

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD-No autorización por la EPS de implemento quirúrgico para cirugía de columna

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención médica integral

El sistema de seguridad social en salud está diseñado para la protección y cobertura integral de las necesidades de sus usuarios, de tal manera que garantiza el suministro de los medios necesarios para el restablecimiento de los derechos fundamentales de los pacientes. Al respecto, en reiteradas oportunidades la Corte indicó que la asistencia sanitaria, médica general y especializada prescrita por el galeno tratante no puede prestarse de manera parcial sino que debe ser integral, esto es, debe dirigirse, hasta donde sea posible, a recuperar o mejorar el estado de salud de los pacientes, de tal forma que en casos en los que se ofrezca la prestación incompleta de servicios asistenciales o en situaciones en las que se entreguen sólo algunos medicamentos o procedimientos médicos y se excluyan otros que, según criterio médico, resultan indispensables para el paciente, se vulneran derechos fundamentales que pueden protegerse por vía de tutela.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Autorización de cirugía y del costo de los instrumentos requeridos sin distinción de marcas, diseños o formas

En aplicación del principio de integralidad del servicio público de salud y teniendo en cuenta que la cirugía ordenada por el médico tratante, que se encuentra incluida en el POS, consiste en la implantación de un elemento para mejorar o complementar su capacidad fisiológica o física, es lógico concluir que la E.P.S. no sólo está obligada a autorizar la intervención quirúrgica ordenada, sino también a costear el valor de los instrumentos requeridos para la fijación vertebral de la señora. Ahora bien, a pesar de que el POS señala expresamente la obligación que tiene la E.P.S. de autorizar la cirugía y el suministro de los instrumentos quirúrgicos que requiere la peticionaria, esa normativa no dispone cuáles son las marcas, los diseños, las formas o los sistemas que deben utilizar los médicos especialistas en las respectivas cirugías. Por esta razón se entiende que dentro del Plan Obligatorio de Salud se encuentran todos los implantes, elementos o instrumentos requeridos para realizar la intervención quirúrgica respectiva, sin que, en principio, puedan excluirse marcas o diseños que cuentan con los permisos de fabricación y comercialización que expiden las autoridades

de control y vigilancia competentes.

DERECHO A LA SALUD-Principio de calidad de los servicios médicos

La aplicación del principio de calidad de los servicios médicos exige márgenes razonables de eficiencia en la prestación del servicio de salud a cargo de las E.P.S. y, por esta razón, puede exigirse por vía de tutela cuando resultan afectados los derechos fundamentales de los usuarios. Con base en lo expuesto, es fácil concluir que la E.P.S. debe garantizarle a la peticionaria la realización de la cirugía ordenada por el médico tratante con la utilización de los implementos médicos requeridos con la calidad y confianza fijada por los estándares aceptados en la práctica profesional.

DERECHO A LA SALUD-Casos en que la jurisdicción constitucional adquiere competencia para dirimir asunto relacionado con atención médica

ACCION DE TUTELA-Protección de salud y vida de paciente que requiere cirugía de columna con el sistema omega 21 que posee más ventajas pero es más costoso

Se evidencia que, en el caso objeto de análisis, el procedimiento quirúrgico de fijación vertebral posterior con la utilización del sistema omega 21, ofrece considerables ventajas sobre el sistema Johnson y Johnson, ofrecido por la E.P.S. a la accionante. Para la Sala existen, entonces, tres aspectos que permiten concluir que lo procedente en este caso específico es ordenar que se autorice la cirugía ordenada por el médico tratante con la implementación del sistema Omega 21. De una parte, se trata de un procedimiento más seguro para la paciente; de otra parte, según afirmó el médico tratante, el sistema Johnson y Jonson, ofrecido por la E.P.S. “no es ideal” para el manejo de enfermedades degenerativas de columna, pues para ese efecto el que más se acomoda a la dolencia es el sistema Omega 21. Por último, las circunstancias de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentra la demandante, dado el incremento de los dolores, la dificultad para caminar que aumenta su incapacidad laboral y el tiempo prolongado que ha padecido esta dolencia, permiten concluir que procede la presente acción constitucional para la protección de los derechos a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas e integridad física de la peticionaria.

Referencia: expediente T-1474442

Peticionaria: Luz Marina Tovar Reyes

Accionado: Saludcoop- E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

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

La Sala Quinta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las sentencias del 28 de agosto y 3 de octubre de 2006, proferidas por los Juzgados 7° Civil Municipal y 1º Civil del Circuito de Tunja, respectivamente, en el proceso de tutela promovido por la señora Luz Marina Tovar Reyes contra Saludcoop E.P.S.

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Marina Tovar Reyes instauró acción de tutela para que se le protejan sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social en conexidad con el derecho a la vida digna. Para ese efecto, solicitó que se ordene a la entidad demandada que “autorice el procedimiento médico quirúrgico con el Sistema de Fijación Omega 21 con sus respectivos elementos de disposición en el término de veinticuatro (24) horas”.

2. Hechos

- Informa la accionante que en el mes de mayo de 2004 se le diagnosticó una hernia discal, la cual ha sido tratada por un médico neurocirujano afiliado a la E.P.S. de Saludcoop.
- Desde que se diagnosticó la enfermedad ha recibido tratamiento médico e, incluso, se le practicó una cirugía en el mes de enero de 2006. Sin embargo, al no encontrar mejoría alguna, el especialista tratante determinó que era necesario realizar otra cirugía en la

columna e introducir el SISTEMA DE FIJACIÓN OMEGA 21, elaborado en platino.

- Saludcoop autorizó la cirugía, la cual fue programada para el 27 de junio de 2006, pero únicamente con la implantación del SISTEMA JOHNSON y JOHNSON, elaborado en pasta. Ese material no es de aceptación del cirujano tratante ni de otros galenos, pues no se comprometen a operar con dicho sistema porque lo consideran de calidad deficiente. Por esa razón, la cirugía no se llevó a cabo.

- El 27 de junio de 2006, la peticionaria radicó un oficio ante la E.P.S. de Saludcoop para solicitar explicación sobre el procedimiento y los motivos por los cuales se negó la autorización de la cirugía con el sistema de fijación Omega 21. No obstante, esa petición no fue resuelta.

- El 31 de julio de 2006, el médico tratante recomendó, con carácter urgente, la realización de la cirugía con el fin de DESCOMPRIMIR EL CANAL RAQUIDEO y la IMPLANTACION DEL SISTEMA DE FIJACION OMEGA 21.

- Agrega la peticionaria que debido a la negligencia por parte de Saludcoop en la autorización de dichos implementos se encuentra incapacitada laboralmente desde hace 7 meses, ya que el dolor la mantiene postrada en una cama, generándole innumerables perjuicios tanto en su salud como en su calidad de vida.

3. Contestación de la solicitud de tutela

El 22 de agosto de 2006, la Gerente Regional de Saludcoop E.P.S, contestó la demanda para solicitar que se deniegue por improcedente la acción instaurada por la señora Luz Marina Tovar Reyes, por cuanto esa entidad no ha violado ningún derecho fundamental, como quiera que autorizó la cirugía que requiere la peticionaria con la implementación del sistema Johnson y Johnson. Por ello, insiste, que la negativa a entregar una marca determinada de implementos médicos no implica la violación de los derechos que invoca la demandante.

De otra parte, la E.P.S. demandada dijo que la señora Tovar Reyes no cumple con las condiciones previstas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio de salud, puesto que no acreditó su incapacidad económica para asumir la diferencia de precios entre el sistema ofrecido por la

entidad, que hace parte del POS, y el que solicita la demandante. De igual manera, dijo que no se demostró que la presentación genérica de los implementos quirúrgicos ofrecidos no le son útiles para superar la dolencia que padece.

Finalmente, manifestó que en el evento en que se decida conceder el amparo, el juez constitucional debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la estabilidad del sistema financiero y disponer que el Estado, a través del FOSYGA, asuma el costo excedente que implique el cumplimiento del fallo.

4. Decisiones judiciales

4.1. Mediante sentencia del 28 de agosto de 2006, el Juzgado 7º Civil Municipal de Tunja resolvió conceder el amparo solicitado y, en consecuencia, ordenar a la entidad demandada que, dentro de las 48 horas siguientes, “disponga lo necesario para que el médico especialista –neurocirujano-tratante- determine el sistema de fijación que necesita para la intervención quirúrgica que requiere la señora Luz Marina Tovar Reyes, con el fin de que la entidad Saludcoop proceda al suministro del mismo, así como todos los elementos necesarios para tal intervención y los que se requieran con posterioridad, hasta cuando sea necesario”. De igual manera, el juez de primera instancia le reconoció a la entidad demandada el derecho a repetir contra el FOSYGA los costos que demande el cumplimiento del fallo, “en caso de que las prestaciones que daba cubrir con motivo del mismo estén fuera del POS”.

Para llegar a esa conclusión, dijo que del material probatorio aportado al expediente puede deducirse que a la demandante se le vulneran los derechos a la vida y a la salud en condiciones dignas, puesto que, a pesar de que el médico tratante adscrito a la E.P.S. requirió la cirugía y la utilización del sistema Omega 21, la entidad demandada le negó dicho implemento médico con el argumento de que el sistema Johnson y Johnson se encuentra en el POS y es homologable al prescrito por el médico tratante. Por ello, el a quo consideró que SALUDCOOP invoca normas de rango inferior que deben inaplicarse en aras de proteger los derechos fundamentales de la accionante.

Finalmente, dijo que, contrario a lo expuesto por la entidad demandada, sobre la incapacidad económica de la demandante, se invierte la carga probatoria, como quiera que esa entidad cuenta con registros y datos sobre la situación socioeconómica de sus afiliados, por lo que a ella correspondía desvirtuar lo dicho por la demandante en relación con la carencia de

recursos para cubrir el costo del instrumento quirúrgico requerido.

4.2. Mediante sentencia del 3 de octubre de 2006, el Juzgado 1° Civil del Circuito de Tunja, revocó el fallo apelado y, su lugar, negó el amparo constitucional.

Después de presentar consideraciones generales sobre la importancia del derecho a la salud en la Constitución, el deber del Estado para protegerlo y la jurisprudencia constitucional sobre la interpretación de aquel, concluyó que, en este asunto, no se estructuran los elementos sustanciales para otorgar el amparo excepcional por vía de tutela, con fundamento en dos argumentos. Primero, porque la E.P.S. no le ha negado a la demandante consultas, exámenes, tratamientos médicos, hospitalarios y quirúrgicos que requiere, simplemente le ofrece un implemento médico de una marca distinta a la que el médico tratante sugirió. Segundo, porque la peticionaria no acreditó, por alguno de los medios probatorios a disposición, su incapacidad económica para sufragar los costos del sistema de fijación Omega 21. Dijo que, si la peticionaria hubiera afirmado que no estaba en condiciones económicas para adquirir el sistema Omega 21 o que encuentra afectado su mínimo vital, se hubiera invertido la carga de la prueba, es decir que le correspondería a la entidad demandada demostrar lo contrario. De todas maneras, el juez dijo que, el hecho de que se hubiera demostrado que la accionante devenga un salario básico mensual superior a \$900.000 muestra que no se afecta su mínimo vital.

Finalmente, el ad quem llamó la atención en el hecho de que el médico especialista que conceptuó sobre la necesidad del instrumento requerido no hubiese respondido el requerimiento del juzgado, por lo que se le impidió tener mayores elementos de juicio para su decisión, máxime, si se trata de valorar adelantos tecnológicos y de materiales sintéticos que se utilizan en la medicina.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas el 28 de agosto y el 3 de octubre de 2006, por los Juzgados 7° Civil Municipal y 1° Civil del Circuito de Tunja, respectivamente, mediante las cuales, el primero concedió el amparo de

los derechos a la vida y a la salud en conexidad con la vida digna de la peticionaria y, el segundo, decidió revocar el fallo apelado.

Problemas Jurídicos.

2. La accionante considera vulnerados sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida en condiciones dignas, porque la E.P.S. de Saludcoop se negó a autorizar el suministro del material quirúrgico denominado Sistema Omega 21, recomendado por el médico tratante adscrito a esa empresa promotora de salud para la cirugía de fijación vertebral que requiere la demandante, pero le ofreció el sistema Johnson y Johnson que, de acuerdo con lo expuesto en la solicitud de tutela, no le brinda la seguridad y seriedad para realizar la cirugía.

A su turno, la entidad demandada sostiene que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria porque en ningún momento se ha negado a autorizar la cirugía ordenada por el médico, pues admitió la utilización de un sistema que se encuentra incluido en el POS y que ofrece las mismas condiciones y virtudes que el ordenado por el médico tratante. De igual forma, dijo que la señora Tovar Reyes no demostró la ausencia de recursos para cubrir los costos generados por la implantación del sistema Omega 21.

Protección del derecho a la salud en vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

3. Son múltiples y variadas las oportunidades en que esta Corporación se ha referido a la naturaleza del derecho a la salud, pues ha precisado que, al igual que los demás derechos económicos, sociales y culturales, tiene carácter de derecho prestacional que exige al Estado la adopción de medidas legislativas y administrativas para lograr su eficacia progresiva y universal. De esta forma, a pesar de que el derecho a la salud efectivamente limita y dirige pautas de acción estatal, en principio, solamente es exigible de manera inmediata y directa cuando se trata de proteger la salud de los niños¹ y cuando la ley y el reglamento disponen una obligación jurídica precisa y determinada en beneficio de adultos afectados.

Sin embargo, el carácter Social del Estado, la constitucionalización de la dignidad humana como principio fundante del Estado, la eficacia directa y expansiva de los derechos fundamentales y la consagración expresa del derecho a la salud en nuestra normativa constitucional, le exigen al intérprete judicial aplicar la Constitución de manera preferente e

inferir especial trato jurídico a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta (artículos 1º, 2º, 4º, 48 y 13).

4. Por estas razones y si se tiene en cuenta que la salud tiene carácter instrumental para la efectividad de otros derechos inalienables para el ser humano, éste derecho prestacional puede adquirir la naturaleza de fundamental cuando su afectación pone en riesgo el núcleo esencial de derechos que por su propia naturaleza tienen el rango ius fundamental. Por ello, resulta evidente que la protección judicial del derecho a la salud no sólo opera respecto de los niños, o de mínimos de atención, o de contenidos desarrollados por la ley y el reglamento, sino también cuando la falta de atención médica pone en peligro derechos fundamentales del individuo².

5. Conforme a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación tiene bien establecido que procede el amparo constitucional del derecho a la salud cuando éste se encuentra en conexidad con derechos fundamentales, tales como la vida, sin que deba entenderse que su protección se limita únicamente a los casos de supervivencia o de riesgo de muerte, pues se consolida con un sentido más amplio que se ubica en las dimensiones de dignidad y decoro³; el derecho a la integridad personal⁴ y la dignidad humana.

En cuanto a la protección del derecho a la salud en conexidad con derechos fundamentales, la Corte dijo:

“La prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”⁵.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que en aquellos casos en los que la negativa de las entidades prestadoras de salud a prestar un servicio, suministrar medicamentos,

tratamientos o elementos médicos, afecte el derecho a la salud y, con ello, se amenace un derecho fundamental, procede la protección del juez constitucional por medio de la acción de tutela para asegurar el restablecimiento de la salud y la vida en condiciones dignas y justas.

6. En el asunto objeto de estudio se tiene que, el 31 de julio de 2006, el neurocirujano Jorge Hernández, médico adscrito a la E.P.S. Saludcoop, indicó que la señora Luz Marina Tovar Reyes “requiere urgente descompresión del canal raquídeo”, lo cual debe realizarse mediante cirugía para la implantación del sistema de fijación vertebral Omega 21 (folios 1 y 2 del cuaderno principal).

Por su parte, después de realizar un examen de diagnóstico, la médica radióloga Mónica Esguerra, dijo que la enfermedad que padece la señora Tovar corresponde a una “discopatía degenerativa L4- L5 y L5- S1.- Cambios degenerativos apofisiarios en L5-S1 con anterolistesis grado I secundaria de L5” (folio 3).

En el examen médico que practicó el 9 de febrero de 2007 Medicina Legal y Ciencias Forenses de Tunja, en cumplimiento del auto de pruebas decretado por esta Sala, la accionante informó: “a mi me operaron el 3 de enero de 2006 y mi recuperación era nula, no podía caminar, ni moverme, entonces el neurocirujano el Dr. Hernández Castro, me dijo que me había sacado una vértebra y no me había colocado los aparatos que me tenía que colocar...”. En el mismo sentido, en la solicitud de tutela, la señora Tovar había dicho que se encuentra incapacitada laboralmente hace 7 meses, que “el dolor continua avanzando, generándome innumerables perjuicios y manteniéndome postrada en una cama”.

Lo anterior muestra, entonces, que la accionante busca proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas, puesto que la enfermedad que la aqueja no sólo ha disminuido su calidad de vida por el dolor físico que le causa y la dificultad para movilizarse, sino que le impide desarrollar una vida productiva laboralmente que le afecta su situación económica y la de su familia. De esta forma, la Sala concluye que, en este asunto, podía acudirse a la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales que invoca la señora Tovar Reyes.

Atención integral en salud y calidad de los servicios ofrecidos por el POS

7. El presente asunto surge de la discusión suscitada entre la E.P.S. de Saludcoop y la

accionante por la no autorización de un implemento quirúrgico que ella requiere para adelantar la cirugía de fijación vertebral que le fue ordenada por el médico tratante adscrito a esa entidad. Luego, la cuestión que corresponde resolver a esta Sala se circunscribe a determinar si la E.P.S. está obligada a valorar la calidad de los implementos quirúrgicos requeridos por los pacientes cuando el POS permite margen de apreciación médica.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 365 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya prestación eficiente, integral y oportuna se encuentra a cargo del Estado, pues a pesar de que su prestación directa puede entregarse a particulares, el control, vigilancia y la responsabilidad sobre su eficacia corresponde a la finalidad social del Estado.

En desarrollo de estas premisas básicas, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispuso que las Entidades Promotoras de Salud –particulares o públicas- están obligadas a prestar el servicio público de salud en consideración con las reglas de protección integral y calidad, entre otras. Así, el sistema general debe brindar la atención integral para la recuperación de la salud de los afiliados, tanto es sus fases de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, con la calidad y eficiencia señalados en el Plan Obligatorio de Salud. De todas maneras, esa misma disposición señala que la calidad se medirá “en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional”.

Por su parte, el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994, “por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” expedida por el Ministro de Salud, dispone:

“UTILIZACION DE PROTESIS, ORTESIS, APARATOS Y ADITAMENTOS ORTOPEDICOS O PARA ALGUNA FUNCION BIOLOGICA.

Se definen como elementos de este tipo, aquellos cuya finalidad sea la de mejorar o complementar la capacidad fisiológica o física del paciente.

Cuando el paciente requiera de su utilización y se encuentren expresamente autorizados en el plan de beneficios, se darán en calidad de préstamo con el compromiso de devolverlos en buen estado salvo el deterioro normal; en caso contrario deberá restituirlos en dinero por su valor comercial.

PARAGRAFO. Se suministran prótesis, ortesis y otros : marcapasos, prótesis valvulares y articulares y material de osteosíntesis, siendo excluidas todas las demás. En aparatos ortopédicos se suministrarán: muletas y estructuras de soporte para caminar, siendo excluidos los zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias con gradiente de presión o de descanso, corsés, fajas y todos los que no estén expresamente autorizados” (subrayas fuera del texto original)

Al respecto, en reiteradas oportunidades la Corte indicó que la asistencia sanitaria, médica general y especializada prescrita por el galeno tratante no puede prestarse de manera parcial sino que debe ser integral, esto es, debe dirigirse, hasta donde sea posible, a recuperar o mejorar el estado de salud de los pacientes, de tal forma que en casos en los que se ofrezca la prestación incompleta de servicios asistenciales o en situaciones en las que se entreguen sólo algunos medicamentos o procedimientos médicos y se excluyan otros que, según criterio médico, resultan indispensables para el paciente, se vulneran derechos fundamentales que pueden protegerse por vía de tutela.

8. De acuerdo con lo informado por el médico tratante, la peticionaria requiere una cirugía de fijación vertebral, con carácter urgente, para tratar la discopatía degenerativa en L4-L5 y L5-S1 y los cambios degenerativos apofisiarios en L5-S1 que padece.

Al revisar el artículo 68 de la Resolución 5261 de 1994, “por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, se encuentra que esa disposición incluye en el POS la intervención quirúrgica y procedimiento de ortopedia y traumatología denominada genéricamente “fijación ósea con elementos de osteosíntesis”.

Así las cosas, en aplicación del principio de integralidad del servicio público de salud y teniendo en cuenta que la cirugía ordenada por el médico tratante, que se encuentra incluida en el POS, consiste en la implantación de un elemento para mejorar o complementar su capacidad fisiológica o física, es lógico concluir que la E.P.S. no sólo está obligada a autorizar la intervención quirúrgica ordenada, sino también a costear el valor de los instrumentos requeridos para la fijación vertebral de la señora Tovar Reyes.

9. Ahora bien, a pesar de que el POS señala expresamente la obligación que tiene la E.P.S. de autorizar la cirugía y el suministro de los instrumentos quirúrgicos que requiere la

peticionaria, esa normativa no dispone cuáles son las marcas, los diseños, las formas o los sistemas que deben utilizar los médicos especialistas en las respectivas cirugías. Por esta razón se entiende que dentro del Plan Obligatorio de Salud se encuentran todos los implantes, elementos o instrumentos requeridos para realizar la intervención quirúrgica respectiva, sin que, en principio, puedan excluirse marcas o diseños que cuentan con los permisos de fabricación y comercialización que expiden las autoridades de control y vigilancia competentes.

De esta forma, es cierto que la Entidad Promotora de Salud tiene un margen de apreciación importante en la determinación del tipo de instrumentos con los que trabajarán los médicos adscritos o, dicho de otra forma, tiene libertad de escogencia de las marcas de medicamentos genéricos o de los productos que requiere para la prestación integral del servicio de salud, puesto que dentro del esquema de libertades de empresa e iniciativa privada y de competencia entre los fabricantes de los insumos médicos, el Estado no podría imponer determinados productos porque se afectaría el núcleo esencial de esos derechos constitucionales; por lo que resulta válido sostener que, por regla general, la E.P.S. puede escoger la materia prima que más se ajuste a sus objetivos sociales.

Sin embargo, lo dicho no significa que la E.P.S. tiene total libertad en la adopción de las decisiones dirigidas a escoger los insumos médicos o los proveedores y las marcas de los productos que se requieren, por cuanto el carácter de servicio público de la salud, la responsabilidad del Estado en su prestación y la especial condición humana de la actividad, restringen y limitan la autonomía de esas entidades, pues no debe olvidarse que la prestación del servicio de salud no se rige, en su integridad, por las reglas de la autonomía de la voluntad privada sino que es una actividad reglada e intervenida por el Estado como titular del deber de prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos en el contexto del Estado Social de Derecho cuyo fin esencial es la defensa de los derechos y libertades inherentes al ser humano (artículos 1º, 2º, 49 y 365 de la Carta).

Así, en ejercicio de la función reguladora del Estado en la prestación del servicio público de salud, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispuso la calidad como uno de los principios rectores de ese servicio, de tal forma que se garantice a los usuarios “la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional”. De igual manera, el artículo

185 de esa misma normativa dispuso:

“Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud”.

En este mismo sentido, el artículo 22 de la Resolución 5261 de 1994 preceptuó:

“DEFINICIONES PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS. Para determinar la calidad en la prestación de los servicios, se establecen las siguientes definiciones:

a. Calidad de la atención es el conjunto de características técnico- científicas, materiales y humanas que debe tener la atención de salud que se provea a los beneficiarios, para alcanzar los efectos posibles con los que se obtenga el mayor número de años de vida saludables y a un costo que sea social y económicamente viable para el sistema y sus afiliados. Sus características son: oportunidad, agilidad, accesibilidad, continuidad, suficiencia, seguridad, integralidad e integridad, racionalidad lógico-científica, costoefectividad, eficiencia, humanidad, información, transparencia, consentimiento y grado de

satisfacción de los usuarios.

b. Evaluación de calidad de la atención es la medición del nivel de calidad de una actividad, procedimiento o guía de atención integral de salud”.

En este orden de ideas, la aplicación del principio de calidad de los servicios médicos exige márgenes razonables de eficiencia en la prestación del servicio de salud a cargo de las E.P.S. y, por esta razón, puede exigirse por vía de tutela cuando resultan afectados los derechos fundamentales de los usuarios. De hecho, esta Corporación ya había dicho que “en la

prestación de los servicios de salud por parte de las E.P.S. se deben poner a disposición del paciente los tratamientos óptimos disponibles”⁷.

10. De otra parte, también limita la autonomía de la voluntad privada de las Empresas Promotoras de Salud el hecho de que la actividad que prestan no sólo involucran sus intereses y los derechos de los pacientes, sino también la ética y la responsabilidad social de los médicos, en tanto que hace parte del ejercicio de esa profesión la valoración de los productos, medicamentos e instrumentos que ordenan a sus pacientes. Por esta razón, la confianza y la seguridad que les ofrecen los insumos son determinantes en la práctica médica, de tal suerte que la E.P.S. debe permitirles a los galenos un margen de apreciación en la valoración de la calidad y confianza de los productos.

11. Con base en lo expuesto, es fácil concluir que la E.P.S. debe garantizarle a la peticionaria la realización de la cirugía ordenada por el médico tratante con la utilización de los implementos médicos requeridos con la calidad y confianza fijada por los estándares aceptados en la práctica profesional.

Ahora, como puede advertirse en la descripción de los hechos que originan esta sentencia, mientras el médico tratante recomienda la utilización del sistema omega 21 para adelantar la cirugía que requiere la accionante, la E.P.S. autoriza la intervención quirúrgica, pero con la implementación del sistema Johnson y Johnson, cuyo uso “no es ideal para la patología de la paciente”, según criterio del médico tratante. Por esta razón, a la Sala corresponde averiguar si el juez constitucional puede resolver controversias médicas en torno a la utilización de instrumentos quirúrgicos.

Concluido lo anterior, y antes de resolver el problema jurídico planteado, es importante formular una precisión: a pesar de que, en la contestación de la solicitud de tutela, la entidad demandada se refiere in extenso al deber de suministrar medicamentos en su presentación genérica o denominación internacional, lo cual es claramente indiscutible, lo cierto es que, en esta oportunidad, no se trata de resolver si la E.P.S. está obligada a entregar medicamentos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, sino que se trata de establecer si la discusión sobre la utilización de una de dos marcas de elementos quirúrgicos, ninguno de los dos excluidos del P.O.S., puede ser resuelta por el juez constitucional. Con base en ello, procede la Sala a adelantar ese análisis.

Controversias médicas en torno a la utilización de instrumentos quirúrgicos adecuados para el paciente y función del juez constitucional.

12. En varias oportunidades, la Corte Constitucional ha advertido que a pesar de que los jueces no están legitimados para dirimir las controversias técnicas propias del ejercicio profesional de los médicos, existen algunas ocasiones excepcionales en las que puede existir intervención judicial en caso de que esos conflictos afecten la atención médica. En este sentido, esta Corporación señaló los casos de intervención excepcional así:

“la jurisdicción constitucional adquiere competencia para dirimir un asunto relacionado con la atención médica cuando (i) la actuación de una entidad encargada de prestar el servicio público de salud involucra posturas o criterios arbitrarios, desproporcionados o injustificados y (ii) con dicha actuación se desconocen derechos fundamentales”⁸.

Además, en esa oportunidad, la Sala de Revisión dijo que cuando aparecen varios conceptos proferidos por médicos y la Empresa Promotora de Salud y, esa controversia afecta derechos fundamentales, a esta última corresponde ofrecer argumentos de tipo médico que desvirtúen el concepto de los especialistas para, de este modo, se protejan los derechos amenazados o vulnerados. Por ello, concluyó que “las entidades comprometidas con la prestación del servicio público de salud no pueden utilizar sus propias auditorias para establecer, sin soporte argumentativo médico, legal o constitucional suficiente, que una determinada prestación está incluida o excluida de los planes de beneficios”⁹.

13. De igual manera, la Corte Constitucional ha dicho que “no es facultad del juez constitucional indicar el tratamiento médico que debe serle practicado a un paciente, ni determinar el momento en que debe suspenderse, y ha insistido en que los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los procedimientos y la entrega de los medicamentos prescritos por los ‘médicos tratantes’, dado que son sólo ellos quienes, por tener los conocimientos de los que carece el juez, pueden determinar si un determinado tratamiento resulta adecuado o no en el caso particular”¹⁰. Por consiguiente, por regla general y a falta de argumentos médicos que lo desvirtúen, el criterio del médico tratante, adscrito a la E.P.S., prevalece respecto de otras posiciones médicas, en tanto que es razonable suponer que ese profesional es quién mejor conoce la evolución de la enfermedad de cada uno de sus pacientes¹¹.

14. Para esclarecer aspectos técnicos y la actual situación médica de la señora Luz Marina Tovar Reyes, mediante auto del 30 de enero de 2007, esta Sala de Revisión decretó pruebas para que el médico neurocirujano que trata la enfermedad de la accionante y Medicina Legal de Tunja, informen “i) cuáles son las diferencias en el uso, fijación y riesgos de la utilización de los SISTEMAS DE FIJACIÓN OMEGA 21 y JOHNSON y JOHNSON para los casos de hernia discal. ii) cuál puede ser el impacto de la utilización de uno u otro sistema en la salud de la señora Luz Marina Tovar Reyes (con cédula de ciudadanía 23.652.210, afiliada a SALUDCOOP EPS...”

Al respecto, el 15 de febrero de 2007, la doctora Sandra Monroy Vargas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, informó lo siguiente:

Al examen físico: Marcha con bastón, espasmo muscular paravertebral lumbosacro, acusa lumbalgia permanente y parestesias ocasionales.. No hay déficit neurológico en el momento.

Por su parte, el médico tratante de la peticionaria, doctor Jorge Enrique Hernández de Castro, el 6 de febrero de 2007 dijo:

“El sistema de fijación vertebral posterior Omega 21, consta de tornillos transpiculares autotarraja que se conecta a barra mediante conector multidireccional, que hace que sea relativamente fácil de colocar y seguro para el paciente, constituyendo un sistema rígido que favorece la artrodesis (fusión vertebral).

La casa Johnson y Johnson tiene dos sistemas: el Moss Miami de Tornillo con cabeza acanalada que se conecta a barra mediante una tuerca externa y un tornillo interno llamado prisionero, difícil de colocar, fue diseñado y los estudios realizados es para manejo de columna con escoliosis por lo que tiene tendencia a ser un sistema semirígido para permitir el crecimiento del paciente, no es ideal para manejo de enfermedades degenerativas de columna, como la de la paciente LUZ MARINA TOVAR con espondilolisis L5 y espondilolistesis L5-S1, es difícil su colocación. El segundo sistema llamado Expedium TM es prácticamente desconocido similar al Moss Miami, sólo que no cuenta con el prisionero...

La experiencia del neurocirujano en la utilización de un sistema de fijación vertebral es indispensable puesto que esto garantiza en gran medida el éxito de la cirugía a corto y largo

plazo.

Los sistemas de Johnson y Jonson no son fáciles de manejar, manipular y colocar en cambio el Omega 21 es un sistema confiable y relativamente fácil de manipular, manejar y colocar, claro está que ustedes encontrarán la opinión de otros especialistas, exactamente lo contrario, esto se debe a la experiencia de cada especialista en el manejo de un sistema.

La escogencia del material debería ser una prioridad del especialista y no debería primar únicamente los costos, como está ocurriendo actualmente, se le impone un sistema al especialista, so pena de cancelación del contrato con la entidad a la que presta los servicios”

Se evidencia, entonces, que, en el caso objeto de análisis, el procedimiento quirúrgico de fijación vertebral posterior con la utilización del sistema omega 21, ofrece considerables ventajas sobre el sistema Johnson y Johnson, ofrecido por la E.P.S. a la accionante, pues además de que, el médico tratante tiene mayor confianza y experiencia con su utilización, reduce ostensiblemente los riesgos de las complicaciones originadas por el carácter degenerativo de la enfermedad que aqueja a la señora Tovar. Por consiguiente, para la Sala existen, entonces, tres aspectos que permiten concluir que lo procedente en este caso específico es ordenar que se autorice la cirugía ordenada por el médico tratante con la implementación del sistema Omega 21. De una parte, se trata de un procedimiento más seguro para la paciente; de otra parte, según afirmó el médico tratante, el sistema Johnson y Jonson, ofrecido por la E.P.S. “no es ideal” para el manejo de enfermedades degenerativas de columna, pues para ese efecto el que más se acomoda a la dolencia es el sistema Omega 21. Por último, las circunstancias de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentra la demandante, dado el incremento de los dolores, la dificultad para caminar que aumenta su incapacidad laboral y el tiempo prolongado que ha padecido esta dolencia, permiten concluir que procede la presente acción constitucional para la protección de los derechos a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas e integridad física de la peticionaria.

15. Finalmente, la Sala considera prudente advertir a la E.P.S. demandada que la posición técnica adoptada por el doctor Jorge Enrique Hernández de Castro, médico tratante de la señora Tovar Reyes, no puede afectar su relación laboral o contractual con ella, pues la ética médica y el deber de proteger la vida y la salud de la paciente se imponen sobre

consideraciones económicas o administrativas del momento.

Por las razones expuestas, debe concluirse que la E.P.S. de SALUDCOOP vulneró el derecho a la salud en conexidad con la vida digna de la peticionaria y, por consiguiente, debe accederse a las pretensiones de la solicitud de tutela. Por ello, se revocará la sentencia del 3 de octubre de 2006 del Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja y, en su lugar, se confirmará la sentencia del 28 de agosto de 2006, proferida por el Juzgado 7º Civil Municipal de Tunja, en cuanto concedió el amparo solicitado por la señora Luz Marina Tovar Reyes.

III. 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 del 3 de octubre de 2006, proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja, en el proceso de la referencia. En su lugar, MODIFICAR la sentencia del 28 de agosto de 2006, proferida por el Juzgado 7º Civil Municipal de Tunja, en lo siguiente:

a. ORDENAR a la E.P.S. de Saludcoop, con sede en Tunja, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, autorice la señora Luz Marina Tovar Reyes la intervención quirúrgica que requiere con la fijación del sistema Omega 21, tal y como fue ordenado por el médico tratante, adscrito a la E.P.S.

b. REVOCAR la autorización a la E.P.S. demandada para repetir contra el FOSYGA, en tanto que lo ordenado en esta providencia se encuentra incluido en el Plan obligatorio de Salud.

SEGUNDO: ADVERTIR a la E.P.S. demandada que la posición técnica adoptada por el doctor Jorge Enrique Hernández de Castro, médico tratante de la señora Tovar Reyes, no puede afectar su relación laboral o contractual con la empresa.

TERCERO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El artículo 44 de la Constitución define en forma expresa la salud de los niños como un derecho fundamental.

2 Al respecto, puede consultarse la sentencia T-750 de 2004.

3 Entre otras, léanse las sentencias T-1149 de 2005, T-171 de 2003 y T-610 de 2005.

4 Sentencias T-271 de 1995 y T-645 de 1996.

5 Sentencia C-177 de 1998.

6 En relación con el carácter integral del servicio público de salud, pueden verse, entre otras, las Sentencias T-062 y T-064 de 2006, T-136 de 2004, T-436 de 2002, C-616 de 2001.

7 Sentencia T-678 de 2004

8 Sentencia T-750 de 2004

9 Ídem

10 Sentencia T-1131 de 2004

11 Pueden consultarse las Sentencias T-1166 de 2005, T-926 de 2004 y T-135 de 2006, entre otras.