

DERECHO A LA SALUD-Cirugía bariátrica por obesidad mórbida/DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Vulneración cuando se hace nugatorio el derecho al diagnóstico

(La EPS accionada) vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante, al negarse a practicarle una valoración médica que determinara si era apta para la práctica de una cirugía bariátrica..., la entidad tiene el deber de realizarle una valoración multidisciplinaria a la accionante.

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Relación con el derecho al diagnóstico

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Necesidad de orden del

médico tratante para acceder a servicios o tecnologías en salud

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Concepto/DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Dimensiones

LINEA JURISPRUDENCIAL RELACIONADA CON EL PROBLEMA DE SALUD PUBLICA-Reiteración de jurisprudencia sobre la obesidad mórbida y la cirugía de By pass gástrico

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Garantía de efectividad en el problema de salud pública de la obesidad mórbida

CIRUGIA PLASTICA O ESTETICA-Comprende aspectos como el bienestar emocional, social y psíquico

DERECHO A LA SALUD-Derecho a recibir los tratamientos con implicaciones estéticas, que no buscan el embellecimiento sino la recuperación del estado físico previo a accidente, enfermedad o trauma

EXHORTO-Gobierno Nacional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-432 de 2023

Referencia: expediente T-9.394.291

Acción de tutela instaurada por Antonia¹ contra Nueva EPS.

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y los magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander y el 13 de abril de 2023 por la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. La joven Antonia interpuso acción de tutela contra Nueva EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital. Lo anterior, con ocasión de la negativa de la accionada de realizarle una valoración multidisciplinaria que determinara si era apta para la práctica de una cirugía bariátrica.

Tabla 1. Fundamentos fácticos de la acción de tutela

Hechos

La accionante nació en el 2000 y afirmó que desde temprana edad tiene la enfermedad de obesidad. Actualmente tiene 23 años, se encuentra afiliada al régimen subsidiado de Nueva EPS y está clasificada en el grupo B2 (pobreza moderada) del Sisbén². Además, cuenta con un diagnóstico de obesidad grado II sin comorbilidades.

La ciudadana sostuvo que, debido a su condición de salud y peso corporal, tiene dolores articulares en rodilla, disnea de medianos esfuerzos y una preocupación por su aspecto físico. Afirmó que junto con los médicos tratantes, buscó rebajar considerablemente de peso con “ejercicios y dietas balanceadas”³, sin embargo, no lo logró.

El 29 de noviembre de 2022 la actora acudió a cita de consulta externa con el especialista David Mauricio Figueroa Bohórquez, a través de la IPS Gastroquirúrgica S.A.S.

En esta, el médico le prescribió a la accionante (i) un control prequirúrgico general; (ii) un electrocardiograma de “ritmo o de superficie⁴”; (iii) una valoración de paciente con obesidad mórbida en junta de cirugía y (iv) un examen médico denominado “esofagogastroduodenoscopia”⁵. Lo anterior, con el propósito de establecer si la actora se consideraba apta para la realización del procedimiento de cirugía bariátrica.

El galeno advirtió que la paciente tenía una preocupación por su aspecto físico y en la respuesta a los requerimientos que le hizo esta Corporación, lo reiteró señalando que “[t]iene síntomas de impacto psicológico descrito por lo paciente ante inconformidad con su aspecto físico”⁶.

El 12 de diciembre de 2022 la demandante radicó petición ante Nueva EPS por medio de la cual solicitó la autorización de la valoración médica multidisciplinaria en junta médica. Mediante escrito, la EPS devolvió la solicitud bajo el argumento que la misma tenía “problemas de pertinencia en el suministro”⁷.

Reproche formulado por la accionante

La demandante consideró que la negativa de la EPS vulnera su derecho a la salud y vida en condiciones dignas, pues desde niña “sufre de obesidad”⁸ y desde entonces ha intentado bajar de peso a través de distintos métodos, pero ninguno le ha dado resultado.

Pretensiones

La actora solicitó que se le ordenara a Nueva EPS que (i) garantizara los procedimientos médicos que necesita para mejorar su calidad de vida y su patología y (ii) “todo lo relacionado con el procedimiento que solicitan [sus] médicos tratantes para mejorar [su]

calidad de vida, sin dilataciones administrativas exonerando[la] de cualquier pago adicional que genere [su] tratamiento”9.

Trámite procesal de la tutela

1. Mediante auto del 10 de febrero de 2023, el Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander, avocó conocimiento de la acción y corrió traslado a la EPS accionada. Así mismo, vinculó a la IPS Gastroquirúrgica S.A.S y al médico especialista David Mauricio Figueroa Bohórquez.

Tabla 2. Respuesta de las accionadas y vinculadas

Entidad

Contestación

Nueva EPS

Señaló que ha garantizado todos los servicios requeridos por la accionante e indicó que respecto a la valoración de la paciente en Junta de Cirugía Bariátrica, se requiere una verificación con la usuaria y la IPS, en aras de determinar si es procedente la inclusión al programa de obesidad, “por cuanto en los anexos de la tutela y hechos nada se relaciona al respecto”10.

Además, afirmó que el servicio requerido por la actora, no debe ser asumido por los recursos públicos de la salud. Para esos efectos, citó la Resolución 2273 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social.

IPS Gastroquirúrgica S.A.S

Guardó silencio.

David Mauricio Figueroa Bohórquez

Guardó silencio.

Sentencias objeto de revisión

1. Primera instancia. En sentencia del 23 de febrero de 2023, el Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander, negó el amparo. Consideró que la accionante no estaba diagnosticada con obesidad grado II, como quiera que no ha asistido a otras valoraciones médicas con diferentes especialistas como, psiquiatra, psicólogo, internista, nutricionista o deportólogo que permitieran “establecer fehacientemente que esa obesidad alcance a poner en riesgo su salud y condiciones de vida digna”¹¹.

1. Impugnación. La accionante impugnó la anterior decisión y reiteró los argumentos de la acción de tutela. Manifestó que el juez de instancia no tuvo en cuenta que ella no solicitó la realización de la cirugía bariátrica, sino una junta médica para determinar qué tipo de tratamiento requiere. Concretamente, “mi médico tratante está solicitando una junta médica para determinar qué tipo de tratamiento requiero estamos hablando de mi vida”¹².

1. Segunda instancia. En providencia del 13 de abril de 2023, la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó la decisión de primer grado. Consideró que si bien la actora contaba con una orden emitida por el médico tratante “también es cierto que la misma no fue autorizada por su Eps en razón a que no se encuentra incluida dentro del antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), ahora Plan de Beneficios de Salud”¹³.

1. El Tribunal afirmó que la accionante se limitó a expresar en la acción de tutela que ha agotado todos los tratamientos previos del caso, como dietas y ejercicios; sin embargo, no aportó prueba de ello. Además, la Sala indicó que “(...) su diagnóstico de ‘obesidad mórbida grado II por exceso de calorías’, a la fecha no le ha causado mayores dificultades en su salud, sino solo un dolor de rodillas”¹⁴.

Pruebas que obran en el expediente¹⁵

1. Las pruebas que obran en el expediente son las que se relacionan a continuación:

ii. Historia clínica con fecha del 29 de noviembre de 2022 emitida por la IPS Gastroquirúrgica S.A.S.

iii. Órdenes médicas de los servicios de “control general, electrocardiograma de ritmo o de superficie sod y valoración de paciente con obesidad mórbida en junta de cirugía”, emitida por la IPS Gastroquirúrgica S.A.S.

iv. Constancia de radicación de solicitud de servicios médicos con fecha del 12 de diciembre de 2022 emitida por Nueva EPS.

v. Respuesta a la solicitud de prestación de servicios médicos emitida por Nueva EPS.

Trámite ante la Corte

1. Mediante auto del 2 de agosto de 2023¹⁶, el Magistrado ponente ordenó la práctica de algunas pruebas y la vinculación de terceros, la IPS Gastroquirúrgica S.A.S y el médico especialista David Mauricio Figueroa Bohórquez, esto, teniendo en cuenta que si bien el juez

de instancia los vinculó, las partes guardaron silencio en el trámite. Igualmente, ordenó a la Nueva EPS y a los terceros vinculados que contestaran un cuestionario. Por último, le solicitó a la accionante responder varias preguntas relacionadas con su estado de salud actual y si a la fecha de la notificación del auto, ya se le había realizado la junta médica multidisciplinaria o algún otro servicio médico.

Tabla 3. Respuestas recibidas por la Corte

Entidad

Contestación

Nueva EPS17

Se opuso a las pretensiones formuladas por la ciudadana y solicitó confirmar los fallos de instancia proferidos por el Juzgado de Familia de Los Patios y por el Tribunal Superior de Cúcuta, respectivamente.

De igual modo, el apoderado señaló que la Nueva EPS tiene un programa de cuatro fases para pacientes que presentan obesidad. Este recogió los lineamientos del documento denominado “Guía Clínica para la prevención, diagnóstico y tratamiento del sobrepeso y la obesidad en adultos” expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social. La guía ofreció recomendaciones basadas en evidencia científica para la prevención del sobrepeso y la obesidad.

Nueva EPS mencionó que el programa de prevención y manejo de la obesidad consta de las siguientes etapas: (i) identificación y direccionamiento de la población objeto; (ii) manejo individualizado del paciente; (iii) intervención al paciente en condición especial a través de farmacología; y (iv) tratamiento del paciente por cirugía bariátrica.

En criterio de la EPS, la demandante no aportó soportes médicos que evidenciaran el resultado del seguimiento previo que se requiere en casos de pacientes que tienen obesidad. Agregó que en los documentos anexos a la solicitud de autorización de la cirugía bariátrica, no se evidenció que la accionante haya cumplido con las fases del protocolo que tiene la EPS para el manejo de la obesidad¹⁸.

Finalmente, indicó que el seguimiento del protocolo debía hacerse mensualmente por un período mínimo de 6 meses, hasta que, una vez culmine esa etapa, se revisen los resultados y se ordene el tratamiento a seguir.

IPS Gastroquirúrgica S.A.¹⁹

Remitió documentos médicos en los que se relaciona la historia clínica de la accionante. La IPS señaló que no fue notificada del auto del 10 de febrero de 2023 que profirió el Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander. Indicó que por esa razón no se pronunció en el trámite de la acción de tutela.

David Mauricio Figueroa Bohórquez²⁰

Informó que desde agosto del año en curso, cambió su ciudad residencia de Cúcuta a Medellín, por lo anterior, no puede seguir siendo el médico tratante de Antonia.

A su vez, aportó un listado de las patologías de la accionante y mencionó las recomendaciones médicas para tratarlas, según la Asociación Colombiana de Obesidad y Cirugía Bariátrica. Además, reiteró el tratamiento en salud y los servicios médicos que le prescribió a la accionante en la consulta médica del 29 de noviembre de 2022.

Antonia

No se pronunció frente al auto del 2 de agosto de 2023 y a los requerimientos ahí señalados.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para analizar el fallo materia de revisión.

1. Para resolver el caso objeto de estudio, la Sala (i) verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción; (ii) estudiará la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana y (iii) se pronunciará sobre el fondo del asunto.

Procedibilidad de la acción de tutela

Tabla 4. Procedencia de la acción de tutela

Requisito

Cumplimiento en el caso concreto

Legitimación en la causa

por activa

Se cumple. La acción fue interpuesta por Antonia en nombre propio, modalidad aceptada por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Legitimación en la causa

por pasiva

Se cumple. La demanda se presentó contra la Nueva EPS. El juez de primera instancia vinculó al trámite a la IPS Gastroquirúrgica y al médico tratante David Mauricio Figueroa Bohórquez.

El requisito se cumple respecto de la Nueva EPS. Por un lado, porque es la EPS a la cual se encuentra afiliada la accionante y por otro, debido a que, es la encargada de prestarle los servicios correspondientes dentro de los parámetros que establece la Ley 100 de 1993 y la Ley 1751 de 2015.

Sin embargo, con relación a la IPS y al médico tratante no se encuentra acreditada la legitimación por pasiva. Si bien la IPS fue la institución que prestó el servicio de salud y el galeno fue quien atendió a la demandante en la cita del 29 de noviembre de 2022 y le prescribió la valoración médica que solicita. No es menos cierto que la vulneración de los derechos fundamentales se constituyó con la negativa de Nueva EPS en autorizar la valoración médica. La IPS y el médico cumplieron con los deberes que les son propios. Por lo anterior, se desvincularán del trámite.

Inmediatez

Se cumple. La accionante presentó la demanda el 8 de febrero de 2023 y las órdenes médicas que prescribieron la valoración interdisciplinaria son del 29 de noviembre de 2022. Por lo anterior, la demanda fue presentada por la actora dentro de un tiempo prudencial.

Subsidiariedad

Se cumple. Cualquier persona puede acudir a la acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, cuando no cuente con otro mecanismo de defensa judicial o ante su existencia, este no resulte idóneo ni eficaz.

En este caso, si bien en el ordenamiento jurídico existen mecanismos para resolver la problemática relacionada con la negación de servicios de salud, como aquellos regulados en la Ley 1122 de 200723 ante la Superintendencia Nacional de Salud (SuperSalud). Esos mecanismo no son eficaces para la protección del derecho a la salud por las siguientes razones: i) la Supersalud afronta una precariedad estructural que persiste a pesar de los esfuerzos institucionales y ii) el instrumento judicial no tiene regulación respecto del efecto de la impugnación, del término para proferir la decisión de segunda instancia y de los mecanismos para garantizar el cumplimiento de la decisión.

Este aspecto fue precisado en la Sentencia SU-508 de 2020 y se recordó que el trámite ante la SuperSalud no es un mecanismo idóneo ni eficaz por las limitaciones operativas que tiene y los vacíos en su regulación.

Por lo anterior, la acción de tutela es el mecanismo judicial para proteger el derecho a la salud presuntamente vulnerado, por la negativa de Nueva EPS de realizarle a la accionante una valoración en junta médica que estableciera sí era apta para la práctica de una cirugía bariátrica..

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. Por lo anterior, corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico:

¿La Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital de la accionante al no autorizar una valoración multidisciplinaria que determinara si era apta para la práctica de una cirugía bariátrica, desconociendo la orden del médico tratante?

1. En ese sentido, para desarrollar el problema jurídico planteado, la sentencia estudiará los siguientes ejes temáticos: (i) el derecho a la salud y su faceta de diagnóstico, (ii) la obesidad y el sobrepeso como un asunto prioritario de salud pública y (iii) la práctica de cirugías estéticas con fines funcionales. Finalmente, (iv) se abordará el caso concreto.

La salud como derecho y servicio público según la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1. El derecho fundamental a la salud encuentra su regulación en el artículo 49 de la Constitución Política y en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Además ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional²⁴. La Corte ha establecido que tiene una estrecha relación con la dignidad humana “por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas”²⁵.

1. En la Sentencia T-760 de 2008, se reiteró el reconocimiento del derecho a la salud como “fundamental, autónomo e irrenunciable y como servicio público esencial obligatorio a cargo del Estado”²⁶. En la Sentencia C-313 de 2014, se sostuvo que la salud abarca factores socioeconómicos que determinan las condiciones mediante las cuales las personas “pueden llevar una vida sana, teniendo como punto de partida la inclusión implícita de todos los servicios y tecnologías”²⁷.

1. En ese mismo sentido, esta prerrogativa tiene dos facetas; por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público. Respecto a la faceta de servicio

público, se desprende un deber a cargo del Estado de garantizar la prestación de todos aquellos servicios y tecnologías que requieran los usuarios del Sistema de Salud, concretamente, a través de las Entidades Promotoras de Salud (EPS)²⁸.

1. Ahora bien, la Ley Estatutaria de Salud estableció el servicio de salud y al sistema, como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado dispone para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

1. En la Sentencia T-245 de 2020, este Tribunal recordó que “[l]a Ley Estatutaria dispone una concepción integral del derecho a la salud, según la cual todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse”. Esta concepción se estableció como regla de decisión en la Sentencia SU-508 de 2020 y la Corte determinó que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del Plan de Beneficios en Salud - PBS, está incluido y por ende, debe prestarse.

1. Así las cosas, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 2273 de 2021 y modificó el listado de servicios y tecnologías en salud que serían excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

1. Se estableció que están incluidos en el PBS todos los servicios y tecnologías que no hacen parte de ese listado. Concretamente, el anexo técnico a partir del servicio No. 66 reguló las cirugías de reducción de tejido adiposo e indicó que las mismas serán excluidas cuando su fin sea estético. En el listado no se encuentra enunciado una valoración en junta médica

interdisciplinaria ni el procedimiento de cirugía bariátrica o bypass por laparoscopia. Esto significa que son servicios que deben ser asumidos con recursos públicos asignados a la salud.

1. Ahora bien, respecto la faceta de derecho, la garantía fundamental de la salud también encuentra su fundamento en los instrumentos del derecho internacional. Por ejemplo, en el ámbito universal en los artículos 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰ y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹. En el ámbito interamericano es posible encontrarlo en el artículo 10 el Protocolo Adicional de San Salvador³² y en los distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)³³.

1. Bajo la misma línea, la Corte IDH en el Caso Poblete Vilches vs. Chile, reconoció que, “[t]odo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, (...) también a un estado completo de bienestar físico, mental y social”.

1. En suma, el derecho a la salud (i) tiene naturaleza fundamental y autónoma; (ii) es un derecho y un servicio público; (iii) la faceta de servicio contempla el deber del Estado de garantizar a los afiliados al sistema todas las prestaciones que requieran de manera efectiva y (iv) todo servicio o tecnología en salud que no esté expresamente excluida del PBS, se entiende incluida y debe prestarse.

La faceta de diagnóstico del derecho la salud

1. El derecho al diagnóstico es una faceta del derecho a la salud y es entendido como la

facultad de los usuarios del sistema de salud de exigir a las EPS la realización de valoraciones que identifiquen el origen de su enfermedad y a partir de ello, la prescripción médica que sea más pertinente para lograr la recuperación de la salud del paciente. A su vez, en la Sentencia T-005 de 2023 se relacionó el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico con la aplicación del principio de integralidad, el cual se traduce en la garantía de prestación de servicios y tecnologías requeridos, esto “sin anteponer barreras de orden administrativo”. Con relación a la provisión de los servicios de salud se recordó que “el juez debe analizar las pruebas aportadas al proceso”.

1. Este Tribunal en diferentes pronunciamientos³⁴ estableció que el derecho al diagnóstico tiene tres dimensiones; la identificación, la valoración y la prescripción. En la primera, el médico tratante establece la patología que tiene la persona. En la segunda, se determina con el “(...) máximo grado de certeza permitido por la ciencia”³⁵ el tratamiento médico más adecuado y el cual logre garantizar el bienestar y la salud del paciente en el nivel posible más alto. En la última, el galeno suministra y prescribe los procedimientos, medicamentos o terapias, según sea el caso.

1. Sin embargo, el derecho al diagnóstico solo se satisface “con la prescripción de los elementos de salud requeridos para tratar al paciente”³⁶ pues la identificación de las enfermedades o incluso su valoración por especialistas, resultan insuficientes para iniciar los tratamientos requeridos, si estos no son ordenados por el médico tratante.

1. Bajo la misma línea, la Corte ha señalado que el diagnóstico del médico tratante adscrito a la EPS “constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo”³⁷. En la Sentencia T-047 de 2023 se indicó que ello se debe a que “es el profesional idóneo para definir el tratamiento, por contar con la capacitación adecuada, criterio científico y conocer la realidad clínica [del] paciente”. Por tanto, la prescripción médica es vinculante para las EPS por ser las autoridades encargadas de prestar el servicio público de salud.

1. En suma, el derecho al diagnóstico; (ii) implica que el médico tratante proporciona al paciente una valoración técnica, científica y oportuna sobre sus enfermedades, (ii) es el profesional de la salud el encargado de definir el tratamiento y (iii) las EPS las obligadas a cumplir con esa prescripción.

El concepto de dignidad humana, según la jurisprudencia constitucional.

1. El artículo 1° de la Carta Política consagró a la dignidad humana y la Sentencia T-881 de 2002 la identificó como valor fundante, principio constitucional y derecho fundamental autónomo. Desde el punto de vista de la protección, identificó tres dimensiones: (i) vivir como se quiera, “[l]a dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características”; (ii) vivir bien, “como ciertas condiciones materiales concretas de existencia”; y (iii) vivir sin humillaciones, “como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral”.

1. La dimensión de vivir como se quiere se ha desarrollado como la autonomía o posibilidad de “diseñar un plan vital y de determinarse según sus características”³⁸ y se enfatizado sobre la relación que tiene con la libertad individual, pues ello se traduce en la forma en la que se determina cada persona, como quiere ser y verse, según su elección.

1. Por su parte, la Corte en diferentes pronunciamientos ahondó sobre la relación del derecho a la salud y la dignidad humana, no obstante, es importante recordar que ambos son derechos fundamentales autónomos y tienen un ámbito de protección diferente³⁹. Si bien en algunas ocasiones, un hecho vulnerador puede constituir la vulneración ambas garantías, -salud y dignidad humana-, no puede predicarse una conexidad entre estos derechos⁴⁰ debido a que la jurisprudencia constitucional y la legislación han establecido que el derecho

fundamental a la salud es autónomo.

1. En conclusión, (i) la dignidad humana es un principio, valor y derecho; (ii) la dimensión de vivir como se quiere garantiza a las personas una elección libre en su proyecto de vida, (iii) los estereotipos de género inciden en las decisiones de las personas y (v) el derecho a la salud es autónomo y no puede predicarse conexas en su desconocimiento y eventual protección.

La necesidad de reglamentar la Ley 1355 de 2009 por medio de la cual se definió a la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a ésta, como una prioridad de salud pública.

1. La obesidad y el sobrepeso son la acumulación anormal o excesiva de grasa que puede resultar siendo perjudicial para la salud⁴¹. La Organización Mundial de la Salud - OMS definió que una persona tiene obesidad a partir de su índice de masa corporal (IMC). Según las estadísticas del año 2021, en Colombia el Ministerio de Salud y Protección Social (MinSalud) encontró que la obesidad en mujeres de 18 a 64 años es el 59,6 % de la población y en los hombres el 39,3%⁴². “

1. La OMS cada 4 marzo conmemora el Día Mundial de la Obesidad, puesto que es una condición médica que ha alcanzado cifras epidémicas a nivel mundial y así ha establecido que “[e]l exceso de peso, conformado por sobrepeso y obesidad, es una enfermedad de origen multifactorial que debe tratarse de manera interdisciplinaria con un tratamiento integral que incluya un plan nutricional, actividad física, abordaje psicológico y si es el caso, tratamiento farmacológico”⁴³.

1. Por su parte, la Asociación Americana de Psicología⁴⁴ determinó que la obesidad con frecuencia, se relaciona con la depresión y una puede influir sobre la otra. Así mismo, la Academia Nacional de Medicina de Colombia⁴⁵ mencionó que la obesidad se acompaña de “trastornos psicológicos y psiquiátricos entre los que se encuentran: baja autoestima, insatisfacción con la imagen corporal, depresión, ansiedad (...)”.

1. MinSalud determinó que la prevalencia de las personas con exceso de peso en Colombia corresponde al 56,4 % y que esta cifra significa que actualmente la enfermedad de obesidad “es un problema en salud pública en el país”⁴⁶. La Organización Panamericana de la Salud - OPS , estableció que las tasas de sobrepeso y obesidad se han triplicado en la región en los últimos 50 años y que actualmente afecta al 62,5% de la población, siendo “la prevalencia regional más alta del mundo”⁴⁷.

1. En este punto, vale la pena destacar la existencia de la Ley 1355 de 2009 por medio de la cual se definió la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a ésta como una prioridad de salud pública. Dicha norma conminó al Gobierno a reglamentar y promover políticas públicas sobre alimentación saludable, actividad física y educación de los riesgos asociados a los malos hábitos de consumo.

1. No obstante, preocupa que las disposiciones de dicha ley aún no se hayan implementado completa y efectivamente⁴⁸. Si bien se ha avanzado a través de los esfuerzos institucionales⁴⁹ del MinSalud, de las EPS y las IPS, la obesidad no ha sido abordada como un asunto de salud pública⁵⁰. Además, actualmente no solo afecta a los adultos sino también a niños, niñas y adolescentes⁵¹. Lo anterior, permite concluir que si bien se han implementado medidas, aquellas no han sido suficientes⁵² y ahora el fenómeno permeó a la población en conjunto. A pesar de lo anterior, las cifras de obesidad permanecen. Por lo tanto, esta Sala de Revisión hará una invitación al Gobierno Nacional en este sentido.

1. Así las cosas, (i) la obesidad es una enfermedad de origen multifactorial y debe tratarse de manera interdisciplinar; (ii) la obesidad y el sobrepeso afectan al 56,4% de la población colombiana y (iii) le corresponde al Gobierno Nacional reglamentar la ley mediante la cual se determinó que la obesidad es un asunto prioritario de salud pública.

La práctica de cirugía bariátrica o bypass por laparoscopia con fines funcionales para pacientes con obesidad

1. En la Sentencia T-055 de 2023, la Corte recordó que las cirugías plásticas se clasifican en estéticas y de recuperación y realizó un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre el servicio de salud de cirugía bariátrica de bypass gástrico y su relación con la obesidad⁵³. Así mismo, estableció que dada la complejidad y riesgos conexos a esta intervención, las entidades que prestan el servicio de salud y los jueces de tutela deben tener en cuenta determinados criterios⁵⁴ para ordenar la práctica de cirugía bariátrica o bypass por laparoscopia con fines funcionales. Estos son:

“i) [q]ue el caso no tenga una pretensión exclusivamente estética o con fines de embellecimiento, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico. En el marco de este criterio un elemento para definir el carácter funcional de un procedimiento es que haya existido una enfermedad o trauma previos cuya recuperación dependa de la cirugía plástica solicitada.

ii) Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología. En virtud de esta regla, debe existir un dictamen médico, que justifique con argumentos científicos la

necesidad de realización del procedimiento.

iii) Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita. La Corte ha precisado que la capacidad económica no está sometida a un régimen de tarifa legal, sino a la sana crítica. Por tanto, será el juez quien determine, en cada caso en concreto, cuáles son las pruebas e indicios pertinentes para establecer si una persona o su familia carecen de recursos.

iv) Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales. Sobre este presupuesto, la Corte ha precisado que es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana. En esa medida, para establecer si hay una afectación a la dignidad del paciente se debe establecer la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas”.

1. En igual sentido, se indicó que para diferenciarlas a efectos de determinar si su cobertura le corresponde al sistema de seguridad social, se debe demostrar que “una cirugía plástica se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con el propósito de impedir afectaciones psicológicas, la realización del procedimiento es procedente a través de la entidad promotora de salud”.

1. Ahora bien, en la Sentencia T-245 de 2020 este Tribunal recordó que “[l]a Ley Estatutaria dispone una concepción integral del derecho a la salud, según la cual todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse”. Esta concepción se estableció como regla de decisión en la Sentencia SU-508 de

2020 y la Corte determinó que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del Plan de Beneficios en Salud – PBS, está incluido y por ende, debe prestarse.

1. Así las cosas, la Resolución 2273 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social⁵⁵ modificó el listado de servicios y tecnologías en salud que serían excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. Se concluyó que están incluidos en el PBS todos los servicios y tecnologías que no hacen parte de ese listado.

1. Concretamente, el anexo técnico a partir del servicio No. 66 reguló las cirugías de reducción de tejido adiposo e indicó que las mismas serán excluidas cuando su fin sea estético. No obstante, en el listado no se encuentra el procedimiento de cirugía bariátrica o bypass por laparoscopia, de modo que, se advierte que es un servicio que debe ser cubierto con recursos públicos asignados a la salud.

1. En conclusión, (i) el procedimiento médico de cirugía bariátrica o bypass por laparoscopia se encuentra incluido en el PBS y (ii) para ordenar a una EPS practicar un bypass, se deben verificar criterios como: la realización de una valoración técnica, el propósito (estético o funcional) de la intervención, el consentimiento del paciente y el diagnóstico oportuno.

Caso concreto

1. La joven Antonia interpuso acción de tutela contra Nueva EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital. Lo anterior, con ocasión de la negativa de la accionada de realizarle una valoración multidisciplinaria que determinara si era apta para la práctica de una cirugía bariátrica. Solicitó que se ordene a la EPS accionada

garantizar todos los procedimientos médicos que necesita para mejorar su calidad de vida y aliviar su patología.

1. El Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander, negó el amparo porque consideró que no existían órdenes médicas que permitieran establecer que la accionante tenía obesidad grado II que alcanzara a poner en riesgo su salud y condiciones de vida digna. La Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó la decisión de primer grado, al considerar que si bien la actora contaba con una orden emitida por el médico tratante “también es cierto que la misma no fue autorizada por su Eps en razón a que no se encuentra incluida dentro del antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), ahora Plan de Beneficios de Salud”⁵⁶.

La vulneración del derecho a la salud en faceta de diagnóstico de Antonia.

1. La Sala encuentra que la Nueva EPS vulneró el derecho a la salud de Antonia en la faceta de diagnóstico por tres razones.

1. Primero, se encuentra acreditado que la accionante tiene un diagnóstico de obesidad grado II, teniendo en cuenta que (i) lo afirmó en la petición de amparo; (ii) la IPS Gastroquirúrgica y el médico tratante David Mauricio Figueroa Bohórquez confirmaron el diagnóstico en la consulta del 29 de noviembre de 2022, “paciente con obesidad grado II que se considera candidata a ingreso a programa de cirugía bariátrica”⁵⁷ y (iii) la información de la historia clínica coincide con la fórmula establecida por la OMS para determinar si una persona tiene obesidad.

1. Segundo, resulta claro que Nueva EPS y los jueces de instancia desconocieron los

elementos de prueba que obraban en el expediente de tutela y las pretensiones que elevó la demandante, pues la actora aportó la historia clínica en la cual constaba que el galeno le había prescrito una valoración multidisciplinaria. No obstante, Nueva EPS señaló que “en los anexos de la tutela y hechos nada se relaciona al respecto”⁵⁸.

1. No deja de llamar la atención de esta Sala, por un lado, que el Juzgado de Familia de Los Patios consideró que la accionante no ha asistido a otras valoraciones médicas con diferentes especialistas como, psiquiatra, psicólogo, internista, nutricionista o deportólogo que permitieran “establecer fehacientemente que esa obesidad alcance a poner en riesgo su salud y condiciones de vida digna”⁵⁹ y, por otro, la afirmación del Tribunal Superior de Cúcuta, según la cual, a su juicio, el diagnóstico de la actora “(...) a la fecha no le ha causado mayores dificultades en su salud, sino solo un dolor de rodillas”⁶⁰.

1. Lo anterior, puesto que quien posee los conocimientos técnicos y científicos sobre la medicina humana, es el profesional de la salud y no el juez⁶¹, especialmente, si se tiene en cuenta que en el asunto objeto de revisión, la accionante contaba con una orden médica de fecha del 29 de noviembre de 2022, mediante la cual el médico el especialista David Mauricio Figueroa Bohórquez, le prescribió, entre otros servicios, “una valoración de paciente con obesidad mórbida en junta de cirugía”⁶².

1. Así lo estableció la Corte, indicando que el profesional de la salud tratante “es una persona competente, enriquecida con educación continua e investigación y una evaluación oportuna, según el artículo 6 literal d) de la LeS”⁶³. De modo que, la autoridad judicial no tiene el conocimiento científico y técnico para determinar si una patología o un diagnóstico, en efecto, ha causado perjuicios y a la salud del paciente, su nivel de gravedad o las dificultades que pueda representar para la persona. Lo que sí le está permitido es que, cuando no encuentre evidencia de la necesidad en los términos anteriores, podrá amparar el derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, como se expondrá a continuación.

1. Tercero, el derecho al diagnóstico es fundamental para identificar la enfermedad del paciente, determinar el tratamiento médico más adecuado y que de esa forma, pueda ser prescrito oportunamente. La Corte ha enfatizado que cuando el juez de tutela no encuentre evidencia de la necesidad de algún servicio médico pero existe un indicio razonable de afectación a la salud del accionante, "(...) podrá tutelar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, y ordenar a la EPS que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos emitan un concepto, en el que determinen la necesidad del servicio de salud, a fin de que sea eventualmente provisto"64.

1. En este caso, se negó el amparo porque presuntamente no existían pruebas que permitieran concluir que la accionante requería una cirugía bariátrica. Sin embargo, el servicio médico que ella solicitó no fue la práctica del procedimiento de bypass sino una valoración en junta médica que le fue ordenada el 29 de noviembre de 2022 por su médico tratante David Mauricio Figueroa, quien estaba adscrito a Nueva EPS. Precisamente, con el fin de establecer si ella era apta para la práctica de una cirugía bariátrica, si el procedimiento traía beneficios para su salud, si era el más adecuado y los riesgos que podía conllevar. La demandante así lo señaló en la impugnación de la tutela "mi médico tratante está solicitando una junta médica para determinar qué tipo de tratamiento requiero"65.

1. Por lo anterior, resulta razonable practicar a la accionante una junta médica interdisciplinaria. Esto, para que aquella diagnostique el estado de salud de la paciente y determine cuáles servicios, procedimientos y/o tecnologías en salud requiere desde un punto de vista funcional.

La vulneración del derecho a la dignidad humana de la accionante.

1. Sobre el fondo del asunto, se advierte que se desconoció la faceta de vivir como se quiere del derecho a la dignidad humana por las siguientes razones; Primero, la ciudadana sostuvo

que desde niña “sufre de obesidad⁶⁶” y desde entonces ha intentado bajar de peso a través de distintos métodos pero ninguno le ha dado resultado. Segundo, debido a su condición de salud y peso corporal, tiene dolores articulares en rodilla, disnea de medianos esfuerzos y una preocupación por su aspecto físico.

1. Con relación a los dolores articulares que tiene la accionante, la Corte considera importante mencionar que la obesidad tiene impactos en la salud física de las personas. La OMS estableció que el sobrepeso y la obesidad comportan un factor de riesgo para desarrollar otras condiciones de salud como enfermedades cardiovasculares, diabetes, osteoartritis y algunos cánceres.⁶⁷ Sobre la preocupación por su aspecto físico, el médico tratante indicó que la paciente “[t]iene síntomas de impacto psicológico descrito por lo paciente ante inconformidad con su aspecto físico”⁶⁸. Por lo tanto, resulta claro que la obesidad puede llevar a graves problemas de salud física y mental. De ahí, que sea una enfermedad de origen “multifactorial” y requiera un abordaje farmacológico, nutricional y psicológico para tratarla.

1. Esta situación fue reconocida por la Ley 1355 de 2009 y se ratificó con las cifras que informó MinSalud, según las cuales, la prevalencia de personas con exceso de peso en Colombia se ha convertido a la enfermedad en un problema en salud pública en el país. En concreto, la obesidad se presenta en mujeres de 18 a 64 años es el 59,6 % de la población y en los hombres el 39,3%⁶⁹. Los datos plantean para Colombia un escenario preocupante, razón por la cual, le corresponde al Gobierno Nacional reglamentarla como un asunto prioritario de salud pública.

1. Al respecto, debe considerarse que la relevancia que socialmente se ha otorgado a la apariencia física ha implicado que el valor de las personas o el trato que estas reciben depende de la manera en que cada quien luce. Por ende, en muchas ocasiones la autonomía para diseñar un plan vital y de determinarse según sus características, se limita a responder a los estereotipos, más que a la libertad individual en sí misma y al bienestar de cada

persona.

1. En efecto, el contexto sociocultural actual ha generado una hipersexualización del cuerpo femenino⁷⁰, la cual sumada a los demás estereotipos de género, indica que el valor de las mujeres es mayor mientras estas más se adecúen a los cánones de belleza imperantes en el momento. Sin embargo, con la tercera ola del feminismo denominada, el feminismo contemporáneo, se empezó a hablar de “la abolición del patriarcado como sistema social, así como también de derruir el estereotipo sexualizado de la mujer en los medios de comunicación. Todo ello, aplicado al ámbito de la publicidad, desemboca en la necesidad de reflejar la variedad de razas, edades, tallas y cuerpos en general”.⁷¹

1. De igual modo, la Corte ha enfatizado en que la dignidad humana implica “aceptar a la persona tal y como es, como ha decidido proyectarse a la sociedad”⁷², puesto que el ser humano construye una idea de sí mismo “en relación con la vivencia de las reglas, conceptos y apreciaciones del género en la sociedad y, a partir de ella, se posiciona, se percibe e interactúa”⁷³.

1. De conformidad con lo expuesto, la actora tiene derecho a que se le realice la evaluación médica que le permita establecer cuál es el tratamiento más adecuado para ella. Como quiera que desde temprana edad presenta obesidad y los tratamientos médicos que ha llevado a cabo no han dado el resultado que ella espera, esto también le brindará “un desarrollo integral, de manera que le permita mejorar su calidad de vida acorde con su dignidad como persona”⁷⁴. Además, esto también encuentra su fundamento en que la protección al derecho a la salud redundando en la protección de la dignidad de la persona y la vida en condiciones dignas. Esto es así, pues las prestaciones de la dignidad humana permiten que el individuo desarrolle “oportunidades para la elección y ejecución de un estilo de vida”⁷⁵. Por lo tanto, adquiere importancia la dimensión funcional del diagnóstico, como faceta del derecho a la salud de la accionante. Esto, debido a que la materialización de la prestación de ese servicio le permitirá a aquella contar con un dictamen médico que le

indique como debe tratar la enfermedad de obesidad.

1. En suma, la negativa de la EPS de realizarle a la accionante una valoración multidisciplinaria para determinar si es apta para la práctica de una cirugía bariátrica implica que las afectaciones físicas y psicológicas que tiene la accionante por su patología, permanezcan y se perpetúa la vulneración actual a sus derechos fundamentales. Por lo anterior, se ahondara en el deber de la EPS de autorizar y materializar la evaluación en junta médica.

La ausencia de vulneración del derecho al mínimo vital de Antonia

1. Por su parte, si bien la accionante también invocó la protección de su derecho fundamental al mínimo vital, la Sala advierte que esta garantía no se desconoció por las siguientes razones: i) la actora no demostró que la satisfacción de las necesidades básicas que requiere para el desarrollo de su proyecto de vida se vean afectadas, ii) si bien la garantía de este derecho no depende de un determinado ingreso, no se acreditó que las condiciones particulares que tiene, le impidan acceder a aspectos como alimentación, salud, educación o vestuario y iii) finalmente y sólo en gracia de discusión, la vulneración no es atribuible a la conducta de Nueva EPS, puesto que esa entidad no es la encargada de algún reconocimiento prestacional o económico a favor de la demandante o en todo caso, que la falta de realización de una junta interdisciplinaria constituya una transgresión de su derecho al mínimo vital.

El deber de Nueva EPS de realizarle una valoración multidisciplinaria a la accionante que dictamine de forma técnica, científica y oportuna, la necesidad de una cirugía bariátrica.

1. Como se expuso en las consideraciones, todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del Plan de Beneficios en Salud -PBS, está incluido y, por ende, debe prestarse.

1. Respecto de la cirugía bariátrica, esta Corporación ha enfatizado que las EPS no pueden aducir que la cirugía bariátrica es estética o cosmética “sin antes hacer un análisis del caso particular y de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales que la rodean”⁷⁶. Lo anterior, debido a que, aquellas cirugías que tengan como propósito corregir alteraciones que afecten “el funcionamiento de un órgano” o que se realicen “con miras de impedir afectaciones psicológicas”, su materialización está a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliado el paciente, siempre y cuando medie una orden médica sobre el particular.

1. En ese sentido, la Nueva EPS en la contestación de la acción de tutela afirmó que el servicio requerido por la actora no debe ser asumido por los recursos públicos de la salud y citó la Resolución 2273 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social. No obstante, esta Sala de Revisión advierte dos situaciones: (i) la accionante no está solicitando la práctica de una cirugía bariátrica sino una valoración médica que determinara si aquella era procedente según su condición de salud y (ii) de haberlo solicitado y existir orden médica sobre el particular, la EPS se encontraría en el deber de garantizarla por cuanto la cirugía bariátrica con fines funcionales no se encuentra excluida taxativamente en la Resolución 2123 de 2021.

1. A pesar de ello, se ahondará en el deber de la EPS de realizarle una valoración multidisciplinaria que dictamine de forma técnica, científica y oportuna la necesidad de una cirugía bariátrica, por cuanto es a través de esta que se puede acceder al tratamiento requerido por la accionante. Los jueces de instancia consideraron que la accionante debía agotar las distintas valoraciones médicas y procedimientos antes de solicitar una valoración en cirugía bariátrica, pero pasaron por alto que la pretensión de la joven estaba dirigida precisamente a que se le permitiera acceder a una junta de profesionales que indiquen el

procedimiento a seguir.

1. Por su parte, la EPS en el trámite ante la Corte afirmó que la demandante no aportó soportes médicos que evidenciaran el resultado del seguimiento previo que se requiere en casos de pacientes que presentan obesidad. A su vez, indicó que ese seguimiento debía hacerse mensualmente por un período mínimo de 6 meses, hasta que, una vez culmine esa etapa, se revisen los resultados y se ordene el tratamiento a seguir. No obstante, esa determinación desconoce que la actora (i) desde niña fue diagnosticada con obesidad; (ii) ha intentado a través de dietas, ejercicios y medicamentos mejorar su condición de salud y peso corporal y no lo ha logrado, (iii) tiene derecho a que los profesionales de la salud la evalúen y determinen el tratamiento más adecuado y (iv) el tratamiento médico que requiere se encuentra registrado en su historia clínica y en la solicitud que realizó a Nueva EPS.

1. En conclusión, se constató que Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante, al negarse a practicarle una valoración médica que determinara si era apta para la práctica de una cirugía bariátrica. Por lo anterior, la entidad tiene el deber de realizarle una valoración multidisciplinaria a la accionante, puesto que es la EPS a la que está afiliada la actora, media prescripción médica del servicio y el mismo no se encuentra excluido del PBS.

1. Así las cosas, la Sala revocará los fallos proferidos el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander y el 13 de abril de 2023 por la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante los cuales se negó la acción de tutela. Lo anterior, debido a que el amparo debió concederse por la vulneración de los derechos fundamentales a la salud -diagnóstico- y dignidad humana -vivir como se quiere- de Antonia. Sin embargo, sólo respecto de tales garantías pues como se expuso anteriormente, no se vulneró el derecho al mínimo vital de la accionante. A su vez, desvinculará del trámite de tutela a la IPS Gastroquirúrgica S.A.S y al médico tratante David Mauricio Figueroa Bohórquez por falta de legitimación en la causa por pasiva. Esto, debido a

que no se comprobó que en sus actuaciones hayan desconocido los derechos fundamentales de la accionante.

Órdenes a proferir

1. Con fundamento en lo anterior, la Corte encuentra necesario proferir cinco órdenes.

1. Segundo, se ordenará a la Nueva EPS que deberá autorizar y gestionar la práctica del tratamiento que la junta dictamine para la accionante, siempre que aquella desee someterse a tal prescripción.

1. Tercero, se ordenará a la Nueva EPS, implementar las políticas existentes sobre la prevención de la obesidad del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Organización Mundial de la Salud. A su vez, deberá constituir un programa de apoyo psicológico para los usuarios de su red que tienen sobrepeso, en caso de no contar con el mismo.

1. Cuarto, se desvinculara del trámite de tutela a la IPS Gastroquirúrgica S.A.S y al médico tratante David Mauricio Figueroa Bohórquez por falta de legitimación en la causa por pasiva.

1. Quinto, se exhortará al Gobierno Nacional, para que reglamente la Ley 1355 de 2009 por medio de la cual se definió a la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a ésta, como una prioridad de salud pública de conformidad con lo expuesto en la

presente providencia77.

Síntesis de la decisión

1. Antonia interpuso acción de tutela contra Nueva EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y al mínimo vital. Lo anterior, con ocasión de la negativa de la accionada de realizarle una valoración multidisciplinaria que determinara si era apta para la práctica de una cirugía bariátrica. Solicitó que se ordene a la EPS accionada garantizar todos los procedimientos médicos que necesita para mejorar su calidad de vida y aliviar su patología.

1. El Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander, negó el amparo porque consideró que no existían órdenes médicas que permitieran establecer que la accionante presentaba un diagnóstico que alcanzara a poner en riesgo su salud y condiciones de vida digna. La Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó la decisión de primer grado, al considerar que, si bien la actora contaba con una orden emitida por el médico tratante, esta no fue autorizada por su EPS porque el servicio médico prescrito no se encontraba incluido en el PBS.

1. La Sala Novena de Revisión se planteó el siguiente problema jurídico:

¿La Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital de la accionante al no autorizar una valoración multidisciplinaria que determinara si era apta para la práctica de una cirugía bariátrica, desconociendo la orden del médico tratante?

1. Para resolver el problema jurídico planteado este Tribunal desarrolló (i) el derecho a la salud y su faceta de diagnóstico, (ii) la obesidad y el sobrepeso como un asunto prioritario de

salud pública y (iii) la práctica de cirugías estéticas con fines funcionales.

1. Sobre el fondo del asunto, la Sala encontró que el amparo cumplía con los requisitos de procedencia y que se había desconocido el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, puesto que la accionante (i) acreditó que tiene obesidad; (ii) aportó la orden médica que le prescribió una valoración interdisciplinaria en junta médica; (iii) la EPS no autorizó el servicio bajo el argumento de que o no estaba incluido en el PBS, no obstante, sí se encontraba incluido de conformidad con la Resolución 2123 de 2021.

1. Así mismo, se concluyó que se vulneró el derecho a la dignidad humana, porque se pasó por alto que la obesidad le ha generado afectaciones físicas (dolores en articulaciones) y psicológicas (baja autoestima y preocupación) a la demandante, lo cual se traduce en una limitación para vivir como quiere. Por último, se advirtió que la obesidad y el sobrepeso afectan actualmente a la población colombiana. Finalmente, la Sala consideró que no hubo vulneración a la garantía del mínimo vital, puesto que la accionante no acreditó que sus condiciones básicas de subsistencia estuvieran en riesgo, como consecuencia de la negativa de Nueva EPS de autorizarle la valoración en junta médica interdisciplinaria.

1. Con fundamento en lo anterior, la Corte (i) revocará las sentencias de instancia en el trámite de tutela y, en su lugar, (ii) ordenará a Nueva EPS realizar una valoración médica por un grupo multidisciplinario que determine la viabilidad de una cirugía bariátrica para la demandante, (iii) ordenará autorizar y gestionar la práctica del tratamiento médico que prescriba la junta y; (iv) ordenará a la EPS para que implemente políticas de prevención de la obesidad y un programa de apoyo psicológico para los usuarios de su red que presentan sobrepeso. Por último, (v) desvinculará a la a la IPS Gastroquirúrgica S.A.S y al médico tratante David Mauricio Figueroa Bohórquez y (vi) exhortó al Gobierno Nacional para que reglamente la Ley 1355 de 2009.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR los fallos proferidos el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado de Familia de Los Patios, Norte de Santander y el 13 de abril de 2023 por la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, respectivamente y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud -en su faceta de diagnóstico- y vida digna de Antonia y NEGAR el amparo del derecho al mínimo vital.

Segundo. ORDENAR a Nueva EPS S.A., que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, realice a Antonia, una valoración multidisciplinaria a través de una junta médica de especialistas que determine la viabilidad, efectividad y riesgos de una cirugía bariátrica.

Tercero. ORDENAR a Nueva EPS S.A, que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la realización de la junta médica, autorice y gestione la práctica del tratamiento a seguir que aquella dictamine para Antonia siempre que está última desee someterse a ese tratamiento.

Cuarto. ORDENAR a Nueva EPS, para que en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, ejecute las políticas existentes de prevención

de la obesidad, de forma conjunta con el Ministerio de Salud y Protección Social y a partir de lo establecido por la Organización Mundial de la Salud. Así mismo, que constituya un programa de apoyo psicológico para los usuarios de su red que tienen sobrepeso.

Quinto. DESVINCULAR a la IPS Gastroquirúrgica S.A.S y al médico tratante David Mauricio Figueroa Bohórquez por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sexto. EXHORTAR al Gobierno Nacional para que reglamente la Ley 1355 de 2009 por medio de la cual se definió a la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a ésta, como una prioridad de salud pública. Lo anterior, teniendo en cuenta la prevalencia de las personas con exceso de peso en Colombia.

Séptimo. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Con el propósito de proteger el derecho a la intimidad de la accionante, se procede a anonimizar su nombre y cualquier dato que pueda permitir su identificación, de conformidad con la Circular Interna N.º 10 de 2022 de la Corte Constitucional. En concreto, de conformidad con el literal (a) del artículo 1 de la Circular, “[s]e deberán omitir de las providencias que se publican en la página web de la Corte Constitucional los nombres reales de las personas en los siguientes casos: (...) “cuando se haga referencia a su historia

clínica u otra información relativa a la salud física o psíquica”.

2 Folio 3. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela. Consulta realizada el 22 de agosto de 2023.

3 Folio 1. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

4 Folio 2. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

5 Folio 1. Expediente digital. Archivo “ORDEN MEDICA (1).pdf”.

6 Folio 2. Expediente digital. Archivo Respuesta caso pte.pdf

7 Folio 3. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

8 Folio 1. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

9 Folio 4. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

10 Documento digital “010 CONTESTACION TUTELA NUEVA EPS.pdf” folios 3 y 5.

11 Folios 11 y 12. Documento digital “0012FALLO PRIMERA INSTANCIA.pdf” del expediente digital de tutela.

12 Folio 1. Documento digital “0015ESCRITO IMPUGNACION ACCIONANTE.pdf” del expediente digital de tutela.

13 Folio 8. Documento digital “ del expediente digital de tutela.

14 Folio 8. Documento digital “FALLO SEGUNDA INSTANCIA.pdf” del expediente digital de tutela.

15 Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

16 Finalmente, mediante Oficio OPTC-313/23 y OPTC-314/23 del 4 de agosto del año 2023, la Secretaría General de esta Corporación puso a disposición de las partes las pruebas e intervenciones recabadas, sin que se recibieran intervenciones o pronunciamientos sobre este traslado.

17 Mediante escrito del 10 de agosto de 2023.

18 La EPS afirmó que la actora presentó soportes de un mes, “valoración Medicina Interna (1) endocrinología (1) psiquiatría (1) nutrición (1) trabajo social (0) deportólogo (1) laboratorios (incompletos)”. Por lo anterior, la EPS devolvió los documentos con las anotaciones a la IPS para que se completará el protocolo establecido y se continuará con el trámite ante la Junta de Cirugía Bariátrica”.

19 A través de correo electrónico del 11 de agosto de 2023.

20 Por medio de escrito del 14 de agosto de 2023.

21 Literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, “las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras”. Además, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las Entidades Promotoras en Salud (EPS), al prestador de un servicio público, “pueden generar, por acción u omisión, una amenaza o perjuicio a las garantías ius fundamentales. Por consiguiente, la tutela resulta procedente contra las EPS cuando se pretenda que actúen o se abstengan de hacerlo a fin de hacer cesar la vulneración o amenaza de los derecho”. Sentencia T-490 de 2020.

22 Artículo 15. Prestaciones de salud. “[e]l Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”.

23 Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007: Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud: (...) “[c]obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”.

24 Sentencia C-313 de 2014, Sentencias T-760 de 2008, Sentencia SU-508 de 2020, entre otras.

25 Sentencia T-235 de 2018.

26 Sentencia T-859 de 2003. “(...) puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14”.

27 Sentencia T-195 de 2021.

28 “(...) los usuarios del sistema de salud tienen derecho a recibir la totalidad del tratamiento de acuerdo con las consideraciones del médico y que los servicios de que gozan no deben ser suspendidos, interrumpidos o limitados por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Lo anterior, considerando que la interrupción de un tratamiento o la limitación del goce de su totalidad no debe ser originada por trámites de índole administrativo, jurídico o financiero de las EPS. De ahí que el deber impuesto a dichas entidades procura brindar un acceso efectivo a los servicios de salud.”

29 Sentencia T-195 de 2021.

30 El Pacto indicó que los Estados parte se comprometían a “reconocer y garantizar ”(...) el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

31 La Declaración consagró que todas las persona tienen derecho a “(...) un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”.

32 El Protocolo prescribió que toda persona tiene derecho a la salud, “(...) entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

33 Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, sentencia del 19 de mayo de 2011. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

34 Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009 y T-083 de 2008.

35 Sentencias T-508 de 2019 y T-001 de 2021.

37 Sentencias T-130 y T-156 de 2021 y SU-508 de 2020.

38 Sentencia T-335 de 2019.

39 En la Sentencia T-033 de 2013 se estableció que el derecho a la salud involucra “no solo aquellos eventos de tratamiento de enfermedades físicas o mentales, sino también situaciones en las que está en riesgo la posibilidad de que una persona viva en condiciones de dignidad”. A su vez, la Sentencia T-041 de 2019 se precisó que la ausencia de tratamiento médico efectivo “condena a un individuo a padecer dolor, conduce a la negación de la dignidad humana, y equivale a someter al individuo a un trato cruel, inhumano y degradante”.

40 La Sentencia T-860 de 2003 superó la teoría que establecía que el derecho a la salud no tenía carácter de fundamental. En concreto, se estableció que “por el contenido determinado del derecho a la salud, se estaría en presencia de la violación de un derecho fundamental, cuya protección puede ser invocada de manera autónoma y directa”.

41 Consultado en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight> el 25 de agosto de 2023. La información científica sobre la obesidad y sobrepeso aquí señalada, ha sido obtenida de informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

42 Boletín de prensa No 324 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social.

43 Consultado en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight> el 25 de agosto de 2023. La información científica sobre la obesidad y sobrepeso aquí señalada, ha sido obtenida de informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

44 Consultado en <https://www.apa.org/topics/obesity/obesidad> el 25 de agosto de 2023.

45 Consultar: <https://anmdecolombia.org.co/>

46 Consultado en:

<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Obesidad-un-factor-de-riesgo-en-el-covid-19.aspx#:~:text=La%20obesidad%20abdominal%20en%20mujeres,del%20pa%C3%ADs%22%2C%20defini%C3%B3%20Cadena.>

47 Consultado en:
<https://www.paho.org/es/noticias/3-3-2023-ops-insta-hacer-frente-obesidad-principal-causa-enfermedades-no-transmisibles>

48 Consultado en:
<https://www.vanguardia.com/colombia/urgen-al-gobierno-para-reglamentar-la-ley-de-obesidad-vigente-desde-2009-HE4341081>. Urgen al Gobierno para reglamentar la ley de obesidad vigente desde 2009.

49 En concreto, MinSalud expidió la Resolución 2492 de 2022 por medio de la cual “se modifican los artículos 2, 3, 16, 25, 32, 37 y 40 de la Resolución 810 de 2021 que establece el reglamento técnico sobre los requisitos de etiquetado nutricional y frontal que deben cumplir los alimentos envasados y empacados para consumo humano”. Por su parte, Nueva EPS mencionó que ofrece a sus usuario guías, planes y programas que garanticen el tratamiento de la obesidad y el seguimiento a la enfermedad, esto, a través de un plan denominado “políticas de operación” el cual consta de cuatro fases.

50 La OPS está trabajando con los países de las Américas en la implementación del “Plan de Aceleración de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para frenar el avance de la obesidad, discutido durante la 75ª Asamblea Mundial de la Salud en 2022”. Esto tiene como objetivo materializar un progreso hacia la prevención y reducción de la obesidad.

51 “Existe una pandemia de salud global que aumenta de manera acelerada (y no, no tiene nada que ver con el Covid-19 o la Viruela del Mono): se trata del sobrepeso y la obesidad infantil. Y aunque nos parezca extraño pensar en ello, la OMS nos habla de datos alarmantes: 1 de cada 4 niños entre los 5 y los 12 años presenta exceso de peso, es decir, alrededor de 41 millones de niños y niñas en todo el mundo.” Al respecto, consultar: <https://www.unicef.org/colombia/comunicados-prensa/nutrir-la-vida-la-campa%C3%B1a-de-un-icf-para-prevenir-el-exceso-de-peso-en-la>

52 Permanecen los “entornos obesogénicos”. Esto hace alusión a un concepto en el que se

desalienta “la actividad física, y promueve el sedentarismo y una alimentación poco saludable”. Al respecto, consultar: <https://www.unicef.org/colombia/comunicados-prensa/nutrir-la-vida-la-campa%C3%B1a-de-un-icef-para-prevenir-el-exceso-de-peso-en-la>

54 Sentencias, T-418 de 2008, T-103 de 2009 T-861 de 2012.

55 Por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. Recientemente, se expidió la Resolución 317 de 2023 mediante la cual se actualizó el procedimiento técnico-científico que determinaría las tecnologías y servicios que no serán financiados con recursos públicos asignados a la salud.

56 Folio 8. Documento digital “ del expediente digital de tutela.

57 Folio 3. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

58 Documento digital “010 CONTESTACION TUTELA NUEVA EPS.pdf” folios 3 y 5.

59 Folios 11 y 12. Documento digital “0012FALLO PRIMERA INSTANCIA.pdf” del expediente digital de tutela.

60 Folio 8. Documento digital “FALLO SEGUNDA INSTANCIA.pdf” del expediente digital de tutela.

61 “los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere”. Sentencia T-651 de 2014.

62 Folio 2. Documento digital “004ESCRITO TUTELA.pdf” del expediente digital de tutela.

63 Sentencia SU-508 de 2020.

64 Sentencia T-005 de 2023.

65 Folio 1. Documento digital “0015ESCRITO IMPUGNACION ACCIONANTE.pdf” del expediente

digital de tutela.

66 Folio 1. Documento digital "004ESCRITO TUTELA.pdf" del expediente digital de tutela.

67 Al respecto se puede consultar:

<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>

68 Folio 2. Expediente digital. Archivo Respuesta caso pte Laura Cuervo.pdf

69 Boletín de prensa No 324 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social.

70 La hipersexualización del cuerpo de la mujer en las campañas de influencer marketing.

2022. Consultado aquí:

https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/184551/1/TFG-ADE_Gonz%C3%A1lezMaria.pdf

el 25 de agosto de 2023.

71 Tomado de: <https://doi.org/10.5209/infe.54867>. Rodríguez Pérez, M. P., & Gutiérrez Almanzor, M. (2017). "Femvertising": Female empowering strategies in recent Spanish commercials. *Investigaciones Feministas*, 8(2), 337-351.

72 Sentencia T-218 de 2022.

73 Ibidem.

74 Sentencia T-136 de 2021.

75 Sentencia T-017 de 2021.

76 Sentencia T-490 de 2020.

77 Supra F.j. 27 a 33.