

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-Caso en que se solicita que trasplante renal se realice en ciudad distinta a la que se encuentra en lista

INCLUSION DE PACIENTES EN LAS LISTAS DE ESPERA PARA TRASPLANTE RENAL Y LA ASIGNACION DE ORGANOS A LAS IPS EN COLOMBIA-Metodología de inclusión

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR-Legislación y jurisprudencia

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR-Condiciones

Facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en la que se suministrarán los mencionados servicios”, pero al mismo tiempo es una “potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-Para trasplante de órganos, cuando hacen parte de la misma red de servicios

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-Orden a Superintendencia de Salud, para que vigile que entidades prestadoras de salud, no establezcan barreras administrativas en la atención de las solicitudes de traslado para donación de órganos para trasplante

Referencia: Expediente T-7.536.698

Acción de tutela formulada por Carlos Emilio Mosquera Cicero contra el Establecimiento de Sanidad Militar de la Fuerza Aérea 500018403182.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020)

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y

241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos dictados el 16 de julio de 2019, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral y el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, el 21 de mayo de 2019, dentro de la acción de tutela promovida por Carlos Emilio Mosquera Cicero en contra del Establecimiento de Sanidad Militar de la Fuerza Aérea 500018403182.

El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas número Ocho, mediante auto del 29 de agosto de 2019. Como criterio de selección se indicó un asunto novedoso (criterio complementario), con fundamento en el literal c) del artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015.

I. ANTECEDENTES

El 2 de mayo de 2019, el señor Carlos Emilio Mosquera Cicero formuló acción de tutela en contra del Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182 –de la Fuerza Aérea–, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad. Pasan a reseñarse los aspectos centrales de la solicitud:

1. Hechos

A continuación se relatan los supuestos fácticos relevantes que sustentan la solicitud de amparo, según son narrados por el promotor de la acción en el escrito inicial:

1.1. El 14 de junio de 2002, el señor Carlos Emilio Mosquera Cicero fue diagnosticado con una enfermedad progresiva, catastrófica y terminal, denominada: nefropatía IgA Proliferativa Mesangial –Insuficiencia Renal Crónica–.

1.2. A pesar de iniciar tratamiento de manera inmediata, sus riñones fueron afectados de manera progresiva hasta perder el 90% de su funcionamiento, razón por la cual se dictaminó que debían practicarle un trasplante de tales órganos. Para tal efecto, fue incluido en lista de

espera para calificar como receptor de esos órganos en la eventualidad de que existiera un donante compatible.

En la actualidad tiene 45 años, su estado civil es casado, tiene 2 hijas de 9 y 4 años de edad y depende de tratamiento de diálisis para mantener sus signos vitales. Al momento de la presentación de la tutela residía en la ciudad de Villavicencio y se encontraba en lista de espera de donantes de la ciudad de Bogotá.

1.3. El señor Mosquera Cicero, al considerar que su oportunidad para recibir el trasplante eran mayores en la ciudad de Neiva, solicitó su inclusión en la lista de tal ciudad y su consecuente retiro de la lista de espera de la ciudad de Bogotá. De manera concreta expuso:

“La ciudad de Bogotá, con una población mayor a ocho millones de habitantes, tiene en su lista de espera a la cual pertenezco, un número superior a los 2.000 pacientes y en promedio se realizan 83 trasplantes de donante calavérico por año, además cuenta con 13 grupos de trasplantes, los cuales se distribuyen dependiendo los turnos, los órganos donados para ser trasplantados, en donde un paciente puede durar años esperando su injerto, incluso muchos han muerto esperando su turno. Esto comparado con la unidad de trasplante de la ciudad de Neiva, en donde sólo existe un (1) grupo de trasplante el cual canaliza los órganos disponibles para trasplantar, su lista de pacientes en espera actualmente no supera los 50 inscritos. En el año 2017 fueron trasplantados exitosamente 19 pacientes, en el 2018 fueron 27 los afortunados, y el promedio de tiempo de espera en la lista antes de recibir el injerto, es de 18 meses, en donde existen eventos que se realizan incluso a meses de haber sido ingresado a la lista”.

1.4. Agregó que el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva tiene la idoneidad para tratar su patología y para realizar el procedimiento que requiere, dado que desde febrero de 2007 ha realizado trasplantes renales con muy buenos resultados, por lo cual cuenta con un grupo de especialistas calificados.

Tal solicitud fue presentada ante la entidad accionada, quien respondió de manera negativa a la petición manifestando que no tenía convenio con la entidad a la cual el actor solicita su traslado.

1.5. El señor Mosquera Cicero manifestó que su familia está radicada en la ciudad de

Neiva y que ha investigado si es posible su inclusión en la lista de espera de donantes de esa ciudad, ante lo cual le han respondido que se encuentran dadas las condiciones para que solicite el traslado, pues el Departamento de Sanidad de las Fuerzas Militares tiene convenio interinstitucional con el Hospital Hernando Moncaleano Perdomo, entidad que la ha manifestado “su disposición para inscribirme en su lista, los médicos y la infraestructura dispuesta para los procedimientos, son las mejores del sur colombiano, tengo el apoyo de mi familia para los cuidados necesarios pre y pos trasplante”.

2. Contenido de la petición de amparo

De acuerdo con el anterior recuento fáctico, el ciudadano Carlos Emilio Mosquera Cicero solicitó que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y la igualdad y, en consecuencia, se ordenara que de manera inmediata se autorizara su retiro de la lista de pacientes en espera de la ciudad de Bogotá y con ello su inclusión en aquella de la ciudad de Neiva, a cargo del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo.

Para sustentar su solicitud, el promotor de la acción acompañó el escrito introductorio de los siguientes documentos:

* Copia de la Historia clínica -Formato Estandarizado de Referencia de Pacientes-.

□ Respuesta PQRD-19-0198832 suscrita por el Jefe del Establecimiento de Sanidad 500018403182.

□ Copia de la propuesta del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, con fecha 19 de marzo de 2019. Ref.: solicitud de autorización para realización de estudios pre trasplante renal. En la cual la entidad presenta oferta para la realización del siguiente procedimiento: “EVALUACIÓN PRETRASPLANTE RENAL AL RECEPTOR CON DONANTE CADAVERÍCO”. Forma de pago: AUTORIZACIÓN. Vigencia de la propuesta: 2 meses. Suscrita por el Coordinador Médico -Unidad de Trasplante Renal-.

3.1. Mediante auto de 9 de mayo de 2019, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Neiva admitió a trámite la demanda de tutela, ordenó la notificación a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional-, la Dirección General de Sanidad Militar -Fuerza Aérea Colombiana- y el

Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182.

A su vez, vinculó al Hospital Militar Central y al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva. A este último le solicitó que “informe acerca de la gestión que ha realizado el accionante CARLOS EMILIO MOSQUERA CICERO para ingresar a la lista de espera de un trasplante de riñón, si en la actualidad existe convenio con el DEPARTAMENTO DE SANIDAD DE LAS FUERZAS MILITARES para el tratamiento de pacientes con patología renales (sic) que requieren trasplante de riñón”.

Finalmente, en oficio de 16 de mayo de 2019, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva ofició al Instituto Nacional de Salud para que remitiera la siguiente información:

- “1). Informe si existe una sola y única lista nacional para pacientes en espera para trasplante renal.
- 2). Cuál es el criterio para asignar donante de componente anatómico en la lista nacional para pacientes en espera para trasplante renal.
- 3) ¿Cómo es el procedimiento para que los pacientes en lista de espera para trasplante renal accedan a un donante?
- 4) ¿Es posible que un paciente en lista de espera pueda acceder de manera ágil al procedimiento corriente a un posible donante?
- 5). Para el caso concreto, el paciente requiere ser retirado de la lista de pacientes en espera de trasplante renal del Hospital Militar Central y en su lugar ser inscrito en la lista de espera de trasplante renal del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, ¿dicha situación hará posible que al paciente se le realice el trasplante que requiere de manera urgente en menor tiempo? De ser posible cuál es el procedimiento administrativo para ello teniendo en cuenta que el paciente pertenece al régimen especial de las Fuerzas Militares”.

3.2. Durante el término de traslado, el Comando General de las Fuerzas Militares respondió que existe solo una lista a nivel nacional de pacientes de trasplante renal -que se encuentra en el sistema de información en donación y trasplante de órganos-, la cual obedece a criterios técnicos científicos que se realiza en la ciudad en donde está ubicada la

Institución Prestadora de Servicios de Salud trasplantadora.

Agregó que el señor Carlos Emilio Mosquera Cicero se encuentra registrado en dicho sistema desde el 27 de octubre de 2017, en estado activo, inscrito por el Hospital Militar Central en la Fundación Cardio Infantil de acuerdo al contrato No. 124 del 2018 de Prestación de Servicios.

En relación con la asignación de órganos expuso que se realiza de acuerdo con la compatibilidad inmunológica que tenga el paciente y no por el lugar en el cual se encuentre.

Afirmó que el accionante ha recibido toda la atención médica que ha requerido, así como los estudios realizados en donante vivo en un intento de trasplante, pero que los posibles donantes resultaron incompatibles.

Por último, indicó que el Hospital Militar Central realizó convenio con instituciones reconocidas a nivel nacional e internacional en el campo de trasplantes de órganos y que ello le faculta para que elija dentro de la red prestadora de servicios de salud con las que tiene convenio, pero que no tiene convenio con el Hospital Universitario Hernando Moncaleano de Neiva.

3.3. De otra parte, la Dirección General de Sanidad Militar refirió que únicamente cumple con funciones administrativas, más no asistenciales, razón por la cual remitió el asunto a la Jefatura de Salud de la Fuerza Aérea, quien es la encargada de resolver asuntos relacionados con materias asistenciales, para que se pronuncie sobre la acción de tutela.

3.4. La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional solicitó ser desvinculada porque el accionante no se encontraba al servicio de esa institución sino de la Fuerza Aérea Colombiana.

3.5. El Hospital Universitario Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva informó que tiene suscrito un contrato de prestación de servicios de salud con la Dirección de Sanidad Militar, por lo cual para que pueda valorar al accionante debe solicitar movilidad de la ciudad de Bogotá para la ciudad de Neiva y que las autorizaciones de servicios salgan dirigidas para esa I.P.S. o con la que prefiera y se encuentre dentro de su red de salud.

A su vez, manifestó que no le corresponde autorizar los servicios de salud que el actor

requiere, por cuanto es una institución que presta servicios a través de contratos suscritos con las E.P.S., las aseguradoras y la Secretaría de Salud Departamental.

3.6. El Hospital Militar Central adujo que no era competente para autorizar traslados de I.P.S., pues ello corresponde a la Dirección de Sanidad de la Fuerzas Militares a la cual se encuentre adscrito el paciente, por lo que la pretensión del accionante se tendrá que tramitar ante dicha dependencia.

Aclaró que si el paciente solicita el traslado de ciudad para continuar con el manejo médico integral, este se puede llevar acabo, sin embargo, la lista de espera de trasplante de órganos y tejidos, en la que se encuentra desde el 15 de septiembre de 2017 es unificada a nivel nacional por tal motivo el traslado de ciudad no interviene en este proceso.

3.7. En respuesta al requerimiento, el Instituto Nacional de Salud indicó que ni tiene por función asegurar ni prestar a los pacientes los servicios del plan de beneficios, pues ello corresponde a las E.P.S. y las I.P.S.

Afirmó que la metodología que emplea para diseñar la lista de espera y asignación de órganos sigue los estándares de la Organización Mundial de la Salud, en la cual la distribución y asignación de órganos, así como la realización del procedimiento quirúrgico, depende de factores geográficos, de compatibilidad, de captación de donantes y de criterios técnico-científicos.

Expuso que el criterio de asignación contempla en primera instancia una asignación regional, por lo que los órganos extraídos de cualquier donante serán asignados a la lista de espera de la respectiva regional y sus I.P.S.

En relación con el procedimiento para que los pacientes en lista de espera accedan a un donante, explicó que se le remite a una I.P.S. habilitada e inscrita a la red de donación y trasplante, en donde se le realizará un estudio para determinar la viabilidad; mencionó además que no es posible establecer una fecha exacta en la que se realice el trasplante, pues depende de los criterios técnico científicos y de la cantidad de donantes en la respectiva regional.

Finalmente, indicó que el traslado de I.P.S. trasplantadora debe realizarse a través de su

asegurador que se envía al I.N.S. y el traslado del sistema RedDataINS, se hace de forma inmediata en horario hábil, una vez recibida la autorización del asegurador.

4. Fallo de tutela de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 21 de mayo de 2019, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva –Huila– negó el amparo constitucional, tras considerar que el traslado del accionante a una lista de espera a una regional diferente, así como el cambio de IPS, no le garantiza que el trasplante que espera se lleve a cabo de manera pronta.

4.2. Agregó que, contrario a lo expuesto por el accionante, estar inscrito en la coordinación regional número uno, en la ciudad de Bogotá, incrementa la posibilidad de recibir el órgano que necesita, pues esa lista recibe donaciones de doce departamentos del país y no solamente de Neiva.

5. Impugnación y decisión de segunda instancia

5.1. El actor manifestó que a pesar de existir una lista nacional, cada I.P.S. que realiza trasplantes tiene su propia lista de pacientes. Aunado a ello, afirmó que el Hospital Universitario Hernando Moncaleano de Neiva, recibe donantes del departamento del Huila y de los departamentos de Caquetá y Putumayo, cuando la I.P.S. en turno no dispone de personal para hacer rescate o dista de su lugar de operación (previa designación del INS), situación que no acontece en Bogotá, que tiene cobertura ven 12 departamentos pero debe asignar los órganos en 13 I.P.S. las cuales deben turnarse para recibir los órganos.

Agregó que la accionada aportó información falsa, pues si tiene convenio con el Hospital Universitario de Neiva, para realizar trasplantes.

Finalmente, expuso que el proceso de recuperación de la enfermedad que padece, tanto en los cuidados previos, como en los posoperatorios requiere de cuidados constantes, por lo que necesita del apoyo permanente de su familia, siendo esta también unas de las circunstancias que lo llevan a solicitar el traslado de la lista de posibles donantes, pues su arraigo familiar se encuentra en la ciudad de Neiva.

5.2. En sentencia de 16 de julio de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, revocó la decisión adoptada en primera

instancia y, en su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del señor Carlos Emilio Mosquera Cicero.

En consecuencia, ordenó a la Dirección de Sanidad Militar, que en las 48 siguientes a la notificación de la sentencia autorizara el retiro de la lista de donantes en la que se encontraba el actor –ciudad de Bogotá–, para ser inscrito en la lista de la ciudad de Neiva.

El Tribunal fundamentó su decisión en el derecho que le asiste a los afiliados de las entidades administradoras de los servicios de salud para escoger las IPS que realicen los procedimientos que demandan –y se encuentren en el Plan de Beneficios–, siempre y cuando se hallen en la red de servicios contratada.

A su vez, indicó que el Hospital Universitario Hernando Moncaleano tiene convenio con la entidad accionada, “por lo que se encuentran dadas las condiciones para ingresar al tutelante a dicha lista de espera, situación que denota una justificación engañosa por parte de la entidad encargada de autorizar el retiro de la lista de espera a la que actualmente se encuentra inscrito”.

6. Solicitud de aclaración

6.1. Mediante memorial radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 4 de septiembre de 2019 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral envió la solicitud de aclaración que le fue allegada el 8 de agosto de 2019, por parte de la Dirección General de Sanidad Militar.

6.2. La solicitud tiene tres argumentos principales. El primero relacionado con la vulneración del debido proceso por falta de notificación de las decisiones judiciales fue expuesto en los siguientes términos:

“Se ha vulnerado el Derecho de Defensa Contradicción y Debido Proceso a esta Dirección General de Sanidad Militar toda vez que NO nos fueron notificados por el Aquo y Ad quem los fallos de Primera y Segunda Instancia, emitidos dentro de la Acción de Tutela en referencia.

Solamente se nos notificó mediante correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2019, por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva el auto admisorio y el escrito de la acción de tutela impetrada por el Señor accionante en cuyo contenido muy bien se puede

evidenciar que la interpuso fue en contra del “ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 500018403182”, que corresponde a un Establecimiento de Sanidad de la Fuerza Aérea Colombiana CACOM 2 en Villavicencio y NO contra esta Dirección General de Sanidad Militar, como erróneamente se indicó en el oficio No. 1669 de mayo 9 de 2019 (anexo copia) que notificó la admisión de la referida acción y lo que se colige de su contenido y transcripción del auto admisorio”.

“De otra parte, consultado con el Instituto Nacional de Salud por parte de la Jefatura de Salud de la Fuerza Aérea, se nos informa en oficio de fecha 5 de agosto de 2019, que el procedimiento a realizar NO es retirarlo o DESACTIVARLO, como lo ordena ese Tribunal, sino solicitar su “INACTIVACION”, pues retirarlo o desactivarlo es un error y solo procede cuando el paciente fallece o cuando sale del país y no va a regresar, o sea cuando no hay posibilidad de que el paciente ingrese de nuevo a la lista de espera de cualquier IPS”.

A partir de lo anterior, solicita que se corrija la sentencia en el sentido de indicar que lo que procede es la inactivación y no la desactivación.

6.4. El tercero y último, es sobre la imposibilidad de cumplir con la orden el término indicado en la parte resolutive -48 horas-, por lo cual se solicita que se tenga en cuenta que en virtud de la ley el procedimiento para cambiar a una persona de IPS y de lista en el caso de trasplante de órganos debe seguir unos lineamientos específicos, que requiere el concurso de varias instituciones.

6.5. En Auto de 22 de agosto de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, resolvió la solicitud.

6.5.1. En relación con la falta de notificación señaló que no le asiste razón al recurrente dado que “luego de revisados los archivos de la Sala se logró constatar que mediante oficio 4093 del 16 de julio del año en curso, se envió notificación de la decisión a la Dirección General de Sanidad Militar, siendo recibida por dicha entidad el 19 de julio del mismo año, como se extrae de la Guía de envío No. RA150939080CO”.

6.5.2. En relación con el empleo de los conceptos y la ampliación de los términos, corrigió la parte resolutive en los siguientes términos:

1.- CORREGIR el numeral tercero del fallo de tutela proferido el 16 de julio de 2019, el cual quedará así:

3.- ORDENAR a la Dirección General de Sanidad Militar, que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de esta decisión, inscriba al accionante Carlos Emilio Mosquera Cicero en la lista de espera de donantes de la ciudad de Neiva a cargo del Hospital Universitario Hernando Moncaleano surtiendo el procedimiento administrativo que estime adecuado. La entidad deberá acreditar el cumplimiento de la decisión ante el juzgado de primera instancia”.

El Tribunal dispuso que se notificara a las partes de la decisión adoptada, así como a la Corte Constitucional, dado que estaba en curso el proceso de revisión del fallo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer el fallo proferido dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad formal de la acción

De conformidad con el artículo 86 Superior y en concordancia con lo previsto en los artículos 1°, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.

Con fundamento en lo expuesto, es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia formal de la acción, como acto previo al estudio de la presunta vulneración, asunto del cual la Sala se ocupará a continuación:

2.1. Legitimación

Legitimación en la causa por activa.

2.1.1. De conformidad con el artículo 86 superior, la solicitud de amparo constitucional puede ser formulada por cualquier persona, ya sea por quien soporta directamente el agravio de sus derechos fundamentales, o por alguien que actúe en nombre del afectado.

Dado que el ciudadano Carlos Emilio Mosquera Cicero es la persona cuyos derechos fundamentales presuntamente han sido vulnerados, por el accionar de la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la Sala encuentra que se haya legitimado por activa para interponer la acción de tutela.

Legitimación en la causa por pasiva

2.1.2. La legitimidad en la causa por pasiva se predica de quien ha incurrido en la presunta acción u omisión que genera la vulneración de los derechos fundamentales. Dado que el Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182, es la entidad sobre la cual recae la comisión de la presunta vulneración, al no autorizar el traslado del accionante de la lista de espera de donantes de la ciudad de Bogotá a una similar en la ciudad de Neiva, la Sala encuentra que se constituye en el extremo pasivo del amparo propuesto.

2.1.3. Resulta relevante que en escrito radicado el 13 de agosto en la Secretaría de esta Corporación, la Dirección General de Sanidad Militar expuso ante la Corte que no estaba legitimada por pasiva pues no es la entidad encargada del cumplimiento de las órdenes impartidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, en la sentencia de 16 de julio de 2019 y el Auto de 22 de agosto de la misma anualidad, dado que no tiene competencia para realizar las funciones que la han sido atribuidas por medio de las decisiones judiciales.

2.1.4. Frente a esta materia la Sala encuentra que tanto la Dirección General de Sanidad Militar, como la Jefatura de Salud de la Fuerza Aérea, se encuentran legitimadas por pasiva en la acción objeto de revisión, dado que tienen el deber de cumplir con funciones específicas para garantizar el derecho fundamental a la salud del actor. La primera de estas tiene tareas de vigilancia y coordinación institucional, en tanto la segunda hace lo propio sobre aspectos operativos para la prestación de los servicios demandados por el señor Carlos Emilio Mosquera Cicero.

El hecho que la orden se dirija a una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyas funciones específicas le impiden cumplir operativamente la orden impartida, no la releva del deber de informar a la dependencia competente de la orden que le ha sido notificada a fin de garantizar los derechos fundamentales del accionante.

A su vez, dado que el accionante estaba afiliado a la Dirección General de Sanidad, tal entidad se encuentra legitimada por pasiva, asunto diferente es que con ocasión al reparto funcional del Comando General sea otra dependencia la que deba realizar los trámites operativos para el traslado requerido de la lista de pacientes en espera de trasplante renal.

2.1.6. La Sala encuentra acertado el llamado realizado por el juez de primera instancia a diferentes instituciones (Comando General de las Fuerzas Militares, Dirección General de Sanidad Militar, Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, Hospital Universitario Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, Hospital Militar Central y el Instituto de Nacional de Salud) dado que requería de elementos de juicio, desde el punto de vista legal y de la experiencia para encontrar determinar si alguna de estas entidades, encargadas de la prestación del servicio de salud al actor, en mayor o menor medida, habían desconocido su derecho fundamental a la salud.

Efectuadas estas precisiones, la Sala encuentra acreditado el requisito de legitimación.

2.2. Subsidiariedad

El artículo 86 de la Carta Política de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo judicial de naturaleza excepcional para que toda persona pueda solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales por las conductas de autoridades públicas o de particulares que puedan amenazarlos.

Debido a su carácter excepcional, la acción de tutela no tiene por objeto sustituir los procedimientos ordinarios de defensa. Por tanto, sólo procede cuando el peticionario carezca de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, salvo que, dada la inminencia de una lesión iusfundamental, se recurra a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior supone que, si el asunto puede ser conducido ante una autoridad jurisdiccional a

través de un mecanismo ordinario, en principio, deberán agotarse las etapas y las formas previstas en el ordenamiento jurídico para cada proceso, y el juez de tutela no debe desplazar el conocimiento del juez instituido para el efecto.

Dicho esto, en el asunto de la referencia la Sala considera que el actor no cuenta con mecanismos judiciales para la satisfacción de su pretensión.

Aunado a ello, presentó petición ante la entidad responsable de la prestación del servicio de salud -Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182- e incluso interpuso una queja en la Superintendencia de Salud, que ordenó una respuesta de fondo sobre la solicitud de traslado, cuya referencia tiene el consecutivo No. 0192610044501 del 11 de abril de 2019.

Así las cosas, la Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad.

2.3. Inmediatez

Dado que la acción de tutela tiene por objeto la protección urgente de los derechos fundamentales del solicitante ante una amenaza grave e inminente, la formulación oportuna de la demanda constitucional de amparo es un presupuesto primordial para la procedencia de este mecanismo.

En el caso objeto de estudio, la respuesta que, en criterio del actor, generó la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad, se presentó el 10 de abril de 2019 y la acción de tutela fue interpuesta el 2 de mayo del mismo año. Por tal razón, la Sala considera que el tiempo que medió entre la presunta vulneración y la interposición del mecanismo de amparo es razonable. En consecuencia, encuentra acreditado el cumplimiento del requisito de inmediatez.

3. Problema jurídico a resolver

Acreditada la procedencia formal de la acción corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿El Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182, perteneciente a la Fuerza Aérea Colombiana, vulneró los derechos fundamentales a la salud —en su componente de libre elección— y al debido proceso del ciudadano Carlos Emilio Mosquera Cicero al no autorizar su

retiro de la lista de espera de pacientes en espera de donación de órganos de la ciudad de Bogotá y permitir su inclusión en una homóloga en la ciudad de Neiva, a cargo del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo?

En la resolución del problema jurídico deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- 1.- El actor tiene su núcleo familiar en la ciudad de Neiva.
- 2.- La Dirección de Sanidad Militar tiene suscrito contrato de prestación de servicios de salud con la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva, para atender a sus afiliados.
- 3.- El tratamiento que requiere el actor se encuentra incluido en el Plan de Beneficios.
- 4.- El actor actualmente recibe tratamiento en la IPS Fundación Cardio Infantil en la ciudad de Bogotá.

Para resolver el asunto propuesto la Sala seguirá el siguiente orden expositivo: (i) La metodología para la inclusión de pacientes en las listas de espera para trasplante renal y la asignación de órganos a las IPS en Colombia. (ii) La libertad de escoger la institución que realizará el trasplante de órganos, cuando hacen parte de la misma red de servicios. Luego de ello resolverá el caso concreto.

4. La metodología para la inclusión de pacientes en las listas de espera para trasplante renal y la asignación de órganos a las IPS en Colombia

Metodología para la inclusión

- 4.1. Corresponde al Instituto Nacional de Salud la asignación de componentes anatómicos en Colombia, sobre la base de criterios geográficos y posteriormente, criterios técnico-científicos.

- 4.2. Las normas que regulan tal actividad se encuentran en la Ley 1805 de 2016, que en su artículo 7º dispone:

“Los criterios únicos nacionales de distribución y asignación de órganos y tejidos deberán ser definidos por el Instituto Nacional de Salud (INS) atendiendo la escala de severidad de la

enfermedad del paciente y la compatibilidad.

El Instituto Nacional de Salud (INS) asume a partir de la presente ley funciones de máxima autoridad administrativa frente a la estructura y organización de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos”.

4.3. Para dar cumplimiento a tal mandato el Instituto Nacional de Salud acogió la metodología de conferencia de consenso para la definición de los criterios de asignación, de acuerdo con las competencias definidas por el Ley 1805 de 2016. “A través de esta metodología los expertos en trasplante renal fueron convocados para la construcción de un documento Nacional de criterios de asignación para trasplante renal en Colombia, basados en evidencia”.

4.4. Mediante tal metodología pretende homogenizar el procedimiento para la asignación de trasplantes anatómicos, bajo los principios de equidad y transparencia, así como su disposición por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) habilitadas en la Red, las Coordinaciones Regionales y la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes, para su implementación en la asignación de los riñones que provienen de donantes cadavéricos.

4.5. En el caso específico de órganos para trasplantes renales, el Instituto Nacional de Salud estableció pautas para su asignación que son resultados de estudios con la comunidad experta y que se sintetizan a continuación:

4.5.1. Condiciones de Obligatorio Cumplimiento para asignación renal:

1. La tipificación de HLA de donantes y receptores en lista de espera debe ser realizada como mínimo con técnicas de mediana resolución.
2. El estudio pre trasplante debe permitir evaluar a los pacientes de forma oportuna y adecuada, determinando incompatibilidades inaceptables, de acuerdo a cada paciente.
3. Realizar seguimiento del riesgo inmunológico mientras los receptores estén activos en lista de espera.
4. Realizar seguimiento inmunológico al receptor enlistado al menos una vez al año durante

el tiempo en lista de espera y ante eventos sensibilizantes.

5. La categorización de estado compasivo, se realizará mediante certificado del nefrólogo del grupo de trasplantes y certificado del nefrólogo de la unidad de diálisis. En caso de duda la Coordinación Nacional o Regional podrá pedir un tercer concepto a un par clínico.

4.5.2. De otra parte, la asignación de órganos para realizar trasplante renal a un paciente en específico obedece a su clasificación en una lista, sobre la base de un puntaje que tiene en cuenta los siguientes criterios:

“1. Nivel Geográfico

Se realizará asignación local, regional y Nacional.

2. Grupo sanguíneo

- Grupo sanguíneo igual 15 puntos
- Grupo sanguíneo diferente compatible en mayores de 18 años: 0 puntos
- Pacientes con cero mis-match con grupo sanguíneo diferente compatible :15 puntos

3. Compatibilidad HLA

- 0 incompatibilidad en HLA DR: 12 puntos, 6 puntos cada alelo
- 0 incompatibilidad en HLA B: 2 puntos, 1 punto cada alelo de cada locus.
- 0 incompatibilidad en HLA A: 2 puntos, 1 punto cada alelo de cada locus.
- 0 mismatch en A, B y DR: 10 puntos

4. Edad

- Donante menor de 30 años / Receptor menor de 60 años: 2 puntos
- Donante mayor de 60 años / Receptor mayor de 60 años: 2 puntos

- Donante menor de 18 años / Receptor menor de 18 años: 4 puntos.

5. Edad en Receptores Pediátricos

- Con donantes menores de 35 años y receptores menores de 11 años: 9 puntos
- Con donantes menores de 35 años y receptores con edad entre 11 y 18 años: 6 puntos

6. Estado compasivo

Paciente con riesgo inminente de pérdida de acceso vascular para hemodiálisis, sin posibilidad de diálisis peritoneal, aplica para receptores adultos y pediátricos.

a. A este grupo de pacientes se aplicará un puntaje adicional, solo para el nivel local.

7. Antecedente Donante Vivo o manifestación positiva a la donación:

- Antecedente de haber sido donante vivo: 4 puntos
- Manifestación de voluntad positiva en el registro nacional de donantes, previo al ingreso a lista de espera: 1 punto

8. Tiempo en lista de espera

Se asignará un punto por cada año en lista de espera, después del primer año enlistado, aplica para receptores adultos y pediátricos.”.

4.5.3. De otra parte, en el caso de pacientes con pérdida de la capacidad de un órgano superior al 85% (paciente altamente sensibilizado), los protocolos presentan modificaciones debidas a la urgencia del procedimiento, como pasa a observarse:

Condiciones de Obligatorio Cumplimiento:

1. La tipificación de HLA de donantes y receptores en lista de espera debe ser realizada como mínimo con técnicas de mediana resolución. Aplica para receptores adultos y pediátricos.
2. Realizar seguimiento inmunológico mientras los receptores estén activos en lista de espera.

3. Realizar análisis de compatibilidades inaceptables.

4. Realizar seguimiento inmunológico al receptor enlistado al menos una vez al año durante el tiempo en lista de espera y ante nuevos eventos sensibilizantes.

5. Disponer de un laboratorio de inmunogenética de trasplantes inscrito por parte de las IPS con servicio de trasplante ante la Red de Donación y Trasplantes con disponibilidad 24 horas.

4.5.4. Superados estos requisitos deberán realizarse las siguientes pruebas, con el propósito de determinar la compatibilidad:

1. El laboratorio de inmunología deberá cruzar el suero histórico almacenado (mensual o trimestral) del paciente altamente sensibilizado con linfocitos del donante, mediante las técnicas disponibles establecidas para tal fin.

2. La prueba de compatibilidad deberá repetirse por el laboratorio de inmunología de la IPS trasplantadora con el suero del mismo día del paciente y linfocitos del bazo/ganglio del donante.

3. En caso de prueba positiva, el riñón se distribuirá de acuerdo a los criterios establecidos en el algoritmo 7.1.

4.5.5. En el caso de pacientes sensibilizados, los puntajes para la clasificación en la lista de referencia para la asignación de órganos para trasplante renal, se asignan con fundamento en los siguientes valores:

1. Nivel Geográfico

- Se realizará asignación regional: Para cada donante generado a nivel regional, se evaluará en el software si cumple con los requisitos requeridos por un paciente sensibilizado.

- En caso de encontrar un match, uno de los riñones, será ofertado a la IPS trasplantadora que inscribió al paciente.

2. Grupo sanguíneo

Grupo sanguíneo igual o compatible

3. Edad

En caso de donantes menores de 18 años, los riñones solo se asignarán para receptores altamente sensibilizados menores de 18 años.

4. Compatibilidad HLA

Al menos una compatibilidad donante - receptor en el locus HLA DRB

5. Análisis de compatibilidades inaceptables realizada por el sistema RedDataINS.

6. Análisis por laboratorio de Inmunogenética de trasplantes que indique la viabilidad o no de realizar prueba cruzada. El laboratorio determinará la metodología para esta actividad.

7. Prioridad 1: Antecedente Donante Vivo

8. Prioridad 2: Manifestación positiva a la donación

9. Prioridad 3: Tiempo en lista de espera: Como parte del seguimiento del paciente trasplantado se recomienda que las IPS trasplantadora garanticen que los laboratorios de inmunología conserven linfocitos del donante por al menos 5 años, para realizar pruebas cruzadas post trasplante o de no ser posible disponga de la tecnología para realizar antígeno aislado”.

4.6. A partir de la reseña de la metodología de asignación se puede concluir lo siguiente:

La asignación de órganos y tejidos para pacientes en lista de espera se realiza bajo criterios técnicos y científicos adoptados por expertos sobre la materia, que tienen en cuenta principios de igualdad, equidad y transparencia. En ese proceso no se tiene en cuenta razones de origen familiar, el estrato socioeconómico, el sexo, la raza, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica de otra índole. Una vez el paciente esté incluido en lista de espera para trasplante, el proceso de distribución y asignación de órganos para que sea realizado el procedimiento quirúrgico depende de varios factores, entre ellos:

Criterios geográficos. De acuerdo con el nivel de la Red (local, regional o nacional) donde se encuentre un donante del cual se disponga consentimiento para la donación;

Criterios de compatibilidad. Después de cumplir el criterio geográfico, la asignación de órganos (riñón) obedece a criterios de compatibilidad entre donante y receptor entre otros, compatibilidad de grupo sanguíneo, medidas antropométricas, compatibilidad genética, presencia de anticuerpos sensibilizantes y demás criterios clínicos propios del receptor contemplados por los grupos de trasplante y;

Captación de donantes y criterios técnico científicos. Para el proceso de donación de órganos se captan donantes cadavéricos, es decir personas a las que una vez se les declara la muerte encefálica se identifica si cumplen con los criterios técnicos para la donación. De ser así, se aplican la normatividad vigente y el criterio médico para proceder a la extracción de órganos que posibilite la realización de trasplante.

Metodología de asignación de órganos a las IPS

4.7. De otra parte, es pertinente recordar que existe una lista unificada a nivel nacional, mediante la cual el Instituto Nacional de Salud lleva un registro sobre las personas que demandan órganos con el objeto que les sean trasplantados. Tal instrumento también tiene la finalidad de servir de instrumento estadístico, pero también de veeduría, dado que a partir de este se puede observar de manera transparente las personas que son potenciales receptores de los órganos, su fecha de ingreso y la prioridad que tienen.

4.8. Sin perjuicio de lo expuesto, debido a la necesidad de reducir los tiempos de isquemia, la distribución de órganos no puede realizarse a nivel nacional, sino regional.

Por tanto, los órganos que se extraen de los donantes en una determinada región se asignan a la lista de espera de la respectiva regional y esta las distribuye entre las IPS con las que tiene convenio.

4.9. En la actualidad, la distribución de órganos en Colombia ha sido asignada a seis (6) coordinaciones regionales, que tienen su propia sede administrativa y un área de jurisdicción específica (pueden disponer de los órganos que se generen en tal zona), como pasa a observarse:

Coordinación regional

Sede administrativa

Área de jurisdicción

No. 1

Bogotá

Bogotá D.C., Cundinamarca, Tolima, Boyacá, Casanare, Meta, Caquetá, Vichada, Vaupés, Guaviare, Guainía, Putumayo y Amazonas.

No. 2

Medellín

Antioquia, San Andrés y Providencia, Chocó, Córdoba y Caldas.

No. 3

Cali

Valle, Risaralda, Quindío, Cauca y Nariño.

No. 4

Bucaramanga

Santander, Norte de Santander, Cesar y Arauca.

No. 5

Barranquilla

Atlántico, Bolívar, Magdalena, Guajira y Sucre.

No. 6

Huila

Neiva

Esto implica que los pacientes reciban donaciones de órganos de los lugares que corresponden a su coordinación regional –excepcionalmente puede darse el caso que una IPS reciba órganos de otros departamentos, cuando en la regional de origen no se dispone de recursos humanos o técnicos para realizar su rescate– por lo cual el tiempo de espera para la realización de un trasplante puede variar en función de ello.

4.10. De conformidad con las cifras proporcionadas por el Instituto Nacional de Salud, en el estudio sobre criterios de asignación para trasplante renal en Colombia, la donación de órganos para ser trasplantados presentan el siguiente perfil por región:

4.11. Llama la atención que en el Informe Ejecutivo de la Coordinación Red Nacional de Trasplantes del Instituto Nacional de Salud, Colombia-2018, se observe que las coordinaciones regionales No. 1 (Bogotá) y No. 2 (Medellín) encabezan las cifras de donación, pero un análisis detallado –proporcionado en el mismo documento– indica que las cifras totales no son un indicador sobre la proporcionalidad en la asignación de órganos que permita determinar criterios equitativos en la distribución de tal recurso.

Para tal efecto, se precisa realizar un estudio que establezca un índice de donantes por millón de habitantes, dado que analizar datos sobre donación de órganos sin tener en cuenta las personas que conforman tal regional genera la distorsión de la muestra, pues no se tiene certeza sobre la proporción entre oferta y demanda.

Efectuadas tales precisiones el dato estadístico que mejor refleja el comportamiento de la donación de órganos se puede apreciar en la siguiente gráfica:

Como precisa el Informe Ejecutivo de la Coordinación Red Nacional de Trasplantes del Instituto Nacional de Salud, Colombia-2018, la tasa de donantes reales por millón de habitantes por coordinación regional (que se calculó tomando como población el total de habitantes de la regional en su área de influencia, según lo proyectado por DANE 2018), la regional que presentó la mayor tasa de donantes reales de órganos fue la regional No. 6 (Huila) , seguido por la 2 (Antioquia) y la 3 (Cali) –Mapa No. 1–. Tal estadística también puede ser reflejada en el siguiente gráfico, que también permite observar la variación presentada frente al año 2017.

Esto permite concluir que algunas regionales presentan tasas superiores, en términos

porcentuales de donantes, con lo cual puede afectarse el derecho a la igualdad de las personas que están en la espera de un trasplante, pero que se encuentran en una regional que tiene un potencial para la recepción de órganos menor o que debido a su densidad poblacional presentan tiempos de espera superiores, aun cuando su ingreso a la lista de espera puede ser anterior al de pacientes que ya han recibido trasplantes.

5. La libertad de escoger la institución que realizará el trasplante de órganos, cuando hacen parte de la misma red de servicios —el derecho a la salud en su componente de libre elección—.

La libertad de escoger la entidad prestadora del servicio de salud es una faceta del derecho a la salud. La Corte ha expuesto que toda persona afiliada al sistema tiene la posibilidad de escoger de manera libre la EPS que considere satisface de mejor manera sus necesidades o que lo protegerá óptimamente ante la ocurrencia de una contingencia a partir de la cual requiera atención en salud; y, una vez afiliado, dentro de ella goza de la libertad de escoger cuál será la IPS, con la que su EPS tiene convenio, en la que le prestarán efectivamente las atenciones que necesite.

De conformidad con la sentencia T-481 de 2016, tal faceta del derecho a la salud se fundamenta en la libertad y autonomía del individuo para auto-determinarse y, de esa manera, escoger las entidades en las que confiará el cuidado de su salud.

Movilidad entre entidades de la misma red de servicios

5.1. La Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social tienen derecho a escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud, siempre y cuando pertenezcan a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado. Esta regla sólo tiene las siguientes excepciones: (i) que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, (ii) cuando la EPS expresamente lo autorice o (iii) cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios.

5.2. En sentencia T-171 de 2015 la Corte sostuvo que la escogencia de IPS es un derecho de doble vía, dado que constituye una “facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS

a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en la que se suministrarán los mencionados servicios”, pero al mismo tiempo es una “potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas”.

5.3. En el caso de pacientes que requieran un procedimiento de trasplante de órganos opera de la misma manera. Los afiliados de las EPS tienen el derecho de trasladarse a una IPS que se encuentre dentro de la red de servicios con la cual la primera de estas tiene convenio o haya contratado.

El derecho a la libre escogencia implica que en los casos que el usuario escoja una IPS que corresponda a una regional diferente a la que en la actualidad le corresponde, por criterios geográficos, debe realizarse el respectivo traslado siempre y cuando la IPS de destino se encuentre en la misma red de servicios que oferta la EPS, salvo que se configuren las excepciones consignadas en la sentencia T-069 de 2018 (ver Supra 5.1).

5.4. Es preciso indicar que en los casos de traslado de IPS, de pacientes en espera de órganos para procedimiento de trasplante, el usuario será asignado a la regional le corresponde a la IPS de destino, de conformidad con su ubicación geográfica.

Esta regla aplica incluso en regímenes especiales, pues la clasificación regional para la asignación de órganos que realiza el Instituto Nacional de Salud, tiene fundamento legal y aplica a todas las personas que estén en espera de donación de componentes anatómicos.

5.5. También, resulta pertinente establecer que la clasificación de los usuarios en las listas de espera de cada regional depende de los criterios establecidos por el Instituto Nacional de Salud para asignar los respectivos puntajes.

Esto implica que aunque los puntajes se mantengan invariables (permaneciendo el resto constante), por estar fundamentados en criterios objetivos, el turno en la lista de destino puede variar, pues cada regional tiene pacientes con condiciones específicas, que pueden afectar en forma ascendente o descendente la prioridad que tiene el usuario trasladado.

5.6. Efectuadas estas precisiones, una vez el paciente esté incluido en la lista de espera para trasplante, correspondiente a la IPS a la cual se trasladó, queda sometido a la prioridad

que se le ha reasignado y al reparto que se haga para esa regional.

6. Caso concreto

Para la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, el 16 de julio de 2019, que revocó la decisión adoptada en primera instancia y en su lugar concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del accionante, deberá confirmarse. A continuación se expondrán los argumentos que le llevan a adoptar tal decisión.

6.1. Como se expuso, los usuarios del sistema de salud tienen derecho a escoger la IPS en la cual quieren que se lleven a cabo su tratamiento médico, siempre y cuando la EPS tenga convenio con tales instituciones, o pertenezcan a su red de servicios.

De acuerdo con tal regla, el Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182 –de la Fuerza Aérea– vulneró los derechos fundamentales del señor Carlos Emilio Mosquera Cicero al negar la solicitud de traslado de IPS Fundación Cardio Infantil en la ciudad de Bogotá a la IPS Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva, dado que, aunque esta última tiene convenio para la prestación de servicios de salud con la Dirección de Sanidad Militar, negó el traslado solicitado por el actor, el cual se encuentra autorizado por la ley.

6.2. A su vez, aunque la Dirección General de Sanidad Militar no vulneró los derechos fundamentales del actor, en tanto no generó la acción que devino en la interposición del amparo objeto de estudio, la Sala observa que su actuación en el trámite de la misma no fue diligente pues con su respuesta pudo haber inducido al juez al error, dado que afirmó no tener convenio con la IPS Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva, cuando en realidad si lo tenía.

Debido a ello la Sala advertirá a la Dirección General de Sanidad Militar para que en lo sucesivo responda a los requerimientos efectuados por las autoridades judiciales de manera diligente, esto es, confirmar la información aportada al proceso, máxime cuando se trata de personas que requieren tratamientos vitales.

6.3. Si bien es cierto que las entidades accionadas alegaron razones para que los jueces de instancia negaran el amparo afirmando que ello afectaría el bienestar del actor, pues el Hospital Militar en la ciudad de Bogotá cuenta con los recursos tecnológicos y humanos para tratar la complejidad que reviste la patología del actor, no pueden emplear tal argumento para restringir la libertad que por ministerio de la Ley tienen los usuarios del sistema de salud para escoger la IPS que quieren que les trate, siempre y cuando se encuentre dentro de la Red de prestadores de servicio de la EPS a la que se encuentran afiliados.

Para la Sala, la restricción ejercida por las entidades accionadas vulneró el derecho fundamental a la salud del actor, en su componente de libre elección, dado que no tuvo en cuenta que las personas que se encuentra en las listas de espera para trasplante de órganos pueden ejercer su autonomía para adoptar decisiones propias, entre ellas decidir la entidad en donde se les practicará el procedimiento quirúrgico.

Por tanto, ninguna institución del Estado puede ejercer un control totalizante sobre la vida de tales pacientes, ni adoptar posiciones paternalistas frente al ejercicio de sus derechos, pues ello llevaría a concluir que es necesario subrogarles en la adopción sus decisiones, para protegerles de ellos mismos.

Afirmar la libertad como criterio de optimización de las relaciones sociales y de una teoría de la justicia del derecho a la salud es presupuesto básico para mantener y en algunos casos alcanzar la meta del ser humano digno, dueño de sí mismo, conocedor de sus derechos y ciudadano del Estado Social de Derecho.

6.4. En relación con el traslado de lista de la regional 1 (Bogotá), a la regional 6 (Huila), la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, en el sentido de indicar que la Dirección General de Sanidad Militar deberá realizar los trámites que se requieran para tal efecto. En ese sentido, deberá ejercer como coordinador y articulador de las entidades encargadas del cumplimiento de tal orden, enviando los oficios correspondientes a la Fuerza Aérea, al Hospital Militar, a la IPS Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva y al Instituto Nacional de Salud.

A su vez, la asiste razón a la Dirección General de Sanidad Militar, cuando afirma que el procedimiento que corresponde para realizar el traslado es la inactivación del paciente en

una lista para poder incorporarlo en otra y no como solicitaba el accionante su desactivación –dado que esto se produce cuando se produce un deceso–. No obstante, ello no puede convertirse en argumento para someter al actor a un peregrinaje institucional ordenándole que realice una nueva petición con el lenguaje técnico correcto, máxime si la institución entendió en qué consistía la pretensión del actor.

Por tanto, la Dirección General de Sanidad, una vez verificados los presupuestos legales, por principio de economía procesal y para garantizar los derechos del señor Carlos Emilio Mosquera Cicero estaba en la obligación de remitir la petición al Instituto Nacional de Salud, en los términos necesarios para poder dar trámite a la solicitud del actor.

La posición de garante de la Dirección General de Sanidad Militar también implica que debe vigilar que el actor sea incluido en la lista a la que solicitó el traslado y que la IPS con la que tiene convenio le realice los exámenes, el tratamiento y la intervención correspondiente, cuando esta última sea posible. Para tal seguimiento estricto a la situación de uno de sus afiliados, debe requerir a las direcciones de sanidad a la que pertenezcan, así como a los establecimientos de salud correspondientes.

6.5. De otra parte, genera un signo de alarma las cifras presentadas por el Instituto Nacional de Salud, en el último estudio –reseñado en esta sentencia–, sobre la distribución de los componentes anatómicos en Colombia. La distribución que se realiza de los órganos para trasplante, debido a la densidad poblacional, al rescate de los tales elementos, a la capacidad técnica, los tiempos de isquemia, generan un problema de igualdad en el acceso a un recurso escaso y en el goce y satisfacción del derecho a la salud.

6.5.1. Como se expuso en la parte motiva de esta providencia, algunas regionales presentan tasas superiores, en términos porcentuales de donantes, con lo cual puede afectarse el derecho a la igualdad de las personas que están en la espera de un trasplante, pero que se encuentran en una regional que tiene un potencial para la recepción de órganos menor o que debido a su densidad poblacional presentan tiempos de espera superiores, aun cuando su ingreso a la lista de espera puede ser anterior al de pacientes que ya han recibido trasplantes.

6.5.2. Esto conlleva a que una persona que tenga la oportunidad de trasladarse a una regional donde el tiempo de espera sea menor (en promedio), pueda acceder a un trasplante

de órgano con mayor facilidad, con lo cual pueden verse afectados principios como el debido proceso, la equidad y la salud, de otras personas que se encuentran en condiciones iguales.

6.5.3. Como dato empírico, de una evaluación a priori no especializada, se concluye que el acceso a una donación de órganos es más rápida en la ciudad de Neiva que en la de Bogotá, en la cual hay un menor porcentaje de donación y, aunado a ello, debe realizarse un reparto entre varias IPS –en tanto que en la ciudad de Neiva hay sólo una–.

6.5.4. La situación identificada por parte de la Corte no indica que el accionante está incurriendo en alguna irregularidad, dado que la regulación sobre asignación de órganos permite que se produzca esta práctica, que en el asunto de la referencia obedece a una situación concreta del actor, como lo es que su familia reside en la regional 6, en la ciudad de Neiva, donde los tiempos de espera de trasplante son menores.

6.5.5. Sin embargo, tal acción genera una alarma sobre la posible distribución inequitativa de los órganos o que en algunos casos puede generar que las personas con recursos y posibilidades de traslado puedan recibir el anhelado trasplante en un tiempo menor, como se dice coloquialmente saltarse la fila o hacer una más corta, cuando se supone que debe respetarse la antigüedad en la lista con las excepciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

6.5.6. Por ejemplo en el estudio presentado por el Instituto Nacional de Salud el 45,8% de los pacientes inscritos en lista de espera pertenecían a la regional 1 –Bogotá–, seguida de la regional 2 –Antioquia– con un 20,8%; la regional 5 –Atlántico– con un 12,5%; la regional 3 –Valle– con un 8,3%, la regional 4 –Santander– con un 8,2% y en último lugar la regional 6 –Huila– con un 4,2% para el año 2018, lo cual genera de entrada un reparto inequitativo, máxime si en algunas regionales no se puede realizar el rescate de órganos por falta de capacidad técnica y otra regional procede a realizarlo.

Ello genera una pregunta ¿Por qué si una entidad puede realizar el rescate por contar con elementos técnicos para el rescate de órganos, por estar cerca de lugar donde ello tiene lugar (con regularidad) el territorio le corresponde a otra que no tiene tal capacidad?

De manera concreta, puede generarse el siguiente interrogante: ¿por qué los departamentos de Caquetá y Putumayo están inscritos en la regional 1 cuando la regional 6 está más cerca y

tiene recursos técnicos y humanos para realizar el rescate?

Aunado a ello, las cifras muestran una situación que en apariencia es inequitativa como lo es que en el departamento de Huila (regional 6) de 73 posibles donantes hayan 14 donantes reales, para un porcentaje del 19.17% (supra gráfico 7), mientras que en Bogotá (regional 1) de 1192 posibles donantes hayan 123 donantes reales, para un porcentaje de 10.31%, con lo cual, en términos proporcionales, la probabilidad de recibir una donación para trasplante en la regional número 6, es casi 90% más alta que en la regional número 1.

6.5.7. Como se advierte, la alarma que se genera no tiene lugar por una práctica ilegal, sino que puede tener origen en el diseño de la política pública de distribución de órganos, esto es, que puede estarse en presencia de una falla estructural que amerita la intervención inmediata del Instituto Nacional de Salud para que realice un análisis de la política de distribución de órganos para trasplantes anatómicos, teniendo en cuenta los signos de alarma evidenciados en la presente sentencia, y establezca las estrategias que deben desarrollarse para realizar su distribución equitativa la cual debe proteger hasta el máximo posible el principio de igualdad de quienes necesiten tales procedimientos.

6.5.8. Por ello, comunicará la presente decisión al Instituto Nacional de Salud para que, al momento de diseñar, modificar o desarrollar su política de distribución de órganos en general, tenga en cuenta los signos de alarma establecidos en la presente providencia.

6.5.9. De otra parte, dado que la Superintendencia Nacional de Salud tiene por función legal y constitucional vigilar a las entidades prestadoras de servicios de salud, se solicitará su concurso para que advierta a tales instituciones para que no establezcan barreras administrativas en la atención de las solicitudes de traslado que presenten las personas en espera de donación de órganos para trasplante anatómico a las IPS que se encuentren dentro de su Red de prestadores de servicios y que los pacientes elijan en ejercicio de su derecho a la libre elección.

6.5.10. Por último, la presente decisión será comunicada a la Sala Especial de seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional con el propósito de que tenga conocimiento de la situación descrita y adopte las decisiones que a bien tenga para garantizar el derecho fundamental a la salud de las personas que requieren de órganos para la práctica de trasplantes corporales.

7. Síntesis de la decisión

7.1. En la presente oportunidad la Sala Novena de Revisión examinó el caso del señor Carlos Emilio Mosquera Cicero, quien fue diagnosticado con “nefropatía IgA Proliferativa Mesangial -Insuficiencia Renal Crónica-”, con pérdida del funcionamiento de sus riñones superior al 90% y que fue incluido en lista de espera para calificar como receptor de esos órganos en la eventualidad de que existiera un donante compatible.

El accionante, que reside en la ciudad de Villavicencio, se encontraba en lista de espera de donantes de la ciudad de Bogotá, pero consideraba que la oportunidad de recibir un trasplante eran mayores en la ciudad de Neiva, razón por la cual solicitó su inclusión en la lista de tal ciudad y su consecuente retiro de la lista en la que se encontraba incluido, petición que fue negada por el Establecimiento de Sanidad Militar de la Fuerza Aérea 500018403182.

Las entidades vinculadas al proceso se opusieron al traslado manifestando que lo mejor para el actor era permanecer en la lista de donantes de la ciudad de Bogotá, debido a que tenía un mejor equipo de especialistas en tal lugar. Además la Dirección General de Sanidad Militar afirmó no tener convenio con la IPS de destino -esto es el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva-.

7.2. Luego de determinar que se encontraban acreditados los requisitos para la procedibilidad formal de la acción (legitimidad, subsidiariedad e inmediatez), la Sala consideró que debía resolver el siguiente problema jurídico: ¿El Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182, perteneciente a la Fuerza Aérea Colombiana, vulneró los derechos fundamentales a la salud y al debido proceso del ciudadano Carlos Emilio Mosquera Cicero al no autorizar su retiro de la lista de espera de pacientes en espera de donación de órganos de la ciudad de Bogotá y permitir su inclusión en una homóloga en la ciudad de Neiva, a cargo del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo?

7.3. Para resolver el problema jurídico, la Sala tuvo en cuenta que el actor tenía su núcleo familiar en la ciudad de Neiva y que la Dirección de Sanidad Militar tiene contrato de prestación de servicios de salud con la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva (a pesar que en la contestación de la tutela negó tal asunto). Además, que el tratamiento requerido se encuentra incluido en el Plan de Beneficios y que el

actor recibe tratamiento en la IPS Fundación Cardio Infantil en la ciudad de Bogotá.

Con el propósito de lograr un adecuado entendimiento de la controversia, se abordaron los siguientes ejes temáticos: (i) la metodología para la inclusión de pacientes en las listas de espera para trasplante renal y la asignación de órganos a las IPS en Colombia; y ii) la libertad de escoger la institución que realizará el trasplante de órganos, cuando hace parte de la misma red de servicios.

A partir del estudio de los temas propuestos la Sala concluyó que los usuarios del sistema de salud tienen derecho a escoger la IPS en la cual quieren que se lleven a cabo su tratamiento médico, siempre y cuando la EPS tenga convenio con tales instituciones, o pertenezcan a su red de servicios. Por tal razón, concluyó que, la decisión adoptada por el juez de segunda instancia, que concedió los derechos fundamentales del actor, debía confirmarse.

A su vez, la Sala expuso que la asignación de órganos y tejidos para pacientes en lista de espera se realiza bajo criterios técnicos y científicos adoptados por expertos sobre la materia, que tienen en cuenta principios de igualdad, equidad y transparencia. En ese proceso no se tiene en cuenta razones de origen familiar, el estrato socioeconómico, el sexo, la raza, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica de otra índole. Una vez el paciente esté incluido en lista de espera para trasplante, el proceso de distribución y asignación de órganos, para que sea realizado el procedimiento quirúrgico, depende de factores geográficos, de compatibilidad, de captación de donantes y técnicos científicos.

También expuso que existe una lista unificada a nivel nacional, mediante la cual el Instituto Nacional de Salud lleva un registro sobre las personas que demandan órganos con el objeto que les sean trasplantados y que sirve de instrumento estadístico y de veeduría, dado que sirve para clasificar los potenciales receptores de los órganos, su fecha de ingreso y la priorización.

No obstante, la distribución de órganos no se realiza a nivel nacional, dado que, debido a la necesidad de reducir los tiempos de isquemia, los órganos que se extraen de los donantes en una determinada región se asignan a la lista de espera de la respectiva regional y esta los distribuye entre las IPS con las que tiene convenio.

De otra parte, a partir de los informes presentados por el Instituto Nacional de Salud, la Sala

concluyó que, en términos porcentuales, algunas regionales tienen tasas de donación superiores, con lo cual puede afectarse el derecho a la igualdad de las personas que están en la espera de un trasplante, pero que se encuentran en una regional que tiene un potencial para la recepción de órganos menor o que debido a su densidad poblacional presentan tiempos de espera superiores, aun cuando su ingreso a la lista de espera puede ser anterior a la de pacientes que ya han recibido trasplantes.

Para la Sala, la situación descrita genera un signo de alarma sobre la posible distribución inequitativa de los órganos, puesto que las personas con recursos y posibilidades de traslado pueden recibir el anhelado trasplante en un tiempo menor, como se dice coloquialmente saltarse la fila o hacer una más corta, cuando se supone que debe respetarse la antigüedad en la lista con las excepciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Por tal razón, comunicará la presente decisión al Instituto Nacional de Salud para que, al momento de diseñar, modificar o desarrollar su política de distribución de órganos en general, tenga en cuenta los signos de alarma establecidos en la presente providencia.

De otra parte, dado que la Superintendencia Nacional de Salud tiene por función legal y constitucional vigilar a las entidades prestadoras de servicios de salud, se solicitará su concurso para que advierta a tales instituciones para que no establezcan barreras administrativas en la atención de las solicitudes de traslado que presenten las personas en espera de donación de órganos para trasplante anatómico a las IPS que se encuentren dentro de su Red de prestadores de servicios y que los pacientes elijan en ejercicio de su derecho a la libre elección.

Finalmente, la Sala dispuso que la presente decisión sea comunicada a la Sala Especial de seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional para que tenga conocimiento de la situación descrita y adopte las decisiones que a bien tenga para garantizar el derecho fundamental a la salud de las personas que requieren de órganos para la práctica de trasplantes corporales.

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de tutela del 16 de julio de 2019, por la cual Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, revocó la providencia del 21 de mayo de 2019, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva y, en su lugar, CONCEDIÓ el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud del ciudadano Carlos Emilio Mosquera Cicero, en la acción de tutela que formuló en contra del establecimiento de Sanidad Militar de la Fuerza Aérea 500018403182.

Segundo.- ADVERTIR a la Dirección General de Sanidad Militar para que en lo sucesivo responda a los requerimientos efectuados por las autoridades judiciales de manera diligente, esto es, que verifique y confirme la información que aporta a los procesos, so pena de incurrir en conductas sancionadas por la ley.

Tercero.- COMUNICAR la presente decisión al Instituto Nacional de Salud para que, al momento de diseñar, modificar o desarrollar su política de distribución de órganos en general, tenga en cuenta los signos de alarma establecidos en la presente providencia.

Cuarto.- ADVERTIR, por intermedio de la Superintendencia de Nacional de Salud, a las entidades prestadoras de servicios de salud para que no establezcan barreras administrativas para atender las solicitudes de traslado que presenten las personas en espera de donación de órganos para trasplante anatómico a las IPS, que se encuentren dentro de su Red de prestadores de servicios y que los pacientes elijan en ejercicio de su derecho a la libre elección.

Quinto.- COMUNICAR de la presente decisión a la Sala Especial de seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional con el propósito de que tenga conocimiento de la situación descrita y adopte las decisiones que a bien tenga para garantizar el derecho fundamental a la salud de las personas que requieren de órganos para la práctica de trasplantes corporales.

Sexto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General