

Sentencia T-940/07

DERECHO A LA SALUD-Caso en que no está probada afectación de salud de la demandante después de la cirugía de by pass gástrico

DERECHO A LA SALUD-Cirugía de by pass gástrico por obesidad mórbida excluida del POS

Referencia: expedientes: T-1710508, T-1705313 (Acumulados)

Acciones de tutela instauradas por separado por: María del Pilar Velásquez Merino contra Servicio Occidental de Salud S.O.S E.P.S., Gladis Peña Villegas contra Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CORDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por los juzgados de instancia de la siguiente forma:

Número del expediente

Primera instancia

Segunda instancia

T- 1710508

Juzgado Veinte Civil Municipal de Santiago de Cali

T-1705313

Juzgado Segundo Penal Para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías

Juzgado Quinto Penal Para Adolescentes con Función de Control de Garantías.

I. ANTECEDENTES

1.Hechos

Los hechos relatados por los demandantes en las acciones de tutela se resumen así:

1.1. Expediente T-1710508

1. María del Pilar Velásquez Merino, afiliada a SOS E.P.S. desde el 1ro de noviembre de 2002,1 padecía para el año 2005 de Obesidad Mórbida “(...) con un índice de masa corporal del cuarenta por ciento (40%), con un peso de ciento tres Kilos (103), con una estatura de un metro sesenta centímetros (1.60) ...”.

1. El 16 de agosto de 2005, el cirujano general Wilson Gonzalo Caro señaló que por la evolución del sobrepeso, cumplía con los criterios para manejar la obesidad mediante procedimiento quirúrgico, por tanto era posible el manejo con cirugía Bariátrica.

1. “El Doctor Eduardo Bolaños Quintero, cirujano Laparoscopista, en la evaluación sobre [su] problema de obesidad mórbida manifestó, que [tiene] venas varicosas, inmovilidad, higiene disminuida, reflujo gastroesofagico, artritis degenerativa, esteatosis hepática, lumbagia (sic), incapacidad de trabajar y depresión, que [debe] ser tratada con cirugía Bariátrica (...)”.

1. Por lo anterior, la aquí accionante solicitó el procedimiento ante la EPS, el cual fue

negado.

1. Después de un año y medio aproximadamente de perder peso, y ante una depresión, fue remitida por la EPS a la Doctora Clara Inés Dorado Olarte, cirujana plástica y estética, que tras una valoración, “(...) manifestó que por la pérdida de masa de peso Post Bypass Gástrico se [le presentaron] Secuelas (sic), por lo tanto [debía] realizar Cirugía Plástica de Reconstrucción, por Alteraciones (sic) Posteriores (sic) por Pérdida (sic) de Peso (sic)”.

1. Así, el 18 de abril de 2007 presentó la solicitud ante S.O.S. EPS para que se le realizara la cirugía precitada, la cual fue negada por no estar incluida en el manual de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud. Igualmente se señaló que “(...) la tutela instaurada previamente por la usuaria no tiene cobertura ya que la patología base de la tutela: obesidad, ya fue corregida, además las alteraciones estéticas no representan un riesgo para la salud y tampoco hacen parte del tratamiento de Obesidad”.

1. Por lo anterior, en mayo de 2007 la accionante acudió ante el Juzgado 14 Civil Municipal de Cali, para que se aclarara a la EPS la sentencia de instancia que había ordenado la cirugía en el sentido de que la EPS debía realizar todos los procedimientos conexos y necesarios tendientes a recuperar su salud. Sin embargo, el juzgado de instancia se negó a efectuar la aclaración “(...) toda vez que el momento procesal oportuno para proferir dicha decisión se [encontraba] extinto, toda vez (sic) que dicha solicitud debió radicarse dentro del término de ejecutoria de la sentencia de tutela es decir dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la acción (...).”

1. Aduce la actora que no cuenta con los medios económicos para sufragar el costo del procedimiento.

1.2.Expediente T-1705313

1. La accionante se encuentra afiliada a la EPS Servicio Occidental de Salud en calidad de beneficiaria de su hijo Jonathan Alberto Pava Peña, desde el día 28 de mayo de 2004.

1. De acuerdo con el diagnóstico de su médico tratante, adscrito a la Clínica de la Obesidad de Cali, dependiente de la Fundación Valle de Lili, la actora padece “Obesidad mórbida por más de 5 años, con peso de 108 Kg. y talla de 158 cm., para un índice de masa corporal de 43 Kg/m2.”

1. En virtud de lo anterior, y dado que como consecuencia de la enfermedad que padece presenta hipertensión arterial y apnea del sueño, ante la “[f]alla de los tratamientos no quirúrgicos,” así como del “[a]lto riesgo de enfermedad cardiovascular y muerte prematura por su obesidad extrema”, el día 11 de abril de 2007, mediante formato de Orden de Cirugía, su médico tratante solicitó a la EPS Servicio Occidental de Salud “[A]utorizar BYPASS GÁSTRICO POR LAPARASCOPIA y el uso de Lisagure y Sutura Mecánica.”

1. En la orden de cirugía en comento, su médico tratante afirmó con relación al procedimiento quirúrgico prescrito: “Este procedimiento no es estético, tiene clara indicación médica. La obesidad mórbida es una enfermedad que pone en riesgo la vida del paciente.”

1. En la misma fecha, mediante formato de Orden de imágenes, y con fundamento en la orden de cirugía indicada, su médico tratante solicitó ante la EPS Servicio Occidental de Salud la autorización de los siguientes exámenes médicos prequirúrgicos: ecografía de hígado y vías biliares, endoscopia digestiva superior, ALT, AST, colesterol total y triglicéridos, creatinina, glicemia pre y pos con carga de glucosa, HDL, hemograma completo, LDL, parcial

de orina, TSH y vitamina B12. Al respecto, el médico precisó que dichos exámenes médicos deben ser realizados “[A]ntes de la próxima evaluación médica.”

1. De conformidad con lo ordenado por su médico, el día 16 de abril de 2007 la accionante solicitó ante la EPS Servicio Occidental de Salud la autorización del procedimiento médico señalado, así como de los exámenes médicos prescritos.

1. En respuesta a la solicitud presentada por la actora, mediante “Formato de negación de servicios de salud”, el día 16 de abril de 2007 la EPS Servicio Occidental de Salud le indicó que no era posible autorizar la realización de la cirugía Bypass Gástrico por Laparoscopia, pues ésta se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud – POS.

1. Así mismo, aduce la actora no tener los medios económicos suficientes para costear el tratamiento médico requerido.

2. Solicitudes de tutela.

1. Expediente T-1710508

Maria del Pilar Velásquez Merino, invocando los derechos a la vida digna, dignidad humana e integridad personal, y señalando que las secuelas por pérdida de masa de peso son consecuencia de la cirugía Bariátrica o Bypass Gastrico, solicita al juez de tutela ordenar al Servicio Occidental de Salud S.O.S que le practique la Cirugía Reconstructiva ordenada por la doctora Clara Inés Dorado Olarte, que debe entenderse, hace parte de “(...) todos los procedimientos conexos y necesarios (...)” ordenados de acuerdo a la sentencia de Tutela del veintinueve (29) de noviembre de dos mil cinco, la cual fue proferida por el Juzgado Catorce Municipal de Cali.

1. Expediente T-1705313

Con fundamento en las consideraciones y hechos descritos anteriormente, Gladis Peña Villegas solicita al juez de tutela ordenar a la EPS Servicio Occidental de Salud autorizar la realización de los exámenes médicos prequirúrgicos prescritos por su médico tratante, la práctica de la cirugía Bypass Gástrico por Laparoscopia y el uso de Lisagure y Sutura Mecánica, así como “[T]odo lo necesario para el manejo prequirúrgico y posquirúrgico como hospitalización, sala de cirugía, medicamentos para la recuperación y convalecencia; y la autorización para que su médico sea quien realice la cirugía solicitada.

3. Intervención de las entidades demandadas.

El apoderado judicial de la entidad accionada se opuso a las pretensiones de la señora Velásquez Merino, manifestando que el Plan Obligatorio de Salud tiene exclusiones y limitaciones, entre las que se encuentra la cirugía estética con fines de embellecimiento. A juicio de la entidad, la salud de la tutelante no se encuentra afectada por la negativa de autorizar el procedimiento, pues ya se prestó el servicio del Bypass gástrico.

De igual forma señala que al momento de someterse a la cirugía, la actora, al firmar el consentimiento informado, aceptó las posibles secuelas que pudiesen generarse por la intervención quirúrgica. “(...) El procedimiento deseado por la tutelante, es considerado como un procedimiento alternativo, netamente estético, y (...) excluido del Plan Obligatorio de Salud POS (...)”. Reiterando así que la negativa de autorizar el procedimiento no pone en peligro la salud o la vida de la actora.

3.2 Expediente T-1705313

En escrito dirigido al juez de tutela el día 13 de mayo de 2007, la EPS Servicio Occidental de Salud, actuando por intermedio de apoderado judicial, solicitó denegar el amparo invocado.

Para fundamentar su solicitud, la Entidad sostuvo que de acuerdo con las normas que regulan la materia, la cirugía Bypass Gástrico por Laparoscopia solicitada por la accionante se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual no es posible acceder a su autorización.

Así mismo, la EPS señaló que de acuerdo con el criterio médico de algunas organizaciones de

salud a nivel mundial, no es aconsejable la práctica de la cirugía en cuestión debido a los riesgos operatorios que ésta implica y las consecuencias nocivas que se derivan de su realización para la salud del paciente intervenido.

En este sentido, la Entidad accionada precisó que de acuerdo con las estadísticas existentes al respecto, “[l]a probabilidad de morir en obesos mórbidos en el mundo es alrededor del 1% con dicha cirugía, en Colombia y específicamente en la ciudad de Cali, se acerca a un 10%, por lo que su seguridad en nuestro medio es cuestionable. Adicional a esto, esta cirugía pone en riesgo que la paciente termine en una Unidad de Cuidados Intensivos. Esta posibilidad es aún mayor como lo hemos referido por el elevado número de casos (acercándose al 20%, también la más alta del mundo de acuerdo con la literatura).

En relación con el caso concreto, la EPS señaló que de acuerdo con su registro de consultas médicas, ha prestado todos los servicios de salud requeridos por la actora. En tal sentido, manifestó que la accionante no ha sido sometida a un manejo multidisciplinario ni a una valoración integral por parte del grupo de profesionales de la Entidad en la materia. Por ello, la Entidad manifestó estar dispuesta “[A] realizar el tratamiento para las alteraciones de salud que presenta la tutelante, para poder controlar y reducir el problema de salud de sobrepeso y sus enfermedades asociadas” a través de su equipo médico “[D]e nutricionistas, psiquiatras, fisiatras o médicos expuestos en deporte, trabajadores sociales, médicos internistas y demás especialistas en el área de influencia”.

Dado lo anterior, la Entidad sostuvo que el presente caso no cumple dos de los requisitos jurisprudenciales definidos por la Corte Constitucional para ordenar la inaplicación de las normas legales y reglamentarias que prevén la exclusión de procedimientos médicos del POS, estos son, que la falta del servicio médico ponga en peligro la vida e integridad personal del paciente, y que no pueda ser sustituido por uno de los procedimientos médicos que contempla el POS.

En consideración de lo expuesto, la EPS Servicio Occidental de Salud solicitó al juez de tutela denegar la tutela interpuesta y ordenar a la accionante el inicio de su tratamiento médico a través del equipo interdisciplinario con el que cuenta la Entidad para el efecto.

II. Sentencias objeto de revisión

Expediente T-1710508

Sentencia única de instancia

Correspondió conocer de la causa en primera instancia al Juzgado Veinte Civil Municipal de Santiago de Cali, el cual, mediante providencia del veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007) resolvió “no conceder el amparo tutelar” a la accionante; sin embargo, le sugirió interponer un incidente de desacato ante el Juzgado Catorce Civil Municipal de Santiago de Cali.

Consideró el A quo que el primer requisito definido por la jurisprudencia constitucional –amenaza a los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado- no se cumple en el caso en concreto, pues “(...) obra prueba en el sentido de que a la señora MARÍA DEL PILAR VELÁSQUEZ MERINO no se le ha negado la atención requerida, pues, hasta el momento puede vislumbrarse que la accionante recibió toda la asistencia quirúrgica, médica y hospitalaria requerida para lograr la recuperación de su salud.” Por tanto, a juicio del juzgador de instancia, “(...) los tratamientos y procedimientos médicos requeridos por la [actora] como consecuencia de las complicaciones originadas en una cirugía estética y excluida del POS, no constituyen amenaza ni vulneración efectiva a los derechos fundamentales de la [accionante]”; secuelas que a la postre no constituyen un riesgo inminente para la vida y subsistencia de la actora.

Señaló el A quo que la actora debía prever las consecuencias que traería el sometimiento al procedimiento del bypass gástrico, y por ende no debía invocar su propia culpa para beneficiarse de su error al momento de someterse a la operación. Por otro lado, “(...) [d]e asumir el Estado dichos costos, ello implicaría a su vez una disminución de los recursos destinados a atender la salud de la población pobre y vulnerable, especialmente los niños y ancianos”.

Concluye el juez de instancia indicando que la actora, eventualmente, debería iniciar un incidente de desacato para que se determinara si en las palabras “procedimientos conexos” se encuentra implícita la cirugía pretendida.

Expediente T-1705313

Sentencia de primera instancia.

En sentencia del día 10 de mayo de 2007, el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali negó el amparo invocado.

Para ello, el juez de tutela adujo que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente de tutela, el presente caso no cumple el requisito jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional según el cual, el procedimiento médico solicitado a través de la acción de tutela debe ser ordenado por un médico adscrito a la entidad de salud accionada. Al respecto, el juez de instancia explicó: “[R]esulta improcedente conceder la protección constitucional impetrada por la señora Gladis Peña Villegas, pues como lo hemos afirmado, el médico Humberto Arias Gómez, quien ordenó el procedimiento solicitado por la aquí accionante, no pertenece a la red de especialistas de la entidad accionada, aclarando que si bien existe un convenio institucional con la IPS Fundación Valle de Lili, entidad donde presta sus servicios el referido galeno, no se considera como médico adscrito a dicha entidad y la atención brindada en este caso no fue respuesta a una orden o remisión expresa del paciente por parte de Servicio Occidental de Salud EPS.”

Impugnación.

El día 17 de mayo de 2007, Gladis Peña Villegas impugnó la sentencia del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali, y solicitó que se concediera el amparo invocado.

En su impugnación, la actora reiteró los hechos que fundamentan la presente solicitud de amparo. Así mismo, indicó que a diferencia de lo manifestado por el juez de tutela de primera instancia, la cirugía Bypass Gástrico por Laparoscopia fue ordenada por un médico adscrito a una entidad con la cual la EPS Servicio Occidental de Salud tiene un convenio suscrito para el efecto, esto es, la Clínica de la Obesidad de Cali dependiente de la Fundación Valle de Lili.

Sentencia de segunda instancia.

En sentencia del día 26 de junio de 2007, el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali confirmó la decisión adoptada el día 10 de mayo de 2007 por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías

de la misma ciudad, mediante la cual se negó la tutela interpuesta.

En su sentencia, el juez de instancia reiteró las consideraciones expuestas por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali, en el sentido de sostener que el presente caso no cumple el requisito jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional según el cual, el procedimiento médico solicitado a través de la acción de tutela debe ser ordenado por un médico adscrito a la entidad de salud accionada.

III. CONSIDERACIONES

Remitidos los expedientes a esta Corporación, la Sala de Selección, mediante auto del veintisiete (27) de septiembre de dos mil siete (2007), dispuso su revisión por la Corte Constitucional. Así mismo, mediante auto fechado 30 de octubre de 2007, el Magistrado ponente determinó la acumulación de ambos expedientes para ser resueltos en una misma sentencia.

1. Problema jurídico y esquema de resolución.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, corresponde a la Corte Constitucional examinar si las decisiones de la EPS Servicio Occidental de Salud de negar a las accionantes la realización de los respectivos tratamientos quirúrgicos, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social, de conformidad con los requisitos jurisprudenciales que esta Corporación ha establecido para el otorgamiento de procedimientos y aditamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, a través de la acción de tutela.

Para dar solución al problema jurídico planteado, esta Sala observará, en primer lugar, lo relativo a inaplicación de las normas que prevén la exclusión de prestaciones médicas del Plan Obligatorio de Salud; en segundo lugar, analizará lo anterior, particularmente, en lo relativo a la garantía de la efectividad de los derechos a la salud y a la vida en el problema de salud pública de la obesidad mórbida.

Inaplicación de las normas que prevén la exclusión de prestaciones médicas del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración Jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”

En virtud de la norma constitucional, esta Corporación ha indicado que el derecho a la salud consiste en “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. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”².

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo, en el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental³; y por conexidad, cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana⁴. Así, como derecho autónomo y/o por conexidad, la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo y preferente para garantizar la protección del derecho a la salud.

Con fundamento en lo anterior, en reiteradas ocasiones, esta Corporación ha indicado que en los casos en que una Entidad Promotora de Salud niegue a un paciente el suministro de un medicamento, procedimiento o aditamento médico con fundamento en la exclusión de éste del POS, y con ello se cause una vulneración del derecho fundamental de aquel a la salud en conexidad con la vida digna, el juez de tutela podrá, bajo determinadas condiciones, disponer la inaplicación de las normas que prevén tal exclusión y, en consecuencia, ordenar la prestación médica requerida.

Sobre el particular, en la sentencia T-928 de 2003, la Corte afirmó:

“[S]i por la aplicación estricta de la reglamentación legal que impone la exclusión de ciertos tratamientos, procedimientos o medicamentos del POS, se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios de una entidad de previsión social, la acción de tutela se torna procedente para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a una vida digna, siempre y cuando se atiendan los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar aplicación directa a los mandatos de orden superior (Art. 4 Constitución Política), ...”

Conforme a dicha jurisprudencia, esta Corte ha indicado que corresponde la inaplicación de las normas que regulan los medicamentos, procedimientos y aditamentos médicos contemplados en el POS, en los siguientes casos⁵:

“(i) La falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS amenaza los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

(ii) Se trata de un medicamento que no puede 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) El paciente no puede sufragar el costo del medicamento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro modo o sistema.

(iv) El medicamento fue prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halla afiliado el demandante”.⁶

En suma, a fin de garantizar la protección del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna de los pacientes afiliados a una EPS, previo el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales indicadas, el juez de tutela podrá disponer la inaplicación de las normas que establecen la exclusión de determinados servicios médicos del Plan Obligatorio de Salud y ordenar su prestación oportuna.

Garantía de la efectividad de los derechos a la salud y a la vida en el problema de salud pública de la obesidad mórbida

En este estadio particular, en múltiples oportunidades⁷ ya la Corte Constitucional se ha visto obligada a hacer un análisis constitucional de la problemática que para pacientes con obesidad mórbida representa que las entidades promotoras de salud a las que se encuentran afiliados les nieguen el procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia en razón a que el mismo se encuentra excluido del plan obligatorio de salud, cuando pareciera ser que, conforme a los conceptos médicos, según cada caso particular, las patologías asociadas a esa enfermedad y la mala calidad de vida que deben afrontar quienes la padecen, podrían mitigarse con dicha intervención quirúrgica.

Así, en la Sentencia T-384 de 20068 la respectiva Sala de revisión conoció un caso en el que según la accionante se violaron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud e integridad física ante la negativa de la EPS Seguro Social de autorizar y practicar la cirugía bariátrica que le fue ordenada para contrarrestar la Obesidad Mórbida G3, la cual ha sido causante de muchas otras dolencias colaterales, como problemas de columna, ahogo nocturno y dolor en la cintura y pies que comprometen de manera importante las funciones vitales de la actora.

Luego de estudiar el caso la Corte afirmó que “si hay la opción de mejorar el estado de salud de la actora e incluso curar sus afecciones, la Sala encuentra que la decisión de la EPS accionada de negar el procedimiento citado está ocasionando no solo (sic) que se prolongue en el tiempo los mencionados padecimientos colaterales sino que más adelante se pueda empeorar su cuadro clínico.”

Así, después de verificar que se cumplían los requisitos “exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana de la señora Elsa Suárez Moncada.” concedió el amparo y dispuso que “la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice y practique la CIRUGÍA BARIATRICA en los términos prescritos por el médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.”

De igual forma, en la Sentencia T-060 de 20069, la Corte conoció el caso de una persona a quien fue prescrito el procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia para tratar la obesidad mórbida grado II que padecía, puesto que los tratamientos médicos a que había sido sometida con anterioridad (como por ejemplo la colocación de balón intragástrico) no le habían generado mayores beneficios, además le generaron otras patologías como “hipertensión arterial, disnea de medianos esfuerzos, apnea de sueño, varices de miembros inferiores, dolor lumbar, artralgias de rodillas y cadera bilateral”, que han causado un serio deterioro en sus condiciones de vida, lo que hacía necesario adoptar otras medidas terapéuticas (cirugías), que posibilitaran abandonar la situación de riesgo en la que se encontraba y que vulneraba su derecho fundamental a una vida digna, pudiendo generarle un perjuicio irremediable. La accionante advirtió no tener los medios económicos para asumir su costo, dado que el sueldo que percibe escasamente le alcanza para la manutención de sus dos hijos.

En dicha oportunidad la Corte expresó: “Así las cosas, para el caso se estima que los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal de la tutelante se encuentran vulnerados, pues al no practicársele el procedimiento denominado BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA ordenado por los médicos tratantes se puede agravar su estado de salud por las ‘comorbilidades’ que presenta la actora (hipertensión arterial, disnea de medianos esfuerzos, apnea de sueño, várices de miembros inferiores, dolor lumbar, artralgias de rodillas y cadera bilateral), lo que indudablemente repercutirán en su calidad de vida.”

A partir de lo anterior la Corte concluyó “que en el presente caso, se cumplen los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para que por medio de la acción de tutela se pueda ordenar el no contenido en el P.O.S., esto es que se encuentra demostrado que la falta del procedimiento ordenado por los médicos tratantes amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física de la persona, así como el requisito que exige que el procedimiento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad y que la paciente no cuente con los recursos económicos para sufragar el costo de lo requerido.”

Con fundamento en lo anterior, la Sala confirmó la decisión de instancia que concedió el amparo solicitado.

Por su parte, en la Sentencia T-1229 de 200510, la Sala Primera de Revision tuteló los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud en conexidad con la vida en un caso en que la accionante era candidata a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico, procedimiento frente al cual debía recibir oportunamente la información médica necesaria para que ésta diera su consentimiento en relación con los efectos que dicho procedimiento quirúrgico generaría respecto de las patologías que sufría debido a la obesidad mórbida, indicándole en todos los eventos los beneficios y los riesgos que dicho procedimiento le podría acarrear, vista la especificidad de las dolencias que padecía.

Al respecto, la Corte señaló que “en la medida en que la accionante requiere de la mencionada cirugía para solucionar su problema de sobrepeso que está afectando de manera grave su salud y que atenta igualmente en contra de su vida, resulta importante, que

previo a la realización del mencionado procedimiento quirúrgico, y de que la accionante dé su consentimiento para el mismo, obtenga de todos y cada uno de los médicos especialistas que de una u otra forma tengan dentro de su conocimiento el manejo, tratamiento y control de las otras patologías que le han sido diagnosticadas y que aparecen reseñadas en el último control médico, la información necesaria acerca de los efectos que dicho procedimiento quirúrgico tendría en relación con esas afecciones. Ello con el fin de que, estando plenamente informada la paciente, pueda de manera libre y espontánea dar su consentimiento y autorizar le sea practicada la anotada cirugía de BYPASS GÁSTRICO.”

En consecuencia, ordenó a “la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, que dispondrá de un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, si ya no lo hubiere hecho, para que gestione con las entidades de salud públicas o privadas con las que tenga contrato, la realización a la señora Belsy Yaneth Sandoval de Delgado, la cirugía de BYPASS GÁSTRICO a ella recomendada. Previo a esto, se deberá haber obtenido el consentimiento informado de la paciente quien habrá recibido de su médico tratante, y de los demás médicos especialistas que tengan a su cargo el tratamiento y manejo de las demás dolencias que la aquejan, la información pertinente de los beneficios, riesgos y demás efectos que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de BYPASS GÁSTRICO.”

En todos estos casos la Corte constitucional ha reiterado el alcance del deber de inaplicar las normas sobre el Plan Obligatorio de Salud cuando, en el caso concreto, surja una indudable oposición entre éstas y la Carta Política ante la necesidad de brindar el tratamiento o el diagnóstico requerido por una persona enferma.

De esta manera, ha aplicado las condiciones¹¹ de procedencia del amparo constitucional para proteger el derecho a la salud, a la vida, vida digna y a la integridad física, que para otro tipo de medicamentos y tratamientos médicos no incluidos en el POS ha implementado.

Así las cosas, deberá ahora evaluarse si en los casos concretos se presentan las condiciones antes señaladas, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.

De los casos en concreto

Expediente T-1710508

Dentro de los requisitos plasmados en los enunciados normativos de esta sentencia para la inaplicación de las normas que prevén la exclusión de prestaciones médicas del Plan Obligatorio de Salud, aparece, en primer lugar, el relativo a que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

En este sentido, se tiene que la señora Maria del Pilar Velásquez Merino solicita la práctica de los tratamientos quirúrgicos nominados así: “1º Abdomenoplastia 868304. 2º Braquioplastia bilateral 868305 (...) y 3. Reconstrucción de mamas con colgajo- Dermolipectomía 868305”¹². Estos, por cuanto, con posterioridad a la cirugía bariátrica que le ordenara y practicara la misma EPS demandada, presentó una serie de problemas físicos denominados por su médico tratante como secuelas por pérdida de masa o peso post bypass gástrico, ptosis mamaria grado IV, etc. Dichos problemas, aduce la accionante, le han traído graves problemas emocionales, dado que las malformaciones de su cuerpo, según afirma, se han hecho evidentes.

Empero lo manifestado por la accionante en el escrito de tutela, no obra dentro del expediente prueba alguna de que, efectivamente, la situación física particular de aquella repercuta directamente en su salud psíquica y/o física. En efecto, si bien la actora manifiesta que se acercó a la EPS demandada porque su aspecto físico le traía traumas psicológicos severos, lo cierto es que dichas anomalías mentales nunca fueron diagnosticadas por los médicos encargados de hacerlo, por el contrario, la señora Velásquez Merino simplemente fue observada por la Cirujana plástica y estética -Dra. Clara Inés Dorado Olarte-, quien, en su momento, ordenó los tratamientos que buscan ser reconocidos por la acción de tutela en estudio, sin mediar para ello, razón alguna que consolidara, a su vez, la idea de algún perjuicio latente en la salud física de la actora.

En este sentido, no obra prueba de la afectación de la salud física y/o emocional de la actora, sino sólo un diagnóstico de un problema estético.

Así las cosas, entiende esta corporación que la solicitud hecha por la actora no debe prosperar, dado que no existe el debido acompañamiento probatorio que constate que la inaplicación de las normas que prevén la exclusión de prestaciones médicas del Plan Obligatorio de Salud, acarrearían, consecuentemente, la protección de los derechos

fundamentales de la accionante o, en su negativa forma, que la no práctica de los reiteradamente citados procedimientos quirúrgicos, vulnerarían sus derechos a la salud y/o a la vida digna.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se satisface el primer requisito dado por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela para solicitar medicamentos no incluidos en el POS, esta sala confirmará el fallo de instancia que denegara la acción.

Expediente T-1705313

En relación con el citado expediente, del material probatorio obrante se evidencia que en el presente caso se cumplen a cabalidad las cuatro reglas jurisprudenciales indicadas.

En efecto, en consideración a la enfermedad que padece la accionante -Obesidad Mórbida IMC- y los efectos que la misma trae para su calidad de vida¹³, no cabe duda que la práctica del procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia, -conforme al criterio del médico tratante Dr. Rafael Humberto Arias Gómez¹⁴- es esencial para la atención de la obesidad mórbida que la viene afectando, puesto que lo contrario puede generar consecuencias fatales¹⁵.

Es pertinente observar que según el resumen de la historia clínica de la accionante, las consecuencias para la salud y la vida de ésta por la no práctica de la cirugía bariátrica por laparoscopia, serían las propias de un paciente con obesidad mórbida con un índice de masa corporal mayor de cuarenta¹⁶, a saber: disminución de la expectativa de vida, hipertensión arterial, apnea de sueño, entre otras¹⁷.

Así mismo, está acreditado que no existe dentro del Plan Obligatorio de Salud otro procedimiento que garantice la misma efectividad que el de Bypass Gástrico por Laparoscopia y que, a pesar de que la accionante ha intentado otros mecanismos para rebajar peso, estos no han sido efectivos¹⁸.

Igualmente, se prueba que dicho procedimiento fue prescrito por el Dr. Rafael Humberto Arias Gómez quien, conforme a la certificación suministrada por el Jefe de Convenios de la Fundación Clínica Valle de Lili, pertenece al grupo de galenos incluidos en los convenios de

servicios que esta fundación tiene contratados con S.O.S. E.P.S. y, por lo mismo, dicho galeno está adscrito a la entidad tutelada, con lo cual queda satisfecho este requisito¹⁹.

Respecto del requisito referente a la incapacidad económica para hacer el pago de la respectiva operación a motu proprio, la actora afirmó en la declaración tomada por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Calí que vive, junto con su hijo, de lo que éste devenga, lo cual equivale a un salario mínimo legal mensual vigente²⁰, información que es relevante para la decisión que adoptará esta Sala de Revisión en razón a que con la misma se consolida el cumplimiento, para el caso concreto, del requisito relativo a que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento requerido, y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

En efecto, dicho monto contrasta con el valor del procedimiento Bypass Gástrico por vía laparoscópica, el cual equivale \$17.242.500, aproximadamente²¹, pero que, además, según lo afirmado por la Fundación Valle de Lili, “no incluye complicaciones, ni exámenes diagnósticos pre y pos quirúrgicos...”

De lo anterior, se infiere también que se cumple con el requisito bajo análisis, dado que lo que devenga el hijo de la accionante, -único sustento económico del núcleo familiar-, no le permite asumir el costo del procedimiento requerido por ella, que es vital para afrontar la enfermedad que padece dado que dicha intervención puede traer beneficios a su calidad de vida.

Así las cosas, cumplidas las reglas que hacen procedente inaplicar las disposiciones legales y reglamentarias que fundamentan la negativa de la entidad promotora de salud tutelada, se revocará el fallo objeto de revisión para el caso concreto y, en su lugar, se concederá la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante, ordenando a la EPS accionada, en esta medida, que ordene y practique el procedimiento quirúrgico requerido por aquella.

IV. 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.- CONFIRMAR por las razones expuestas el fallo de 29 de junio de 2007, emitido por el Juzgado Veinte Civil Municipal de Santiago de Cali, el cual denegó el amparo deprecado por la señora Maria del Pilar Velásquez Merino en la acción de tutela interpuesta por ésta contra Servicio Occidental de Salud SOS E.P.S

SEGUNDO.- REVOCAR la decisión de 26 de junio de 2007, emitida por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías, la cual, en segunda instancia confirmó la decisión de 10 de mayo de 2007 del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías, que a su vez denegó la acción de amparo iniciada por Gladys Peña Villegas, contra Servicio Occidental de Salud SOS E.P.S.

En su lugar, CONCEDER a la actora el amparo de los derechos invocados en esta acción.

TERCERO.- ORDENAR a Servicio Occidental de Salud SOS E.P.S que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice y practique a la señora Gladis Peña Villegas, de acuerdo con la orden del médico tratante, el tratamiento quirúrgico requerido, éste es “Bypass Gástrico por Laparoscopia”, así como los demás tratamientos médicos y medicamentos que llegue a necesitar para el restablecimiento de su salud. Igualmente, se previene a la Entidad demandada para que no desconozca en el futuro el mandato constitucional según el cual los medicamentos y tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la salud de una persona, aun cuando estén excluidos del POS, deberán ser otorgados si el caso concreto se ajusta a los lineamientos jurisprudenciales y legales descritos en esta sentencia.

CUARTO.- DECLARAR que Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S podrá repetir contra el FOSYGA, únicamente, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

QUINTO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUE JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Según lo prueba el carné de afiliación nro. 000066807088-01. Cuaderno 2 folio 16.

2 Sentencia T-1218 de 2004. MP. Dr. Jaime Araújo Rentería.

3 Ver las sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998,

4 Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005, T-372 de 2005,

5 Sentencias T- 434 de 2006, T-065 de 2004, T-190 de 2004, T-202 de 2004, T-221 de 2004, T-239 de 2004, T-253 de 2004, T-268 de 2004, T-271 de 2004, T-326 de 2004, T- 341 de 2004, T-342 de 2004, T-343de 2004, T-367 de 2004, entre otras.

6 Sentencia T-331de 2006. Al respecto ver también: Sentencias T-858 de 2004, T-843 de 2004, T-833 de 2004, T-794 de 2004 y T-744 de 2004 entre otras.

7 Corte Constitucional. Sentencias T-408 de 2007, T-867 de 2006, T-469 de 2006, T-384 de 2006, T-265 de 2006, T-060 de 2006, T-027 de 2006, T-1272 de 2005, T-1229 de 2005, T-828 de 2005 y T-264 de 2003, entre otras.

8 M.P. Clara InésVargas Hernández

9 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

10 M.P. Jaime Araújo Rentarías.

11 Corte Constitucional. Sentencias T-926 de 1999, T- 975 de 1999, T-887 de 1999, T-1204 de 2000, T-1524 de 2000, T-344 de 2002, T-337 de 2003, T-002 de 2005, T-471 de 2005, T-099 de 2006, T-159 de 2006, T-265 de 2006 y T-282 de 2006, entre otras.

12 Cuad. 1, folios 1,2,3

13 Al respecto ver el resumen de la historia clínica de la señora Peña Villegas. Cuaderno 2 Folios 8 y ss.

14 Médico tratante de la accionante, adscrito a SOS E.P.S. lo anterior, según consta en la Certificación emitida por la Fundación Valle de Lili –Cali-, y suscrita por el Jefe de Convenios de la mencionada institución. En este sentido afirma: “La fundación Valle de Lili realiza sus contrataciones de forma institucional con las aseguradoras ya que sus médicos y servicios son institucionales, los médicos, ni otros profesionales, realizan contrataciones directas y tenemos convenio vigente con la entidad S.O.S. EPS (SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS).

Por lo tanto, el Dr. José pablo Vélez, el Dr. Rafael Arias y los demás profesionales de la Clínica de la Obesidad si están incluidos en los convenios de servicios que la Fundación Valle de Lili tiene contratados con S.O.S. EPS...”. Al respecto ver: Cuaderno 2 folio 12 del expediente.

15 Ver Orden médica suscrita por el Dr. Rafael Arias. Cuaderno 2 folio 6. Allí, el médico tratante afirma: “... Requiere tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de los tratamientos no quirúrgicos. Favor autorizar BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA. Autorizar uno de ligasure y sutura mecánica. Este procedimiento no es estético, tiene clara indicación médica. La obesidad mórbida es una enfermedad que pone en riesgo la vida del paciente.”

16 La actora tiene un IMC de 43 Kg/m². Cuaderno 2 folio 8.

17 Cuaderno 2 folios 8 y ss.

18 En efecto, se manifiesta en la historia clínica de la accionante lo siguiente: “Paciente con cuadro de obesidad por más de 5 años, no consume dulce, no consume licor. Falla a tratamientos múltiples supervisados con Dietas y Ejercicios con pocos resultados. Presenta pérdida de peso con nueva ganancia al suspender (...) Paciente con obesidad mórbida, IMC de 43Kg/m2, con falla a múltiples tratamientos, quien es candidato a bypass gástrico por laparoscopia...” (subrayas fuera del texto). Cuaderno 2 folios 8 y ss.

19 Al respecto ver: Cuaderno 2 folio 12 del expediente.

20 Decreto 4580 de 2006. En este sentido ver la respectiva declaración. Cuaderno 2 folios 18 y ss.

21 Ver Presupuesto aproximado emitido por la Fundación Valle de Lili. Cuaderno 2 folio 14.