



JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Medellín, veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicado:	05001 40 03 013 2021-00368 00
Procedimiento:	Acción de tutela
Accionante (s):	Diana Kelly Sánchez Osorno
Accionado (s):	EPS Sura
Tema:	Del derecho fundamental a la salud
Sentencia	General: 090 Especial: 086
Decisión:	Concede amparo constitucional

Se procede a resolver la acción de tutela del trámite de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Relató la accionante, que el día 30 de agosto de 2019, fue diagnosticada por parte del médico especialista Dr. Julián Andrés Espeña Peña, con “*trastornos de disco lumbar y otros con radiculopatía*”, y le fue ordenada una resonancia simple de columna. Posteriormente, el día 17 de enero de 2020 fue atendida en la Clínica CES y allí fue diagnosticada con “*compresiones de las raíces y plexos nerviosos en trastornos de los discos intervertebrales*”; luego, el 14 de febrero de 2020, en consulta en el Instituto Colombiano del Dolor, se le diagnosticó “*lumbago no especificado*”, el cual fue confirmado el 4 de mayo de 2020.

Adujo la afectada que, el 14 de diciembre de 2020 fue remitida a la entidad Salud Metal Integral, donde también se estableció que padecía de “*episodio de depresión moderado, trastorno de ansiedad generalizada y obesidad*”. Así mismo, el día 7 de enero de 2021, el médico tratante adscrito a la EPS, Dr. Juan Bautista Medina Arévalo, determinó que padecía de obesidad y le recomendó cirugía a fin de mejorar su condición médica.

Conforme al diagnóstico de obesidad, el día 15 de febrero de 2021, la accionante elevó derecho de petición a la EPS Sura, solicitando le

autorizaran el procedimiento de By pass gástrico por laparoscopia, dado que las recomendaciones médicas no fueron suficientes para mejorar su condición de obesidad. No obstante, -a la fecha-no ha recibido respuesta alguna a su solicitud.

En consecuencia, solicitó se le tutelen sus derechos fundamentales y se le ordene a la EPS Sura, dar respuesta a su solicitud, en el sentido de autorizar y realizar el procedimiento By pass gástrico con laparoscopia

1.2. La acción de tutela fue presentada y admitida el 8 de abril de 2021, en contra de la EPS Sura. Se le concedió el término de dos (02) días para que se pronunciara sobre los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por la actora. La accionada fue notificada mediante correo electrónico.

1.3. EPS Sura remitió escrito dentro del término establecido e indicó que a la accionante se le había garantizado las atenciones en salud requeridas por los especialistas y a la fecha no tenía autorizaciones médicas pendientes por realizar.

Informaron que la accionante se encontraba actualmente en tratamiento con el grupo de obesidad CEMDE y fue valorada por un staff médico que determinó lo siguiente:

“Se considera que la paciente no realiza actividad física secundario a su dolor lumbar limitante, pero por su inactividad la adherencia al plan nutricional debe ser mayor al 90%, por ahora debe continuar en el programa de IPS especializada ante el riesgo de reganancia de peso posterior a un procedimiento bariátrico si no adquiere consciencia de la importancia tanto de la alimentación adecuada y de realizar actividad física mínimo 5 veces por semana”.

De igual manera la accionada manifestó lo siguiente:

“Sin un concepto de nuestros especialistas, se tiene que el procedimiento solicitado no es un procedimiento que se requiera con urgencia y amerita establecer el cumplimiento de criterios y parámetros establecidos por las sociedades científicas, valorar los riesgos del paciente y definir cuál debe ser

el tratamiento más adecuado para él, por lo cual es ideal que el paciente sea evaluado por un staff o junta médica especializada en pacientes con obesidad como la que le ofrece la EPS SURA. Sin embargo, previa a la evaluación por este staff, es necesario que la paciente siga un proceso con distintos especialistas que, finalmente, determinarán la remisión al staff y la necesidad de realizar algún procedimiento. El resultado de este staff no será necesariamente la cirugía bariátrica, pues existen muchas posibilidades y procedimientos para el tratamiento de esta enfermedad y será la junta de médicos quien la determine”.

Señalaron que, el procedimiento quirúrgico causaba un gran impacto funcional y trastornos de absorción de los alimentos, por ende, se requería de una valoración multidisciplinaria y de una verificación sobre la pertinencia del procedimiento conforme a los criterios técnico-científicos aceptados.

Seguidamente la EPS, describió de manera general el procedimiento del By pass gástrico, así como realizó un recuento normativo respecto de la improcedencia de la acción de tutela cuando no existe vulneración a los derechos fundamentales de la persona.

Conforme a lo expuesto, solicitaron se negara la acción de tutela y se declarara su improcedencia por no existir vulneración a los derechos de la accionante por parte de la EPS.

II. COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2591 de 1991, artículo 32, es competente este Despacho para conocer y decidir respecto de la solicitud de tutela impetrada.

III. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a esta Dependencia determinar si la accionada, está vulnerando los derechos fundamentales alegados por la afectada, al no autorizar y realizar el procedimiento de By pass gástrico por laparoscopia,

el cual fue requerido mediante derecho de petición, conforme al concepto del médico tratante adscrito a la EPS.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela de linaje constitucional, está instituida única y exclusivamente para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales de todas las personas del Estado cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de una autoridad que los desconozca.

4.2. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA (ACTIVA – PASIVA) EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política “*Toda Persona*” puede recurrir a la acción de tutela “*para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”.

Conforme lo anterior, la acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales sea nacional o extranjera, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.

Como ya se expresó, por mandato constitucional se faculta a todo ciudadano para que en su propio nombre instaure acción de tutela ante una autoridad

judicial con el fin de hacer valer sus derechos fundamentales cuando los considere vulnerados o amenazados; dentro del presente caso, la señora **Diana Kelly Sánchez Osorno**, actúa en causa propia, por lo que se encuentra legitimada en la causa por activa.

Se tiene además la legitimación en la causa por pasiva de la accionada, toda vez que es la entidad a la cual se le endilga la “presunta” vulneración de los derechos fundamentales esgrimidos por la accionante.

4.3. DERECHO A LA SALUD.

Frente al particular, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha expresado que *“El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “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”¹”*.

A saber, en la sentencia T 196 de 2018 la alta corporación estableció lo siguiente:

“Es preciso señalar que la referida Ley Estatutaria 1751 de 2015² fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”³.

¹C. Const., T-196 de 2018.

² “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

³ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

Ello permite reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, entendido este como un concepto amplio que busca materializar la dignidad humana de las personas.

4.4. REFERENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CIRUGÍA BARIÁTICA.

La sentencia T 270 de 2011, explicó:

“La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que el ser humano necesita mantener adecuados niveles de salud, no solo para sobrevivir, sino para desempeñarse apropiadamente como individuo, en familia y en sociedad, de modo que al surgir anomalías que afecten los niveles de pervivencia estable, aún cuando no se esté en presencia de una enfermedad letal, debe brindarse una atención oportuna, para que no se ponga en peligro la dignidad personal y el paciente mantenga el derecho a las posibilidades de recuperación, recibir curación o alivio a sus dolencias y se le procure continuar la vida con dignidad.

Más adelante, la misma sentencia en cita, afirmó, refiriéndose al By Pass gástrico:

no puede entenderse que la cirugía ha de autorizarse de inmediato, siendo que la complejidad y riesgo inherente a la misma varía en cada caso específico. Ante ello, se exige verificar los siguientes aspectos, en primer grado por las entidades que prestan el servicio y en segundo por los jueces de tutela al autorizar este tipo de procedimiento:

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

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

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

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

Es claro que esas pautas no se excluyen entre sí y deben ser constatadas en forma previa a la expedición de la orden, con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

4.5. CASO CONCRETO. Para resolver el asunto bajo estudio, se tiene que la accionante pretende por vía de tutela, obtener la orden, para que la EPS Sura le realice la cirugía del By pass gástrico, en razón a que este procedimiento fue recomendado por sus médicos tratantes. Así mismo, se tiene que la solicitante presentó un derecho de petición y el mismo no le ha sido resuelto en el término establecido para tal fin.

Por su parte, la EPS Sura se opuso a las pretensiones esgrimidas, argumentando la improcedencia del procedimiento quirúrgico, aduciendo el resultado del comité al que se sometió el asunto, el cual concluyó que, ante la falta de compromiso de la pretensora con su deber de realizar actividad física, se hacía inviable el tratamiento, pues si la misma no modifica sus hábitos, puede ganar el peso que tenía de una manera rápida. Así mismo, advirtió la complejidad de la cirugía.

Sea lo primero precisar que, si bien la accionante delimitó el asunto a la vulneración del derecho fundamental de petición, este Despacho advierte que el mismo no se limita a una simple solicitud de información, pues la relación real que allí existe impacta directamente el derecho a la salud de la actora, sobre lo que habrá de pronunciarse el Despacho. Así mismo, se considera que al caso planteado no puede dársele el trato de derecho de

petición, pues este procedimiento requiere de unas reglas que claramente exceden la finalidad del derecho de petición, pues se requieren evaluaciones médicas, citas y consideraciones diferentes. Por lo anterior, en uso de las facultades extra y ultra petitas de juez constitucional, se resolverá el fondo del asunto.

Si bien es un hecho claro en el expediente que no hay respuesta a la solicitud elevada por la pretensora, del material probatorio allegado al plenario, se advierte que la EPS Sura se encuentra vulnerando el derecho fundamental a la salud de la accionante, por lo que pasa a exponerse:

La salud, entendida como un criterio amplio tal y como la ha explicado nuestro tribunal constitucional, comprende **la salud mental**, así como **la salud física**, la cual claramente se está viendo afectada en razón a su peso corporal.

Adicionalmente, se tiene que el médico tratante tal y como se advierte en el escrito de tutela y en su contestación, conceptúan favorablemente la realización de la cirugía.

Del comité conformado por la EPS, se advierte que este se realizó sin tener en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional para tal fin, los cuales se describen en la parte considerativa de esta providencia, e incluyen, **valoración interdisciplinaria de médicos adscritos a la entidad** (el informe se realizó por una médica experta en deporte y dos enfermeras), que esta no tenga fines estéticos, que exista el consentimiento informado de la paciente y que se respete el derecho al diagnóstico en un término oportuno.

Debe advertirse que, si bien se realizó un análisis de la situación de la paciente, allí debe tenerse en cuenta **el concepto del médico tratante de la señora Sánchez Osorno y su psicólogo**, pues evidentemente el peso de la pretensora ha afectado su autoconcepto y este ha desencadenado en episodios de intento de suicidio, tal y como se encuentra acreditado en los documentos allegados al plenario.

No obstante lo anterior, no es de competencia de este Despacho concluir si la accionante requiere o no el procedimiento médico, pues esto requiere de una evaluación por especialistas, que determinen si la señora Sánchez Osorno es apta o no para el procedimiento, sobre todo analizando el riesgo para su vida que tal procedimiento necesita, del cual ni la accionante ni el Despacho conoce.

Así las cosas, acogiendo los criterios establecidos en la jurisprudencia y aplicándolos al caso concreto, se ordenará a la EPS Sura que realice una evaluación nueva, en la que se analice la condición tanto física como psicológica de la pretensora, el diagnóstico realizado por el médico tratante y se acojan los criterios de la Corte Constitucional explicados en esta providencia.

Igualmente, se ordena a la EPS que realice un acompañamiento psicológico permanente con la actora, que facilite la adherencia de la misma al tratamiento y la asimilación de la necesidad de los cambios que requiere implementar en su diario vivir.

En caso de ser procedente el “By pass gástrico por laparoscopia” u otro procedimiento médico que contrarreste sus problemas de obesidad, deberá EPS Sura, practicarla en un término no mayor a treinta (30) días luego del concepto médico que se emita, sin dilación alguna.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita **Juez Trece Civil Municipal de Oralidad de Medellín**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. Tutelar el derecho fundamental a la salud de la señora **Diana Kelly Sánchez Osorno**, frente a la **EPS Sura**.

Segundo. Ordenar a la **EPS Sura** para que, a través de su representante legal, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación

de esta sentencia si aún no lo ha hecho, realice una evaluación nueva en la que se analice la condición tanto física como psicológica de la pretensora, el diagnóstico emitido por el médico tratante y se acojan los criterios de la Corte Constitucional explicados en esta providencia.

Igualmente, se ordena a la EPS que realice un acompañamiento psicológico permanente con la actora, que facilite la adherencia de la misma al tratamiento y la asimilación de la necesidad de los cambios que requiere implementar en su diario vivir.

En caso de ser procedente el “By pass gástrico por laparoscopia” u otro procedimiento médico que contrarreste sus problemas de obesidad, deberá EPS Sura, practicarla en un término no mayor a treinta (30) días luego del concepto médico que se emita, sin dilación alguna.

Tercero: Notificar a las partes la presente providencia e informarles que puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación; de no ser impugnada dentro de esta oportunidad se remitirá a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE

PAULA ANDREA SIERRA CARO

JUEZ

2

Firmado Por:

PAULA ANDREA SIERRA CARO

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 013 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

465f49c5beaa87d763a4ce13f7d0ed6e2247f9a8b8357cfdaf6f33262c70
1460

Documento generado en 20/04/2021 11:54:58 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>