

Sentencia T-346A/14

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional cuando amenaza derechos fundamentales

En amplia jurisprudencia la Corte Constitucional ha reiterado, por regla general, la improcedencia de la tutela como mecanismo para la protección de derechos fundamentales que podrían ser vulnerados o amenazados como consecuencia de la expedición de un acto administrativo, cuyo control atañe a la respectiva jurisdicción contenciosa. Con todo, pueden concurrir unas condiciones especiales que hacen procedente el amparo constitucional, si (i) de manera cierta emerge la amenaza o el daño de magnitud sobre un derecho fundamental; (ii) que no exista forma de repararlo, de ocurrir, (iii) lo cual se aprecia inminente, (iv) convirtiendo en urgente e (v) impostergable e indispensable la protección tutelar.

DERECHO FUNDAMENTAL A ESCOGER PROFESION U OFICIO-Contenido

El derecho a escoger profesión u oficio, consagrado en el artículo 26 superior, tiene que ser respetado, para que todas las personas puedan seleccionar libremente la actividad a la que van a dedicarse, de acuerdo con su vocación, aptitud, habilidades e intereses, en condiciones de libertad e igualdad.

LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO-Límites al exigir título de idoneidad y obligación de autoridades competentes de inspeccionar y vigilar el ejercicio de tales profesiones u oficios

No existiendo derechos absolutos, la libertad de escoger profesión u oficio también tiene límites, derivados especialmente de dos aspectos relevantes: (i) la posibilidad que tiene el legislador de exigir títulos de idoneidad, para el ejercicio de aquellas profesiones que exijan especial capacitación y formación académica, cuya raigambre constitucional guarda relación y fundamento en el deber de las autoridades públicas de proteger los derechos ciudadanos y consultar el interés general; (ii) la obligación de las autoridades públicas competentes, de inspeccionar y vigilar el ejercicio de tales profesiones u oficios, conforme a

las normas establecidas al efecto. Dichos límites tienen reserva de ley, por lo que el legislador es el competente para establecer los diplomas de idoneidad que deben acompañar el ejercicio de las profesiones que los requieran y las condiciones en que se da la inspección y vigilancia. Así, la exigencia de títulos de idoneidad es una excepción, cuyo propósito es proteger a la comunidad del riesgo derivado de un ejercicio indebido, inidóneo o irresponsable de tal libertad.

PROFESION DE MEDICINA-Ejercicio implica un elevado riesgo social y un impacto significativo en los derechos de las personas

Reitérese que la medicina es una actividad profesional cuya práctica implica elevado riesgo social y un impacto significativo en los derechos de los asociados; consecuentemente, su ejercicio y el de sus diversas especialidades requieren títulos de aptitud, que acrediten los conocimientos técnicos necesarios para la realización idónea de las actividades correspondientes. Además, las autoridades públicas están habilitadas para vigilar e inspeccionar el ejercicio de tal profesión y sus especialidades, conforme a las exigencias normativas.

PROFESION DE ENDOSCOPISTA-Título de idoneidad

LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO-No vulneración por cuanto el accionante no posee título especialista para ejercer la profesión de endoscopista

Referencia: expediente T-3991240.

Acción de tutela instaurada mediante apoderado por Germán Rivero Romero, contra el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría de Salud de Boyacá.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., junio seis (6) de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus

competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en segunda instancia por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, dentro de la acción de tutela instaurada mediante apoderado por Germán Rivero Romero, contra el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría de Salud de Boyacá.

El asunto llegó a la Corte por remisión que realizó la secretaría de dicha Sala, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; la Sala Cuarta de Selección, por auto de abril 15 de 2013, lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Mediante apoderado, el doctor Germán Rivero Romero, de 62 años de edad, incoó acción de tutela en enero 24 de 2013, contra el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría de Salud de Boyacá, pidiendo amparar sus derechos a la libre escogencia de profesión u oficio y al mínimo vital.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. El apoderado del actor señaló que su procurado obtuvo el título profesional de doctor en medicina y cirugía en julio 9 de 1976, en la Pontificia Universidad Javeriana, y que entre enero y diciembre de 1991 participó en un entrenamiento en endoscopia digestiva, con prácticas supervisadas por dicha institución (f. 1 cd. inicial), a partir de lo cual “desde hace más de 35 años ha ejercido la medicina diligentemente... y cuenta con pericia, experiencia, idoneidad y excelencia profesional en la realización de procedimientos de endoscopia durante 19 años” (f. 5 ib.).

Indicó que “las condiciones para continuar trabajando como endoscopista cambiaron”, con la Ley 1164 de octubre 3 de 2007 (por la cual se dictan disposiciones en materia de talento humano en salud), pues frente a los presupuesto para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones en esa área, el parágrafo 2° del artículo 18 señala que “quienes a la vigencia de la presente ley se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado

correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado”.

2. De otra parte, la realización de endoscopías de vías digestivas, según el anexo 1° de la Resolución 1043 de abril 3 de 2006 (“por la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoria para el mejoramiento de la calidad de la atención”), quedó a cargo de “médicos especializados en gastroenterología, gastroenterología pediátrica, pediatría, coloproctología, cirugía pediátrica, cirugía general con subespecialidad en gastroenterología que en su formación demuestren bajo certificación a excepción de los gastroenterólogos, gastroenterólogos pediatras o coloproctólogos haber recibido entrenamiento de un año en endoscopia de vías digestivas certificado por una Institución de Educación Superior reconocida por el Estado”.

3. El apoderado del actor señaló que el doctor Germán Rivero Romero está en “imposibilidad de realizar una de las especialidades exigidas, porque tratan de programas de extensa duración (ninguno es menor de tres años y debe tenerse en cuenta que mi mandante a la fecha de promulgación de la Ley tenía 62 años de edad), que tienen un precio muy elevado y para completar la dificultad del requisito, exigen dedicación exclusiva, esto es, le impide al estudiante desempeñar una actividad laboral paralelamente al estudio de la especialización, lo cual es imposible de cumplir por mi mandante debido a su edad que hace que se trate de una persona que ya cuenta con una familia bajo su responsabilidad” (f. 4 ib.).

Agregó que “desde el año 2010 dejó de practicar los procedimientos de endoscopia, los cuales le reportaban un ingreso en promedio de OCHO MILLONES DE PESOS mensuales... con el cual podía hacerle frente a la manutención propia, de su núcleo familiar y llevar una existencia en condiciones congruas” (f. 8 ib.). Expresó además que “durante todo el tiempo que ha transcurrido desde que dejó de practicar procedimientos de endoscopia, ha adelantado toda clase de actuaciones administrativas, tendientes a obtener la correspondiente habilitación para realizar estos procedimientos de endoscopia sin que hasta la fecha... hayan permitido a mi mandante ejercer su profesión” (f. 9 ib.).

4. Así, solicitó inaplicar la preceptiva referida, “donde se establece la exigencia de tener un posgrado”, para que pueda continuar efectuando endoscopias digestivas, pues cuenta con la idoneidad y experiencia para realizar esos procedimientos sin poner en riesgo vidas ni la salud pública (fs. 21 a 22 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Poder otorgado por el doctor Germán Rivero Romero, para la interposición de la presente acción de tutela (f. 32 ib.).

2. Cédula de ciudadanía 19.129.186 de Bogotá, correspondiente al referido doctor, en la que consta que nació en mayo 30 de 1951 (f. 34 ib.).

3. Diploma de doctor en Medicina y Cirugía, otorgado al actor por la Pontificia Universidad Javeriana, en julio 9 de 1976 (f. 35 ib.).

4. Certificación expedida por el Jefe de la Unidad en Gastroenterología del Hospital Universitario de San Ignacio en diciembre 31 de 1991, en el que consta que el actor “asistió y participó de todas las actividades de la Unidad de Gastroenterología del Hospital Universitario de San Ignacio, durante el período comprendido entre los meses de enero a diciembre de 1991... Durante su entrenamiento recibió instrucción de Endoscopia Digestiva, con prácticas supervisadas de 385 Endoscopias” (f. 38 ib.).

5. Certificación expedida por el mismo funcionario en diciembre 11 de 1997, donde consta que el accionante “realizó un entrenamiento de Endoscopia Digestiva en la Unidad que actualmente dirijo, durante el período comprendido entre los meses de enero a diciembre de 1991. Posteriormente ha asistido a períodos de actualización durante cinco semanas en el año de 1996 y ocho semanas en el presente año” (f. 39 ib.).

6. Comunicación dirigida al actor por la representante de la Dirección General de Calidad de Servicios del Ministerio de Protección Social en julio 29 de 2008, donde le informa que para realizar endoscopias digestivas, es indispensable cumplir los requisitos de la Resolución 1043 de 2006; sin embargo, en su caso procede aplicar el parágrafo 2° del artículo 18 de la Ley 1164 de 2007, pues al momento de su expedición el servicio donde ejercía estaba habilitado. Por tanto, “procede otorgar a este profesional el período de

transición definido en esta última norma. Superado el período de transición, el profesional deberá acreditar el título correspondiente” (fs. 74 a 76 ib.).

7. Contrato de prestación de servicios suscrito entre el Departamento de Boyacá y el actor en noviembre 5 de 2010, para desarrollar acciones como gerente de la política pública “El Nuevo Ciudadano Boyacense”, con una duración de 12 meses y 26 días, por valor de \$84’000.000 (fs. 80 a 83 ib.).

8. Certificación expedida por el gerente del Centro de Ayudas Diagnósticas en enero 21 de 2013, donde consta que el accionante prestó sus servicios en el área de endoscopias de vías digestivas entre 1991 y 1997, como galeno adscrito en trece entidades médicas, realizando un total de 5.188 endoscopias de vías digestivas altas y 991 de vías digestivas bajas (f. 90 ib.).

9. Certificación del gerente de la Clínica Especializada de Los Andes S. A. en junio 19 de 2012, donde informa que el actor prestó sus servicios en el área de endoscopias de vías digestivas entre 1998 y agosto 30 de 2010, como galeno adscrito en 70 entidades médicas relacionadas (fs. 91 y 92 ib.).

10. Comunicación dirigida por el actor al Secretario de Salud de Boyacá de octubre 8 de 2012, donde solicita “certificación... para efectos de prestar el servicio de Endoscopia Digestiva alta y baja, como profesional independiente, a las diferentes Instituciones Prestadoras IPS y EPS promotoras que deseen contratar mis servicios en sus propias instalaciones” (f. 94 ib.).

11. Oficio dirigido por el Secretario de Salud de Boyacá al demandante en octubre 22 de 2012, donde le informa que al no cumplir los requisitos legales, “no es procedente expedir certificación alguna a su nombre para efectos de prestar el servicio de endoscopia digestiva alta y baja” (f. 95 ib.).

12. Registro civil de nacimiento de la hija del actor, Luisa María Rivero Bernal, donde consta que nació en julio 14 de 1989 (f. 96 ib.).

13. Orden de matrícula de Luisa María Rivero Bernal, expedida por la Universidad La Sabana en diciembre 13 de 2012, para el programa de pedagogía infantil, por valor de \$4’042.500

(f. 98 ib.).

14. Declaración extrajuicio rendida por el accionante ante el Notario 52 del Círculo de Bogotá en enero 23 de 2013, donde relata que “la lesión causada por la Resolución 1043 de 2006 y la Ley 1164 de 2007 es enorme e indescrptible. He tenido que ver afectada mi situación familiar, profesional, laboral, económica, social y de salud sin tener la posibilidad de reincorporarme laboralmente, así como ver la angustia de mi esposa e hijos. Pertenezco al ciclo de vida del adulto mayor para el que se exige protección pero no ha sido así en mi caso. He tenido que recurrir a préstamos e ir acabando con el escaso peculio obtenido honestamente durante una vida larga laboral para tratar de subsistir... tengo bajo mi responsabilidad a mi hija Lisa María Rivero a quien aún le faltan 3 años de pregrado, sin contar lo de las prácticas no remuneradas y su sostenimiento en la ciudad de Bogotá. También tengo bajo mi sustento a mi esposa, Clara Bernal quien tampoco cuenta con un trabajo y el de mi sobrino, quien lamentablemente por esta situación no pudo continuar estudiando...” (fs. 103 y 104 ib.).

15. Resolución del entonces Ministerio de la Protección Social 1043 de abril 3 de 2006 y anexo técnico 1, “por la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoria para el mejoramiento de la calidad de la atención” (fs. 108 y 128 ib.).

16. Formato de inscripciones 2012 con el Hospital Universitario San Ignacio de la Pontificia Universidad Javeriana, donde consta que la especialidad en Gastroenterología y Endoscopia Digestiva tiene una duración de 2 años, y se exige como requisito una especialidad en medicina interna, cuyo costo por semestre es de \$7´140.000. Por su parte la especialidad en medicina interna dura 3 años y su valor asciende a \$11´458.000 (f. 129 ib.).

17. Certificados y constancias de asistencia a cursos y congresos, expedidos por las respectivas instituciones organizadoras al doctor Germán Rivero Romero: (i) Simposio de Gastroenterología y Reumatología, organizado por Asmedas Seccional Boyacá en octubre 3 de 1991; (ii) Convención Nacional de Gastroenterología, Endoscopia Digestiva y Coloproctología, organizada por las Sociedades Colombianas de las referidas especialidades del 9 al 11 de octubre de 1991 en Bogotá; (iii) Primer Seminario Taller Nacional sobre Cáncer de Estómago, organizado por la Asociación Interamericana de Gastroenterología y

otras entidades del 2 al 4 de abril de 1992 en Huila; (iv) Curso en Servicio de Gastroenterología, organizado por la Universidad Nacional y Paris VIII del 18 al 20 de mayo de 1992, en Bogotá; (v) Curso de Actualización en Gastroenterología, organizado por la Sociedad de Gastroenterología y otras entidades en septiembre 24 de 1993 en Paipa; (vi) Convención Nacional de Gastroenterología, Endoscopia Digestiva, Coloproctología y Hepatología, organizada por las Sociedades Colombianas de las referidas especialidades del 20 al 23 de octubre de 1993 en Bogotá; (vii) Simposio de Actualización en Gastroenterología, realizado por la Sociedad Colombiana de Gastroenterología en abril 22 de 1994 en Bogotá; (viii) Curso Internacional de Endoscopia Digestiva, realizado por la Asociación Colombiana de Endoscopia Digestiva del 8 al 10 de febrero de 1996 en Bogotá; (ix) Congreso Colombiano de Enfermedades Digestivas, organizado por la Sociedad Colombiana de Gastroenterología y otras entidades del 14 al 17 de octubre de 1999 en Bogotá; (x) IV Curso Internacional de Endoscopia Digestiva, organizado por la Asociación Colombiana de Endoscopia Digestiva del 20 al 22 de junio de 2002 en Cartagena; y (xi) Congreso Colombiano de Enfermedades Digestivas, realizado por la Asociación Colombiana de Asociaciones del Aparato Digestivo del 10 al 12 de octubre de 2003 en Paipa (fs. 40 a 50 ib.).

18. Certificación expedida por el actor en enero 22 de 2013, donde informa que ha “practicado aproximadamente 17.777 procedimientos de endoscopia digestiva Alta y Baja. Además certificó que registró en un CD-ROOM la práctica de 10.998 procedimientos, aproximadamente” (f. 180 ib.).

C. Respuesta de la Secretaría de Salud de Boyacá.

En febrero 8 de 2013, el Secretario de Salud de Boyacá se opuso a las pretensiones de la acción de tutela, manifestando que “las disposiciones que rigen la materia determinan que es necesario que se cuente con los requisitos de estudio referidos en dichas normas para el ejercicio de la profesión y de las actividades que reclama el doctor Riveros por lo que al no cumplir con las mismas no es procedente ni fáctica ni jurídicamente a la Secretaría de Salud de Boyacá realizar inscripción de servicios que no se encuentren acorde con lo regulado” (f. 275 ib.).

D. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social.

En febrero 12 de 2013, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social solicitó declarar improcedente el amparo, por cuanto “una vez revisados los documentos y soportes allegados, se observa que se anexó el título otorgado en pregrado y no hay título de especialista”, el cual se requiere acreditar para realizar endoscopias digestivas. Advirtió que la relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia, que asigna a los profesionales de la salud la responsabilidad permanente de la autorregulación, en el marco de un ejercicio responsable, ético y competente (f. 283 ib.).

E. Sentencia de primera instancia.

En fallo de febrero 21 de 2013, la Sala de Decisión Segunda del Tribunal Administrativo de Boyacá declaró improcedente la acción, indicando que “no se observa vulneración al mínimo vital... pues el Ministerio de Protección Social mediante oficio 275722 del 16 de septiembre de 2008... habilitó al accionante para la práctica de los procedimientos de endoscopia digestiva, para el período de transición establecido en el parágrafo 2° del artículo 18 de la Ley 1164 de 2007 (3 años), indicándole adicionalmente que superado ese término (3 de octubre de 2010) debería acreditar el título correspondiente en dicha especialidad, pues no basta la realización de simposios, jornadas de actualización, talleres o cursos y la práctica en distintas entidades del sector salud para suplir el requisito previsto en la ley” (f. 305 ib.).

Precisó que el doctor Germán Rivero Romero conocía el requisito que debía cumplir y acreditar para la práctica de endoscopias digestivas, pero se abstuvo de cursar el programa académico que exige la norma para habilitarlo en dichos procedimientos. Además, “el accionante ha venido realizando funciones distintas a la práctica de endoscopias, al desempeñarse como gerente de la política pública departamental, por lo que no se puede concluir, entonces, que sólo percibe ingresos económicos por dicha actividad” (f. 305 ib.).

Explicó que el actor puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para debatir la legalidad del oficio expedido por la Secretaria de Salud de Boyacá en octubre 22 de 2012, que le negó la autorización para realizar endoscopías digestivas, teniendo además en cuenta que en dicho proceso es posible pedir la suspensión provisional del acto acusado (f. 301 ib.).

F. Impugnación.

Mediante escrito de febrero 26 de 2013, el apoderado del actor impugnó el fallo antes referido, reiterando lo expresado en la demanda de tutela y adicionando que la decisión en un proceso contencioso administrativo se produciría años después “de la correspondiente demanda, lo cual perpetuaría en el tiempo la grave situación de indefensión económica de mi mandante... En ese mismo sentido, téngase presente que mi mandante no percibe actualmente un ingreso fijo, ni mucho menos una pensión, pues su propia subsistencia en el mayor de los casos depende de la solidaridad y apoyo económico proveniente de dos de sus hijos mayores que trabajan, por lo tanto, no cuenta con los recursos económicos que le permitan afrontar un proceso contencioso de esa naturaleza” (fs. 312 y 324 ib.).

G. Sentencia de segunda instancia.

En marzo 22 de 2013, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó el fallo impugnado, reiterando que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial y no hallando configurado un perjuicio irremediable, pues “en la actualidad cuenta con un contrato de prestación de servicios suscrito con el departamento de Boyacá que le permite garantizar un ingreso para su congrua subsistencia, además que es un profesional de la medicina que puede ejercer su oficio de manera independiente” (f. 348 ib.).

H. Actuación dentro del trámite de revisión.

1. Mediante auto de noviembre 22 de 2013, esta corporación dispuso oficiar al Ministerio de Educación Nacional, para que además de lo que deseara expresar frente a los hechos objeto de esta acción, informara qué instituciones universitarias en Bogotá y Tunja ofrecen los programas de especialización en gastroenterología, gastroenterología pediátrica, pediatría, coloproctología y cirugía pediátrica, cuáles son los requisitos para ser admitido y los costos.

También se requirió a la Asociación Colombiana de Endoscopia Digestiva, ACED, para que rindiera un concepto sobre los hechos del caso, además de lo que deseara expresar, solicitar o controvertir.

2. En escrito de noviembre 28 de 2013, la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de

Endoscopia Digestiva informó (f. 65 ib.):

- “1. La realización de endoscopia digestiva requiere conocimientos prácticos y teóricos fundamentados en ciencias clínicas y básicas de la medicina.
2. La endoscopia digestiva ha evolucionado de una manera muy importante.
3. Su aprendizaje debe ser parte de un programa académico de educación universitaria NO menor de 2 años adicionales en un programa formal, de subespecialización autorizado, avalado y auditado por el Ministerio de Educación.
- 4 Dicho programa de subespecialización debe ser realizado por médicos, con especialización y título en medicina interna o cirugía general.
5. Todo esto con el único fin de mejorar la calidad y atención con la seguridad necesaria en todos y cada uno de nuestros pacientes en el país.”

Anexó un trabajo realizado por la propia Asociación Colombiana de Endoscopia Digestiva, denominado “Primer consenso colombiano sobre la práctica de endoscopia digestiva ‘Acuerdo en lo fundamental’ (Primera parte: Aspectos formativos)”, publicado en la Revista Colombiana de Gastroenterología de marzo 27 de 2012[1], sobre la necesidad de entrenamiento adecuado en la técnica de endoscopia digestiva, “tan valiosa como difícil de aprender”, para cuya elaboración “se reunieron los jefes de los programas universitarios de gastroenterología y endoscopia digestiva, de cirugía gastrointestinal, presidentes y ex presidentes de las Asociaciones del Aparato Digestivo, Gastroenterología, y Endoscopia Digestiva, representantes de las Asociaciones Colombiana de Medicina Interna y Cirugía, así como los principales líderes de opinión de Endoscopia Digestiva y Gastroenterología reconocidos académicamente”.

En la publicación se expresó que el escenario de la práctica en gastroenterológica y endoscópica es muy complejo en Colombia, toda vez que está determinado por diferentes concepciones, normatividades e intereses (fs. 66 a 72 ib.), como en extenso se transcribe a continuación:

“La Resolución 1043 de 2006 (por la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios), determina en su Anexo

Técnico N° 1, numeral 1º Recurso Humano, que la gastroenterología y endoscopia de vías digestivas puede ser ejercida por ‘médicos especializados en gastroenterología, gastroenterología pediátrica, coloproctología, medicina interna con subespecialidad en gastroenterología; y pediatría, cirugía pediátrica, cirugía general o medicina interna que en su formación demuestren haber recibido entrenamiento de un año en endoscopia de vías digestivas certificado por una institución de educación superior reconocida por el Estado’.

La Ley 1164 de 2007 (por la cual se dictan disposiciones en materia de Talento Humano en Salud) modificada posteriormente con la Ley 1438 de 2011, estipula ‘las características acerca de la formación, ejercicio y gestión de las profesiones del área de la salud’ en coherencia con la población colombiana y las características y objetivos del sistema general de seguridad social en salud definidos en la Ley 100 de 1993.

Las mencionadas leyes complejizan el escenario cuando determinan las relaciones que debe tener el talento humano en salud desde su ejercicio (estas leyes son expedidas desde el Ministerio de Protección Social), con el escenario del Ministerio de Educación cuyas directrices generales, que tocan la formación de postgrado, están estipuladas en la Ley 30 de 1992 y la Ley 115 de 1994.

Como se puede apreciar, la definición de las características formativas para la práctica de la gastroenterología y endoscopia digestiva se dictaron desde un escenario diferente al educativo y con antelación a la búsqueda de las relaciones armónicas y comprensivas que han de tener los espacios laborales y pedagógicos, especialmente en un campo tan sensible de la población colombiana como es el de la salud digestiva.

Las evidentes incongruencias generadas por esta amplia normatividad han propiciado múltiples tensiones entre los diferentes especialistas; las asociaciones científicas; entre estas y los ministerios mencionados; los médicos que han ido a recibir algún tipo de formación (usualmente endoscópica) en el exterior y que a su retorno buscan la convalidación de su título profesional (ICFES); entre quienes ejercen la gastroenterología (clínica y/o quirúrgica) luego de ser especialistas y realizar una subespecialidad y aquellos que la ejercen luego de ser especialistas y recibir capacitación de un año.

... ..

Expresada la complejidad (y hasta cierto punto la desorganización) legal, académica y laboral en la que circula la endoscopia digestiva, el estudio ha hecho evidente que, a pesar de que en lo pedagógico los programas de formación nacionales para especialización en gastroenterología han definido un perfil del egresado encaminado a lograr 'especialista con liderazgo, con habilidades para transmitir conocimiento y desarrollar programas de investigación', con un amplio conocimiento en habilidades del sistema digestivo 'para entender, aprender y aplicar los diversos avances tecnológicos en endoscopia gastrointestinal', la realidad muestra que no se está cumpliendo con la obtención plena de este perfil en los médicos que ejercen la endoscopia digestiva. Todos los programas en el país tienen como parámetro para su ingreso el ser especialista en Medicina Interna o Cirugía General. Por otra parte, hasta el 2006 el ejercicio de la endoscopia digestiva estaba autorizado solo para egresados de estos programas, entendiéndose a la endoscopia digestiva como elemento importante (más no central ni definitivo) del ejercicio médico relacionado con las enfermedades digestivas.

El consenso actual logró llegar a acuerdos encaminados a mostrar la impertinencia de aceptar tiempos de formación en endoscopia digestiva de solo un año y luego de una especialización general; y mostrar, la pertinencia (dados los avances científicos, tecnológicos y las implicaciones sociales y éticas) de exigir, para el ejercicio de la endoscopia básica un tiempo de formación no menor a 2 años; y para la endoscopia avanzada, un tiempo de formación total entre 3 y 4 años. En ambas circunstancias, siempre como parte de un programa de subespecialidad en gastroenterología, sea clínica (gastroenterología, gastroenterología pediátrica) o quirúrgica (cirugía gastrointestinal, coloproctología, cirugía pediátrica), acogiéndose a estándares internacionales.

Estas características formativas se apoyan en la importancia de acercarse al desarrollo de la capacidad cognitiva acerca de las patologías digestivas así como a la habilidad técnica en los procedimientos al igual que en la capacidad interpretativa y propositiva de los estudios para hacer una adecuada propuesta de tratamiento, recuperación o rehabilitación. Igualmente se llegó a un consenso positivo sobre la importancia de introducir explícitamente actividades formativas relacionadas con la ética y los valores, administración y la gestión. El consenso no ha desconocido la normatividad legal vigente en Colombia a 2012, donde se permite que los Cirujanos Generales o Internistas con un año de entrenamiento (avalado por una institución universitaria) puedan realizar endoscopia

digestiva. Tampoco desconoció la motivación gubernamental para haber autorizado este tipo de práctica médica, basado en criterios de universalidad, equidad e igualdad que son definidos como principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por un aparente o real déficit de especialistas en esta área de la Salud (art. 153 de la Ley 100 de 1993 y artículo 3 de la Ley 1438 de 2011).

El consenso ha puesto, en contraposición a estos postulados, otro principio del mismo sistema y de las leyes mencionadas: nos referimos al principio de calidad. Han sido múltiples las manifestaciones por la cuales se ha llegado a un consenso para no recomendar que se siga permitiendo la práctica de la endoscopia digestiva, ni siquiera la básica diagnóstica, con tan poco tiempo de preparación. Pues no es esta una práctica ética ni moral, pues la supuesta equidad e igualdad no se les puede asegurar a los pacientes si el profesional que lo está examinando no cuenta con el adecuado y suficiente nivel de preparación, de acuerdo a la opinión de los mayores expertos de la gastroenterología del país.

No es el criterio central para avalar la adecuada formación en endoscopia digestiva el certificar un número determinado de procedimientos. Son las características académicas, tecnológicas supervisadas con seguimiento, investigadas, las que vuelven a un determinado número de procedimientos efectivamente en una evidencia de adecuada formación. Evidencia formativa que sí se constituye en un instrumento que genere justicia social.

Estas consideraciones relativas al tipo de formación previa y a los tiempos mínimos de formación no surgieron de forma prejuiciosa; se observaron estructurados desde reflexiones en profesores y profesionales, la mayoría de ellos con más de 20 años de experiencia docente y laboral, para quienes el centro de la discusión está en la forma como se entiende lo que es la endoscopia digestiva. El consenso rechazó con amplitud el ver a la endoscopia digestiva como una especialidad independiente de las especialidades relacionadas con enfermedades digestivas. Igualmente, no la aprecian como una simple técnica aplicable indiscriminadamente por otras especialidades no centradas en enfermedades digestivas. Por el contrario la endoscopia digestiva se aprecia como parte de toda una formación integral dentro de las especialidades gastroenterologías mencionadas previamente.

En ese sentido, el consenso fue cuidadoso en no ceder la responsabilidad de la formación

endoscópica a prácticas centradas en técnicas, por muy especializadas que ellas sean; ni los recursos económicos o tecnológicos pueden reemplazar ni desplazar la formación integral que debe aportar el docente de gastroenterología y endoscopia digestiva; docente que debe prepararse para ser tal, apoyándose en los diferentes programas de cualificación pedagógica existentes en las universidades o en algunas asociaciones científicas mundiales.

Cuando las discusiones, en instancias internacionales como Asociación Americana de Endoscopia Gastrointestinal (ASGE) y Sociedad Interamericana de Endoscopia Digestiva (SIED) se diseccionan desde currículos centrales (Core Curriculum) y se centran en aspectos formativos y de calidad (comprensión holística de la endoscopia; cumplimiento de bioseguridad; mejora en interpretación de hallazgos endoscópicos; identificación de factores de riesgo; limitaciones de los procedimientos; o mediciones de calidad), en nuestro escenario debemos aún resolver retos que no tienen que ver estrictamente con procesos formativos o asistenciales o investigativos (por ejemplo, el tipo de contratación laboral de los intermediarios del sistema o la definición de pisos tarifarios).

Pero es responsabilidad de todos los actores entrar a solucionar las divergencias, toda vez que la dimensión formativa en endoscopia digestiva acarrea, como toda práctica médica, un deber ético y moral que debe ir más allá de cualquier interés que lo aleje de ejercer una acción médica que asegure el bienestar integral del paciente.”

3. En escrito de noviembre 29 de 2013, un asesor jurídico del Ministerio de Educación indicó que luego de consultar los programas de especialización en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior, se verificó que ninguno de ellos es ofrecido en Tunja, y que en Bogotá se brindan por las siguientes instituciones de educación superior (fs. 73 y 74 ib.):

“Gastroenterología:

- Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud
- Pontificia Universidad Javeriana
- Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

- Fundación Universitaria Sanitas
- Universidad Militar Nueva Granada
- Universidad Nacional de Colombia

Gastroenterología Pediátrica:

- Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud
- Pontificia Universidad Javeriana
- Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
- Fundación Universitaria Sanitas
- Universidad Militar Nueva Granada
- Universidad del Bosque

Coloproctología:

- Universidad Militar Nueva Granada

Cirugía Pediátrica:

- Universidad Militar Nueva Granada
- Universidad Nacional de Colombia"

Con respecto a los requisitos para ingresar a los referidos programas académicos, anotó que suponen la culminación del ciclo de pregrado; en relación a los costos, sostuvo que son establecidos por cada institución de educación superior.

4. La complejidad del caso condujo a esta Sala de Revisión, por medio de auto de diciembre 2 de 2013, a suspender los términos para resolver el presente asunto, mientras se acopiaba y evaluaba la prueba restante de las ordenadas en el auto de noviembre 22 de 2013.

5. Mediante escrito recibido por correo electrónico en diciembre 6 de 2013, el Tribunal Administrativo de Boyacá allegó un acta con el resumen de la audiencia realizada en diciembre 6 de 2013 con el doctor Germán Rivero Romero y la grabación de dicha audiencia[2] (fs. 100 y 101 ib.), constatándose preguntas y repuestas como las siguientes:

“PREGUNTA: explique las razones por las cuales en el año 2007, cuando entró en vigencia la Ley 1164 de 2007, y contaba con 57 años de edad, no inició los estudios pertinentes para certificar su idoneidad en la realización de endoscopias digestivas.

CONTESTÓ: Dificultad que existe en cursar una especialidad en medicina por la edad que tenía, 57 años de edad. A esa edad se tiene una serie de obligaciones familiares como deudas. Además por el costo de la matrícula y el mínimo de años en que se cursa la especialidad y por el número de cupos que otorgan las universidades, los cuales son muy pocos.

PREGUNTA: Informe al despacho donde se encuentra laborando actualmente y cuáles son los ingresos mensuales que recibe.

CONTESTÓ: A partir de la expedición de la Ley 1164 de 2007 los ingresos se vieron disminuidos, al momento tuve que vender consultorios que tenía a mi nombre, así como el vehículo particular, para asumir deudas adquiridas. No estoy trabajando, dependía de dos hijos que me estaban ayudando y me he endeudado con algunos de mis amigos por lo que no dispongo de ningún ingreso.

Me forme en la endoscopia digestiva en el año 1991 y en la actualidad no puedo ejercer, no tengo ingresos.

PREGUNTA: ¿Informe al despacho si durante el tiempo que ha ejercido como médico realizó o se encuentra realizando cotizaciones y/o aportes para pensión de vejez? En caso afirmativo a cuál caja, fondo o entidad del sector público o privado.

CONTESTÓ: Soy víctima del cambio del Seguro Social a Colpensiones, tengo el tiempo cotizado, pero cuando solicite la revisión de la historia laboral se desaparecieron varios años (14) cotizados, tuve que demandar para el reconocimiento de mi pensión y no he recibido respuesta alguna.

Se le concede el uso de la palabra al declarante si tiene algo que agregar a la presente audiencia.

CONTESTÓ: Mi situación es crítica, para mí no es fácil contar lo que me está pasando pero estoy esperando que se haga justicia.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Según lo expuesto, esta Sala resolverá si el Ministerio de Salud y Protección Social y/o la Secretaría de Salud de Boyacá han vulnerado los derechos a la libre escogencia de profesión u oficio y al mínimo vital del médico Germán Rivero Romero, al abstenerse de habilitarlo profesionalmente para realizar endoscopias digestivas e impedirle así laborar en esa específica área de la medicina, a pesar de tener las aptitudes para desempeñarse satisfactoriamente en dicha actividad, pues la ha llevado a cabo por más de 16 años y de la misma ha derivado su sustento y el de su familia.

La cuestión que se plantea conduce a precisar (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que violen derechos fundamentales; (ii) el derecho fundamental a la libre escogencia de profesión u oficio; (iii) por último, será esclarecido el caso concreto.

Tercera. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que violen derechos fundamentales.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la carta política, como un mecanismo de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos establecidos en la ley.

Teniendo una naturaleza subsidiaria y residual, la tutela solo procede (i) cuando no existe

ninguna otra acción judicial por medio de la cual se pueda conjurar y superar la vulneración de un derecho fundamental; (ii) aunque medie esa otra acción, si no deviene expedita, eficaz e idónea para la protección requerida; (iii) o si resulta imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar que se genere un perjuicio irremediable[3].

Frente a lo anterior, en amplia jurisprudencia la Corte Constitucional ha reiterado, por regla general, la improcedencia de la tutela como mecanismo para la protección de derechos fundamentales que podrían ser vulnerados o amenazados como consecuencia de la expedición de un acto administrativo, cuyo control atañe a la respectiva jurisdicción contenciosa.

Con todo, pueden concurrir unas condiciones especiales que hacen procedente el amparo constitucional, si (i) de manera cierta emerge la amenaza o el daño de magnitud sobre un derecho fundamental; (ii) que no exista forma de repararlo, de ocurrir, (iii) lo cual se aprecia inminente, (iv) convirtiendo en urgente e (v) impostergable e indispensable la protección tutelar[4].

Cuarta. El derecho fundamental a escoger libremente una profesión u oficio. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. El derecho a escoger profesión u oficio, consagrado en el artículo 26 superior[5], tiene que ser respetado, para que todas las personas puedan seleccionar libremente la actividad a la que van a dedicarse, de acuerdo con su vocación, aptitud, habilidades e intereses, en condiciones de libertad e igualdad. Así lo ha predicado esta corporación[6]:

“El artículo 26 de la Constitución establece dos derechos claramente definidos, esto es, el derecho a elegir profesión u oficio y el derecho a ejercer la actividad escogida. El primero es un acto de voluntariedad, prácticamente inmune a la injerencia estatal o particular, cuyo límite es la elección entre lo legalmente factible, mientras que el ejercicio de la libertad profesional es una faceta susceptible de mayor restricción, como quiera que involucra al individuo en la esfera de los derechos de los demás y el interés social, por lo que incluso puede estar sometido a la realización de servicios sociales obligatorios.”

4.2. No existiendo derechos absolutos, la libertad de escoger profesión u oficio también tiene límites, derivados especialmente de dos aspectos relevantes: (i) la posibilidad que

tiene el legislador de exigir títulos de idoneidad, para el ejercicio de aquellas profesiones que exijan especial capacitación y formación académica, cuya raigambre constitucional guarda relación y fundamento en el deber de las autoridades públicas de proteger los derechos ciudadanos y consultar el interés general; (ii) la obligación de las autoridades públicas competentes, de inspeccionar y vigilar el ejercicio de tales profesiones u oficios, conforme a las normas establecidas al efecto.

Dichos límites tienen reserva de ley, por lo que el legislador es el competente para establecer los diplomas de idoneidad que deben acompañar el ejercicio de las profesiones que los requieran y las condiciones en que se da la inspección y vigilancia[7].

“De hecho, no tiene sentido que la ley profesionalice ciertos oficios e imponga, como requisito para su ejercicio, un título de idoneidad, si los riesgos de esa actividad no pueden ser claramente reducidos gracias a una formación, pues, de no ser así, la exigencia del título sería inadecuada e innecesaria. Por ende, sólo puede limitarse el derecho a ejercer un oficio y exigirse un título de idoneidad, cuando la actividad genera (i) un riesgo de magnitud considerable, (ii) susceptible de control o de disminución a través de una formación académica específica.”

4.3. En la sentencia C-038 de enero 28 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, esta corporación estudió una demanda dirigida, entre otras, contra la expresión “imágenes diagnósticas”, contenida en varios artículos de la Ley 657 de 2001[8], que se acusó de inconstitucional por:

(i) Extender la necesidad de los requisitos de idoneidad de la radiología a las imágenes diagnósticas, desconociendo innecesaria y desproporcionadamente, según el actor, el derecho previsto en el artículo 26 superior a la libertad de ejercer una profesión u oficio, especialmente porque con ello se impide al personal médico en general, realizar imágenes diagnósticas que no tienen mayor riesgo social.

(ii) Por vulnerar el derecho a la igualdad, al establecer injustificados privilegios en favor de los profesionales médicos especializados en esas competencias, desconociendo a quienes contaban con habilidades en tales áreas, aunque no con el título.

(iii) Por conculcar el interés general y los derechos adquiridos de los galenos capacitados,

al desconocer que en poblaciones del país que no cuenten con este tipo de especialistas, los pacientes se verían privados sin justificación de los beneficios que se pueden obtener con las imágenes diagnósticas, tomadas por parte de médicos generales o paramédicos.

En el estudio realizado por esta corporación, se concluyó que la obtención de imágenes diagnósticas involucra no sólo la manipulación técnica de aparatos médicos sino, especialmente, la interpretación de las imágenes obtenidas, lo que conlleva la emisión de un diagnóstico clínico relacionado con ellas. Este diagnóstico resulta ser un aspecto delicado para el paciente y tan relacionado directamente con la salud y el tratamiento oportuno, que para la Corte implica un “riesgo social evidente y, también, un riesgo de lesión de derechos fundamentales como son la vida y la integridad personal”.

En tal sentido, este tribunal explicó que la restricción impuesta por el legislador al ejercicio de la profesión médica en esa área, se ajustaba a lo establecido en el artículo 26 superior. Además, indicó que la disposición no vulneraba la igualdad entre los galenos, ni sus derechos adquiridos, ya que la norma cobijaba a los demás médicos especializados que acreditaran formación profesional en estas áreas. Al respecto se precisó en la citada sentencia:

“Cabe señalar que la ley citada no es prohibitiva y, en cambio, es permisiva, en la medida en que los médicos de las otras especialidades pueden ejercer la radiología e imágenes diagnósticas, conforme a lo previsto en los mencionados arts. 4º y 11, y en cuanto además señala un período de transición de 4 años, que es más que suficiente para que los médicos interesados en desarrollar dichas actividades puedan prepararse”.

4.4. De otra parte, en la sentencia T-167 de marzo 9 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se estudió el caso de un galeno especialista en salud familiar, que interpuso una acción de tutela contra la Secretaría de Salud de Boyacá, por considerar que esa entidad le estaba vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, trabajo e igualdad, al denegarle la habilitación profesional que exige la ley para laborar como médico en las áreas de radiología e imágenes diagnósticas.

En dicho asunto, los argumentos expuestos por la Secretaría de Salud de Boyacá se fundamentaban en que “a la especialidad [en Salud Familiar] no le es propio la aplicación de dichos procedimientos diagnósticos” y que la Fundación Universitaria del Área Andina,

donde el actor cursó dicha especialidad, no cumplía con el Decreto 1665 de 2002, pues en su pensum no proporcionaba los conocimientos del manejo e interpretación del espectro electromagnético, del ultrasonido especialmente, así como de las radiaciones ionizantes para establecer el diagnóstico y/o el tratamiento de las enfermedades inherentes a sus especialidades.

Para el entonces demandante, dichas afirmaciones eran contrarias a la ley y violatorias de sus derechos fundamentales, ya que (i) el parágrafo del artículo 4º de la Ley 657 de 2001, que fija quienes pueden o no realizar tales actividades diagnósticas, no exceptúa expresamente a ningún médico especialista; (ii) el Ministerio de Educación Nacional, con oficio 004681 de mayo 23 de 2006, aceptó las modificaciones que la Fundación Universitaria del Área Andina introdujo en el pensum de la Especialización en Salud Familiar, con un énfasis en ultrasonido, por él cursadas. Por ello, consideraba que cumplía con las competencias exigidas por la ley para laborar en imágenes diagnósticas, lo cual fue constatado por la Corte en el trámite de revisión.

Así, fueron transitoriamente tutelados los derechos del actor a la igualdad y a la libre escogencia de profesión u oficio, inaplicándose la Resolución de la Secretaría de Salud de Boyacá que lo inhabilitaba para el ejercicio profesional en imágenes diagnósticas, hasta tanto se resolviera la controversia en la jurisdicción contencioso administrativa, debiendo el demandante ejercer la acción correspondiente en un término máximo de cuatro (4) meses.

4.5. En fallo T-040 de febrero 2 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, se analizó el caso de un médico que había presentado una acción de tutela contra el Centro Médico Imbanaco de Cali, al considerar que le estaban vulnerando sus derechos fundamentales a escoger y ejercer libremente profesión u oficio, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, con la negativa a posibilitarle fungir como endoscopista en dicho centro, a pesar de alegar cumplir con todos los requisitos constitucionales, legales, reglamentarios y académicos necesarios para ello.

Por su parte, en las disposiciones reglamentarias del Centro Médico Imbanaco se encontraba dispuesto (arts. 8º a 13 del Reglamento de Funcionamiento del Centro), que el Comité de Admisiones contaba con la potestad discrecional de seleccionar a los miembros

del cuerpo médico y otorgar las prerrogativas de ejercicio correspondientes, con fundamento en la valoración tanto de sus credenciales académicas como de su experiencia, así como en el consenso y acuerdo de los miembros del cuerpo médico.

Sobre tal cuestión, la Corte destacó que las instituciones prestadoras de servicios de salud, “deben necesariamente contar con un margen de discrecionalidad amplio para seleccionar a aquellos profesionales que cumplan con los criterios por ellas establecidos en sus Reglamentos, de conformidad con la legislación aplicable, con miras a conformar el equipo de médicos y demás profesionales de la salud que mejor responda a las necesidades del servicio y al estándar de calidad institucional fijado, en especial, por las exigencias del derecho fundamental a la salud de los pacientes que acudirán a sus servicios”.

Con todo, la Corte precisó que el límite a este importante margen de discrecionalidad en la selección profesional está dado por la prohibición constitucional de la discriminación. Es decir, las instituciones prestadoras de salud encuentran un límite a su potestad de seleccionar a los profesionales que vincularán o habilitarán, en la prohibición de incurrir en diferenciaciones o exclusiones basadas en criterios constitucionalmente proscritos, tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la orientación sexual, la lengua, la religión, el origen étnico, la opinión política o filosófica, u otros motivos de distinción que no compaginen con el principio constitucional de igualdad.

En la resolución del caso concreto, esta corporación observó que el actor pretendía demostrar sus credenciales académicas y su experiencia profesional en el campo de la cirugía endoscópica, solicitándole al juez de tutela que determinara que sí llenaba los requisitos reglamentarios del cuerpo profesional del Centro Médico Imbanaco, pero esta Corte aclaró que carecía de competencia “para convalidar, valorar o siquiera pronunciarse sobre la validez, importancia, aceptabilidad u otras características de la preparación profesional” del demandante y negó el amparo reclamado.

4.6. Con fundamento en todo lo anterior, reitérese que la medicina es una actividad profesional cuya práctica implica elevado riesgo social y un impacto significativo en los derechos de los asociados; consecuentemente, su ejercicio y el de sus diversas especialidades requieren títulos de aptitud, que acrediten los conocimientos técnicos necesarios para la realización idónea de las actividades correspondientes. Además, las

autoridades públicas están habilitadas para vigilar e inspeccionar el ejercicio de tal profesión y sus especialidades, conforme a las exigencias normativas.

Quinta. Caso concreto.

5.1. En el presente asunto, las corporaciones judiciales de instancia dedujeron que el doctor Germán Rivero Romero podía acudir a una acción contenciosa administrativa, para debatir la legalidad del oficio expedido por la Secretaría de Salud de Boyacá en octubre 22 de 2012, que le negó la autorización para realizar procedimientos de endoscopía digestiva, acción dentro de la cual es posible, además, pedir la suspensión provisional del acto acusado.

Por ello, la Sala de Revisión debe resolver previamente si en realidad el demandante desatendió el principio de subsidiariedad, al no haber incoado esa acción regular, en lugar de adelantarse a formular la solicitud de tutela.

No puede negarse la existencia de ese otro medio de defensa judicial de los derechos invocados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que la decisión de la Secretaría de Salud de Boyacá, que negó la habilitación profesional del actor para realizar endoscopias digestivas, es sin duda un acto administrativo, que puede demandarse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que permite pedir la suspensión provisional del acto acusado.

Con todo, el juez de tutela está habilitado para examinar en concreto si quien pide el amparo se encuentra frente a un perjuicio irremediable y si los medios comunes de protección son suficientes o no en las circunstancias específicas, que para el caso son las de un galeno que no solamente afronta la imposibilidad de seguir realizando la práctica profesional en la que durante más de tres lustros se ha distinguido, sino que podría perder la destreza y, consecuentemente, la clientela potencial, al saberse en la comunidad para la cual laboraba que se había quedado sin autorización para continuar efectuando el procedimiento médico en el que era reconocido.

Sea o no otorgable el amparo constitucional, es lo cierto que están en inminente riesgo no solo la libertad de escoger y ejercer una profesión, sino el mínimo vital propio y de la familia, de quien se ve impelido a dejar de ejercer la labor profesional de la que derivaba

el sustento personal y familiar.

En tal sentido, la consabida duración prolongada de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con incertidumbre sobre la suspensión del acto administrativo correspondiente, enfrenta al actor a un lapso de años en que no podrá ejercer su profesión como médico endoscopista, circunstancia que incidirá sin lugar a dudas en su mínimo vital y el de su familia, que depende económicamente de él. Lo que debe determinarse es, entonces, si la determinación que lesiona sus derechos es arbitraria o, por el contrario, está jurídicamente fundamentada.

En consecuencia, la acción de tutela bajo estudio sí es procedente, debiendo la Corte entrar a determinar, de fondo, si corresponde concederla.

5.2. De tal forma, se estudiará si el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría de Salud de Boyacá han vulnerado, de manera contraria a Derecho, la libertad de escoger profesión u oficio y el mínimo vital del doctor Germán Rivero Romero, ante la negativa de habilitación profesional para la realización de endoscopias digestivas, impidiéndosele así laborar en esa específica área de la medicina, a pesar de aducir tener la aptitud para desempeñarse satisfactoriamente en dicha actividad, que ha llevado a cabo durante más de 16 años, derivado de allí su sustento y el de su familia.

Al revisar las actuaciones del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Secretaría de Salud de Boyacá, frente a la negativa de permitirle al actor su habilitación profesional para la realización de endoscopias digestivas, se observa que la decisión de esas entidades públicas corresponden a lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 18 de la Ley 1164 de 2007, que estipula con respecto a los requisitos para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud: “Quienes a la vigencia de la presente ley se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado.”

5.3. Por su parte, las dependencias accionadas actuaron legítimamente, amparadas en las disposiciones del anexo 1° de la Resolución 1043 de abril 3 de 2006 (“por la cual se

establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoria para el mejoramiento de la calidad de la atención”), la cual establece como requisitos para la realización de endoscopias digestivas que la lleven a cabo “Médicos especializados en gastroenterología, gastroenterología pediátrica, pediatría, coloproctología, cirugía pediátrica, cirugía general con subespecialidad en gastroenterología que en su formación demuestren bajo certificación, a excepción de los gastroenterólogos, gastroenterólogos pediatras o coloproctólogos haber recibido entrenamiento de un año en endoscopia de vías digestivas certificado por una Institución de Educación Superior reconocida por el Estado”.

No se colige de dicha preceptiva alguna manifiesta incompatibilidad frente a normas superiores, de la que pudiere derivarse su inaplicación (art. 4° Const.), ni que la experiencia y otros cursos del galeno puedan ser tenidos como medios sucedáneos de la capacitación válidamente exigida. Tal consideración deviene, de otra parte, reafirmada con lo previamente expuesto, como el concepto de la Asociación Colombiana de Endoscopia Digestiva.

“Han sido múltiples las manifestaciones por la cuales se ha llegado a un consenso para no recomendar que se siga permitiendo la práctica de la endoscopia digestiva, ni siquiera la básica diagnóstica, con tan poco tiempo de preparación...

No es el criterio central para avalar la adecuada formación en endoscopia digestiva el certificar un número determinado de procedimientos. Son las características académicas, tecnológicas supervisadas con seguimiento, investigadas, las que vuelven a un determinado número de procedimientos efectivamente en una evidencia de adecuada formación...

Estas consideraciones relativas al tipo de formación previa y a los tiempos mínimos de formación no surgieron de forma prejuiciosa... la endoscopia digestiva se aprecia como parte de toda una formación integral dentro de las especialidades gastroenterológicas mencionadas previamente.”

5.4. De acuerdo con lo expuesto, permitirle al doctor Germán Rivero Romero que continúe la práctica sin el correspondiente título de posgrado, constituiría una excepción que, de una parte, vulneraría el derecho a la igualdad, frente a otros profesionales que estando en equiparables condiciones a las del actor (edad, experiencia, responsabilidades laborales y

familiares), sí cursaron la especialización adecuada, lo cual también ha podido realizar el demandante durante el tiempo normativamente concedido al efecto, para consolidar la idoneidad, que así mismo se garantice a los pacientes.

Además, el doctor Germán Rivero Romero puede ocuparse en otras actividades médicas que no requieran ese título de especialización, mientras que, de otra parte, él mismo expresó que cuenta con tiempo cotizado para que se le reconozca pensión, habiendo presentado una demanda al respecto (fs. 100 y 101 cd. Corte).

5.5. En consecuencia, se modificará el fallo proferido en marzo 22 de 2013 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el dictado en febrero 21 de 2013 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, declarando improcedente la acción de tutela, para en su lugar resolver de fondo lo demandado y negar la acción de tutela instaurada mediante apoderado por el doctor Germán Rivero Romero, contra el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría de Salud de Boyacá.

II.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos que, mediante auto de fecha diciembre 2 de 2013, se había dispuesto en la presente acción.

Segundo.- MODIFICAR el fallo proferido en marzo 22 de 2013 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el dictado en febrero 21 de 2013 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, declarando improcedente la acción, para NEGAR la tutela solicitada mediante apoderado por el doctor Germán Rivero Romero, identificado con cédula de ciudadanía 19'129.186 de Bogotá, contra el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría de Salud de Boyacá.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] En la elaboración de dicho consenso participaron: “Directores (o sus representantes) de programas de postgrado (gastroenterología y endoscopia digestiva, cirugía gastrointestinal y endoscopia digestiva, coloproctología) acreditados en Colombia: Arango Lázaro (Univ. de Caldas); Hani Albis (Pont. Univ. Javeriana); Oliveros Ricardo (Univ. Militar Nueva Granada-Inst. Nal. de Cancerología); Peñaloza Ramírez Arcio (Univ. de Ciencias de la Salud); Rey Tovar Mario (Univ. del Rosario); Sabbagh Luis Carlos (Fund. Universitaria Sanitas); Salej Jorge (Univ. Militar Nueva Granada-Hosp. Militar Central); Santacoloma Mario (Univ. de Caldas). Presidentes (o sus representantes) de Asociaciones Científicas de Enfermedades Digestivas en Colombia: Aponte Diego (Asociación Colombiana de Endoscopia Digestiva); Archila Paulo Emilio (Asociación Colombiana de Medicina Interna); Galiano María Teresa (Asociación Colombiana de Gastroenterología); Ibáñez Heinz (Asociación Colombiana de Coloproctología); Landazábal Gustavo (Asociación Colombiana de Cirugía). Expresidentes Asociaciones Científicas de Enfermedades Digestivas en Colombia: Alvarado Jaime; Aponte Luciano; Cuello Eduardo; Gil Parada Fabio Leonel; Peñaloza Rosas Arcio; Plata Guillermo; Rojas Elsa; Roldán Luis Fernando. Vicepresidente Asociación Iberoamericana de Enfermería en Gastroenterología y Endoscopia (ASIEGE): Ruiz Flor Alba. Train the Trainers – Organización Mundial de Gastroenterología: Emura Fabián; Valdivieso Rueda Eduardo; Vargas Rómulo. Docentes y Líderes de Opinión: Blanco Camilo; Cañadas Raúl; Solano Jaime;

Unigarro Iván; Vélez Fausto. Jefes de Residentes de Programas acreditados en gastroenterología: Casas Fernando (Cirujano); Herrán Martha (Internista); Imbeth Pedro (Internista); Suárez Juliana (Cirujana).”

[2] <http://youtu.be/kUGZoX6Cr0c>

[3] Cfr. T-722 de septiembre 13 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[4] Cfr. T-731 de octubre 15 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

[5] Art. 26 Const.: “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La Ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de estos, deberá ser democrático. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”

[6] C-031 de enero 29 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[7] Cfr. T-167 de marzo 9 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

[8] “Por la cual se reglamenta la especialidad médica de la radiología e imágenes diagnósticas y se dictan otras disposiciones.”