

Sentencia T-861/12

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Naturaleza y alcance

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

OBESIDAD MORBIDA COMO PROBLEMA DE SALUD PUBLICA Y LA AUTORIZACION DE CIRUGIA BARIATRICA

El sobrepeso y la obesidad son el quinto factor principal de riesgo de defunción en el mundo. Cada año fallecen por lo menos 2,8 millones de personas adultas como consecuencia del sobrepeso o la obesidad. Se considera que el 44% de la carga de diabetes, el 23% de la carga de cardiopatías isquémicas y entre el 7% y el 41% de la carga de algunos cánceres son atribuibles al sobrepeso y la obesidad. La expansión de la obesidad en el contexto colombiano repercute, a su vez, en el mecanismo constitucional de la tutela. Según los estudios de la Defensoría del Pueblo, durante el año 2011 el procedimiento de bypass gástrico fue una de las cirugías más solicitadas, vía tutela, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA BARIATRICA O BYPASS GASTRICO POR EPS-Evolución de la línea jurisprudencial

En una primera etapa, esta Corporación amparó el derecho a la salud y ordenó la realización del bypass gástrico con fundamento en las reglas generales de procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS, por cuanto se consideraba que la mencionada cirugía se encontraba excluida del Plan Obligatorio de Salud. No obstante, la sentencia T-414 de 2008 marcó un giro importante en la jurisprudencia de esta Corporación al establecer que el mencionado procedimiento quirúrgico estaba contemplado ya en el plan de beneficios obligatorios, aunque con otro nombre técnico.

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA BARIATRICA O BYPASS GASTRICO POR EPS-Caso en que EPS-S niega procedimiento de bypass gástrico argumentando que el procedimiento se encuentra excluido del POS

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA DE BY PASS GASTRICO-Orden a EPS-S culminar la

valoración médica a la accionante por un grupo multidisciplinario de especialistas que determine la viabilidad, efectividad y riesgos del procedimiento

Referencia: expediente T-3.564.150.

Acción de tutela de Leidy Faizuly Leal Castillo contra Capital Salud EPS-S y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

Leidy Faizuly Leal Castillo interpuso acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, ante la negativa de la entidad demandada de practicarle la cirugía de bypass gástrico para tratarle su problema de obesidad. Fundamenta su solicitud en los siguientes:

1. Hechos.

1. Manifiesta la accionante que es una paciente con obesidad grado 2, con signos de resistencia a la insulina, regular estilo de vida lo cual [l]e ha generado complicaciones de oste artrosis, apnea del sueño e hipertensión pulmonar[1].

1. Señala que si bien ha recibido atención para el tratamiento de la obesidad por parte de

Salud Total EPS2, no ha obtenido mayores resultados. Fue incluida en el programa de atención a la obesidad en el Hospital Santa Clara con atención de un equipo interdisciplinario, pese a lo cual su condición no ha progresado satisfactoriamente.

1. Asegura que el médico tratante recomendó su remisión para cirugía bariátrica, sin que hasta el momento la Secretaría de Salud de Bogotá haya autorizado su valoración para tal fin en el Hospital El Tunal, negando con ello la práctica del procedimiento requerido.

2. Solicitud de tutela.

Con fundamento en lo anterior, la señora Leal Castillo interpuso acción de tutela el 10 de mayo de 2012 en contra de la Secretaría de Salud de Bogotá, por considerar que dicha entidad le está vulnerando los derechos fundamentales a la salud y la vida digna, ya que al negarle la autorización del procedimiento quirúrgico (bypass gástrico), hace aún más gravosa su calidad de vida, de por sí amenazada por la enfermedad de obesidad mórbida que la aqueja. Dicho esto, solicita al juez de tutela amparar sus derechos fundamentales y, en consecuencia, ordenar a la Secretaría Distrital de Salud autorizar la cirugía bariátrica.

3. Trámite procesal.

Mediante auto calendarado el 11 de mayo de 2012, el Juzgado 26 Penal Municipal de Bogotá (i) admitió la acción constitucional, (ii) corrió traslado a la Secretaría de Salud de Bogotá, a efectos de que ejerciese su derecho de contradicción, y (iii) vinculó a Salud Total EPS, atendiendo los hechos puestos de presente, para que se pronunciase sobre el objeto de la demanda y así desplegase su derecho de defensa.

4. Contestación de las entidades demandadas.

La Subdirectora de gestión judicial de la Secretaría Distrital de Salud informó que la accionante es una paciente de 23 años, nivel uno de Sisben, con diagnóstico de obesidad grado 2, sin resultados a pesar de recomendaciones de ejercicio y dieta. Respecto al procedimiento quirúrgico solicitado, afirmó que el mismo no se encuentra incluido en el listado de servicios cubiertos por el plan de salud, razón por la cual se debe realizar

cobro al fondo financiero distrital de salud por mecanismo de recobro a través de la EPS-S en este caso SALUD TOTAL quien lo realizará; a través de su red de servicios por los principios de continuidad e integralidad y se hará cobro posterior al fondo financiero[4]. Sostuvo igualmente que era improcedente cualquier acción incoada en contra de la Secretaría Distrital de Salud, toda vez que la ESE Hospital Santa Clara era la responsable de llevar a cabo el procedimiento requerido.

Capital Salud EPS-S, pese a no haber sido llamada formalmente al proceso, contestó la demanda. Adujo que en el caso concreto no existe orden médica que respalde la solicitud presentada por la señora Leal, (¡) de donde se infiere que tal pretensión obedece exclusivamente a una solicitud personal de la paciente y no a una necesidad previamente evaluada por los galenos[5]. En todo caso, aseguró, en gracia de discusión, que en el evento de existir orden médica, dicho procedimiento tendrá que ser garantizado por la Secretaría de Salud con cargo al Fondo Financiero Distrital, por tratarse de un servicio excluido del régimen subsidiado.

Para finalizar su intervención hizo el siguiente pronunciamiento sobre el problema de la obesidad y su no cubrimiento por parte del sistema de salud colombiano:

“En este punto de la comunicación es de especial importancia manifestar para conocimiento del Despacho, que la patología Obesidad o Sobrepeso, no es considerada como enfermedad catastrófica o patología de alto costo, y su tratamiento médico no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 029 de 2011[6].

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado 26 Penal Municipal de Bogotá; mediante fallo del 25 de mayo de 2012, declaró improcedente el amparo por cuanto ningún derecho fundamental había sido vulnerado o amenazado. Comenzó por aseverar que “el derecho a la salud no puede ser considerado como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección del vínculo inescindible que tiene con el derecho a la vida[7].

Con respecto al caso concreto, argumenta³ que “dentro del expediente no existe constancia escrita del servicio médico indicado por los galenos, documento con el que se podrá considerar que se ha agotado y/o garantizado el trámite para la solicitud del evento señalado por los diferentes médicos tratantes”⁸.

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, hizo hincapié en que “el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en realidad las acciones u omisiones de la entidad demandada”⁹. En este sentido señala³ que, contrario a lo afirmado por la actora, ésta ya ha venido recibiendo tratamiento en el Hospital El Tunal, a donde fue remitida por parte del Hospital Santa Clara.

2. Impugnación.

La accionante apeló la decisión de instancia, haciendo saber su especial condición de vulnerabilidad como “madre cabeza de hogar, desempleada y con múltiples enfermedades en mis rodillas, pulmones, resistencia a la insulina e hipertensión, problema que hasta el momento ha afectado mi vida social, laboral y sentimental”¹⁰. Argumenta³ que se le está negando servicios médicos mediante trámites administrativos y demoras excesivas. Según relata, “el año pasado para el mes de junio me incluyeron en un grupo de obesidad mórbida en el hospital santa clara ahí recibí durante 7 meses atención con distintos especialistas tales como endocrinólogo, médico internista nutricionista y psiquiatra cosa que hasta el momento fue inútil debido a que no se obtuvieron logros suficientes para el caso”¹¹.

En razón de lo anterior, manifiesta que fue remitida al grupo de especialistas del Hospital El Tunal en donde, no obstante, por diferentes “excusas y maniobras”¹² han evadido durante un año completo el procedimiento quirúrgico solicitado, advirtiéndole incluso que si no logra bajar 13 kilos, no podrá acceder a la cirugía requerida.

3. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado 13 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento Adjunto de Bogotá; confirmó, en sentencia del 10 de julio de 2012, el fallo del a quo. Al estudiar el caso concreto, sostuvo que la protección constitucional no procederá en tanto que: (i) quien

sugiere la intervención quirúrgica bariátrica no es el médico que viene tratando el caso sino el psiquiatra; (ii) no se ha cumplido la condición previa para acceder al procedimiento: lograr bajar de peso por lo menos en 13 kilos; y (iii) la cirugía se encuentra hasta ahora en análisis y no ha sido prescrita aún, lo único que existe es la sugerencia del psiquiatra¹³.

III. PRUEBAS.

La accionante adjunta, con su demanda de tutela, un conjunto de 34 folios por medio de los cuales expone su historia clínica y evolución médica tanto en el Hospital Santa Clara como en el Hospital El Tunal.

3.1. Evolución diagnóstica en el Hospital Santa Clara.

Fecha

Especialista

Impresión Diagnóstica

Conducta a seguir

Jul. 22 de 2011

(fl. 12)

Endocrinólogo.

“Paciente con obesidad mórbida, se explican todos los riesgos asociados con la obesidad, se dan indicaciones de dieta cambios estilo de vida ejercicio, se descartan causas endocrínicas de obesidad, tiene rasgos de cushing”.

“Control con cortisol libre en orina de 24 horas, TSH, IC nutrición psiquiátrica”.

(fl. 13-16)

Psiquiatra.

– “Con ansiedad x ingesta alimentos sufre por poder comer. Con obesidad mórbida y con

seguimiento x endocrino y Qx, se propone txo quirurgico, la pte no está lo suficientemente informada de los pros y contras del procedimiento. Refiere depresi3n ligada a su estado

- Eje 1: trastorno de ansiedad

- Fluoxetina.

- Psicoeducaci3n.

- CGI.

Sep. 14 de 2011

(fl. 6)

Endocrin3logo.

Paciente con obesidad m3rbida disminuci3n de 0.8 Kg de peso.

Se insiste en dieta cambios estilo de vida ejercicio.

Sep. 14 de 2011

(fl. 7)

Nutricionista.

paciente refiere que desde peque3a es obesa, ha intentado hacer dieta pero le da mucha ansiedad, le pregunto para ella que es ansiedad (sic) y dice ganas de comer, estar picando piensa todo el tiempo en la comida. Anamnesis alimentaria (!) No sale de la casa no le gusta, trabaja preparando fritos que venden en la casa, ella solo prepara.

Se inicia con dieta de 1500 calor3as, la cual se modificara seg3n evoluci3n, se realiza educaci3n nutricional, se explican posibles consecuencias de su obesidad

Oct. 19 de 2011

(fl. 8)

Nutricionista.

“Paciente que reduce 1 Kg en 1 mes, manifiesta que es un esfuerzo seguir la dieta, maneja ansiedad, no realiza ejercicio”.

“continuar igual manejo, dieta hipocalórica alta en fibra, realizar ejercicio 30 min. día”.

Oct. de 2011 “ Mar. de 2012

(fl. 10)

Psiquiatra.

Ilegible.

Ilegible.

(fl. 9)

Endocrinólogo.

“paciente niega pérdida de peso, regular adherencia a la dieta, niega realizar ejercicio, refiere ansiedad por comer”.

“se insiste en la dieta y cambios en el estilo de vida.”

Feb. 28 de 2012

(fl. 17)

Endocrinólogo.

“Paciente con obesidad mórbida completa 7 meses de manejo con dieta sin cambio significativo de peso 4 kg. Se descartan causas secundarias de obesidad ya está en manejo con psiquiatría y nutrición. Se decide enviar valoración cirujía bariátrica”

â€œMetformina 850X2

IC CirugÃa bariÃ;tricaâ€

3.2. EvoluciÃ³n diagnÃ³stica en el Hospital El Tunal.

Fecha

Especialista

ImpresiÃ³n DiagnÃ³stica

Conducta a seguir

Mar. 30 de 2012

(fl. 22)

CirugÃa.

- â€œremitida de consulta hospital Santa Clara para Cx bariÃ;tricaâ€.

- â€œ1. HTA sin TTO 2. Obesidad MÃ³rbida 3. Hiperlipidemia mixtaâ€

â€œSe solicita exÃ¡menes del grupo de Cx bariÃ;trica. AdemÃ¡s se da cita para valoraciÃ³n por grupo de Cx BariÃ;tricaâ€

Abr. 19 de 2012

(fl. 20)

CirugÃa.

â€œPaciente que asiste con el grupo de Cx bariÃ;trica para iniciar el trÃ¡mite e inicio del proceso Qx. La paciente ya era manejada por el grupo de Cx BariÃ;trica de Santa Claraâ€

â€œSe decide valoraciÃ³n general por el grupo de Cx bariÃ;tricaâ€

Abr. 27 de 2012

(fl. 18)

Psiquiatra.

â€œNo hay contraindicaci3n psiqui3trica al procedimiento bari3tico. Se requiere control por psiquiatr3a luego del mismoâ€.

Abr. 30 de 2012

(fl. 23)

Endocrin3logo.

â€œObesidad m3rbida no dieta no medicaci3n(â€!) ovario pol3qu3sticoâ€

â€œDieta metforin 850 Fluoxetina 40 d3a control en 1 mesâ€

May. 3 de 2012

(fl. 24-25)

Nutricionista.

â€œSe observa masa muscular conservada, abundante paniculo adiposo, no edemas en msisâ€.

â€œDieta alta en fibra, fraccionamiento 5 comidas/d3a. Iniciar proceso de masticaci3n control 1 mesâ€

May. 8 de 2012

(fl. 26)

Neum3logo.

â€œSaos obesidad. Atelectasia LI Izquierdoâ€

â€œTac de Toraxâ€

IV. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISI“N.

Mediante auto del 26 de septiembre de 2012, el Magistrado Sustanciador consider“ necesario recaudar algunas pruebas para verificar los hechos relevantes del proceso y mejor proveer la decisi“n. Resolvi“ lo siguiente:

â€œPRIMERO.- ORDENAR que, a trav“s de la Secretar“a General de esta Corporaci“n, se oficie a Salud Total EPS y Capital Salud EPS-S para que, dentro de los tres (3) d“as siguientes a la notificaci“n de esta providencia, informen y alleguen a esta Sala la siguiente informaci“n:

(i) Situaci“n actual de afiliaci“n de la se“ora Leidy Faizuly Leal Castillo.

(ii) Concepto emitido por el Comit“ T“cnico Cient“fico, u otro “rgano similar de la entidad, en el caso de la paciente Leidy Faizuly Leal Castillo en el que se indique (a) las razones por las cuales no le ha sido autorizado el procedimiento quir“rgico de â€œBy Pass G“stricoâ€ , (b) la justificaci“n m“dica para exigirle que reduzca 13 kilos de peso como condici“n previa a la intervenci“n, y (c) el procedimiento que actualmente se le brinda a la accionante as“ como el plan m“dico dise“ado para tratar su problema de obesidad y enfermedades conexas.

(iii) Concepto del m“dico tratante sobre la necesidad del procedimiento requerido por la se“ora Leal Castillo.

SEGUNDO.- ORDENAR que, a trav“s de la Secretar“a General de esta Corporaci“n, se oficie Leidy Faizuly Leal Castillo para que, dentro de los tres (3) d“as siguientes a la notificaci“n de esta providencia, se“ale si en el momento se encuentra trabajando y, en caso afirmativo, indique cu“l es el monto del salario devengado. En caso contrario, rese“e cu“les son las fuentes de sus ingresos y el monto de ellos, as“ como los gastos que en promedio tiene mensualmente y especifique las personas que tiene a su cargoâ€ .

El apoderado general de Capital Salud EPS-S S.A.S. alleg“ contestaci“n mediante escrito

recibido el tres de octubre del año en curso. En primer lugar, informa que la accionante se encuentra efectivamente afiliada a dicha entidad desde el 28 de octubre de 2011.

La entidad reitera que no puede realizar ni autorizar el procedimiento solicitado, en tanto que se encuentra excluido del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, según lo dispuesto en el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011. Respecto a la valoración por parte del Comité Técnico Científico y el médico tratante, no aportó ningún examen, sino que se limitó a señalar que la responsable de responder tales requerimientos era la IPS Hospital El Tunal. Para finalizar, Capital Salud EPS-S se comprometió a cooficiar al respecto a la SDS, para que garantice la prestación de los servicios en salud solicitados¹⁴.

De acuerdo con la constancia expedida por la Secretaría General de la Corte Constitucional, las demás partes guardaron silencio¹⁵.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Política, así como en los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

De los antecedentes reseñados, la Sala de Revisión observa que la señora Leal Castillo interpone acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna, debido a que Capital Salud EPS-S y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá se niegan a practicarle el procedimiento de bypass gástrico para superar el problema de obesidad que la aqueja. Específicamente, Capital Salud EPS-S responde que no existe constancia de la supuesta orden médica que prescriba la intervención y que, en todo caso, la atención sería responsabilidad de la entidad territorial por tratarse de una prestación excluida del plan de servicios dispuesto para el régimen subsidiado. Los jueces de instancia niegan la protección invocada argumentando, principalmente, que la viabilidad de la cirugía se encuentra en valoración por el grupo interdisciplinario del Hospital El Tunal, pero no ha sido prescrita aún.

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte abordará los siguientes temas: (i) la naturaleza y alcance del derecho fundamental a la salud, (ii) el sobrepeso y la obesidad como un problema de salud pública, (iii) la cirugía bariátrica de bypass gástrico en la jurisprudencia de la Corte; y finalmente, se hará (iv) el análisis de procedencia del amparo constitucional para el caso concreto.

3. Naturaleza y alcance del derecho fundamental a la salud.

3.1. La salud es un derecho constitucional fundamental. En las últimas dos décadas, la Corte lo ha venido protegiendo por tres vías: (i) la primera, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; (ii) la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es un sujeto de especial protección; y más recientemente, (iii) la tercera, afirmando en general su fundamentalidad de forma autónoma.

Como resultado de este desarrollo jurisprudencial, la doctrina constitucional ha dejado de decir que ampara el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud. En este sentido, se ha cuestionado la validez teórica de recurrir a la idea de la conexidad, y a categorías conceptuales que dividan los derechos fundamentales de acuerdo a si tienen o no un contenido prestacional.

En razón a la evidente raigambre fundamental del derecho a la salud, corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.

3.2. Ahora bien, la noción de salud no se limita al estar exento de padecimientos físicos. La acepción que mejor recoge el ideario constitucional es aquella plasmada en el preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), según la cual: «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

De forma similar, el bloque de constitucionalidad introduce al ordenamiento colombiano la definición de la salud como el derecho al «más alto nivel posible de salud física y

mental²⁴, el cual se alcanza de manera progresiva. Este enfoque se encuentra contenido tanto en el sistema universal de derechos humanos a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como a nivel interamericano por el Protocolo Adicional de San Salvador.

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia constitucional se ha esforzado en superar aquella aproximación que pretende restringir el goce del derecho a la salud a la mera supervivencia biológica del ser humano y ha conminado, por el contrario, a la búsqueda de los niveles óptimos de salud física y psíquica²⁵, necesarios para que la persona se desempeñe apropiadamente como individuo, en familia y en sociedad²⁶. Resulta dicente en este punto citar lo dicho por la Corte en el año de 1998 acerca de la intención de consolidar un sentido más amplio de vida, reflexión que sigue vigente en nuestros días:

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible”²⁷.

Pero la búsqueda progresiva del completo bienestar físico, mental y social hace también que las obligaciones en cabeza del Estado sean enormes; más aún, tratándose de un país con enormes tareas inconclusas en reducción de la pobreza y la miseria. Así se refirió la Corte a este desafío mayúsculo:

“En un Estado como el colombiano, en donde gran parte de las personas se encuentran viviendo en la pobreza o por debajo del margen de pobreza – en la indigencia – el papel que le corresponde realizar al Estado es enorme. La salud es un derecho fundamental y es, además, un servicio público así sea prestado por particulares. Las entidades prestadoras de salud deben garantizarlo en todas sus facetas “preventiva, reparadora y mitigadora y deberán de hacerlo de manera integral, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social”²⁸.

3.3. Como se desprende de la anterior cita, existen tres fases de la atención en salud: (i) la

preventiva está dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, (ii) la reparadora se activa una vez ha ocurrido la enfermedad y busca tener efectos curativos sobre la misma. Por su parte, la faceta (iii) mitigadora está orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación en tanto ésta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar el padecimiento y de contribuir, en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado.

Esta Sala de Revisión aprovecha esta oportunidad para hacer hincapié en el componente de prevención, teniendo en cuenta que el caso objeto de estudio gira en torno a una condición de riesgo (obesidad), la cual como se desarrollará más adelante, deberá ser abordada, principalmente, por medio de una atención temprana que evite las enfermedades conexas y derivadas de los problemas de sobrepeso y represente, además, una disminución en los costos de los tratamientos quirúrgicos curativos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la fase preventiva constituye el auténtico goce efectivo del derecho a la salud por cuanto (i) no solo evita que el ciudadano sufra los padecimientos propios del quebrantamiento de salud y los riesgos de la misma, sino que (ii) también representa para la comunidad una reducción considerable de gastos. La Corte explicita así las ventajas de hacer recaer el énfasis de la atención en salud en el componente de prevención:

“Dentro de los servicios de salud que el Sistema contempla como obligatorios, especial importancia tienen los servicios de promoción de la salud. En primer lugar, este tipo de servicios garantizan un nivel más alto de salud de una persona, por cuanto buscan evitar o reducir las posibilidades de que sufra un determinado padecimiento en su salud. Así se asegura un mayor goce efectivo del derecho que si sólo se garantiza a la persona el acceso al servicio de salud curativo, una vez sufra el padecimiento que hubiese podido prevenir. En segundo lugar, la prevención de los quebrantamientos de salud que pueda sufrir una persona suele llevarse a cabo mediante servicios que cuestan considerablemente menos que los servicios de salud que se requieren para atender los quebrantamientos una vez estos aparecen. Esto es especialmente relevante en el caso de enfermedades de alto costo, como el VIH/SIDA, cuyo tratamiento es notoriamente más oneroso, tanto para el goce efectivo del derecho de la persona que padece la enfermedad como en términos financieros. Los servicios de salud que se requieren aseguran a las personas no perder la vida, su dignidad o

su integridad. He ahí su importancia. Pero son los servicios de prevención en salud los que asegurarían el pleno goce efectivo del derecho a la salud²⁹.

En virtud de lo anterior, las empresas promotoras de salud no deben limitarse a actuar allí donde se ha producido la enfermedad, sino que deben ante todo prevenir que se llegue a esta situación³⁰. La actuación oportuna es entonces resultado de un auténtico mandato constitucional y cobra especial importancia en enfermedades como la obesidad, cuyos niveles de riesgos son de público conocimiento, y su aparición, en gran medida, resulta prevenible, mediante el cultivo de buenos hábitos alimenticios y de ejercicio. Por ello, la parte resolutive de esta sentencia hará un llamado a las entidades y autoridades responsables para que fortalezcan los programas de prevención y promoción en salud con respecto a la obesidad, con lo cual se espera que disminuyan los casos de pacientes como Leidy Faizuly que alcanzan altos niveles de sobrepeso.

4. La obesidad como un problema de salud pública.

4.1. La obesidad y el sobrepeso se definen como una acumulación anormal o excesiva de grasa que puede ser perjudicial para la salud³¹. La forma comúnmente aceptada de medir la obesidad es a partir del Índice de masa corporal (IMC), esto es, el peso de una persona en kilogramos dividido por el cuadrado de la talla en metros. Una persona con un IMC igual o superior a 25 sufre de sobrepeso y con un IMC igual o superior a 30 es considerada obesa:

Clasificación del IMC³²

Insuficiencia Ponderal

< 18.5

Intervalo normal

18.5 – 24.9

Sobrepeso

≥ 25.0

Preobesidad

25.0 – 29.9

Obesidad

30.0

Obesidad de clase I

30.0 – 34.9

Obesidad de clase II

35.0 – 39.9

Obesidad de clase III

40.0

Desde 1980 la obesidad ha tenido un crecimiento enorme, llegando a más que duplicarse en la población mundial. Para 2008, 1400 millones de adultos (de 20 y más años) tenían sobrepeso. Dentro de este grupo, más de 200 millones de hombres y cerca de 300 millones de mujeres eran obesos. Actualmente, el 65% de la población mundial vive en países donde el sobrepeso y la obesidad cobran más vidas de personas que la insuficiencia ponderal³³.

El sobrepeso y la obesidad son el quinto factor principal de riesgo de defunción en el mundo. Cada año fallecen por lo menos 2,8 millones de personas adultas como consecuencia del sobrepeso o la obesidad. Se considera que el 44% de la carga de diabetes, el 23% de la carga de cardiopatías isquémicas y entre el 7% y el 41% de la carga de algunos cánceres son atribuibles al sobrepeso y la obesidad³⁴. Para agravar las cosas, quienes tienen problemas de peso son objeto de una fuerte estigmatización, tanto por tener una figura corporal distante a los patrones estéticos mayoritarios, como por los defectos en el carácter que se supone la obesidad refleja³⁵.

Por otro lado, aunque no hay estudios concluyentes sobre el impacto económico del problema de obesidad en el gasto público en salud, algunas aproximaciones preliminares ponen en evidencia que el tratamiento de las afecciones derivadas del sobrepeso representan una carga considerable para el presupuesto nacional, la cual obedece a tres

componentes: (i) los costos directos, entendidos como aquellos que se derivan del tratamiento a la obesidad misma; (ii) los costos de oportunidad para el individuo, producto de la muerte prematura y otros factores de morbilidad asociados con la obesidad; (iii) costos indirectos, usualmente medidos en términos de baja productividad como resultado de las faltas al trabajo y el riesgo de muerte prematura³⁶.

Las aproximaciones más conservadoras calculan que en los países industrializados el costo de la obesidad representa entre un 2% y 7% del presupuesto total asignado a la atención en salud, lo cual convierte a los problemas relacionados con el peso en uno de los principales rubros del gasto público en la materia³⁷. En los países en desarrollo, por su parte, se calcula que los montos reales del tratamiento de la obesidad podrán resultar incluso mayores, en tanto que estos deben importar costosos medicamentos y equipos, así como financiar el entrenamiento del personal médico especializado, con el cual no cuentan³⁸.

4.2. Colombia no es ajena a esta realidad. De hecho, muchos países de ingresos bajos y medianos actualmente están afrontando una «doble carga» de morbilidad: mientras continúan lidiando con los problemas de las enfermedades infecciosas y la desnutrición, están experimentando un aumento brusco en los factores de riesgo de contraer enfermedades no transmisibles como la obesidad y el sobrepeso, en particular en los entornos urbanos. Así lo explica la Organización Mundial de la Salud:

«En los países de ingresos bajos y medianos, los niños son más propensos a recibir una nutrición prenatal, del lactante y del niño pequeño insuficiente. Al mismo tiempo, están expuestos a alimentos hipercalóricos ricos en grasa, azúcar y sal y pobres en micronutrientes, que suelen ser poco costosos. Estos hábitos alimentarios, juntamente con una escasa actividad física, tienen como resultado un crecimiento brusco de la obesidad infantil, al tiempo que los problemas de la desnutrición continúan sin resolverse»³⁹.

De acuerdo con un reciente perfil realizado en 2011 por la OMS sobre las enfermedades no transmisibles en nuestro país, se obtiene una alarmante cifra según la cual el 48.3% de la población nacional tiene problemas de sobrepeso y el 17.3% padece de algún grado de obesidad⁴⁰. Esta preocupante situación es confirmada por la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional, hecha por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en 50.670 hogares de 258 municipios de los 32 departamentos del país, de acuerdo con la cual,

en los niños de 5 a 17 años la obesidad pasó de 14,2% a 18,3% y la obesidad abdominal aumentó 10 puntos porcentuales en los últimos 5 años.⁴¹

En este punto, vale la pena destacar que el Congreso de la República en el año 2009 promulgó la Ley 1355, por medio de la cual se definió la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a ésta como una prioridad de salud pública⁴². Dicha norma conmina a promover políticas y estrategias de seguridad alimentaria y nutricional⁴³, así como a incentivar la actividad física⁴⁴, en conjunto con una educación y divulgación efectiva de los riesgos asociados a los malos hábitos de consumo⁴⁵, y a una regulación más estricta de los alimentos y bebidas ofrecidas por el mercado⁴⁶. De hecho, la misma norma declaró el 24 de septiembre como el «Día Nacional de Lucha contra la Obesidad y el Sobrepeso». No obstante, preocupa que las disposiciones de dicha ley aún no se hayan implementado completa y efectivamente ⁴⁷, razón por la cual la Sala de Revisión hará una invitación al Gobierno Nacional en este sentido.

La expansión de la obesidad en el contexto colombiano repercute, a su vez, en el mecanismo constitucional de la tutela. Según los estudios de la Defensoría del Pueblo, durante el año 2011 el procedimiento de bypass gástrico fue una de las cirugías más solicitadas, vía tutela, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado:

«En este régimen [subsidiado], las cirugías POS más solicitadas en las tutelas fueron las colecistectomías, herniorrafías e hysterectomías, contempladas en el artículo 61 2F del Acuerdo 08 de 2009, seguidas de las de ortopedia y traumatología, contempladas en el artículo 61 2C del mismo acuerdo. Igualmente, hubo solicitudes en cirugías de cardiología contempladas en el artículo 61 3A así como cirugías de cataratas. Respecto de cirugías No POS, encontramos como más solicitadas la bariátrica/bypass gástrico, mamoplastias bilaterales, implante coclear, resección de pterigios y balón gástrico.

(¡)

En cuanto al régimen contributivo, las solicitudes POS mostraron una leve disminución, al pasar del 47,9% al 45,58%. Las más solicitadas fueron bariátrica/bypass gástrico, cataratas, hysterectomía abdominal, reemplazo total de rodilla y reemplazo total de cadera. En cuanto a lo No POS, encontramos las mamoplastias, cirugía ortognática, plástica de cualquier tipo, mastopexia con implante y la abdominoplastia. Es de resaltar que las

solicitudes No POS se derivan, en su gran mayoría, de cirugías bariátricas/bypass gástricos⁴⁸. (Énfasis fuera del original).

4.3. Para terminar este capítulo, urge resaltar que pese a los complejos factores nutricionales, culturales y psicológicos atados a los desórdenes alimenticios que conllevan a los problemas de sobrepeso⁴⁹, la obesidad es, en esencia, evitable. Así expresa⁵⁰ Robert Beaglehole⁵⁰ la paradoja de esta enfermedad que, pese al público conocimiento acerca de sus riesgos conexos, se sigue expandiendo velozmente por la población mundial: «La verdadera tragedia es que el sobrepeso, la obesidad y las enfermedades crónicas asociadas son en gran medida prevenibles»⁵¹.

Una vez advertida la relevancia de los problemas de sobrepeso y obesidad en el contexto global, y específicamente en Colombia, la Sala de Revisión procede a continuación a examinar las reglas jurisprudenciales por medio de las cuales la Corte Constitucional ha abordado las demandas de amparo que solicitan la autorización del procedimiento de cirugía bariátrica, como única alternativa posible para enfrentar los casos graves de obesidad.

5. La cirugía bariátrica de bypass gástrico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

5.1. En una primera etapa, esta Corporación amparó el derecho a la salud y ordenó la realización del bypass gástrico con fundamento en las reglas generales de procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS⁵², por cuanto se consideraba que la mencionada cirugía se encontraba excluida del Plan Obligatorio de Salud.

No obstante, la sentencia T-414 de 2008 marcó un giro importante en la jurisprudencia de esta Corporación al establecer que el mencionado procedimiento quirúrgico estaba contemplado ya en el plan de beneficios obligatorios, aunque con otro nombre técnico. En dicho fallo, la Corte solicitó a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la Asociación Colombiana de Cirugía, que rindieran sus respectivos conceptos acerca de (i) cuándo se puede considerar una obesidad como mórbida; (ii) a qué hace referencia el término cirugía bariátrica; y (iii) si lo descrito en el artículo 62 de la Resolución 5261 de 1994, podía entenderse técnicamente como bypass gástrico.

Con fundamento en las experticias rendidas la Corte pudo comprender que la llamada "Cirugía Bariátrica" es el término general que sirve para denominar el conjunto de procedimientos quirúrgicos usados para tratar problemas relacionados con el exceso de peso, siendo el bypass gástrico una de las operaciones más utilizadas. En lo referente a la inclusión o no de dicho servicio en el POS, la Corte llegó a la siguiente conclusión:

"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 Prestadoras de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS)"53.

Este precedente ha sido acogido pacíficamente por la jurisprudencia constitucional y ha servido de apoyo a decisiones futuras respecto a casos similares, en los que se discute la autorización del procedimiento de bypass gástrico54.

5.2. Es importante precisar que las consideraciones realizadas por la Corte para el año 2008 sobre la inclusión del bypass gástrico en el POS siguen vigentes en la actualidad, más aún, con la unificación de los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y subsidiado.

En cumplimiento de las órdenes de la Ley 100 de 199355, de la sentencia T-760 de 200856 y atendiendo al principio constitucional de la igualdad, el Gobierno nacional inició un plan por etapas para la unificación de Plan Obligatorio de Salud, comenzando con los menores de 18 años57 y luego los adultos de 60 y más años58. Finalmente, el Acuerdo 032 de 2012 de la Comisión de Regulación de Salud ha culminado el proceso, unificando el POS para el grupo de adultos comprendidos entre 18 y 59 años, abarcando así el universo poblacional.

De conformidad con este mandato, a partir del 1º de julio de 2012 todos los colombianos, sin importar el régimen al que se encuentren afiliados, pueden acceder a un mismo Plan

Obligatorio de Salud, a saber, aquel contemplado en el Acuerdo 029 de 2011. Este incluye un conjunto de 5.874 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, y más de 730 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología de usuarios de todas las edades⁵⁹. Este Acuerdo, a su vez, incluye expresamente el procedimiento de bypass gástrico con el código CUPS60 44950061.

5.3. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha aclarado que dada la complejidad y riesgos conexos al bypass gástrico, su inclusión en el POS no significa que a todos los pacientes que padecen algún grado de obesidad, deba automáticamente autorizarse la intervención quirúrgica⁶². La Corte exige que se deban verificar los siguientes criterios, tanto por las entidades que prestan el servicio de salud, en primer lugar, como por los jueces de tutela, en caso de ser necesario:

â€œ(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 oportunoâ€⁶³.

Los anteriores criterios no se excluyen unos a otros. En el caso que el juez constitucional advierta que todos o alguno de los anteriores criterios no se satisfacen, deberá ordenar el cumplimiento de los mismos, todo en aras de la protección efectiva del derecho fundamental a la salud de la persona⁶⁴.

6. Análisis del caso concreto.

6.1. Lo primero que advierte esta Sala de Revisión es que la principal excepción esgrimida

por Capital Salud EPS-S, en el sentido que el procedimiento de bypass gástrico se encuentra excluido del plan obligatorio de servicios, es errónea. Desde hace cuatro años, por lo menos, esta Corporación ha venido reiterando su inclusión en el paquete de servicios básicos, aunque fuese con otro nombre científico. Más aún, a partir del 1º de julio de 2012 no cabe duda alguna sobre su cubrimiento, en tanto que ha comenzado a operar la unificación del régimen de salud de todos los colombianos, y el Acuerdo 029 de 2011 contempla, de forma expresa, el procedimiento de bypass gástrico.

En este sentido, no se entiende la postura asumida por la EPS, la cual se propuso oficiar a la Secretaría Distrital de Salud para que ésta asumiera la responsabilidad del servicio médico requerido por Leidy Faizuly. Dicha conducta, además, es reflejo de una distorsión estructural al interior del sistema de salud colombiano, la cual ha generado que un alto número de las acciones de tutela que se presentan en nuestro país tienen por objeto acceder a un medicamento, tratamiento o procedimiento ya incluido en el POS, y cuya prestación, en consecuencia, no debería ser objeto de controversia judicial.

De acuerdo al precitado informe de la Defensoría del Pueblo, para el año 2011 el 67,81% de las solicitudes requeridas en los dos regímenes se encontraban cubiertas por el POS. Porcentaje mayor en 2,37 puntos al observado en el 2010 como se observa en la siguiente gráfica:

Solicitudes en tutela de salud (POS y no POS) en los regímenes

contributivo y subsidiado

2010

2011

Variación %

Solicitudes

Part. %

Solicitudes

Part. %

Pos

89.762

65,40

131.077

67,81

46,03

No Pos

47.498

34,60

62.225

32,19

31,01

Total

137.260

100,00

193.302

100,00

40,83

De este modo, la negociación de servicios incluidos en el POS ha hecho que las cifras de la

acción de tutela en salud no sean del todo alentadoras⁶⁸.

6.2. Lo que se observa en este caso es un conjunto de justificaciones administrativas esgrimidas por Capital Salud EPS-S para no cumplir con una prestación de calidad y oportuna frente al padecimiento de Leidy Faizuly Leal Castillo. De hecho, ni siquiera cumplió con la valoración científica ordenada por esta Corporación mediante el auto de pruebas. Dentro de las explicaciones presentadas por la entidad, encontramos las siguientes:

* No se puede expedir la autorización porque la operación de bypass gástrico es competencia de la entidad territorial: “El Comité Técnico Científico, proceder a establecer que el procedimiento es pertinente para su patología de base, no obstante no se genera autorización toda vez (sic) se encuentra excluido del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, Acuerdo 029 de 2011”⁶⁹.

* La paciente no radicó los documentos necesarios: “Leidy Faizuly Leal Castillo nunca radicó en nuestros puntos de atención al usuario (PAU) orden médica, historia clínica así como tampoco la carta de justificación NO POS, documentos exigidos para que la entidad pueda emitir la pertinencia médica a través del CTC remitario”⁷⁰.

* La EPS es solo una aseguradora, por lo que son las IPS las responsables de la prestación del servicio de salud: “Es preciso indicar que somos una Entidad Promotora de Servicios, es decir siendo los aseguradores, manejamos los recursos, garantizando la red de prestadores de servicios articulados con todos los procesos administrativos (¡) son las Instituciones Prestadoras de Servicios, las cuales están llamadas a prestar los servicios en salud (¡). Dado lo anterior solicitamos comedidamente que sea requerido el médico tratante de dicha IPS en aras que proceda a emitir su concepto en lo que respecta a lo solicitado por la Honorable Corte”⁷¹.

La atención en salud, especialmente de aquellas prestaciones que se requieren con urgencia, debe estar libre de obstáculos burocráticos y administrativos irrazonables que

terminen por hacer prevalecer los límites e irrespetar con ello las garantías fundamentales de las personas⁷⁴.

6.3. De acuerdo con los últimos parámetros antropométricos tomados a Leidy Faizuly⁷⁵, tiene un peso de 129.5 kgs. Esta medida dista mucho del ideal para su talla de 1.66 mts, a saber: 68.61 kgs. A partir de estos datos, la médica nutricionista calculó el Índice de masa corporal de la accionante (IMC) en 4776, lo que la ubica en un alto estado de obesidad.

Igualmente, se observa en la historia clínica que la accionante ha venido participando de un tratamiento nutricional desde septiembre 14 de 2011. Sin embargo, los avances no han sido satisfactorios. Un mes después de iniciado el plan dietario, la paciente solo logró reducir 1 kilogramo, y manifestó que manejaba mucha ansiedad con respecto a la comida⁷⁷. Al cabo de unos meses⁷⁸, el endocrinólogo del Hospital Santa Clara llegó a la siguiente conclusión sobre la necesidad de realizar una valoración para cirugía de Leidy Faizuly:

“Paciente con obesidad mórbida completa 7 meses de manejo con dieta sin cambio significativo de peso 4 kg. Se descartó causas secundarias de obesidad ya está en manejo con psiquiatría y nutrición. Se decide enviar valoración cirugía bariátrica”⁷⁹. (Énfasis fuera del original).

El 30 de marzo de 2012 la paciente fue remitida al Hospital El Tunal, en donde se inició su valoración por parte del equipo interdisciplinario de cirugía bariátrica⁸⁰. Las últimas copias aportadas por la accionante demuestran que si bien se han realizado algunos exámenes, aún no se ha llegado a una conclusión sobre la necesidad y viabilidad del procedimiento quirúrgico para el caso de la demandante.

De lo dicho y conforme al acervo probatorio recaudado, se colige la procedencia del amparo constitucional de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Leidy Faizuly por las razones que a continuación se resumen: (i) el alto grado de obesidad que padece⁸¹ pone en evidente riesgo su bienestar físico y mental; (ii) han transcurrido más de siete meses sin que haya culminado la valoración requerida⁸² para determinar la necesidad y viabilidad de la operación, lo que constituye una demora desproporcionada dentro de un Estado Social de Derecho⁸³; y lo que es peor, (iii) Capital Salud EPS-S no solo ha negado expresamente su responsabilidad, alegando que se trata de una prestación no POS, sino que también ha

impuesto una serie de trabas administrativas en detrimento de la atención oportuna y de calidad. Todo ello evidencia el desinterés de la entidad demandada en otorgar una pronta solución, y la necesidad de intervención del juez constitucional.

6.4. En la medida que Capital Salud EPS-S no agotó el estudio médico necesario para conceder o no la autorización del procedimiento -lo que no puede ser óbice para denegar el amparo del derecho fundamental a la salud de la actora y a la búsqueda de una solución efectiva para su problema-, se ordenará a la entidad demandada que culmine, en un plazo no superior a una semana, la valoración de Leidy Faizuly por un grupo multidisciplinario de especialistas que determine la viabilidad, efectividad y riesgos del procedimiento, así como le suministren la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica que requiera.

Si el grupo de especialistas concluye que la operación de bypass gástrico resulta procedente para el caso concreto, y una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente, la entidad dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de sus médicos tratantes.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por el Juzgado 13 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento Adjunto de Bogotá el 10 de julio de 2012, dentro de la acción de tutela instaurada por Leidy Faizuly Leal Castillo contra Capital Salud EPS-S y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, mediante la cual se negó el amparo y, en su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la salud y la vida digna.

SEGUNDO.- ORDENAR a Capital Salud EPS-S que en un plazo no superior a una semana contado a partir de la notificación de esta providencia, culmine la valoración médica de Leidy Faizuly por un grupo multidisciplinario de especialistas que determine la viabilidad, efectividad y riesgos del procedimiento, así como le suministren la información pertinente en forma clara y concreta sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica.

De requerirse la intervención quirúrgica y una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente, la entidad dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizar y gestionar la práctica de la intervención quirúrgica la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de sus médicos tratantes.

TERCERO.- EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social para que implemente y ejecute los mandatos dispuestos en 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.

CUARTO.- EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Secretaría de Salud de Bogotá y a Capital Salud EPS-S a fortalecer los programas de prevención del sobrepeso, así como promover los buenos hábitos alimenticios y la actividad física.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁNCHEZ MENDOZA

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 1. En adelante, los folios citados pertenecen al cuaderno 1, salvo aclaración expresa en sentido contrario.

2 No obstante, las pruebas recolectadas por esta Corporación en sede de revisión se aclaran que la accionante se encuentra afiliada actualmente a Capital Salud EPS-S.

3 Folio 48.

5 Folio 51.

6 Folio 53.

7 Folio 63.

8 Folio 65.

9 Sentencia T-488 de 2006.

10 Folio 70.

11 Ibíd.

12 Ibíd.

13 Cuaderno 2, folio 7.

14 Cuaderno de revisión. Fl. 13.

15 En el caso de Leidy Faizully Leal Castillo, la empresa de correo 472 devolvió la

comunicación con el reporte de error “desconocido”.

16 Para un análisis detallado del derecho fundamental a la salud, su naturaleza, contenido y principales desafíos, ver la sentencia T-760 de 2008.

17 *Ibid.*

18 “Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos “ unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.” Sentencia T-016 de 2007.

19 “Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales “ como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultará no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales “ con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podrá predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea

explicable desde una perspectiva histórica. Sentencia T-016 de 2007. Posición reiterada por la Sala Plena en providencia C-288 de 2012.

20 Sentencia T-999 de 2008.

21 Sentencia T-931 de 2010.

22 Tempranamente, la sentencia T-597 de 1993 acogió la definición de salud acuñada por la OMS.

23 Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, dentro de los cuales se encontraba Colombia.

24 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 12. La definición que incluye el Protocolo Adicional de San Salvador resulta incluso más garantista al disponer que «Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.»

25 «La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Así, el derecho a la salud se ve vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud». Sentencia T-152 de 2012, ver también T-548 de 2011.

26 Sentencia T-152 de 2012.

27 Sentencia T-395 de 1998.

28 Sentencia T-548 de 2011.

29 Sentencia T-760 de 2008.

30 Sentencia T-548 de 2011.

31 Consultado en <http://www.who.int/topics/obesity/es/> el 12 de septiembre de 2012. La mayor parte de información científica y estadística sobre la obesidad y sobrepeso resumida en este capítulo, ha sido extraída de los informes y notas descriptivas de la Organización Mundial de la Salud (OMS), autoridad directiva y coordinadora de la acción sanitaria en el sistema de las Naciones Unidas.

32 Consultado en <http://www.who.int/features/factfiles/obesity/es/> el 12 de septiembre de 2012.

33 Estar por debajo del peso que se considera saludable.

34 Nota descriptiva de la OMS número 311 de mayo de 2012. Revisada el 12 de septiembre de 2012 en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/es/>.

35 Obesity: Preventing and managing the global epidemic. Report of a WHO consultation. 2000. Geneva. Reprinted in 2004. Disponible en http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_894.pdf.

36 «Obesity: Preventing and managing the global epidemic» Op. cit. p. 78.

37 Ibíd. p. 79.

38 Ibídem.

39 Nota descriptiva de la OMS número 311 de mayo de 2012. Op. cit.

40 Consultado en <http://www.who.int/nmh/countries/en/index.html> el 15 de septiembre de 2012.

41 «ICBF revela que subió el Índice de obesidad en Colombia», 19 de abril de 2012, El Tiempo.

42 Ley 1355 de 2009, art. 1: «Declárase. La obesidad como una enfermedad crónica de Salud Pública, la cual es causa directa de enfermedades cardíacas, circulatorias, colesterol alto, estrógenos, depresión, hipertensión, cáncer, diabetes, artritis, colon, entre otras, todos ellos aumentando considerablemente la tasa de mortalidad de los colombianos.»

43 Ibíd. arts. 3, 4 y 9.

44 Ibíd. art. 5.

45 Ibíd. art. 13.

46 Ibíd. arts. 10 y 11.

48 "La tutela y el derecho a la salud". Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2012. p. 153.

49 "Although there is still much to be learned about the complex and diverse factors involved in the etiology of weight gain and obesity, it is now clear that powerful societal and environmental forces influence energy intake and expenditure, and may overwhelm the physiological regulatory mechanisms that operate to keep weight stable (¶) The effective prevention and management of obesity should therefore focus on: (i) elements of the social, cultural, political, physical and structural environment that affect the weight status of the community or population at large; (ii) processes and programmes to deal with those individuals and groups who are at particularly high risk of obesity and its comorbidities" ¶ Obesity: Preventing and managing the global epidemic Op. cit. p. 152.

50 Antiguo Director del Departamento de Enfermedades Crónicas y Promoción de la Salud de la OMS.

51 "La Organización Mundial de la Salud advierte que el rápido incremento del sobrepeso y la obesidad amenaza aumentar las cardiopatías y los accidentes vasculares cerebrales" ¶ Consultado en <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr44/es/> el 15 de septiembre de 2012.

52 En este sentido, ver las sentencias T-264 de 2003, T-828 de 2005, T-1229 de 2005, T-1272 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, T-639 de 2007, T-725 de 2007, entre otras.

53 Sentencia T-418 de 2008.

54 Ver recientemente las sentencias T-229 de 2012, T-354 de 2011, T-270 de 2011 y T-931

de 2010.

55 Ley 100 de 1993, art. 162.

56 "La obligaci3n de unificar los contenidos de los planes de salud a los cuales tienen acceso los ciudadanos es pues, de car3cter progresivo. Su cumplimiento no puede ser exigido inmediatamente, pues supone la realizaci3n de una serie de acciones complejas en las que intervienen diversos actores. Ahora bien, la progresividad justifica que se avance por partes, de forma gradual, pero no es una excusa para la inacci3n. Espec3ficamente, con relaci3n a la obligaci3n de garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de equidad, el car3cter progresivo de esta obligaci3n no puede convertirse en una excusa para aceptar, de forma permanente, la existencia de diferencias en el acceso a los servicios de salud que se requieran, ligadas a la capacidad de pago de las personas, esto es, a su "posici3n econ3mica" .â€" Sentencia T-760 de 2008.

57 Acuerdo 04 de 2009 y Acuerdo 011 de 2010, Comisi3n de Regulaci3n en Salud (CRES). Ver tambi3n el Auto 342A de 2009 de la Corte Constitucional, el cual declar3 el incumplimiento parcial debido a que la unificaci3n realizada inicialmente cobijaba solo a los menores de 0 a 12 a3os.

58 Acuerdo 027 de 2011 (CRES).

59 <http://www.pos.gov.co/Paginas/InicioPOS.aspx> Consultado el 12 de septiembre de 2012.

60 Compilaci3n de la Clasificaci3n 3cnica de Procedimientos en Salud (CUPS).

61 Los colombianos en general, y el juez constitucional en particular, cuentan recientemente con una herramienta electr3nica de f3cil uso para indagar cu3les medicamentos, procedimiento o servicios est3n incluidos en el POS, mediante el portal virtual VoxPopuli (<http://www.cres.gov.co/pospopuli/Inicio20.aspx>), cuyo uso se recomienda.

62 "En la l3nea jurisprudencial sostenida por la Corte, se reafirm3 que por el mero hecho de pertenecer al POS el procedimiento, no puede entenderse que la cirug3a deba autorizarse directamente, ya que el peligro, complejidad y riesgo inherente de la cirug3a estudiada en cada caso especifico var3a y debe observarse sist3micamente" Sentencia T-369 de 2009.

63 Sentencia T-103 de 2009.

64 Ibíd.

65 Sentencia T-414 de 2008.

66 Código CUPS 449500.

67 La tutela y el derecho a la salud. Op. Cit. p. 147.

68 Como consecuencia de la sentencia T-760 de 2008, las tutelas que invocaron el derecho a la salud en menos de tres años disminuyeron el 33,9%, pasando de 142.957 acciones en el 2008 a 94.502 en el 2010, con una participación del 23,43%. No obstante, esta tendencia no se mantuvo y en el 2011 nuevamente las acciones de tutela para reclamar servicios de salud se incrementaron a 105.945, con una participación del 26,14% dentro del total de tutelas interpuestas en Colombia durante ese año. Ibíd. p. 101.

69 Cuaderno de revisión, folio 11.

70 Ibíd. Fl. 12.

71 Ibíd. Fl. 13.

72 En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico. Sentencia T-760 de 2008

73 Resulta curioso como la propia entidad hace referencia a las obligaciones que tienen la EPS del régimen subsidiado frente a servicios no incluidos en el POS, así: "Ahora bien en los casos en que deba autorizar la EPS-S de acuerdo al artículo 3 de la Resolución 5334 de 2008 se debe tener en cuenta que si el ente territorial no da respuesta a la solicitud del prestador, la EPS-S autorizará la prestación del servicio en una IPS pública de su red, tratándose de servicios posteriores a la urgencia. Para ello la IPS debe aportar copia del formato remitido al ente territorial respectivo acorde a lo definido en la resolución 3047 de

2008 y una certificación de la IPS donde conste de la falta de respuesta o la negativa expresa por parte de este para dar la cobertura. Cuaderno de revisión, folio 12.

74 El acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir. De ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio. Sentencia T-760 de 2008.

75 Según el informe de la nutricionista dietista que obra a folio 24, calendado el 3 de mayo de 2012.

76 Ibíd.

77 Folio 7.

78 28 de febrero de 2012.

79 Folio 17.

80 Folio 22.

81 La demandante tiene un Índice de Masa Corporal de 47.

82 El 28 de febrero de 2012 el endocrinólogo decidió remitir a la accionante para valoración de cirugía bariátrica, ante la falta de resultados del plan nutricional.

83 Lo anterior es contrario a la doctrina que esta Corte ha sostenido, en el sentido de que la extensión injustificada de una dolencia o una disfuncionalidad en la salud también vulnera el derecho fundamental a la integridad personal, y por supuesto el derecho a una vida digna, aunque no se esté ante la inminencia de la muerte. Por ello, dada la demora injustificada en efectuar la operación requerida y la amenaza que ello representa para la salud y la vida de la accionante. Sentencia T-227 de 2000. En este caso la Corte estudió la situación de una mujer que luego de haber sido remitida para que se le practicaran una cirugía de histerectomía abdominal total, esperó más de seis meses sin habersele siquiera programado la fecha para la operación.