

Sentencia T-859/03

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Definición de contenido es asunto de relevancia constitucional

DERECHO A LA SALUD-Contenido

El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Lo anterior supone una clara orientación finalista de este derecho, lo que impone la adopción del mismo criterio para efectos de interpretar las disposiciones que regulan la materia. Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Injerto se encuentra incluido

La aplicación de un criterio finalista -búsqueda del logro del más alto nivel posible de salud- autoriza el argumento a fortiori, conforme al cual habiéndose dispuesto el cubrimiento en el P.O.S. de un procedimiento determinado, se entiende incluido todo aquello necesario para su realización, lo que necesariamente incluye el suministro del injerto o alo-injerto en el presente caso.

Referencia: expedientes T-733112 y 756609 acumulados.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil tres (2003).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en uso de sus facultades constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por los Juzgados 71 Penal Municipal de Bogotá y 7 Penal Municipal de Bucaramanga, en el trámite de las acciones de tutela instauradas John Jairo Nivia Vargas y Germán Vargas Mantilla en contra de Compensar E.P.S y Salud Total E.P.S.

I. ANTECEDENTES.

Hechos

1. Los ciudadanos John Jairo Nivia Vargas y Germán Vargas Mantilla interpusieron acción de tutela en contra de Compensar E.P.S y Salud Total E.P.S. por hechos similares.

Ambos demandantes presentan problemas de estabilidad de sus rodillas, razón por la cual los respectivos médicos recomendaron la realización de un procedimiento de aloinjerto hueso tendón hueso o aloinjerto tendón hueso. En el caso del ciudadano Nivia Vargas existe evidencia de haberse realizado un procedimiento quirúrgico previo que no permitió recuperar la estabilidad de la articulación afectada, razón por la cual se optó por el aloinjerto. En el caso del ciudadano Vargas Mantilla, sólo existe la recomendación del médico tratante.

Con la negativa de atención, los demandantes señalan que les violan sus derechos constitucionales a la salud, seguridad social y a la dignidad humana.

2. Las E.P.S. demandadas alegan que dicho procedimiento no está incluido en el “Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” –en adelante P.O.S.-. Según aducen ambas entidades, el párrafo del artículo 12 de dicho manual, contenido en la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, excluyó este elemento. La disposición en cuestión reza:

“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”.

Aducen, además, que el artículo 18 establece que están excluidas del P.O.S. aquellas prestaciones que expresamente no estén incluidas.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es obligación de las E.P.S. asumir el aloinjerto. En todo caso, si el juez constitucional llegare a la conclusión de que debe ordenarse el suministro del aloinjerto, deberá ordenarse al Estado que compense a las E.P.S.

De otra parte, indican que la no realización del procedimiento no pone en peligro la vida de los demandantes, razón por la cual se estima que la tutela debe declararse improcedente.

Sentencias que se revisan.

3. En el proceso T-733112, el Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá, mediante sentencia del 20 de marzo de 2003, negó la tutela. En concepto del fallador, la decisión ha de negarse por cuanto (i) la negativa de realizar el procedimiento no implica la puesta en peligro o amenaza contra el derecho a la vida y (ii) el costo del aloinjerto sólo es de setecientos mil pesos (\$700.000.00) y respecto del demandante el ingreso base de la cotización es de seiscientos treinta y tres mil pesos (\$ 633.000.00), razón por la cual estima que puede costear el elemento.

4. En el proceso T-756609, el Juzgado 7 Penal Municipal de Bucaramanga, mediante sentencia del 19 de mayo de 2003, negó la tutela. En concepto del fallador, por tratarse de un asunto excluido del P.O.S. corresponde su atención a la Secretaría de Salud Municipal de Bucaramanga.

Pruebas ordenadas por la Corte Constitucional.

5. La Corte Constitucional solicitó a la Academia Nacional de Medicina que resolviera un cuestionario relativo al procedimiento “aloinjerto de hueso tendón hueso”.

La Academia explicó que el procedimiento consistía en la utilización de tejido –“tendón patelar, que incluye hueso rotuliano y hueso de la tuberosidad anterior de la tibia”- de un donante “de la misma especie” para colocarlo en el paciente. Dicho injerto se fija con diversos elementos “implantables, metálicos o sintéticos” y, postoperatoriamente, se utilizan “elementos que permiten diferentes grados de movilidad controlada de la rodilla”.

Por último, al indagar sobre las consecuencias de no seguirse el procedimiento, la Academia indicó que “está científicamente demostrado que la ausencia funcional de este ligamento ocasiona una movilidad anormal de la rodilla que conduce inevitablemente al deterioro articular (artritis degenerativa)”.

En su respuesta, el Ministerio indicó que “no existen en los archivos de este Ministerio ningún documento o nota técnica y administrativa que expliquen o sustenten cada uno de los artículos y en general de los contenidos de la Resolución 5261 de 1994. Dicha norma fue expedida en cumplimiento de lo señalado en el artículo 8 del Acuerdo 008 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

Frente a la pregunta sobre el alcance y sentido de los términos contenidos en el párrafo del artículo 12 del P.O.S., indicó que “no existe definición oficial alguna para efectos de lo dispuesto en la Res. 5261 de 1994, ni existe en el país un nomenclador y clasificador, o un registro taxonómico oficial u obligatorio de los elementos, equipos y dispositivos biomédicos en general. Las acepciones de dichos términos generalmente usadas son las consignadas en un diccionario o texto médico...”

Con base en las definiciones de un determinado diccionario en materia de ciencias de la salud, el Ministerio indicó:

a) El término “prótesis articulares se refiere a los reemplazos de una parte faltante en una articulación por un sustituto artificial, o se refiere al sustituto artificial de una parte que falta en una articulación”.

b) Respecto de “material de osteosíntesis”, no existe una definición unívoca, aunque “debe entenderse que se aplica o hace referencia al material usado para la acción o procedimiento de osteosíntesis” (“unión quirúrgica de los extremos de un hueso fracturado”). Es decir, aquellos elementos que permiten la fijación de una fractura.

Ahora bien, en relación con material biológico -como hueso de un donador vivo o de un cadáver-, indica que “no son objeto de reglamentación o alusión específica en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994” y por lo mismo no podría entenderse excluido del P.O.S. Sin embargo, recuerda que el artículo 7 del Acuerdo 008 de 1994 dictado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, indicó que eran exclusiones las “actividades, intervenciones y

procedimientos, no autorizados expresamente en el respectivo manual”, disposición que es reiterada en el artículo 18 del P.O.S. Con todo, indica que en el P.O.S. se prevén procedimientos que implican injerto de hueso, identificados con los códigos 13140, 13141, 13240, 13340, 13440, 13540, 13541, 13640, 14112, 14140 a 14145, 14310, 14315, 15236, 16241, 16342, 16403.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia

7. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia.

Problema jurídico.

8. Los demandantes consideran que la negativa de las E.P.S demandadas en costear el procedimiento “aloinjerto hueso tendón hueso”, desconoce sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social. Las demandadas, por su parte, consideran que no están obligadas a costear el injerto por cuanto se encuentra excluido del P.O.S. Piden que, en caso de ordenar que sea suministrado por la E.P.S., se ordene al Estado resarcir el costo.

Los jueces de instancia consideran que no existe violación de los derechos fundamentales de los demandantes, pues (i) el injerto no está previsto en el P.O.S.; y, (ii) la vida no se ve afectada. En uno de los procesos se indica que el demandante tiene recursos para costear el injerto, en tanto que en el otro, se ordena a la Secretaría de Salud que atienda al demandante.

Por último, el Ministerio de Protección Social indicó (i) que las normas invocadas por los demandados no se refieren a los injertos; (ii) que los injertos no están expresamente contemplados en el P.O.S. resultando legítimo asumir que no están expresamente incluidas y, por lo mismo, excluidas; y, (iii) que el P.O.S. contempla varios procedimientos que suponen injertos.

9. La Corte, teniendo en cuenta lo anterior, deberá analizar varios problemas. De una parte,

lo relativo a la procedencia de la tutela, pues no existe evidencia de que la no realización de la intervención ponga en riesgo la vida de los demandantes. Sobre esta materia, la Corte observa que la jurisprudencia de esta Corporación en materia de salud se ha referido a los casos en los cuales el servicio, elemento o instrumento se encuentra fuera del P.O.S. Dado que en este evento se discute la exclusión del injerto, la Corte deberá analizar, en cuanto a la procedencia de la tutela, si la tutela resulta procedente cuando se niega un servicio o tratamiento previsto en el P.O.S., cuya desatención no pone en peligro la vida de la persona.

Si se llega a la conclusión de que, en abstracto, la tutela resulta procedente, la Corte deberá entrar a analizar si (i) la tutela es procedente en el presente caso y (ii) si el injerto se encuentra incluido o no dentro del P.O.S. Posteriormente se plantearán los respectivos problemas jurídicos.

El derecho fundamental a la salud.

10. Según manda la Constitución, la tutela procede para lograr la protección de derechos fundamentales cuando no existe otro medio de defensa judicial. Las restricciones que ha fijado la Corte Constitucional en punto a la protección, por vía de tutela, de ciertos derechos obedece a que, en abstracto, no se considera fundamental y, en concreto, (i) no se advierte que adquiera naturaleza de fundamental habida consideración de las circunstancias particulares del caso o (ii) no se observa relación de conexidad con un derecho fundamental, de manera que la desprotección del derecho alegado supone o conduce a la violación del derecho fundamental.

En relación con la salud, la Corte ha señalado que éste derecho, en abstracto, no tiene naturaleza fundamental habida consideración del carácter asistencial o prestacional del mismo. De igual manera, ha precisado que el Estado tiene la obligación de garantizar unos contenidos mínimos en materia de salud¹ y que el hecho de que el derecho a la salud, en tanto que un derecho asistencial, no es de aplicación inmediata, no significa que la progresividad del mismo² permita al Estado retroceder en la prestación o atención de las necesidades de salud ya cubiertas por el sistema³.

En sentencia T-227 de 2003 la Corte Constitucional precisó que son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y

(ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

La definición de cuáles derechos están “funcionalmente” dirigidos a lograr la dignidad humana y su traducibilidad en derechos subjetivos, no está sometida a la libre apreciación del juez. Este, al igual que todos los operadores jurídicos, está sujeto a reglas y pautas propias del sistema jurídico que permiten, en muchos casos, hacer tal calificación. Tales reglas y pautas no se limitan a elementos de derecho positivo, sino que incluye la teoría del derecho, precedentes judiciales y, en general, todos aquellos raciocinios que el sistema jurídico admite como válidos para adoptar decisiones jurídicas. Por así decirlo, conforman elementos de juicio el arsenal argumentativo de todo aquello que resulta relevante para la ciencia del derecho. Claro está, tendrán especial relevancia las disposiciones jurídicas y la jurisprudencia u opinión de los jueces u organismos cuasijudiciales que tienen por función la definición del sentido de las normas positivas. La Constitución, precisamente, indica que, en punto a los derechos constitucionales, los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia constituyen pauta de interpretación, razón por la cual ha de tenerse en cuenta la posición de los intérpretes autorizados de tales tratados. Así, en sentencia C-671 de 2002, la Corte precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)”.

Por lo tanto, para establecer si el derecho a la salud puede comportar una relación funcional con el logro de la dignidad humana y que sea traducible en derechos subjetivos, habrá de considerarse lo indicado por dicho comité, así como por la propia Corte Constitucional.

11. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre el derecho a la salud en su observación N°14: “Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art 12)”. De conformidad con lo establecido por el Comité en dicha oportunidad (i) el derecho a la salud se estima fundamental; (ii) comprende el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” y (iii) la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos complementarios⁴.

De lo anterior se desprende que, en sí mismo, el derecho a la salud -sin perjuicio de

situaciones puntuales como los mínimos de atención y satisfacción obligatorios (obligaciones básicas)⁵ y la puesta en peligro de derechos fundamentales como la vida o el mínimo vital- no es fundamental, pues si bien es cierto está funcionalmente dirigido al logro de la dignidad humana, no es posible traducirlo en derechos subjetivos. Sobre lo último, debe observarse que la misma Observación General N°14 demanda del Estado la adopción de un plan de salud, una legislación complementaria a dicho plan y la asignación de recursos. Así las cosas, y tal como se señaló en sentencia SU-111 de 1997, la efectividad del derecho a la salud, como de otros derechos que tienen clara naturaleza prestacional, dependen de una actividad del Estado, que se enmarca en una serie de políticas públicas, adoptadas democráticamente⁶.

Así las cosas, prima facie sin la existencia de dicho plan de salud o marco legal del sistema nacional de salud, no es posible derivar un derecho subjetivo a la prestación de la salud. Lo anterior, claro está no impide el reconocimiento de una pretensión subjetiva cuando el Estado, en tanto que garante del derecho a la salud, omite cumplir sus funciones y deberes de protección violando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que, entre otras, tales violaciones se presentan cuando el Estado (i) es renuente en cumplir las obligaciones, (ii) cuando alega incapacidad para incumplirlas, pero es claro que no ha utilizado el máximo de recursos para cumplir y (iii) cuando adopta, sin justificación alguna, medidas regresivas⁷. Además, se indican violaciones puntuales a los deberes de respetar, cumplir y proteger⁸.

12. Al adoptarse internamente un sistema de salud -no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el

Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos⁹.

13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.

El análisis sobre la existencia de otro medio de defensa judicial no procede in abstracto, salvo que exista un procedimiento específico para enfrentar el problema jurídico. Por lo anterior, este asunto deberá considerarse una vez se defina el problema jurídico derivado de los hechos indicados en los antecedentes de esta sentencia.

Problema jurídico del caso.

14. Las E.P.S. demandadas aseguran que el injerto requerido para el procedimiento aloinjerto hueso tendón hueso, está excluido del P.O.S., según se desprende del párrafo del artículo 12 (que no lo incluye) y del artículo 18 (que excluye aquello que no esté incluido expresamente en el P.O.S.) de la Resolución 5261 de 1994. El Ministerio de la Protección Social, por su parte, no considera que esté absolutamente claro que el injerto esté excluido del P.O.S. pues, aunque no existe mención en la disposición aducida por los demandados, también es claro que no se refiere a injertos. Además, procedimientos con injertos están previstos en el manual (P.O.S.).

A la Corte le corresponde responder dos interrogantes en torno a esta controversia. De una parte, si la definición del contenido del P.O.S. es un asunto de relevancia Constitucional, que pueda implicar la amenaza o violación de un derecho fundamental. Por otra, si el injerto se encuentra incluido o no en el P.O.S. Sólo una respuesta afirmativa al primer interrogante

permitirá a la Corte analizar el segundo. El primer interrogante, además, es la oportunidad para analizar la procedibilidad de la tutela en el caso particular.

El problema constitucional que subyace a la definición de los contenidos del P.O.S.

15. En el fundamento jurídico N°12 se llegó a la conclusión de que el derecho a la salud adquiere el rango de derecho fundamental cuando se vincula con los contenidos prestacionales definidos en el sistema de salud, básicamente al vincularse con el P.O.S., el P.O.S.-S., el P.A.B. y las obligaciones mínimas definidas en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La pregunta que enfrenta la Corte es si la discusión sobre el contenido de estos planes tiene relevancia constitucional.

La Corte estima que resulta relevante para el juez constitucional dicha discusión, pues está de por medio la definición del alcance del derecho a la salud y la definición de los derechos subjetivos derivados del diseño estatal de su prestación. Los ciudadanos tienen derecho a que exista certeza sobre las prestaciones cubiertas por el sistema nacional de salud.

Por otra parte, en tanto que norma, la definición de tales contenidos puede estar sujeta a un control de constitucionalidad, pues el hecho de que constituyan la precisión y concreción de un derecho, no implica que resulte inmune a ataques por violación de otros derechos constitucionales, por contener, por ejemplo, tratos discriminatorios, omisiones inadmisibles que tornan en nugatorio el derecho o establecimiento de procedimientos incompatibles con el debido proceso en clave constitucional. Así mismo, que las condiciones o los contenidos no resulten en cargas desproporcionadas para los ciudadanos.

Además, en razón de la sujeción de la interpretación de los derechos constitucionales a los parámetros fijados en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y la sujeción de toda interpretación del derecho a su compatibilidad con la Constitución, adquiere relevancia constitucional la fijación de parámetros constitucionales relativos a la interpretación y aplicación de las normas que definen los contenidos de los mencionados planes.

La indeterminación en estos puntos implica, de suyo, la puesta en peligro del derecho a la salud lo que, en abstracto, autoriza la intervención del juez constitucional.

Procedibilidad de la tutela en el caso concreto: otro medio de defensa eficaz.

16. En el fundamento N° 13 de esta sentencia se indicó que el juicio de procedibilidad relativo a la existencia o no de otro medio de defensa eficaz, no podía realizarse in abstracto. Habiéndose delimitado la discusión en torno a la inclusión o no del injerto dentro del P.O.S., cabe preguntarse si los demandantes cuentan con otro medio de defensa judicial y, de existir, si resulta eficaz para los propósitos de protección de su derecho fundamental a la salud.

17. De conformidad con el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, corresponde a la jurisdicción ordinaria en lo laboral conocer de:

“4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.”

En los términos de la mencionada disposición, resulta claro que el problema que demanda la atención de la Corte puede ser resuelto ante los jueces laborales de la República, pues se trata de una controversia entre afiliados y entidades administradoras de salud (E.P.S.). Cabe preguntarse, sin embargo, si el medio utilizado resulta eficaz.

18. En abstracto, cualquier medio de defensa judicial resulta eficaz pues, salvo norma expresa -como ocurre en materia de acción de cumplimiento-, en todo proceso judicial es obligatorio considerar, respetar y proteger los derechos fundamentales de los asociados. En punto al presente caso, en abstracto también puede estimarse como eficaz e idóneo el mecanismo, pues es de resorte natural de los jueces laborales interpretar las normas legales que se apliquen a la solución de las controversias suscitadas en relación con el sistema de seguridad social integral.

Sin embargo, en punto a la salud, diversos factores obligan a relativizar la eficacia de este medio de defensa. La eficacia de un medio de defensa judicial está medida en relación con su capacidad de brindar una oportuna solución al problema jurídico planteado. Así como con la aptitud del medio para resolver el problema mismo; es decir, la posibilidad de que el asunto

se debata y se resuelva debidamente en la sede judicial.

La oportunidad de la solución depende de diversos factores directamente ligados al caso concreto. Así, en una situación determinada el término legal de duración del proceso puede ser un factor relevante, por ejemplo cuando se está frente a un contrato laboral a término definido¹⁰ o cuando se está frente a intervenciones médicas que demandan una decisión rápida¹¹. En otros casos, la oportunidad depende de consideraciones de estricta proporcionalidad habida consideración de la entidad del derecho violado y el grado de arbitrariedad que se evidencia en la conducta del demandado¹² o del costo excesivo que implica para el goce del derecho de la persona someterlo al proceso ordinario¹³.

19. En el presente caso, prima facie no se observa que existan razones de urgencia o de proporcionalidad que demanden acudir al juez de tutela para lograr la definición del alcance del derecho a la salud de los demandantes. Sin embargo, al considerar: (i) que la dolencia que padecen implica una reducción importante de la movilidad; (ii) que la postergación en el inicio del tratamiento correctivo puede conducir a una artritis degenerativa; y (iii) la Corte no ha fijado con anterioridad criterios de interpretación del P.O.S., resulta claro que se está frente a una situación en la que la intervención del juez constitucional resulta necesaria para definir el alcance del derecho a la salud.

En torno a estas consideraciones, la Corte advierte que en el expediente no existe prueba alguna sobre el término dentro del cual puede desarrollarse una artritis degenerativa. No asume que sea un proceso que ocurra de manera inmediata, pues su evaluación corresponde al conocimiento médico, frente al cual esta Corporación no puede, salvo determinadas y excepcionales circunstancias, adoptar una posición propia. Empero, lo anterior no impide considerar la disminución en las condiciones de vida digna que se derivan de la demora en brindar la atención y, además, el posible aumento del costo de atención de un mal que podría atenderse oportunamente. Sobre esto último, resulta preciso que se privilegien soluciones que tengan en cuenta la atención de los problemas de salud en sus etapas iniciales de manifestación, antes que acudir a la espera de la situación que demande la mayor inversión de recursos y acudir a procesos altamente invasivos.

De acuerdo con lo expuesto, la procedibilidad de la tutela en estas materias decaerá en la medida en que esta Corporación fije criterios claros de interpretación del “Manual de

Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, pues es de esperarse que, de manera paulatina, los operadores jurídicos –E.P.S., I.P.S., etc.–, ajusten su conducta a los criterios de unificación que adopte la Corte en la materia.

Inclusión o exclusión del injerto dentro del P.O.S.

20. Según se indicó antes, los demandados consideran que el injerto requerido para el procedimiento aloinjerto hueso tendón hueso, no está incluido en el P.O.S., por cuanto no se encuentra expresamente incluido. Su postura deriva del párrafo del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud. El artículo 12 dice:

“ARTICULO 12. UTILIZACIÓN DE PRÓTESIS, ORTESIS, APARATOS Y ADITAMENTOS ORTOPÉDICOS O PARA ALGUNA FUNCIÓN BIOLÓGICA: 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.”

Según entienden los demandados, el párrafo, al señalar que están “excluidas todas las demás” y no estar incluidos en la lista los injertos (aloinjertos) se debe entender que están excluidos del P.O.S.

Como se indicó en los antecedentes, se solicitó información sobre el sentido de la disposición en cuestión. El Ministerio de la Protección Social indicó que en Colombia no existe una nomenclatura o definición oficial sobre estos temas, debiéndose acudir a diccionarios médicos.

21. La ausencia de definiciones oficiales en materia del P.O.S., implica que la definición precisa de los contenidos del Manual corresponde a los profesionales de la salud. Más aún, implica que cualquier decisión al respecto debe estar sustentada en el saber médico y, por lo mismo, cualquier negativa de prestación de servicios bajo el pretexto de estar excluido del P.O.S. debe estar sustentado por un profesional de la salud. Por otra parte, en caso de que no exista consenso médico sobre el significado de los contenidos, deberá acudir a métodos jurídicos de interpretación.

22. En el presente caso no existe claridad si un profesional de la salud conceptuó sobre la diferencia entre injerto y prótesis, material de osteosíntesis y ortesis. Con todo, a partir de la información enviada a la Corte por la Academia Nacional de Medicina y el Ministerio de la Protección Social se desprende que existe una diferencia fundamental: el injerto (el aloinjerto) supone material de tejido, mientras que las prótesis, material de osteosíntesis y ortesis son elementos artificiales con funciones precisas: suplir faltantes vasculares o articulares, unión de huesos fracturados y corrección (ortesis). ¿Implica lo anterior que está excluido del P.O.S. aquello relativo a los injertos?

22.1 El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Lo anterior supone una clara orientación finalista de este derecho, lo que impone la adopción del mismo criterio para efectos de interpretar las disposiciones que regulan la materia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se debe entender que el artículo 12 antes transcrito se refiere a los elementos artificiales que cumplen las funciones antes indicadas. De allí que no pueda entenderse que regula lo relativo a los injertos, que tienen una función distinta a los elementos artificiales indicados. Con todo, podría sostenerse que, dada la ausencia de regulación, se debe aplicar un argumento a simili para resolver si los injertos están incluidos en el P.O.S. Sin embargo, dicha opción ha de desecharse pues la ratio de la disposición es definir qué está incluido y qué está excluido y, por lo mismo, prohibido. De aplicarse la disposición analógicamente se llegaría a una situación de exclusión total de todo injerto, pues no cabe en ninguna de las categorías técnicas utilizadas.

22.2 El artículo 68 de la Resolución 5261 de 1994 define las intervenciones quirúrgicas y

procedimientos de ortopedia y traumatología. Bajo el numeral 13725 se encuentra: “Corrección quirúrgica ligamentaria substitutiva por auto - injerto o alo-injerto”, contenido bajo el acápite de “operaciones en componentes articulares”. Según la información médica suministrada por los demandantes, en ambos casos el procedimiento de alo- injerto hueso tendón hueso era requerido por ruptura de los ligamentos cruzados en una de las rodillas de cada uno de los peticionarios. En uno de ellos, los procesos de corrección previos, no fueron exitosos.

Ahora bien, para la Corte resulta claro que el numeral 13725 únicamente se refiere al procedimiento. Es decir, está incluida en el P.O.S. la realización del procedimiento, no existiendo, entre tanto, disposición alguna que incluya el suministro del alo-injerto. Teniendo en cuenta el principio hermenéutico finalístico expuesto, el cual resulta compatible con la definición de derecho fundamental antes presentada, podría acudirse al argumento a fortiori, el cual, aplicado al presente caso, llevaría a que sí está permitido realizar el procedimiento definido en el numeral 13725 de la Resolución 5261 de 1994.

Esta solución se explica, como se indicó, por la aplicación del principio finalístico en esta materia. Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos.

22.3 A esta solución podría oponerse la regla establecida en el artículo 18 literal i) de la misma resolución, conforme a la cual están excluidas las “actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual”. Argumento que exponen los demandados. Contrario a lo que entienden las E.P.S. demandadas, dicha disposición no prohíbe el suministro de los elementos requeridos para realizar el procedimiento, intervención o actividad, sino que prohíbe actividades, procedimientos e intervenciones no contenidas en el manual. Es decir, estaría prohibido, por ejemplo, la “Corrección quirúrgica ligamentaria substitutiva por auto - injerto o alo-injerto”, si no estuviera incluido en el P.O.S.

22.4 Podría, finalmente, aducirse que el argumento a simili sí permite la extensión del artículo 12 al tema de los injertos, pues se pretende definir, de acuerdo con las posibilidades económicas del país, el cubrimiento de injertos, como se hace con prótesis vasculares y

articulares. La Corte no comparte la ratio legis que se pretende derivar del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994, pues (i) el Ministerio de la Protección Social indicó que no existía información que explicara la disposición y (ii) de ser cierta, ¿porqué se incluyen elementos costosos -como un marcapaso o una prótesis- y se excluyen elementos que, como la silla de ruedas, resultan poco costosos habida consideración de su utilización por parte de varios pacientes en mucho casos? Por el contrario, de la disposición se desprende que la norma se refiere a la precisión, bajo criterios de recuperación de la funcionalidad, de elementos que serán suministrados, prefiriéndose aquellos que inciden directamente en dicha recuperación.

22.5 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sujeta el goce de los derechos definidos en ella al principio de progresividad. Ello supone que únicamente cuando se ha incluido, por así requerirlo el derecho en cuestión, la prestación dentro del sistema de salud (en este caso), éste es exigible. Ello podría llevar a pensar que, aún con las imprecisiones antes indicadas, sólo son exigibles aquellas prestaciones definidas por el Estado, pues de esta manera se asegura que el cubrimiento corresponde al nivel de desarrollo y a los recursos existentes. La Corte comparte este argumento, salvo en los casos de duda. En tales eventos, en atención a los principios favor libertatis y de buena fe en el cumplimiento de los tratados, en concordancia con el principio de dignidad humana, debe preferirse la opción que extienda o amplíe el aspecto de goce del derecho fundamental. Visto en sentido contrario, toda restricción a un derecho debe ser expresa y no dejar asomo de duda. Tal es la carga que debe asumir el garante del derecho.

23. En conclusión, la aplicación de un criterio finalista -búsqueda del logro del más alto nivel posible de salud- autoriza el argumento a fortiori, conforme al cual habiéndose dispuesto el cubrimiento en el P.O.S. de un procedimiento determinado, se entiende incluido todo aquello necesario para su realización, lo que necesariamente incluye el suministro del injerto o alo-injerto en el presente caso. Por lo expuesto, se revocarán las sentencias revisadas y se concederá la tutela del derecho fundamental a la salud de los demandantes.

Cuestiones adicionales.

24. En los procesos de la referencia se negaron las tutelas. En el proceso T-733112 el juez se limitó a negar la tutela, razón por la cual la Corte no sabe si el procedimiento se ha realizado

o no y quien lo ha costeado. Por su parte, en el proceso T-756609 el juez, al negar la tutela, consideró que el demandante fuera atendido por la Secretaría de Salud de Bucaramanga.

En ambos casos, de haberse realizado la intervención por parte de terceras personas, se habrá presentado un enriquecimiento no justificado por parte de las E.P.S. demandadas, lo cual demanda su compensación. Si la intervención o el injerto fue costeado por particulares, éstos tendrán a su disposición los procedimientos ordinarios de reclamación.

Por su parte, si dicho costo fue cubierto con recursos afectados a la salud y por parte de una entidad pública, como la Secretaría de Salud de Bucaramanga, los demandados deberán iniciar conversaciones con tales entidades para definir el modo de compensación. Lo anterior se torna necesario ante el hecho de que se trata de recursos con destinación específica y cuya mengua implica una afectación del disfrute del derecho fundamental de la salud de otros colombianos.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá, el día del 20 de marzo de 2003, en la que negó la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano John Jairo Nivia Vargas y en su lugar CONCEDER la tutela de su derecho fundamental a la salud.

Segundo. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 7 Penal Municipal de Bucaramanga, el día del 19 de mayo de 2003, en la que negó la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano Germán Vargas Mantilla y en su lugar CONCEDER la tutela de su derecho fundamental a la salud.

Tercero. ORDENAR a los demandados que, en el término de 48 horas procedan a autorizar la realización de las intervenciones requeridas, con el suministro de los injertos. La realización de la intervención no podrá realizarse más allá de un término razonable conforme a los turnos de atención de la respectiva E.P.S. y, en ningún caso, en un plazo superior a dos

meses. Deberán, para tal efecto, informar a los jueces de instancia y a los demandantes, la fecha cierta de realización de la intervención.

Cuarto. En caso de que las intervenciones ya hubiesen sido practicadas y ello hubiese sido costeadado con recursos de entidades públicas, se ORDENA a las E.P.S. demandadas que, en el término de 48 horas inicien conversaciones con tales entidades a fin de compensar los gastos en que hubiesen incurrido. Todo ello, de conformidad con las normas tarifarias existentes en la materia. El pago efectivo deberá realizarse dentro de un término razonable, que no podrá superar los dos meses. De tales conversaciones y el pago, rendirán informe a los jueces de instancia.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Sentencia C-671 de 2002.

2 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresamente sujeta

la observancia del derecho a la salud al principio de progresividad.

3 Precisamente, este punto constituye la ratio decidendi de la sentencia C-671 de 2002 y explica el condicionamiento adoptado en dicha oportunidad.

4 “1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley”.

5 Ver párrafo 43 de la Observación General N°14. E/C.12/2000/4, CESCR

7 Ver sentencia C-671 de 2002.

8 Párrafos 50, 51 y 52.

9 Ver sentencia SU-819 de 1999.

10 En sentencia T-800 de 2002 se consideró ineficaz el medio ordinario de protección, pues el ejercicio de la libertad de cátedra debía gozarse durante la ejecución del contrato y respecto del proceso laboral ordinario no existe certeza de que pueda resolverse el asunto antes de finalizarse el término pactado.

11 T-497 de 1997.

12 T-587 de 1998.

13 T-1031 de 2001.