

Línea jurisprudencial de la corte constitucional de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas en pacientes con obesidad mórbida cuando no se autorizan los procedimientos médicos de cirugías bariátricas

Edixon Orlando Aguilar Ruiz¹

Resumen

La Honorable Corte Constitucional ha establecido subreglas para proteger los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas a las personas que padecen la patología de obesidad mórbida y que por el deficiente sistema de salud que opera en Colombia no le son autorizados algunos servicios por las Entidades Promotoras de Salud – EPS ni por los entes territoriales y en donde se incluyen las respectivas cirugías bariátricas formuladas por los médicos tratantes. Estas subreglas han sido desarrolladas, reglamentadas y ajustadas acorde a la realidad jurídica, científica y medica en las diferentes providencias proferidas en instancia de revisión que selecciona la Corte cuando se acude a la Acción de Tutela como único medio legal de protección de los Derechos Fundamentales, por lo tanto se va a reconstruir la línea jurisprudencial donde resuelve este problema jurídico partiendo de la sentencia reciente que sirve de punto de apoyo hasta llegar a la fundadora, con el fin de exponer los diferentes criterios y condiciones que fijo la Corte Constitucional para garantizar la protección de estos derechos fundamentales a través de un análisis dinámico de Jurisprudencia en donde se describirá a través de este análisis los aspectos más significativos y sobresalientes fijados en las sentencias más importantes.

Palabras Claves: Jurisprudencia, subreglas, derechos fundamentales a la salud, vida digna, obesidad mórbida, cirugía bariátrica, Corte Constitucional

¹ Abogado egresado de la universidad de San Gil - Santander (UNISANGIL) y Especialista en Derecho Administrativo de la universidad Santo Tomas de Bucaramanga, actualmente adelanta estudios de Maestría en Derecho en la misma universidad. Email: xonagui@hotmail.com

Abstract

The Honorable Constitutional Court has established sub-rules to protect the fundamental rights to health and life in decent conditions to people suffering from morbid obesity pathology and that due to the deficient health system that operates in Colombia some services are not authorized by health promoting entities - EPS or by the territorial entities and where the respective bariatric surgeries formulated by the treating doctors are included. These sub-rules have been developed, regulated and adjusted according to the legal, scientific and medical reality in the different measures issued in the instance of review that the Court selects when it comes to the Guardianship Action as the only legal means of protection of Fundamental Rights, therefore, the jurisprudential line where this legal problem is solved will be reconstructed, starting from the recent sentence that serves as a support point until reaching the founder, in order to expose the different criteria and conditions established by the Constitutional Court to guarantee the protection of these fundamental rights through a dynamic analysis of jurisprudence where the most significant and outstanding aspects established in the most important sentences will be described through this analysis.

Keywords: Jurisprudence, Subreglas, fundamental rights to health, dignified life, morbid obesity, bariatric surgery, Constitutional Court.

Introducción

En los últimos quince años el derecho a la salud² y a la vida³ en condiciones dignas, consagrados en la Constitución Política de 1991, han tenido un alcance y desarrollo progresivo en la Honorable Corte Constitucional en el importante ejercicio de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos que han tenido que recurrir a la acción constitucional de la tutela buscando garantías y protecciones por las vulneraciones a estos derechos, estableciendo ciertas subreglas que garantizan dicha protección en sus providencias.

Tal es el caso de las personas que sufren de problemas de salud por motivo de la OBESIDAD MÓRBIDA las cuales están requiriendo se les practiquen cirugías bariátricas ordenadas por los médicos tratantes y que las entidades promotoras de salud - EPS tanto del régimen contributivo y subsidiado, así como los entes territoriales (Departamentos y Municipios) niegan la autorización de este procedimiento argumentando que: **i)** no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud – POS (actualmente “Plan de Beneficios de Salud”); **ii)** existen otros métodos menos rigurosos que deben agotarse para bajar de peso; **iii)** sus gastos deben ser asumidos por el paciente como particular y **iv)** además se deben cumplir con ciertos formalismos y procedimientos administrativos para autorizar el procedimiento quirúrgico, situaciones que ponen en grave riesgo la salud y la vida en condiciones dignas de estas personas a pesar de las múltiples patologías y enfermedades que se generan por causa de la obesidad mórbida la cual es una enfermedad crónica y como recurso prioritario se tiene el procedimiento quirúrgico.

² “**ARTICULO 49.** Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. Reglamentado por la Ley 1787 de 2016. 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.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y **condiciones** señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

³ “**ARTICULO 11.** El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

Teniendo el anterior escenario como problema jurídico, el presente trabajo va a desarrollar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la protección de las personas que sufren de problemas de salud por motivos de la OBESIDAD MÓRBIDA las cuales están requiriendo se les practiquen cirugías bariátricas y estas no son autorizadas viéndose en la obligación de acudir a la Acción de Tutela para que cese la vulneración de sus derechos y conseguir esta protección.

Por lo tanto, se va a reconstruir el balance de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el problema planteado anteriormente siguiendo las orientaciones del método de análisis dinámico de jurisprudencias tal y como lo expone el profesor Diego López Medina (2006).

El método parte de la identificación de un escenario jurisprudencial integrado por los hechos análogos del problema jurídico que encabeza la línea. Posteriormente se identifica una sentencia arquidemica que sirva de punto de apoyo para reconstruir el nicho citacional. Esta sentencia debe ser la más reciente que resuelva el problema jurídico.

Para el presente trabajo se realizó un ajuste en esta primera parte, por cuanto las citas que se identificaron en la sentencia más reciente que es la T- 322 de 2018 no se relacionaban con los hechos y problema objeto del presente trabajo de forma que no ofreció un punto arquidemico de apoyo para la construcción del nicho lo que obligó a buscar otro punto de apoyo, pues si bien la sentencia del 2018 es la más reciente no incorpora citas sobre el mismo escenario jurisprudencial.

La búsqueda de sentencias que sirvieran de punto arquidemico para rastrear otras fuentes se realizó a través del buscador de la relatoría de la Corte Constitucional a partir de las palabras claves del problema y año por año partiendo del 2018 hacía atrás. Esta búsqueda manual permitió encontrar las sentencias pertinentes para fijar un punto de apoyo y así poder construir el nicho citacional. La sentencia arquidemica entonces fue la T-861 de 2012, que aunque no es la más reciente está referida al escenario jurisprudencial del problema abordado. Esta sentencia permitió identificar el nicho citacional y las sentencias relevantes que integran la línea.

1. Línea jurisprudencial de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas en pacientes con obesidad mórbida

1.1 Problema jurídico

El problema jurídico planteado para reconstruir la línea jurisprudencial se puede formular de la siguiente manera: ¿Se presenta vulneración a los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas cuando no se autorizan cirugías bariátricas a pacientes con obesidad mórbida?

2. Sentencias hito (importantes)

2.1 Sentencia fundadora de línea

Como sentencia fundadora de la línea se encontró la sentencia T-264 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, en esta sentencia una señora estaba presentando problemas de salud y después de varios exámenes le fue diagnosticada “Obesidad Mórbida e Hipertensión Pulmonar”, y el médico tratante le ordenó la práctica de una cirugía bariátrica la cual fue solicitada a su EPS entidad que negó su realización con fundamento en que estaba excluido del Plan Obligatorio de Salud - POS y que por lo mismo debía ser cancelado con recursos propios de la paciente.

Teniendo en cuenta dicha situación motivo a la señora instaurar la respectiva acción de tutela en contra de la EPS para amparar sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud y en consecuencia se ordene la cirugía formulada por el médico tratante.

En el análisis del caso en concreto los magistrados para entrar a resolver el problema, en un primer escenario analizan la importancia del derecho a la salud la cual la han entendido como:

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 (Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional).

...y que la salud es un derecho que de acuerdo a nuestra Constitución Política hacen parte de los denominados derechos de segunda generación⁴, como “Los derechos económicos, sociales y culturales”, por lo tanto, en relación con estos derechos:

Se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección” (Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional).

Por lo anterior señala la corte que las normas que regulan los servicios de salud no pueden ser excluyentes de los derechos fundamentales de las personas y más si se tiene una relación con el derecho fundamental a la vida.

Así mismo señaló que se debían cumplir cuatro (4) subreglas para la autorización de procedimientos excluidos del POS con el fin de garantizar la procedencia del amparo solicitado de la protección de los derechos invocados, tales subreglas consisten en (Corte Constitucional, 2003):

1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto o

⁴ En la actualidad el Derecho a la salud paso a ser un derecho fundamental autónomo, para mayor claridad se puede consultar la sentencia T-180 de 2013

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.

3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios, medicina prepagada, etc.).

4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Establecidas estas subreglas la Corte Constitucional analizó el caso en concreto y encontró que se cumplían la totalidad de estas para amparar el derecho que reclamaba la ciudadana, sin embargo, la sala precisa:

...que no por el simple hecho de resultar procedente el amparo constitucional debe accederse a lo estrictamente solicitado por el accionante, puesto que es el juez de tutela, quien debe establecer el alcance de la orden de protección con el fin de garantizar materialmente la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados. En especial, si de las pruebas obrantes en el expediente se constata que a pesar de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, acceder a lo solicitado resulta ser perjudicial para el accionante, lo que no se traduce en que el juez constitucional deba negar el amparo, pues en materia de tutela está facultado para fallar extra o ultra petita (Corte Constitucional, 2003).

Por todo lo anterior la Corte reconoce los derechos solicitados, pero ordena a la EPS demandada que siendo manifiestamente latente el riesgo a la vida que sufre la paciente se debe previamente conformar un equipo multidisciplinario de especialistas para que establezcan todos los tratamientos que se requieren incluyendo la cirugía bariátrica y toda la atención integral para mejorar la calidad de vida de esta.

2.2 Sentencias confirmadoras

En la elaboración del nicho citacional⁵, en la sentencia encontrada como punto arquidemico de apoyo fue la T-861 de 2012⁶, se identificaron un total de dieciséis (16) providencias de primer nivel relacionadas con el escenario y problema jurídico (hechos y derechos) las cuales de acuerdo a su desarrollo unas mantuvieron las subreglas dadas por la Corte Constitucional en su momento (con la sentencia fundadora) y con el pasar de los años y a la evolución normativa y científica sobre las cirugías bariátricas estas subreglas fueron modificadas (sentencias reconceptualizadoras de línea) con el fin de garantizar plenamente el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas.

Es así que, como **sentencias confirmadoras** de las subreglas establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia fundadora (T-264 de 2003) en el periodo de los años 2003 al 2007 encontramos las sentencias T-828 de 2005, T-1229 de 2005, T-027 de 2006, T-060 de 2006, T-265 de 2006, T-384 de 2006, T-469 de 2006, T-867 de 2006, T-110 de 2007, T-408 de 2007, T-447 de 2007 y T-639 de 2007 en las cuales la Corte fue muy enfática sobre el cumplimiento de las subreglas fijadas desde el 2003 para reconocer el amparo de los derechos invocados o en su defecto negarlo por no cumplirse la totalidad de las mismas tal como sucedió en la sentencias T-828 de 2005, T-027 de 2006, T-469 de 2006, T-867 de 2006 y T-447 de 2007⁷.

⁵ Ver Apéndice A.

⁶ Como sentencia arquidemica se tomó la sentencia T-861 de 2012, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Jorge Iván Palacio. En los hechos de esta sentencia una paciente que padecía de obesidad grado 2 estaba sufriendo complicaciones en su salud y en consecuencia su médico tratante recomendó su remisión para cirugía bariátrica, la que fue negada por la Secretaría de Salud de Bogotá y la EPS Capital salud. La corte formulo el siguiente problema jurídico: “si se desconoce el derecho fundamental a la salud y a la vida digna la negativa de una EPS del régimen subsidiado y de la entidad territorial correspondiente a practicar el bypass gástrico a una paciente con obesidad, teniendo en cuenta que las entidades accionadas alegan que (i) aún no se ha proferido la orden médica que prescriba la cirugía y que (ii) el procedimiento, de cualquier manera, no se encuentra cubierto por el POS-S”. La sentencia revisada cumple con los requisitos que debe tener el “punto arquidemico”, esto es, a) que sea lo más reciente posible, y b) que sus hechos relevantes guarden una gran similitud con los hechos que configuran el problema jurídico que se pretende analizar.

⁷ En estas sentencias se negaron los amparos solicitados por cuanto los accionantes acudieron a médicos o especialistas no adscritos a las EPS para que ordenaran la respectiva cirugía bariátrica, o las EPS les han brindado tratamientos alternativos incluidos en el POS para tratar la enfermedad lo cual no cumple a cabalidad con las subreglas establecidas por la Corte Constitucional.

Ahora, si bien desde el 2003⁸ la Corte Constitucional dejó claras las subreglas en las cuales se amparaba el derecho a la salud y vida en condiciones dignas en los casos cuando los procedimientos o medicamentos no están incluidos en el POS y no eran autorizados por la EPS (caso de las cirugías bariátricas), en algunas providencias la corte agregó una obligación que se debía tener en cuenta al momento de realizarse el respectivo procedimiento quirúrgico ordenado por la Corte. Es así que en la sentencia T-1229 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, una paciente afiliada al sisben presentaba quebrantos de salud por el sobrepeso que padecía, el cual después de varios tratamientos realizados su médico tratante formuló que era candidata para realizarle la cirugía bariátrica de bypass gástrico la cual no fue autorizada por parte de la Secretaria de Salud Distrital de Bogotá por no estar incluida en el POS y que debía asumir el costo de la misma como paciente particular, lo que conllevó acudir a la tutela para amparar sus derechos. Es así que la Corte Constitucional al revisar el caso en primer lugar replicó la importancia del Derecho a la Salud como fundamental en conexidad con el Derecho a la Vida indicando que:

Ha sido enfática esta Corporación al indicar que si bien el derecho a la salud no es un derecho fundamental per se, puede ser objeto de protección constitucional cuando quiera que se encuentre en estrecha relación con derechos que por naturaleza son fundamentales como la vida, la integridad física, etc., así mismo agregó: ...la Corte ha sido muy clara al señalar en sus numerosos pronunciamientos, que el derecho a la vida no se limita a la expresión de la existencia meramente biológica, sino que por el contrario, comporta la necesidad de llevar una existencia en condiciones dignas, lejos del sufrimiento, que permita a todas las personas su normal desempeño en la sociedad (Corte Constitucional, 2005).

Ya en la revisión del caso en concreto encontró que la paciente cumplía con cada una de las subreglas que ha establecido la Corte y resolvió tutelar los derechos solicitados, pero así mismo dentro de sus consideraciones agregó una obligación que recae en la EPS al efectuar el procedimiento quirúrgico, esta consistía en la importancia de contar con el

⁸ Año de la sentencia fundadora de línea.

“CONSENTIMIENTO EXPRESO E INFORMADO” que debía manifestar la paciente antes de realizarse la cirugía bariátrica, en ese aspecto la corte señaló que:

Ha considerado esta Corporación en su jurisprudencia que visto los avances científicos y los nuevos procedimientos médico-quirúrgicos, así como al empleo de nuevos medicamentos y procedimientos científicos para solucionar los diferentes problemas de salud y enfermedades que aquejan al ser humano, el derecho constitucional y en particular en lo relacionado con los derechos fundamentales de toda persona, el paciente tiene el derecho a conocer, de manera preferente y de manos de su médico tratante, la información concerniente a su enfermedad, a los procedimientos y/o a los medicamentos que podrán ser empleados para el mejoramiento de su estado de salud, con el fin de que pueda contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan, en uso de sus derechos a la libertad, a la autodeterminación y a la autonomía personal, otorgar o no su asentimiento acerca de las actuaciones médicas que incidirán en su salud, y en su propia vida” (Corte Constitucional, 2005).

...y más adelante concluyo respecto al caso concreto que:

...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 (Corte Constitucional, 2005).

Como puede observarse la Corte Constitucional en la sentencia mencionada agrego una obligación a la EPS como a su cuerpo médico y especialistas de informar de manera plena al paciente de todos los riesgos y afectaciones que pueden ocasionarse con el procedimiento

prescrito y que el paciente una vez informado de manera libre y espontánea debe dar su consentimiento para proceder a realizar la cirugía.

Sobre esta condición o requisito la corte en las sentencias T-408 de 2007 y T-639 de 2007 volvió a recordar y reiterar el cumplimiento de esta obligación del consentimiento informado y su importancia al momento de realizarse la cirugía bariátrica, aspecto que más adelante va a tener importancia en el desarrollo de la línea y de los cambios a las subreglas dadas por la Corte Constitucional en el año 2003 que reconceptualiza la línea.

2.3 Sentencias reconceptualizadoras

Como sentencias reconceptualizadoras de línea encontramos las sentencias T-725 de 2007 y T-414 de 2008, en estas providencias la Corte confirma la línea desarrollada pero hace una modificación importante en las subreglas que había establecido desde el año 2003 la cual da una solución diferente al mismo problema jurídico que se ha planteado en la reconstrucción de la Línea estableciéndose unas nuevas subreglas de acuerdo a cada escenario las cuales se expondrá a continuación.

En la sentencia T-725 de 2007, Magistrada ponente (E) Dra. Catalina Botero Marino, un paciente afiliado a una EPS padece obesidad grado III y otras patologías, una vez consultó al médico endocrinólogo adscrito a la EPS para el tratamiento de su enfermedad lo remitió a evaluación por cirugía bariátrica después de varios inconvenientes, cumplir todos los trámites y practicarse todos los exámenes requeridos la entidad a través de su junta de cirugía bariátrica solicito la práctica de otros exámenes adicionales los cuales cuando se realizaron los especialistas conceptuaron que eran innecesarios para autorizar la cirugía, ante todos esos inconvenientes y obstáculos que dilataron la autorización de la cirugía el paciente interpuso la respectiva Acción de Tutela contra la entidad para buscar la protección de sus derechos fundamentales.

La Corte al revisar el caso en concreto, en primer lugar reitera la postura que ha mantenido sobre la conexidad del Derecho a la salud con el Derecho a la vida para ser catalogado como

fundamental y hace mención a las subreglas que se deben cumplir para reconocer los derechos fundamentales cuando los procedimientos y demás servicios no son autorizados por no estar incluidos dentro del POS, pero en esta providencia como aspecto a señalar se produjo una división a una de las subreglas, las cuales paso de hablar de cuatro a cinco subreglas pero en términos generales y condicionales son las mismas que se vienen desarrollando desde el año 2003⁹, seguidamente la corte basándose en las complejidades que tienen los procedimientos de las cirugías bariátricas y los riesgos que puede tener los pacientes exigió el cumplimiento de dos obligaciones que recaen en la entidad que garantiza el servicio de salud el cual señalo:

Debe recordarse, en este punto, que 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 procedimiento ; y (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 (Corte Constitucional, 2007).

Como puede observarse la corte además del cumplimiento de las subreglas establecidas, también reitero que se debe contar con el consentimiento informado del paciente (aspecto en el que ya se había pronunciado en anteriores providencias) así como contar con una completa valoración de un grupo interdisciplinario de médicos. Acto seguido la corte analizando todos los inconvenientes, obstáculos y en fin todas las trabas que la EPS le impuso al paciente para que se le autorizara la cirugía bariátrica, se manifestó e hizo referencia sobre la importancia del DERECHO AL DIAGNOSTICO como componente esencial al Derecho a la Salud la cual expuso que este derecho no solo consiste en que se autoricen y practiquen todos los procedimientos o medicamentos sino también que todos los diagnósticos (como consultas,

⁹ La subregla que dividió la corte es la que señalaba “Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud” y las dividió ambas en: “(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.”.

exámenes y demás tramites) que deben ser realizados por los profesionales de la salud vinculados con la EPS deben ser oportunos, completos, acordes y sin dilataciones por cuanto dichas actuaciones pueden afectar la salud del paciente y en poner en riesgo la vida de acuerdo a cada patología, lo que concluye que la prestación del servicio a la salud debe ser un servicio de “ALTA CALIDAD” y al ser un servicio con estas características la Corte ilustra el concepto de “PLAZO RAZONABLE” en la prestación de los servicios de salud la cual ha sido desarrollada en otras providencias, sobre este aspecto la corte señaló:

...para la determinación concreta, por parte del juez constitucional, de un plazo razonable para la prestación de un servicio de salud, esta Corporación ha desarrollado una serie de criterios o elementos fácticos mínimos que servirán al funcionario judicial para que pueda determinar, en cada caso particular, si el retardo en la atención configura una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del paciente (Corte Constitucional, 2007).

Por lo anterior la corte estableció tres elementos facticos que se deben apreciar para que la prestación del servicio de salud sea razonable las cuales son:

(i) El grado de urgencia de la situación objeto de estudio. Para ello se deberá tener en cuenta: a. la naturaleza de la enfermedad que aqueja al beneficiario, pues no es lo mismo un cuadro catastrófico y permanente que una dolencia menor de aparición esporádica; b. el grado de impacto que tiene la enfermedad en el desempeño de las facultades comunes del individuo; pueden hacerse distinciones entre el mal que inhabilita y postra a una persona, o aquel que le causa dolor insoportable, de aquél otro que, a pesar de causar molestia, permite el desempeño normal de la actividad física y psíquica; y, c. el estado actual de desarrollo de la patología. Tanto la enfermedad que se encuentra en pleno desarrollo, como aquella que presenta una remisión, y la que se encuentra en una etapa terminal, admiten distinciones en su atención (de acuerdo con lo establecido por los especialistas). En ocasiones, la atención depende del cumplimiento de un calendario estricto. (ii) El tipo de procedimientos ordenados por los médicos tratantes cuya materialización se somete a un plazo. Aquí se tendrá que apreciar: a. la relación que tienen los procedimientos para la curación o mejoramiento de la calidad de vida del paciente y su real eficacia para combatir

el mal (o al menos para hacer soportable y digno su padecimiento). No se pueden equiparar los procedimientos de rutina que se recomiendan a un individuo tradicionalmente sano, con los exámenes específicos para la detección o control de un cuadro patológico grave; y, b. el nivel de atención que se ha dispensado hasta el momento, en la medida en que hay diferencias importantes entre quien, sin haber recibido tratamiento alguno ve que sus posibilidades de mejoramiento se diluyen en el tiempo, y quien está siendo objeto de un tratamiento secuencial que precisa de continuas evaluaciones para tomar las decisiones correspondientes y continuar con el mismo. (iii) Los recursos con que se cuenta para asegurar la realización de los tratamientos que se aplazan. Para ello deberá tenerse en cuenta: a. que las intervenciones y exámenes requeridos se programen y realicen ordenada y rápidamente y, b. que, en caso de tratarse de enfermedades para las cuales no se cuenta con las herramientas suficientes o que correspondan a otros niveles de atención, se disponga la realización de los contratos y remisiones de rigor a instituciones que estén en capacidad de prestarlos y el suministro al usuario de la información completa, para que conozca exactamente el desarrollo de su caso y cuente con las alternativas necesarias para lograr su recuperación (Corte Constitucional, 2007).

En esta sentencia si bien se dio un hecho superado al resolverse el caso, resultado relevante desarrollarla por el aporte a las subreglas que ha manejado la corte como los nuevos elementos expuestos que son de gran aporte para el desarrollo de la línea y que se incluyen para resolver el problema jurídico como lo es el “plazo razonable y el “derecho al diagnóstico” en la prestación de los servicios de salud.

Por otro lado tenemos la sentencia T-414 de 2008, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, en esta providencia una paciente que estaba presentando problemas de salud fue diagnosticada con obesidad mórbida por el médico tratante y recomendó realizar el procedimiento de la cirugía bariátrica (bypass) como única alternativa la cual fue negada por su EPS argumentando que este procedimiento no está incluido en el POS circunstancia que motivo a instaurar la respectiva acción de tutela.

Revisado el caso concreto la Corte en primer lugar expuso su reiteración de jurisprudencia en cuanto al tema del derecho a la salud, el cual en principio para su connotación de fundamental necesitaba de la conexidad con el derecho a la vida pero que de acuerdo a todas las normativas de orden internacional, lo regulado en el artículo 49 de la Constitución Política y los mismos pronunciamientos de la misma Corte concluye que el derecho a la salud es un “derecho fundamental autónomo” el cual al respecto señalo:

En conclusión, 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. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta 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 (Corte Constitucional, 2008).

Acto seguido la Corte hace un recuento de toda la línea jurisprudencial que ha desarrollado en los últimos años al estudiar los casos de pacientes con problemas de salud por obesidad mórbida y la autorización de la cirugía bariátrica, línea que inicia con la sentencia T-264 de 2003 (como sentencia fundadora) hasta la proferida en el año 2008 concluyendo que para estos casos según la patología a realizar se deben cumplir alguna de las dos clases de condiciones o subreglas las cuales denomino como generales y otras particulares.

En cuanto a las generales son aquellas que se han establecido como subreglas desde la sentencia fundadora y que son reiterativas en todo el desarrollo de la línea, pero agrego también que dichas cirugías no deben tener “FINES ESTETICOS” por lo que sí tendría ese fin tampoco se ampara los derechos reclamados, en cuanto a las condiciones particulares señalo que están son:

(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, y (iii) el respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno (Corte Constitucional, 2008).

Como puede observarse la Corte al desarrollar toda la línea modifico el contenido y concepto de las subreglas que se venían desarrollando desde el 2003 las cuales en este caso las dividió en generales y específicas tal como se indicó y además agrego la prohibición de que estas cirugías tengan “fines estéticos”.

Posteriormente la corte entro a analizar los términos “obesidad mórbida”, “cirugía bariátrica” y sobre la pertenencia al POS del procedimiento quirúrgico conocido como bypass gástrico para cirugía bariátrica el cual solicito conceptos a instituciones del sistema de salud públicas y privadas sobre esos términos de los cuales el más relevante y determinante fue el de concluir si la cirugía bariátrica denominada bypass gástrico estaba incluido en el POS de acuerdo a la Resolución número 5261 de 1994¹⁰ y una vez recibidos todos los conceptos de las entidades y autoridades reguladoras del sistema de salud concluyó:

Para finalizar, en lo que respecta a la tercera pregunta que trata sobre lo descrito en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTOMAGO” bajo el código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, 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 Prestadores de Salud (EPS), se nieguen a

¹⁰ En esta resolución el Ministerio de Salud establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS)” en consecuencia la corte concluyo que el procedimiento de bypass gástrico si está incluido en el POS y no puede ser negado por las EPS siempre y cuando tampoco tenga fines de embellecimiento o estéticos y en consecuencia para los casos en donde se requiera el bypass se deben cumplir las subreglas o condiciones de orden particular por cuanto esté procedimiento está incluido dentro del POS.

Por todo lo desarrollado en el caso la Corte resolvió amparar los derechos fundamentales por cumplirse cada una de las subreglas particulares agregando la novedad de que la cirugía bariátrica denominada bypass si está incluida dentro del POS y con esta situación con más razón se debe garantizar y proteger los derechos fundamentales reclamados a la paciente garantizando también las obligaciones de la “efectiva valoración técnica”, el “consentimiento informado del paciente” y el “respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno”.

Como sentencias que consolidan estas nuevas subreglas (generales y particulares) que fijo la Corte encontramos las sentencias T-103 de 2009, T-369 de 2009, T-931 de 2010, T-270 de 2011 y T-229 de 2012¹¹

¹¹ Estas sentencias hacen parte de las de primer nivel de la sentencia arquidemica de apoyo T-861 de 2012 de acuerdo al nicho citacional de la línea.

Conclusiones

Con la exposición del presente balance jurisprudencial se puede concluir tal y como se observa en el desarrollo y explicación de la línea, la Corte Constitucional al resolver el problema jurídico mantuvo una línea estable en sus todos sus pronunciamientos la cual nunca fue modificada o variada su postura al momento de amparar los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas los cuales en todos los casos que estudio en instancia de revisión de acciones de tutela siempre concluyo que se presentó una vulneración de estos derechos en cabeza de las entidades responsables de la prestación de los servicios de salud tal como se ilustra en la siguiente tabla :

Tabla 1. *Análisis Vulneración Derechos Fundamentales a la Salud y a la Vida*

¿Se vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas cuando no se autorizan cirugías bariátricas a pacientes con obesidad mórbida?

SI

NO

- T-264 de 2003 – fundadora.
- T-1229 de 2005 – hito confirmadora.
- T-469 de 2006 – hito confirmadora.
- T-725 de 2007- hito reconceptualizadora.
- T-414 de 2008 – hito reconceptualizadora.
- T-369 de 2009 – hito confirmadora.
- T-931 de 2010 – hito confirmadora.
- T-270 de 2011 – hito confirmadora.
- T-861 de 2012 – arquidemica de punto de apoyo.

Fuente: Autor

Respecto a las subreglas que fijo la Corte para el reconocimiento de los derechos fundamentales se puede concluir también que la corporación estableció la aplicación de las mismas en el mismo escenario planteado en el problema jurídico pero condicionándolas de manera general y otras en particular las cuales estas últimas se establecieron cuando la Corte concluyo en la sentencia T-414 de 2008 que la cirugía bariátrica denominada bypass gástrico si

estaba incluida en el POS (actualmente “Plan de Beneficios de Salud”), sin embargo con las demás clases de cirugías bariátricas no hay una claridad al respecto y en consecuencia se debe recurrir a las subreglas generales para la protección y amparo de los derechos fundamentales.

En la actualidad la Corte Constitucional acude a las subreglas generales para amparar la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida en los casos donde las cirugías bariátricas no están incluidas en el POS (actualmente “Plan de Beneficios de Salud”) las cuales consisten en “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 y 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.”

En cuanto a las particulares las subreglas consisten en “i) La efectiva valoración técnica; ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc.); iii) El consentimiento informado del paciente, y iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.”

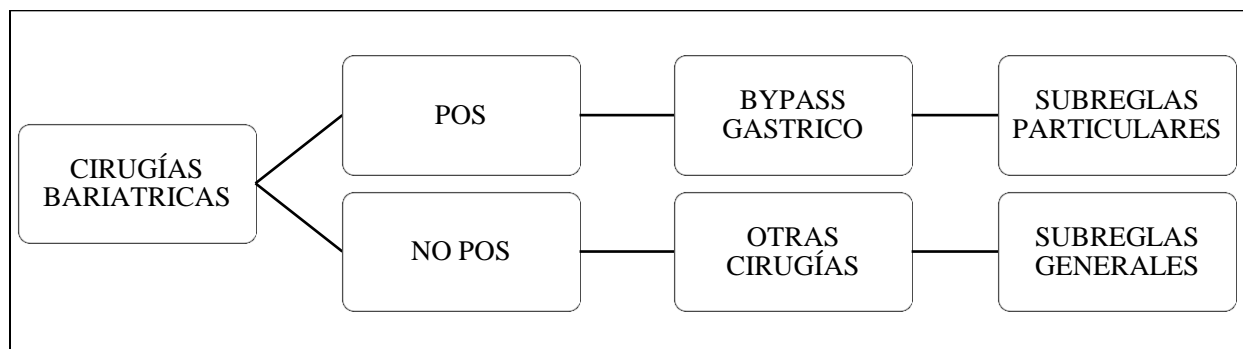


Figura 1. Aplicación de las Subreglas de la Actualidad

Fuente: Autor

Es importante de igual manera concluir que en cuanto al derecho a la salud ha sido un derecho que durante su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional ha tenido variaciones en cuanto a su connotación valorativa de catalogarlo como un derecho fundamental autónomo de los demás derechos fundamentales o de primer orden.

Es así que el reconocimiento del derecho a la salud ha tenido un desarrollo progresivo, el cual en principio para que fuera reconocido como un derecho fundamental era necesario tener una conexión con otros derechos fundamentales principalmente con el derecho a la vida para ser amparado el cual fue el primer criterio que tuvo la Corte Constitucional para establecer las subreglas para amparar los derechos invocados y así resolver el problema jurídico planteado en el presente artículo el que posteriormente y al desarrollo jurisprudencial dada por la Honorable Corte Constitucional el derecho a la salud tuvo su independencia para ser acogido sin ser necesario relacionarlo directamente con el derecho fundamental a la vida, el cual ha precisado que la salud puede ser entendida como un derecho fundamental no solo cuando está en riesgo la vida como mera existencia, sino se ha resaltado que la salud también es fundamental para la sustentación de la vida en condiciones dignas de todas las personas las cuales pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho fundamental a la salud aspecto que en la actualidad aplica la Corte Constitucional para los casos de las personas que sufren de obesidad mórbida y requieren de la práctica de alguna cirugía bariátrica.

Referencias bibliográficas

Constitución Política Colombiana

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-264 de 2003. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-264-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-828 de 2005. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-828-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1229 de 2005. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1229-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-027 de 2006. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-027-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-060 de 2006. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-060-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-265 de 2006. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-265-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-384 de 2006. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-384-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-469 de 2006. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-469-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-867 de 2006. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-867-06.htm>

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-110 de 2007. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-110-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 2007. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-408-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-447 de 2007. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-447-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-639 de 2007. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-639-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-725 de 2007. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-725-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 2008. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-414-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 103 de 2009. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-103-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-369 de 2009. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-369-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-931 de 2010. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-931-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-270 de 2011. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-270-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-861 de 2012. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-861-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-395 de 2015. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-395-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-322 de 2018. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-322-18.htm>

López Medina, Diego, El Derecho de los jueces Bogotá: LEGIS, 2006.

López Medina, Diego Eduardo. Manual de Interpretación Constitucional. Consejo Superior de la
Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2006).

