro que las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, por ser un procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud²⁴.

No obstante lo anterior, no se puede pasar por alto que la cirugía de Bypass gástrico es considerada como una intervención de muy alto riesgo, invasiva y de alta peligrosidad, por lo tanto, es menester que en el caso concreto se cumplan los requisitos jurisprudenciales señalados por esta Alta Corporación²⁵, para su realización:

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

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

En ese orden de ideas, la Sala procederá a ordenar a la EPSS demandada que, como no se evidencia la valoración por un grupo interdisciplinario de médicos que le hubiese explicado los riesgos y beneficios de la intervención quirúrgica que requiere la demandante, se realice una valoración a cargo de un grupo multidisciplinario de especialistas, quienes deberán suministrar información pertinente, clara y concreta, además de exponer los riesgos y beneficios que puedan generar en su salud y organismo, en un plazo no superior a las 48 horas.

Una vez la señora María Betty Buriticá manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, es decir, cuando se haya obtenido el consentimiento informado de la paciente, la entidad promotora de salud, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorizará y gestionará la práctica del procedimiento el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

Ahora bien, teniendo en cuenta el diagnóstico de obesidad severa de la accionante y las inherentes complicaciones que se derivan de su enfermedad, obesidad mórbida severa, conforme a lo solicitado por la actora, se hace necesario que se le garantice una atención integral en salud (entiéndase consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, evaluaciones previas y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico), lo cual le brindará una adecuada recuperación, conforme a las prescripciones que los médicos adscritos a la entidad accionada efectúen para tal fin. Así como la exoneración del copago prevista en la Ley 1122 de 2007, artículo 14, inciso a): Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del SISBEN o del instrumento que lo reemplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Lérica (Tolima), el seis (6) de julio de 2010, dentro de la acción de tutela de la referencia. En su lugar, por las razones y en los términos de esta sentencia CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora María Betty Buriticá García.

SEGUNDO. ORDENAR a Caprecom EPSS que una vez reciba la notificación de la sentencia, y previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita a la señora María Betty Buriticá García -cirugía de bypass gástrico-, la someta, 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 -by pass gástrico- que se le dictaminó, y para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse a la misma.

TERCERO. ORDENAR a la entidad demandada, que una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, autorice y gestione la práctica de la intervención quirúrgica, cirugía bariátrica -by pass gástrico-, la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente a la formalización del trámite de autorización, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de sus médicos tratantes.

CUARTO. ORDENAR a la entidad accionada, prestarle una atención integral en salud a la señora María Betty Buriticá (entiéndase consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, evaluaciones previas y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico), lo cual le brindará una adecuada recuperación, conforme a las prescripciones que los médicos adscritos a la entidad accionada efectúen para tal fin. Así como la exoneración del copago prevista en la Ley 1122 de 2007, artículo 14, inciso a.

QUINTO. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folios 8 y 9, cuaderno principal.

2 Folios 8 y 9, cuaderno principal.

3 Folio 7, cuaderno principal.

4 Folios 5 y 6, cuaderno principal.

5 Sentencia T- 597 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Sobre los ámbitos de protección de la dignidad humana véase, entre otras, Sentencia T-881 de 2002 MP, Eduardo Montealegre Linett: Según ésta Corte, el derecho a la vida no sólo tiene una dimensión material o biológica, sino también una dimensión de “vida digna”, la cual, de conformidad con decisiones jurisprudenciales recientes , comprende los campos de autonomía en el diseño del plan vital (“vivir como se quiera”), ciertas condiciones materiales de existencia (“mínimo vital”) y la intangibilidad de bienes como la integridad física o moral (“vivir sin humillaciones”).

7 Enfatizando la protección constitucional del derecho a la salud como derecho fundamental, la Sentencia T-200 de 2007, menciona las dimensiones de amparo de este derecho, para lo cual estableció: ...En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan

dicho servicio. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional. (ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido -que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos...

8 ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular

importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

9 M.P. Manuel José Cepeda.

10 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 12.

11 Artículo 14, inciso segundo, Ley 1122 de 2007: Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S).

12 Sentencias: T- 122 del 1º de febrero de 2001. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y T-133 del 7 de febrero de 2001. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

13 Esta Corporación remitiéndose al conocimiento médico ha entendido la patología de Obesidad Mórbida como “una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas”. Asociación Argentina de Cirujanos en www.aac.org.ar/pdf/uto705.pdf, citado en Sentencia T-110 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

15 Sentencia T-110 de 2007: (...) En reciente oportunidad y con relación a un caso similar al que ahora es objeto de pronunciamiento, 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 asociadas, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad”, 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.

16 La Ley 1355 de 2009, Por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a ésta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención, declara: Artículo 1º: La obesidad como una enfermedad crónica de Salud Pública, la cual es causa directa de enfermedades cardíacas, circulatorias, colesterol alto, estrés, depresión, hipertensión, cáncer, diabetes, artritis, colón, entre otras, todos ellos aumentando considerablemente la tasa de mortalidad de los colombianos.

17 Como sentencia fundadora de línea, se encuentra la Sentencia T-264/03, en la cual la Corte revisó el caso de la Sra. Roa que presentaba obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial aunada a otras patologías, que según lo prescrito por el especialista tratante requería para su mejoría de una cirugía bariátrica. Ante el riesgo latente del derecho a la vida de la actora, se decidió ordenar la conformación de un equipo multidisciplinario que determinará el tratamiento pertinente, para lo cual se resolvió: “ORDENAR al Representante Legal de SaludCoop E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique el Dr. Hernán Yupanqui (especialista tratante) a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la señora Glaris María Roa Sánchez y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico. De igual manera, se le debe brindar la atención integral que requiera dicha señora para el mejoramiento de su calidad de vida”.

Sentencia T-828/05, La Sala Séptima de Revisión, estudió el caso del Sr. Pezzotti, a quien se le diagnosticó obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial y otras patologías que le causaban un serio deterioro en sus condiciones de existencia, para lo cual se le recomendó el procedimiento de BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA.

En aquella ocasión, la Corte denegó el amparo solicitado en la medida que el procedimiento requerido no había sido ordenado por médicos adscritos a la EPS accionada a la cual se encontraba afiliado el Sr. Pezzotti. Además, se tuvo en cuenta que la entidad accionada había desplegado una conducta protectora de los derechos fundamentales del actor, por ello no

encontró esa 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”

Sentencia T-027/06, en el cual a una señora se le dictaminó obesidad mórbida, pero la EPS accionada se negó a practicar la cirugía bariátrica que requería. En esta providencia se pudo establecer que la accionante había acudido a médicos particulares quienes le diagnosticaron igualmente obesidad mórbida, pero a diferencia de los facultativos de la EPS, éstos le ordenaron la práctica de la cirugía bariátrica. En la primera instancia el juez de tutela concedió y protegió el derecho ordenando la cirugía. Sin embargo la Corte encontró que la orden para la realización de la cirugía no fue expedida por el médico tratante adscrito a la entidad, razón por la cual declaró improcedente esa acción de tutela.

En esta jurisprudencia, versó en que se recordó la importancia del papel del juez de tutela, en la medida que este no puede reemplazar al médico tratante, ya que lo procedente es seguir los protocolos médicos y efectuar la remisión al médico especialista para determinar la viabilidad de la cirugía. Para ello la Corte revocó el amparo concedido, realizó la consideración que se cita[13]. Y previno, lo siguiente: “PREVENIR a la EPS Cosmitet que si la cirugía aún no se ha practicado, debe valorar nuevamente la situación de salud de la paciente y establecer si esta necesita la cirugía, caso en el cual habrá de prestarse, en su integridad el servicio médico quirúrgico ordenado por el médico tratante, en forma oportuna”

Sentencia T-110/07, mediante la cual se abordó el asunto de la Sra. Clavijo Bernal, a quien se le diagnosticó obesidad mórbida e hipotiroidismo, pudiéndose determinar, que la estatura de la actora en ese momento era de 1,65 metros y su peso de 118 kilogramos, con un IMC de 43,3. A la señora Clavijo, se le ordenaron por parte de su médico tratante varios exámenes y “cirugía bariátrica” para el tratamiento de la obesidad mórbida. La ARS accionada se negó a

suministrar los exámenes y el procedimiento bajo el argumento de ser no POS.

Para la Sala Cuarta de Revisión, los requisitos para ordenar el suministro de prestaciones excluidas del POS se encontraron plenamente probados y se ordenó la práctica de la cirugía bariátrica, así: “ORDENAR a Humana Vivir A.R.S., que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice la práctica de todos los exámenes y procedimientos que requiera la accionante como preparación para la cirugía bariátrica”.

“Una vez efectuados dichos exámenes, si el médico tratante determina que la paciente se encuentra en condiciones de practicarse la cirugía bariátrica y siempre que la señora Clavijo Bernal manifieste expresamente su consentimiento informado para la realización de la cirugía, Humana Vivir A.R.S. deberá autorizar la práctica de la misma dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presentación de la solicitud. Dicha entidad deberá autorizar, además, el tratamiento post operatorio que requiera la demandante”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

“Para asegurar que la paciente reciba la atención médica señalada, Humana Vivir A.R.S. deberá gestionar con las entidades de salud públicas o privadas con las que tenga contrato, la realización efectiva del tratamiento pre y post operatorio que requiera la accionante, así como de la cirugía bariátrica”

Sentencia T-023/08, En dicha providencia se revisó el caso de una señora de 32 años, a la cual su médico tratante adscrito a la entidad, le ordenó una cirugía de “bypass gástrico por laparoscopia”, con autorización de “ligasure y sutura mecánica”; desde febrero de 2007.

Observó la Sala que la cirugía solicitada por medio de esa acción, cumplía los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte, en la medida que se cumplieron los requisitos para ordenar la realización de un procedimiento no POS, ya que los tratamientos suministrados previamente a la accionante no dieron buenos resultados. En este caso, se ordenó: (...) al Gerente de EPS Sanitas, Regional Valle, o quien haga sus veces, que si no lo ha hecho, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas proceda a realizar el comité interdisciplinario a la paciente y sí el resultado es favorable, autorice la cirugía de “Bypass Gástrico por Laparoscopia con uso de sutura mecánica y ligasure”, como lo ordenó el médico tratante, con la debida continuación del tratamiento integral que requiera la referida señora y

previo consentimiento de la misma.

18 Corte Constitucional. Sentencias T-447 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-408 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-T-110 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-867 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-469 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-384 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-265 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-060 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-027 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1272 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-828 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto y T-264 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

(i) Cuando la falta del diagnóstico, medicamento, procedimiento o implemento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales a la vida o la integridad física del interesado.

(ii) Cuando se trate de un medicamento, tratamiento o implemento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

(iii) Cuando el paciente realmente no pueda sufragar el costo del diagnóstico, medicamento, tratamiento o implemento requerido.

(iv) Cuando no se puede acceder a él por ningún otro modo o sistema.

(v) Cuando el diagnóstico, medicamento, tratamiento o implemento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante.

19 Sentencia T-264 de 2003 M.P. Humberto Sierra Porto.

20 Sentencia T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería.

21 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

22 En Sentencia T-586 de 2008, se señaló: si en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía Bypass 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 de Solidaridad FOSYGA, por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

23 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

24 Sentencia T-586 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: Si 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 Accionado sin, la posibilidad de repetir al fondo Nacional de Solidaridad - FOSYGA- , por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

En el mismo sentido en la Sentencia T- 260 de 2007, se manifestó: Cuando una persona vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, solicita un tratamiento o medicamento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, la E.P.S. no podrá negarse a brindar el servicio, so pena de incurrir en violación del derecho fundamental de la salud del afiliado. Sin embargo, para que proceda la acción de tutela en tales hipótesis, esta Corporación definió la necesidad de demostrar i) que el procedimiento o medicamento cuya práctica o suministro reclama ha sido formulado por su médico tratante inscrito a la respectiva E.P.S. o A.R.P., y ii) que esta última haya negado su práctica o suministro.

25 Sentencia T-414 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.