

Sentencia T-603/10

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO-EPS cambió de manera injustificada IPS que prestaba tratamiento de rehabilitación integral de afiliados con esclerosis múltiple vulnerando derecho a la salud y seguridad social

DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR-Análisis jurisprudencial sobre alcance y afectación respecto a la prestación integral en el servicio de salud

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Vulneración por cuanto nuevo médico tratante no realizó análisis de la historia clínica de los pacientes para emitir nuevo tratamiento

DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-EPS debe iniciar trámites administrativos necesarios para volver a prestar los servicios en salud a los accionantes con su antigua IPS

Referencia: expediente T-2.588.022

Acción de tutela instaurada por Eudila Esther Tapia Ahumada, María Sechoque de la Hoz, Elizabeth López de la Hoz, Yomaira Berdejo Narvaez, Lexis Lastra Meza, Aura Estela Mercado Acuña, Consuelo del Carmen Romero Aguirre, Maritza Mendoza Bolaño, Catalina Beatriz Thalliens Acosta, Alejandro Adolfo Alvarez Donado, Dora Luz Hernández Collazos, Minelva Sibaja Arcia actuando a nombre de Paola Díaz Sibaja, Teresa de Jesús Parra Salgert, Eduardo Rafael Miranda Barba, Odette Luciana Cervantes Molinares, Ana Elisa de la Hoz Cervantes, Armando Rafael Peña Sierra y Vicente Cassiani Salinas contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS

HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla y el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Eudila Esther Tapia Ahumada (Fdit12007), María Seachoque de la Hoz (Fdit 1999), Elizabeth López de la Hoz (Fdit 2003), Yomaira Berdejo Narvaez (Fdit 2003), Lexis Lastra Meza (Fdit 2004), Aura Estela Mercado Acuña (Fdit 2005), Consuelo del Carmen Romero Aguirre (Fdit 2006), Maritza Mendoza Bolaño (Fdit 2006), Catalina Beatriz Thalliens Acosta (Fdit 2006), Alejandro Adolfo Álvarez Donado (Fdit 2006), Dora Luz Hernández Collazos (Fdit 2006), Minelva Sibaja Arcia actuando a nombre de Paola Díaz Sibaja (Fdit 2006), Teresa de Jesús Parra Salgert (Fdit 2006), Eduardo Rafael Miranda Barba (Fdit 2007), Odette Luciana Cervantes Molineros (Fdit 2007), Ana Elisa de la Hoz Cervantes (Fdit 2008), Armando Rafael Peña Sierra (Fdit 2008) y Vicente Cassiani Salinas (Fdit 2008), actuando mediante apoderado, presentaron acción de tutela en contra de Salud Total EPS por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social.

Afirmaron los accionantes que la vulneración de sus derechos radica en que la entidad accionada, cambió de manera injustificada la Institución Prestadora de Salud -IPS.- que les brindaba el tratamiento para la rehabilitación integral de la enfermedad de esclerosis múltiple, “enfermedad considerada por la medicina como de alto riesgo, catastrófica y altamente discapacitante, que afecta el sistema nervioso central”.

Señaló la parte demandante que el tratamiento de rehabilitación integral de esclerosis múltiple fue prestado por Salud Total EPS mediante el Instituto Colombiano de Neuropedagogía I.C.N. Ltda. a cargo del doctor Ernesto Barceló Martínez y que el tratamiento integral neurológico que ofrecía el mencionado instituto comprendía “la atención permanente

del neurólogo tratante, a través de CONSULTA ESPECIALIZADA DE CONTROL; APLICACIÓN DEL MEDICAMENTO PRESCRITO POR EL NEUROLOGO TRATANTE, TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE, QUE INCLUYE LA PARTE COGNITIVA Y EMOCIONAL; EXÁMENES DE DIAGNÓSTICO NEUROLÓGICO” .

Asimismo, manifestaron que eran atendidos de acuerdo al criterio de especialistas “terapeutas del grupo de apoyo integral del I.C.N. LTDA., que inclu[ía] además Neurólogos, Neuropsicólogos, siquiátras, sicólogos, terapeutas físicos y ocupacionales con entrenamiento específico en ESCLEROSIS MÚLTIPLE” y que recibían por parte de la institución como servicio adicional el transporte desde su lugar de residencia hasta el Instituto sin ningún costo.

Expresaron los accionantes que el I.C.N. es el único centro neurológico integral para la costa atlántica y que el tratamiento que brinda para quienes padecen esclerosis múltiple logra el objetivo de reintegrarlos de una manera más activa a la sociedad.

Argumentó el apoderado de los accionantes que el traslado a otra IPS vulneró los derechos fundamentales de sus representados, al interrumpirse la continuidad del excelente tratamiento de rehabilitación, no estar justificada la medida y ser ésta regresiva, ya que genera daño a los accionantes al someterlos a otras valoraciones y criterios que afectan la continuidad en el tratamiento y atención que venían recibiendo en la IPS mencionada y a su vez produce “un trauma desde el punto de vista moral, psicológico, económico y familiar, lo cual genera un deterioro en la salud y hasta la muerte, en el peor de los casos”.

Señaló la parte demandante que el problema central es que el cambio de IPS implica una reevaluación del paciente que interrumpe el tratamiento en curso, “lo cual los coloca en estado de indefensión y vulnerabilidad, ya que con esta regresiva e injustificada decisión administrativa de la EPS SALUD TOTAL, se retrotraería el tratamiento integral al punto de partida en que se encontraba años atrás, antes de comenzar el tratamiento, y desechar todos los adelantos y progresos que se han logrado en el proceso de inclusión de sus vidas en la sociedad, de forma más activa y funcional adaptándose de la mejor manera a sus limitaciones que conlleva esta enfermedad, que es el OBJETIVO PRINCIPAL del tratamiento integral de rehabilitación ordenado por su médico TRATANTE y llevado a cabo en el INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGÍA, bajo su dirección científica”.

Manifestaron los accionantes que la entidad accionada no realizó “un juicio de valor previo,

para evaluar la calidad y la importancia de la CONTINUIDAD de los tratamientos ya iniciados; ni la excelente atención y resultados obtenidos en los mismos” y que ésta con el fin de justificar su actuar adujo razones administrativas, las cuales no pueden estar por encima de los derechos fundamentales de los pacientes que padecen enfermedades catastróficas.

Los accionantes solicitaron como medida provisional ordenar a Salud Total EPS, para que de manera inmediata continúe prestando los servicios neurológicos requeridos en el Instituto Colombiano de Neuropedagogía y entregue las órdenes de servicio del tratamiento integral de esclerosis múltiple ordenado por su médico tratante, el medicamento interferon beta, la orden de consulta especializada de control, así como cualquier orden de servicio para exámenes de diagnóstico, laboratorio, procedimientos neurológicos, hospitalización o interconsulta, sin interrupciones, ni trámites de C.T.C. o cualquier otro trámite administrativo que dilate la entrega, todo lo anterior debido a la urgencia en que se encuentran los accionantes y que implica que el tratamiento no se pueda suspender o retrasar mientras se decide la acción de tutela, pues se generaría un perjuicio irremediable. Con respecto a esta solicitud, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranquilla el 24 de noviembre de 2009 concedió la medida provisional solicitada.

2. Solicitud de tutela.

Por lo anterior, solicitaron los accionantes tutelar sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud y la seguridad social, y, en consecuencia, ordenar a la entidad accionada: “1. [C]ontinúe prestando todos los servicios neurológicos requeridos por los accionantes de manera INMEDIATA, y PERMANENTE en el INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGIA I.C.N. LTDA. I.P.S. donde se encuentran sus especialistas y médicos tratantes y entregar sin interrupciones, trámites de C.T.C. o cualquier otro trámite administrativo que dilate la entrega; MENSUALMENTE a los accionantes, las ordenes de servicio del TRATAMIENTO INTEGRAL DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE, ordenado por su médico tratante el doctor Ernesto Barceló, a través de la I.P.S. Neurológica I.C.N. LTDA; donde los han tratado por más de 5 años a través de SALUD TOTAL E.P.S.; 2. [E]ntregar MENSUALMENTE a los accionantes, sin interrupciones, trámites de C.T.C. o cualquier otro trámite administrativo que dilate la entrega; la orden para recibir el medicamento también de VITAL importancia, INTERFERON BETA, prescrito por su médico tratante a través de la I.P.S. neurológica I.C.N. LTDA , que siempre les ha prestado el servicio integral de neurología;

3. [L]a orden de CONSULTA ESPECIALIZADA DE CONTROL a nombre de la I.P.S. neurológica, I.C.N. LTDA. donde se encuentra su médico tratante; así como cualquier orden de servicio para EXAMENES DE DIAGNOSTICO, LABORATORIO, PROCEDIMIENTOS NEUROLOGICOS, HOSPITALIZACION O INTERCONSULTA que los accionantes llegaren a requerir como consecuencia de su enfermedad; 4. exonerar a todos los accionantes, de la cancelación de copagos y cuotas moderadoras, para recibir los tratamientos y medicamentos, exámenes y en fin todo servicio médico que sea requerido en un futuro, debido a su incapacidad económica para asumirlos como consecuencia de la esclerosis múltiple”.

3. Intervención de la entidad accionada.

3.1 El representante de Salud Total EPS, señaló:

3.1.1 Con respecto a la medida provisional decretada que “ha dado estricto cumplimiento a lo ordenado, comoquiera que hasta la fecha en ningún momento ha suspendido los tratamientos de los accionantes ni se ha dejado de suministrar los medicamentos que requieren de acuerdo a su patología de ESCLEROSIS MULTIPLE que presentan. En cada caso en particular, se analizará el cumplimiento de la medida provisional. Para garantizar el cumplimiento y continuidad del tratamiento se han autorizado a todos los pacientes, consulta con el INSTITUTO NEUROLÓGICO DEL NORTE”.

3.1.2 Luego de explicar en qué consiste la enfermedad de esclerosis, su clasificación, la forma de tratarla y los medicamentos que requiere, indica que, en términos generales para garantizar la continuidad del tratamiento a cada accionante se le ha asignado o se le asignará una primera cita con otro especialista en neurología, esto con el fin de seguir prestando el servicio médico que hasta el momento la entidad no ha dejado de prestar, que se le ha entregado el medicamento de acuerdo con la medida provisional decretada y que no existen servicios pendientes por autorizar y que toda la atención requerida se encuentra debidamente autorizada, así como asegurada su prestación.

3.1.3 En consideración a la situación de salud particular de cada accionante señaló el representante de Salud Total EPS que:

- Dora Luz Hernández Collazos: “No se encuentran criterios claros para inicio o suspensión de la terapia. (...) la pertinencia del tratamiento con INTERFERON en esta paciente NO ES

CLARA,(...), ni hay constancia por parte del neurólogo, ni consentimiento informado por escrito por parte del paciente y del médico, de su capacidad para la correcta utilización y aplicación del tratamiento, presencia de recaídas, o uso de terapias alternas como citotóxicos e inmunosupresores”.

- Odette Cervantes Molinares: “Tiene diagnostico de ESCLEROSIS MÚLTIPLE sin clasificar.(...) Al no clasificar la enfermedad y no aplicar la escala de EDSS, no hay una indicación clara para el uso del INTERFERON, según los criterios de la Agencia Española del Medicamento avalados por la Academia Americana de Neurología, junto con el Consorcio de Centros de Esclerosis Múltiple, Multiple Sclerosis Council for Clinical Practice Guidelines. EXPONIENDO AL PACIENTE A UN RIESGO POR SU USO”.

- Eduardo Rafael Miranda Barba: “Se autorizó los servicios del Dr. Ernesto Barceló Martínez para continuar tratamiento por la patología de ESCLEROSIS MULTIPLE, que según registros clínicos le ordenó entre otros tratamientos el medicamento INTERFERON BETA 1B, éste por encontrarse por fuera del Plan Obligatorio de Salud No-Pos se tramitó a través de la instancia técnica del Comité Técnico Científico-CTC de la EPS donde posterior a la evaluación decidieron dar por APROBADO el medicamento justificado en indicación médica como terapia inmunomoduladora de la enfermedad, es así como SALUD TOTAL desde el año 2007 ha venido autorizando dicho medicamento por CTC de FORMA OPORTUNA Y CONTINUA”.

- Consuelo del Carmen Aguirre: “La paciente ha venido siendo tratada por médico externo autorizado por SALUD TOTAL Dr. Ernesto Barceló, especialista en neurología, quien posterior a evaluaciones considera que la paciente es apta para recibir manejo con medicamento tipo INTERFERON BETA 1B como terapia inmunomoduladora, es así como SALUD TOTAL AUTORIZA dicho medicamento basado en la decisión del Comité Técnico Científico-CTC de la EPS toda vez que este se encuentra por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud NO-POS. Igualmente la paciente, tiene medicamentos AUTORIZADOS hasta el mes de Diciembre de 2009 inclusive”.

- Paola Mercedes Díaz: “La paciente viene siendo tratada por médico externo autorizado por Salud Total, Dr. Ernesto Barceló, médico neurólogo, quien a través de su juicio considera que la paciente es apta para recibir tratamiento entre otros con INTERFERON BETA 1B de forma continua y permanente, para lo cual SALUD TOTAL ha estado autorizando desde el año 2007

a través del Comité Técnico Científico-CTC, dado que este medicamento se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud NO-POS”.

- Alejandro Adolfo Álvarez: “Actualmente está recibiendo tratamiento con INTERFERON BETA 1b, a una dosis de una ampolla interdiaria, sin que se hubiera presentado interrupción en el tratamiento”.

- Vicente Cassiani Salina: “[A]dicionalmente se han generado autorizaciones para terapias Neuropsicológicas, con número de autorización 3667-R17584674 en Hospital Metropolitano, así mismo se reitera que tiene valoración por médico especialista (...)”.

- Aura Estela Mercado Acuña: “Valorado por médico externo de la Red, Dr. Ernesto Barceló autorizado por SALUD TOTAL quien define que la paciente tiene diagnóstico de Esclerosis Múltiple y que su tratamiento entre otros sería con el medicamento INTERFERON BETA 1B de manera permanente, por lo anterior SALUD TOTAL ha venido autorizando el medicamento a través del Comité Técnico Científico -CTC de manera oportuna y sin interrupciones”.

- Teresa Parra Salget: “Valorado por médico externo de la Red de prestadores de la EPS autorizado por SALUD TOTAL EPS, quien considera que la paciente es candidata para recibir tratamiento con el medicamento de INTERFERON BETA 1b, por lo cual SALUD TOTAL ha venido autorizando oportunamente y de forma ininterrumpida a través del Comité Técnico Científico CTC. La cual según nuestro software de autorizaciones tiene medicamento hasta el mes de Noviembre de 2009 inclusive”.

- Yomaira Berdejo Narváez: “Esta paciente, presenta un diagnóstico de ESCLEROSIS MÚLTIPLE que se encuentra en tratamiento autorizado por esta EPS con el medicamento INTERFERON BETA 1B DE 8 MILLONES DE UI, de manera constante y sin interrupciones, ordenado por el médico tratante. Este medicamento ha sido autorizado por esta EPS por medio del Comité Técnico Científico cuando ha sido ordenado por el especialista tratante y la usuaria lo ha radicado en los puntos de atención”.

- Maritza Mendoza Bolaño: “La paciente fue diagnosticada DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE que se encuentra en tratamiento autorizado por esta EPS con el medicamento INTERFERON BETA 1B DE 8 MILLONES DE UI, de manera constante y sin interrupciones, ordenado por el médico tratante. Este medicamento ha sido autorizado por esta EPS por medio del Comité Técnico

Científico cuando ha sido ordenado por el especialista tratante y la usuaria lo ha radicado en los puntos de atención”.

3.1.4 Que “es necesario aclarar que esta Entidad en ningún momento ha vulnerado ningún derecho fundamental de los accionantes, se han autorizado los tratamientos requeridos para el manejo de sus patologías contenidas en el POS. Respecto a la cobertura de servicios NO POS, la normatividad legal contenida en la Resolución 3099 de 2008, obliga a someter a estudio del Comité Técnico Científico los anteriores servicios, normatividad que es de estricto cumplimiento y por ende, no lo puede eludir ni evadir esta entidad ni los usuarios, por lo cual se les ha instruido siempre de la necesidad de agotar este mecanismo legal” y que “al no existir la vulneración o la amenaza inminente de los derechos Constitucionales Fundamentales del actor, mal podría prosperar una acción que desde un comienzo no tiene base jurídica para ser sustentada, desaparece el motivo de la presente acción de tutela ya que no está en curso ninguna violación de derechos fundamentales por parte de SALUD TOTAL S.A. EPS”.

3.1.5 Que “1. No hay violación de los derechos fundamentales cuando hay un traslado de IPS, como quiera que las Entidades Promotoras de Salud, nos asiste el derecho de elegir las IPS con las que deseamos contratar, siempre y cuando estas garanticen la calidad de los servicios que se prestan, así como la continuidad de los tratamientos que se vienen prestando. 2. No ha existido NUNCA, una dilación o retardo en la entrega de los medicamentos requeridos por los pacientes, cuando estos han sido prescritos por el médico tratante y se encuentran dentro del Pos o de encontrarse por fuera se tramite su entrega a través de los Comités Técnico Científicos, tal como lo ha hecho Salud Total hasta la fecha”.

3.1.6 Que “la prestación de los servicios médicos se realizará por intermedio del INSTITUTO NEUROLÓGICO DEL NORTE, y en especial por los Doctores Guillermo Miranda y Dra. Judith Sandoval”.

3.1.7 Finalmente que “el juez debe abstenerse de proferir una orden de tratamiento integral para servicios no prescritos aún y de los cuales no existe evidencia de negación alguna en estos momentos- improcedencia de la tutela para hechos futuros”. Y que “sólo cuando la E.P.S. se ha abstenido de autorizar un tratamiento, medicamento o procedimiento médico ordenado por un galeno adscrito a la red de prestadores de la E.P.S., es que puede existir

orden judicial en tal sentido, y por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional no puede haber órdenes judiciales sobre tratamientos futuros o eventuales que no tienen soporte en una solicitud de servicios del médico tratante”.

Por lo expuesto, el representante de Salud Total EPS solicitó negar la acción de tutela por ser improcedente e ineficaz, ya que no existe amenaza, ni vulneración de un derecho fundamental amparado por nuestra Constitución, toda vez que todas las solicitudes de los actores actualmente se encuentran aprobadas por Salud Total EPS.

3.2 Con ocasión de la contestación de la demanda de tutela por parte de la entidad accionada, la parte accionante intervino aduciendo similares argumentos a los prescritos en la solicitud de amparo.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Derecho de Petición presentado por el apoderado de los accionantes al Instituto Colombiano de Neuropedagogía el 13 de noviembre de 2009, por medio del cual solicitó: “1. Se me certifique el estado neurológico de cada uno de mis poderdantes. 2. Se me entregue certificado de inscripción de la IPS INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGIA a DISTRISALUD. 3. Formación específica del médico tratante de estos pacientes, en todo lo concerniente a la enfermedad ESCLEROSIS MÚLTIPLE” (fl. 55-56 cdno. 1ª instancia).

b. Respuesta al anterior derecho de petición de fecha 19 de noviembre de 2009 suscrito por el Neurólogo-Neuropsicólogo Ernesto Barceló Martínez, en el que se constata que el diagnóstico de cada uno de los accionantes es el del padecimiento de esclerosis múltiple y la propuesta de plan: Rehabilitación Integral y continuar Interferon (fl.57-74 cdno. 1ª instancia).

c. Copia simple de los servicios habilitados en el Instituto Colombiano de Neuropedagogía. Los servicios registrados son: Dolor y cuidados paliativos, Fisioterapia, Fonoaudiología y/o terapia de lenguaje, Medicina física y rehabilitación, Medicina interna, Neurología, Oftalmología, Optometría, Otorrinolaringología, Psicología, Psiquiatría, Terapia ocupacional, Otras consultas de especialidad, Consulta prioritaria, Electrofisiología, marcapasos y arritmias cardiacas, Neuropediatria, Oftalmología, Oncología, Laboratorio clínico, Radiología e imágenes de diagnostico, Toma de muestras de laboratorio clínico, Electrodiagnóstico,

Centros o servicios unidades de rehabilitación, Promoción en salud (fl. 59-60 cdno. anexos num. 2 pruebas).

d. Copia simple de los servicios habilitados en el Centro Neurológico del Norte. Los servicios habilitados son: Neurología, Otras consultas de especialidad, Neuropediatría, Electrodiagnósticos (fl. 58 cdno. anexos num. 2 pruebas).

e. Declaración juramentada en la Notaría Cuarta de Barranquilla de:

- Odette Luciana Cervantes Molinares en la que manifiesta que “el día 4 de marzo de 2010 fui citada por Salud Total para que me valoraran otro neurólogo el doctor JUAN GARCÍA BONITO quien a su parecer en esa consulta me manifestó que el no creía que tuviese esclerosis múltiple si no Vasculitis Cerebral o Colagenosis (...) creando en mí una confusión, nuevos temores angustia por no tener un diagnostico claro, no entiendo por qué Salud total está queriendo poner en riesgo mi salud y mi vida y dudando del diagnóstico que tengo desde hace cuatro años. Necesito claridad sobre todo esto. El tratamiento me ha permitido tener una mejor calidad de vida (fl. 70 cdno. anexos num. 2 pruebas).

- Eudila Esther Tapia Ahumada en la que manifiesta que “el día 4 de marzo de 2010 fui citada por Salud Total para que me valoraran otro neurólogo el doctor JUAN GARCÍA BONITO quien a su parecer en esa consulta me manifestó que no padecía la enfermedad de esclerosis múltiple, porque miró la placa de la resonancia magnética y dijo que la tuve en un tiempo y en este momento no tenía nada (...) Esto me ha creado nuevos temores angustia por no tener un diagnóstico claro, no entiendo por qué Salud Total está queriendo poner en riesgo mi salud y mi vida y dudando del diagnóstico que tengo hace tres años. Necesito claridad sobre todo esto. El tratamiento me ha permitido tener una mejor calidad de vida” (fl. 71 cdno. anexos num. 2 pruebas).

- Vicente Cassiani Salina en la que manifiesta que “Salud Total me remitió al doctor Barceló en Febrero de 2008 quien (...) finalmente hizo el diagnóstico de esclerosis múltiple. Comencé el tratamiento ordenado por el doctor y seguí haciendo mis controles de la enfermedad con ese especialista. (...) Salud Total me suspendió el tratamiento por su cuenta, porque dicen que si no veo con el otro médico, no me entregan el medicamento” (fl. 72 cdno. anexos num. 2 pruebas).

- Minelba Rosa Sibaja Arcia manifestó que a su hija Paola Díaz Sibaja le fue diagnosticado esclerosis múltiple y que “el doctor García la atendió el día 29 de abril de 2010 y me manifestó que para él no tenía esclerosis múltiple y que para él ella sí veía por el ojo izquierdo, a pesar de que yo le insistía que esa era una secuela que tenía mi hija” y señaló que “soy una mujer pobre, que gano la vida trabajando en casas de familia y estoy preocupada pues el COPAGO de esos exámenes, suma mas de \$150.000, por unos exámenes que ya se hizo y por un diagnóstico y tratamiento que es claro y ha dado buenos resultados”(fl. 72-73 cdno. anexos num. 2 pruebas).

- Dora Luz Hernández Collazos manifestó que “el día 30 de abril del 2010, fui citada a consultar por Salud Total, para dar cumplimiento a un fallo de segunda instancia y ser valorada por el doctor JUAN GARCÍA BONITO, quien en una sola consulta me cambió el diagnóstico y me suspendió el tratamiento, ya que yo sufría de enfermedad de Devic´s, creando un trauma psicológico, emocional y depresión en mí y en mi familia, por clara inconsistencia en los diagnósticos que del nuevo Neurólogo de Salud Total. Todos los meses, desde el 2006, Salud Total aprobó el diagnóstico y tratamiento ordenado por el doctor Ernesto Barceló, motivo por el cual esta EPS me solicitaba llenar trimestralmente los CTC para su respectiva aprobación y la entrega de medicamentos” (fl. 77 cdno. anexos num. 2 pruebas).

f. Declaración juramentada en la Notaría Quinta de Barranquilla de Luis Carlos de la Hoz González en la que manifiesta que “el doctor García (...) consideraba que mi esposa [Elizabeth López de la Hoz] no tenía Esclerosis Múltiple, por lo tanto no debían haberle recetado ese medicamento (interferon beta) y que la medicina había avanzado y habían otros medicamentos mejores (...). Salud total le ordenó una cantidad de exámenes (...) debo pagar \$150.000 por los copagos de resonancia (...) sin tener en cuenta que somos personas sin recursos económicos y que dependemos completamente de nuestros hijos, que son pobres” (fl. 75-76 cdno. anexos num. 2 pruebas).

g. En disco compacto (fl. 1 cdno. anexos num. 2 pruebas) obra declaración de Maritza Mendoza Bolaño, Dora Luz Hernández, Eudila Esther Tapia y Teresa de Jesús Parra Salgert en las que manifiestan que el nuevo médico ofrecido por la EPS Salud Total afirmó que no padecen de esclerosis múltiple.

h. Carta enviada el 29 de marzo de 2010 por Salud Total EPS a la señora Odette Cervantes Molinares en la que le informa que “no cumple criterios Radiológicos ni Clínicos que indiquen que padece Esclerosis Múltiple” (fl.111-114 cdno. anexos num. 2 pruebas).

i. Copia del examen de radiología practicado el 29 de abril de 2010 a Odette Cervantes Molinares por remisión de Salud Total, donde concluye el médico radiólogo que sufre “lesiones desmienilizantes en centros ovaes sin actividad inflamatoria que podría estar en relación a enfermedad de la sustancia blanca, probablemente en relación a esclerosis múltiple” (fl. 123 cdno. anexos num. 2 pruebas)

j. Copia de la historia clínica de fecha 11 de mayo de 2010 de la paciente Odette Cervantes Molinares en la que se señala que “no se ha definido totalmente el plan a seguir se espera junta médica y los resultados de otros exámenes para definir tratamiento definitivo” (fl. 130 cdno. anexos num. 2 pruebas)

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

1. El Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranquilla el 4 de diciembre de 2009 resolvió tutelar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud y la seguridad social de los accionantes y ordenó a Salud Total E.P.S. que “CONTINÚE prestando todos los servicios neurológicos requeridos por los accionantes, de manera INMEDIATA Y PERMANENTE, en el INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGÍA I.C.N. LTDA. I.P.S. donde se encuentran sus especialistas y médicos tratantes y entregar sin interrupciones, trámites administrativos que dilate la entrega; que entregue MENSUALMENTE a los accionantes, la ordenes de servicio del TRATAMIENTO INTEGRAL DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE, ordenado por su médico tratante el doctor ERNESTO BARCELO, a través de la I.P.S. NEUROLOGICA I.C.N. LTDA, donde los venían tratando” y “CONTINÚE entregando MENSUALMENTE a los accionantes, el medicamento INTERFERON BETA, así como TAMBIEN LAS ORDENES DE CONSULTA ESPECIALIZADA DE CONTROL a nombre de la I.P.S. NEUROLOGICA I.C.N. LTDA, donde se encuentra el médico tratante DOCTOR ERNESTO BARCELO”.

Fundamentó su decisión en que “[c]on la decisión del cambio abrupto de I.P.S. y médico tratante, la E.P.S. SALUD TOTAL, impone condiciones que generan situaciones menos favorables a las que existían y contraría el principio de progresividad aplicado al derecho a la salud, por lo que se encuentra comprobado que la medida es regresiva e injustificada y

afecta el derecho a la salud”

Respecto del derecho a la libre escogencia de Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, consideró que “es pues, fundamental en el Sistema de Salud vigente, por cuanto permite a las personas desvincularse de aquellas entidades que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de su derecho a la salud, a la vez que les permite afiliarse a aquellas que demuestren que están prestando los servicios de salud con idoneidad, oportunidad y calidad. (...) Aplicando esta decisión jurisprudencial, este despacho concluyó que Salud Total E.P.S., vulneró los derechos fundamentales del grupo de pacientes accionantes, ya que estos vienen recibiendo el tratamiento integral en una I.P.S. que garantiza el cumplimiento de los estándares mínimos para la prestación del servicio médico asistencial, necesarios para salvaguardar la vida y la salud de los usuarios del servicio, que cumple con los requisitos de calidad exigidos por el Distrito, como se prueba con el certificado de Distrisalud; además especializada en la enfermedad que estos padecen, atendidos por su médico tratante, con altas condiciones de calidad tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana, tal como ellos los manifiestan y prueban documentalmente, inclusive, adaptándose a las necesidades particulares de estos pacientes, lo que se ve reflejado en la mejoría que han presentado de acuerdo al criterio de su médico tratante”

2. La decisión fue impugnada por Salud Total EPS, al considerar que “ha garantizado en todo momento los derechos de los accionantes, suministrando el medicamento y la atención médica que estos requieren”.

Fundamentó su impugnación en que “después de analizar diferentes alternativas y haciendo uso de la libertad que tienen las EPS, para elegir su red de prestadores de servicios, en el mes de Noviembre de 2009, se decidió la terminación del contrato suscrito con la IPS INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGÍA razón por la cual, siempre velando por proteger los derechos de los usuarios, SALUD TOTAL EPS, decidió trasladar a los pacientes, previa comunicación, a una nueva IPS, la cual les garantiza la continuidad en la prestación del servicio, tal como se les venía brindando en la anterior IPS. Así las cosas, se eligió el INSTITUTO NEUROLOGICO DEL NORTE, para ser la entidad que de ahora en adelante se

encargue de la prestación de los servicios de salud de los pacientes que padecen ESCLEROSIS MÚLTIPLE y que se encontraban en tratamiento (...) cubriendo de esta manera, las mismas prestaciones que tenía a su cargo la IPS INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGIA (...) NO es posible afirmar, como lo pretende hacer el juez de la primera instancia que la IPS INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGIA, sea mejor que el INSTITUTO NEUROLOGICO DEL NORTE, ya que carece de evidencia científica que fundamente tal afirmación, solamente recoge las apreciaciones de los accionantes sin tener en cuenta la información que hemos suministrado relacionada con la nueva IPS”.

Señaló que “el cambio obedece a que la IPS a la cual serán trasladados los usuarios, cuentan con excelentes instalaciones y excelentes profesionales de la medicina, capaces de atender las patologías que presentan los usuarios, en todos los niveles de atención y diagnóstico que se puedan otorgar (...). En NINGUN MOMENTO se está afectando la progresividad del derecho a la salud, por el contrario, NO SE HA DEJADO EN NINGUN MOMENTO de atender a los pacientes, como quiera que se fijaron las citas para que fueran revisados por los médicos de la IPS contratada para que no hubiera interrupción en el tratamiento, se les siguió expidiendo las ordenes para la entrega de medicamentos, sin que estos faltaran por ninguna circunstancia, se les garantiza un tratamiento mejorado con mejores aparatos y centros de diagnostico (...) y NO SE HA PRESENTADO NINGUNA BARRERA U OBSTACULO en la atención de los pacientes (...)”.

Concluyó que “mientras se garanticen temas como la atención Básica en el municipio de residencia y la suficiencia no hay restricciones adicionales a la libertad de las EPS para conformar su red de prestadores. (...) En este orden de ideas, SALUD TOTAL no ha incumplido NINGUNA norma ni ha vulnerado ningún derecho, ya que siempre sus afiliados han contado con la atención que han requerido, sin que en ningún momento se les haya negado la menor atención o el menor servicio”.

3. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla decidió el 11 de febrero de 2010 confirmar la sentencia de primera instancia y modificó el numeral segundo de la misma en el sentido de ordenar a la entidad accionada que “autorice una cita con uno de los mejores Especialista adscrita a dicha red, para que sean valorados [los accionantes] a la enfermedad que padecen y le brinden un tratamiento integral (suministro de medicamentos, terapias de rehabilitación, exámenes de laboratorio, etc.)”.

Consideró que “Salud Total no puede suspender en una forma abrupta los servicios frente a un tratamiento iniciado por los pacientes accionantes, ya que con ello se amenazan o vulneran los derechos de rango constitucional. Por lo que le corresponde a la EPS SALUD TOTAL proporcionarle la atención médica hasta el mismo momento en que empiece a operar la nueva relación contractual. De los hechos evidenciados en este proceso, planteados por los accionantes, este Juez constitucional no puede ordenar a SALUD TOTAL EPS que les continúe el tratamiento que viene siendo suministrado por la IPS NEUROLOGICA INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGIA ICN LTDA, teniendo en cuenta que SALUD TOTAL EPS ya no tiene convenio con dicha institución. (...) Sobre este tema, vale la pena recordar que las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución integral del servicio”.

4. En sede de revisión interviene el representante de los accionantes, solicitando que se revoque el fallo de segunda instancia y, en su lugar, se confirme la sentencia de primera instancia. Reiteró que se afectó la continuidad en el tratamiento con el cambio de IPS, y que la entidad accionada no da trámite a las órdenes de servicio prescritas a los accionantes por el médico tratante Dr. Barceló bajo la razón de que éste no pertenece a su red de prestadores de servicios y por ende dichas órdenes debían ser expedidas por el nuevo médico tratante del Instituto Neurológico del Norte.

Señaló que las primeras consultas ante la nueva IPS tan solo se llevaron a cabo a partir del mes de marzo y abril del presente año, “dichas consultas no tuvieron por objeto dar continuidad a la prestación del servicio de salud manteniendo el tratamiento integral que recibían y el suministro del medicamento, sino que su fin fue el que los nuevos galenos doctores MIRANDA Y JUAN GARCÍA BONITO, comunicaran a los pacientes sin fundamento científico que hubieran soportado en pruebas médicas, exámenes especializados ni análisis de sus historias clínicas, que al parecer no padecían de la esclerosis múltiple, sino de otro tipo de patologías como vasculitis reumatoidea, vasculitis cerebral, enfermedad cerebral vascular, enfermedad de Devic’s e increíblemente, en algunos casos y de manera irresponsable, que ya no padecía la enfermedad (la esclerosis múltiple es incurable)”.

Luego de explicar de qué se trata la esclerosis múltiple, señaló que en la anterior IPS les diagnosticaron esclerosis múltiple y que en ninguno de los casos Salud Total EPS refutó el criterio del médico tratante, sino que por el contrario a través del CTC avaló el diagnóstico y durante el tiempo en que hizo parte de su red autorizó las solicitudes de tratamiento y de suministro de Interferon Beta.

Afirmó que como es una enfermedad incurable, la relación médico-paciente viene a ser un elemento fundamental para la evolución positiva de su tratamiento. Esta relación según la comunidad científica tiene aspectos técnicos y psicológicos, además el estilo personal del médico puede ser importante para que el paciente aprenda a adaptarse a su enfermedad, en este caso todos los pacientes tienen ese vínculo con el doctor Barceló.

Señaló que las razones de terminación del contrato con el ICN se fundamenta exclusivamente en aspectos económicos y no altruistas como pretende hacer creer la parte accionada, prueba de ello es la comunicación presentada por Salud Total en la que requiere a la entidad prestadora de salud, para que, por costos, redujera el número de terapias a practicar a un paciente, y la amenaza ante la negativa de reducir las terapias de que Salud Total por políticas internas podría cancelar el contrato unilateralmente por este motivo.

La consecuencia del cambio de IPS es el deterioro en la salud, “como quiera que existe afectación emocional de los pacientes que sienten que para no suministrar un medicamento y realizar el tratamiento adecuado y en verdad costoso, le están variando irresponsablemente su diagnóstico de enfermedad o en algunos casos negando la misma, con consecuencias nefastas por cuanto su derecho a vivir en condiciones dignas y a la seguridad social se ve superado por propósitos mercantilistas y mezquinos de la EPS”. Así, “la medida tomada por la EPS de trasladar a los enfermos de esclerosis múltiple a una nueva EPS, por consideraciones únicamente económicas, claramente constituyó una política pública regresiva, injustificada y violadora de los mas sagrados derechos fundamentales a la salud y a la vida de los demandantes (...), no es solo porque el propósito del cambio de IPS tiene un arraigo estrictamente económico, de reducción de costos de servicios de salud, (...) sino porque desde la misma fecha en que se dio por concluido el contrato con el ICN, la EPS se rehusó a dar continuidad a la prestación de servicios, y el suministro del medicamento a los accionantes como los propios afectados lo indican, los nuevos galenos ni siquiera les han querido emitir su diagnostico definitivo y el trato ha sido lamentable, llevando a los mismos a

una clara situación de indefensión. Ya no cuentan con el servicio de transporte”.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Tres, mediante auto de veintiséis (26) de marzo de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

2. Consideraciones.

2.1 Problema jurídico y esquema de resolución.

Esta Sala pasa a determinar si Salud Total EPS al disponer el cambio de la Institución Prestadora de Servicio de Salud -IPS-, que venía suministrando a los accionantes tratamiento integral para el padecimiento de la esclerosis múltiple y, el cual implicó el cambio de médico tratante y, en algunos casos, la modificación del diagnóstico, afectó sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social.

A fin de resolver el anterior problema jurídico, esta Sala reiterará: i) el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y a la salud y dentro de éste último se hará énfasis en algunas de sus manifestaciones y finalmente se determinará ii) el alcance del derecho a la libre escogencia de IPS por parte del usuario del sistema general de seguridad social en salud y el derecho de las EPS a escoger con qué IPS contratar, para finalmente dar solución al caso concreto.

i) El carácter fundamental del derecho a la seguridad social y a la salud.

1. El derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”, obligándose el Estado a “garantiza[r] a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

1.1 Respecto de su carácter fundamental, esta Corte ha reconocido que la satisfacción de su

contenido, esto es, del derecho a la pensión y a la salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales².

1.2 Empero, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la acción constitucional de tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en el nivel legislativo y reglamentario dispuestos para su satisfacción, por cuanto “algunas veces [es] necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación”³.

1.3 Así, es una obligación del Estado garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. Deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la acción constitucional de tutela.

2. La salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95).

2.1 De este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esta Corporación⁴ como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela.

El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que promuevan su bienestar⁵, la protección del derecho a la salud se constituye en una manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación

por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental⁶.

2.2 El derecho a la salud ha sido definido por esta Corporación como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”⁷, que “implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación”⁸ (Resalta la Sala).

Asimismo, bajo igual lógica de garantizar el bienestar máximo al individuo, se ha señalado que “la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona⁹. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva”¹⁰.

2.3 Así, la garantía del derecho a la salud incluye el mantenimiento y el restablecimiento de las condiciones esenciales que el individuo requiere para llevar una vida en condiciones de dignidad que le permitan el desarrollo de las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano en el marco de su ejercicio del derecho a la libertad. Por lo que ante su vulneración, es un imperativo para el juez constitucional acceder a su amparo a fin de cumplir los objetivos esenciales del Estado, como son el de satisfacer los derechos y promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en general¹¹.

2.4 El derecho a la salud se manifiesta en múltiples formas en relación con las cuales esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse y algunas de éstas fueron recopiladas en la sentencia de tutela T-760 de 2008. Entre los elementos que caracteriza el derecho a la salud pertinentes para la resolución de este asunto y sobre los cuales esta Corte se ha pronunciado se encuentran los relacionados con la relación médico-paciente (2.4.1), el cambio de diagnóstico y de procedimiento para el tratamiento de una enfermedad (2.4.2), la continuidad y la integralidad de los servicios de salud (2.4.3) y el principio de no regresividad (2.4.4) que gobierna la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales. Bajo

este postulado pasa esta Sala a determinar grosso modo el alcance de estos supuestos en el marco del derecho fundamental a la salud.

2.4.1 Con respecto a la relación médico paciente en sentencia de tutela T-151 de 1996 esta Corte señaló que “[d]ada la delicada misión de quien tiene a su cuidado la salud de los seres humanos y las complejidades propias de la actividad que ella implica, es necesario garantizar no sólo la confianza psicológica del paciente en su médico, y de éste en aquél, sino la efectiva prestación de los servicios profesionales en un clima de transparencia y lealtad que permita lograr el objetivo común de manera eficaz”. Y determinó que la experiencia y conocimiento del médico, son las razones que mueven al paciente a acudir en su búsqueda, al confiar en los medicamentos y en los tratamientos que prescribe. Por eso concluyó que los servicios médicos y asistenciales exigen reciproca confianza y mutuo respeto.

2.4.2 En lo que atañe al diagnóstico y a los procedimientos para el tratamiento de una enfermedad, esta Corte¹² ha determinado que los cambios en éstos, son amparados por la Constitución siempre y cuando el médico tratante haya generado el cambio basándose en un proceso que hubiera garantizado los derechos a la vida, a la integridad y a la salud del paciente, esto es, una vez constatado que el cambio no le va a causar al paciente perjuicios, supuestos que se satisfacen si el cambio se fundamenta “en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente”. En otros términos “en caso de cambios, reemplazos o sustituciones médicas, (...) el profesional que recién asume el cuidado del enfermo, avanzadas ya las etapas de medicación puestas en marcha por quienes lo hayan antecedido, no puede ni debe ignorar la integridad de los antecedentes clínicos que rodean el caso”¹³.

Bajo estos supuestos en sentencia de tutela T-1083 de 2003 se consideró que “Caprecom EPS desconoció los derechos del paciente Aníbal Barrios Reales por cuanto modificó los medicamentos que le había recetado quien fuera su médico tratante sin que su decisión se hubiese fundado en la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad que conocieran en detalle la historia clínica del paciente (esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el accionante)” (Resalta la Sala).

En este contexto, es relevante señalar que el derecho al diagnóstico es de la esencia del

derecho a la salud, pues constituye un presupuesto indispensable para mantener y recuperar el bienestar del individuo, como quiera que este procedimiento permite determinar la condición médica de los posibles pacientes y prescribir un adecuado tratamiento de salud. Asimismo, el derecho al diagnóstico guarda íntima relación con el derecho a la información vital¹⁴, pues de este modo la persona desarrolla su derecho a controlar su salud y su cuerpo dentro del marco de su derecho fundamental a la autonomía.

El derecho al diagnóstico está orientado a cumplir los siguientes objetivos: “(i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”. (iii) Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente, pues, como fue señalado en líneas anteriores, no sólo el derecho a la salud comprende la prerrogativa de recibir atención preventiva, lo cual supone desechar la idea de los fines meramente curativos de la medicina, sino que la dilación del diagnóstico y, por ende, del tratamiento lesiona gravemente el derecho a la dignidad humana”¹⁵

2.4.3 Igualmente se puede afirmar que la continuidad y la integralidad constituyen dos principios esenciales del derecho a la salud.

2.4.3.1 La continuidad se refiere a que a la EPS no le es permitido suspender tratamientos médicos ya iniciados. Dicho principio se fundamenta en i) la necesidad del paciente de recibir tales servicios y en ii) el principio de buena fe y confianza legítima que rige las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas y que consiste precisamente en “la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado”¹⁶.

La Corte ha señalado que “para que se continúe con un tratamiento médico o con el suministro de un medicamento, es necesario determinar si la suspensión de los medicamentos viola derechos fundamentales, y para esto se deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Debe ser un médico tratante de la EPS quien haya determinado el tratamiento u ordenado los medicamentos; 2. El tratamiento ya se debió haber iniciado, o los medicamentos suministrados (...). Esto significa que debe haber un tratamiento médico en

curso. 3. El mismo médico tratante debe indicar que el tratamiento debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados”¹⁷ .

2.4.3.2 La integralidad por su parte atañe a que “(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente¹⁸ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud ¹⁹”²⁰

En casos en los que se ha requerido el suministro de un tratamiento integral, esta Corte²¹ ha tutelado y ordenado éste incluso cuando la IPS que lo ofrece no tiene convenio con la EPS en la cual el accionante está afiliado, o en una de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de la IPS sugerida.

2.4.4 Finalmente, grosso modo el principio de no regresividad que impera en los derechos sociales, económicos y culturales, como en este caso sería la salud, implica “de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas, es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados”²².

Esta obligación de no regresividad que en principio le es atribuible al Estado, también se difiere a las instituciones que prestan servicios de carácter público bajo la veeduría Estatal, pues de esta condición se derivan prerrogativas otorgadas y deberes impuestos por el Estado; entre estos últimos se encuentra el respeto a las garantías fundamentales, de allí que si ejecuta alguna vulneración ésta deba ser amparada por medio de este mecanismo constitucional.

3. Así, es una obligación del Estado garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social, de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan

específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. Con respecto a la salud el Estado tiene la obligación de ofrecer el servicio de su mantenimiento y recuperación, reconociendo una mayor garantía para sujetos considerados como de especial protección constitucional en razón a sus condiciones particulares que los hacen merecedoras de una acción afirmativa Estatal, como lo son los niños, las personas de la tercera edad, los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. La salud es un derecho fundamental amparable por medio de la acción de tutela, pues con su garantía se da protección al individuo, centro de la actuación estatal, y asimismo se garantizan otros derechos de rango fundamental. Este derecho incluye, entre otros aspectos, el tener acceso a los servicios necesarios para recuperar su salud, la continuidad en el tratamiento prescrito por el médico y la realización de un procedimiento para el cambio de un determinado diagnóstico y por ende de un tratamiento.

ii) Alcance del derecho a la libre escogencia de IPS por parte del usuario del sistema general de seguridad social en salud y el derecho de las EPS a escoger con que IPS contratar.

4. Entre las reglas para la prestación del servicio público de salud, el Sistema General de Seguridad Social²³ dispone como norma rectora, el permitir la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud bajo las regulaciones y vigilancia del Estado. Así, con base en esta normatividad se le reconoce al usuario el derecho a la libertad de escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud -EPS- y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS- cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios.

5. El ejercicio del derecho a la libertad de escogencia tiene así una doble manifestación: la libertad de escoger EPS²⁴ y, una vez afiliado, dentro de ella la libertad de escoger IPS²⁵. Este derecho encuentra su fundamento constitucional en la libertad y autonomía de toda persona de tomar aquellas decisiones determinantes para su vida, como lo es la escogencia de las entidades a las que confiará el cuidado de su salud²⁶. Empero, este derecho no es absoluto y su ejercicio se limita por la regulación normativa existente al respecto y por la existencia de recursos y entidades que ofrezcan los servicios²⁷.

6. El derecho del usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud a la libertad de escogencia de IPS se limita a las opciones que ofrezca la respectiva EPS²⁸; por su parte, la

EPS tiene el derecho a escoger con qué IPS contratar los servicios de salud²⁹. No obstante lo anterior, esta Corporación³⁰ ha caracterizado el ejercicio de cada uno de estos derechos de la siguiente manera.

6.1 Con respecto al margen de acción del derecho de la EPS de escoger con qué IPS contratar los servicios de salud, esta Corte le ha impuesto a aquella el deber de: a) celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir³¹, b) garantizar la prestación integral³² y de buena calidad³³ del servicio, c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS³⁴ y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS³⁵.

Cuando la EPS en ejercicio de este derecho pretende cambiar una IPS en la que se venía prestando los servicios de salud, tiene la obligación de: a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada³⁶, b) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida³⁷, c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido³⁸ y d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido³⁹.

6.2 En lo que atañe al alcance del derecho del usuario, afiliado a una determinada EPS, de escoger la IPS encargada de prestar los servicios de salud, esta Corte ha considerado en primer lugar que este derecho se puede ejercer dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, salvo, en virtud de la Resolución 5261 de 1994⁴⁰, de los casos de urgencias, cuando hay autorización expresa de la EPS y cuando se demuestra la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones de sus usuarios⁴¹.

Cuando la EPS en ejercicio de su derecho cambia de IPS, correlativa a las obligaciones mencionadas de la EPS (6.1), el usuario tiene el derecho a que la EPS le garantice que la nueva IPS presta un buen servicio de salud y una prestación integral, en razón a que los derechos de los usuarios se afectan si la IPS no cuenta con recursos humanos y la infraestructura necesaria para atender las contingencias en salud⁴². De este modo cuando se pretende por parte del usuario que una IPS ajena a los convenios suscritos por la EPS a la cual se encuentre afiliado preste los servicios que requiere, es necesario que se demuestre⁴³ que la IPS afiliada no garantiza integralmente el servicio, o es inadecuada o es inferior y

deteriora la salud de los usuarios⁴⁴.

Ahora bien, cuando en el curso de un tratamiento acontece un traslado de IPS ocasionado por el ejercicio del derecho de la EPS de escoger con qué IPS contratar, además de tener en cuenta lo anteriormente expuesto, la EPS tiene la obligación de garantizar que el usuario tiene derecho a la estabilidad⁴⁵ en las condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad del servicio⁴⁶.

7. Con base en lo anterior, esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del supuesto de hecho en el cual se solicita la atención en una determinada IPS, que no tiene contrato con la EPS a la cual el accionante se encuentra afiliado. En unos casos, teniendo en cuenta las subreglas analizadas, ha accedido a la tutela del derecho (7.1) mientras que en otros ha negado su amparo (7.2).

7.1 Así, en la sentencia T-247 de 2005 esta Corporación tuteló los derechos del accionante que alegaba que el cambio de IPS afectaba el tratamiento que le estaba suministrado la anterior IPS. En esta ocasión, se consideró que “el cambio intempestivo de IPS, sin razón justificada por parte de la empresa, para la continuación de un procedimiento ya iniciado y relacionado con una enfermedad de alto costo, como lo es la práctica de Hemodiálisis para los pacientes con Insuficiencia Renal Crónica, adquiere el carácter de fundamental cuando tiene repercusiones en el estado de salud del paciente, y existe otra opción válida que puede ser escogida por el afiliado; en estos casos dada la gravedad y complejidad, se requiere cierta estabilidad en la IPS que adelanta los procedimientos médicos” y en razón a lo anterior concluyó que “la determinación de la EPS SALUDCOOP Seccional Cali, de ordenar de manera intempestiva, inconsulta y sin justificación alguna de trasladarlo de IPS, vulnera sus derechos a la salud y la seguridad social”(Resalta la Sala).

En sentencia T-576 de 2008⁴⁷ se consideró frente a la solicitud del accionante de continuar la atención en la institución que lo había atendido en urgencias, que dicha pretensión debió prosperar, en razón a la existencia de una amenaza de vulneración del derecho constitucional a la salud y a la necesidad de un seguimiento urgente para que se restableciera. Por lo que al no garantizarse la continuidad en la prestación del servicio de salud, se privó al accionante de recibir los cuidados oportunos, integrales y de calidad que requería, desmejorando su situación.

En sentencia T-526 de 2006 prosperó la pretensión del actor de ordenar a la EPS, autorizar la práctica del tratamiento que requería en una IPS del lugar de su residencia, por cuanto en el municipio no existía otra opción diferente a la IPS que mencionaba el accionante para suministrar el servicio que requería. En este caso, la EPS había empezado a gestionar la autorización de este servicio con la IPS.

7.2 En los siguientes casos esta Corporación no ha amparado los derechos reclamados frente a la pretensión de que los servicios médicos sean suministrados por una determinada IPS:

En el supuesto de la sentencia T-423 de 2007 la negativa se fundamentó en que la EPS informó oportunamente a sus usuarios la terminación del convenio con la IPS, la EPS no negó el servicio o suministro de tratamiento, sólo cambió el lugar de prestación de los servicios de salud y la accionante no probó que la nueva IPS no ofrecía un servicio integral que pusiera en riesgo su estado de salud.

En la sentencia T-1063 de 2005, no se tutelaron los derechos porque no existía prueba de que la nueva IPS estuviera prestando al accionante un mal servicio, ni existía orden del médico tratante que indicara que éste debía ser atendido en una IPS diferente.

En la sentencia T-614 de 2003 consideró la Corte que a la pretensión del demandante de lograr ser atendido en una entidad específica y por un médico en particular no podía acceder el juez de tutela. Argumentó que se ofrecieron alternativas de realización para el procedimiento requerido por el accionante y se le indicó que sería remitido a una de las IPS que conforman la Red de Servicios de la entidad demandada y en capacidad de suministrar el tratamiento.

De igual manera, no se tuteló el derecho en la T-238 de 2003, porque la IPS contratada podía suministrar la totalidad del procedimiento ordenado por los especialistas. En la sentencia T-223 de 2008 a pesar de que se falló por carencia actual de objeto ante la muerte del accionante, la Corte consideró que en la acción de tutela no se demostró: (i) la vulneración del derecho a la salud del accionante por parte de la entidad accionada, en tanto que le fueron autorizadas las radioterapias, (ii) ni la presunta amenaza a su derecho a la salud en conexidad con la vida que le causaría practicarse las radioterapias en la Clínica las Américas, IPS en la que la demandada autorizó las radioterapias dado que con ésta tenía convenio. En el mismo sentido, en la sentencia T-965 de 2007, haciendo la prevención a la nueva IPS de su

deber de suministrar un tratamiento integral consideró que la pretensión de amparo se negaba porque no existían pruebas en el expediente del mal servicio ofrecido por la IPS.

8. En conclusión, ni el derecho de la EPS de escoger con qué IPS contratar la prestación del servicio de salud, ni el derecho del usuario de escoger la IPS que prestará los servicios que requiere, son derechos absolutos, su ejercicio en aras de ofrecer un mejor servicio de salud y en amparar la libertad de estos dos sujetos (EPS-Usuario) tiene límites que la jurisprudencia constitucional ha impuesto con ocasión del análisis realizado en sentencia de tutela.

Caso concreto.

9. En primer lugar, esta Sala analizará si en el ejercicio que en este caso específico Salud Total EPS hizo de su derecho a escoger con qué IPS contratar vulneró a los accionantes el derecho a la libre escogencia de una IPS (9.1). En un segundo momento, analizará si el cambio en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad en algunos de los accionantes vulneró, precisamente, su derecho al diagnóstico y a la continuidad en el tratamiento prescrito por su anterior médico tratante (9.2) y finalmente pasará a analizar las pretensiones específicas de los accionantes relacionadas con que el juez constitucional ordene el suministro del tratamiento integral y de los medicamentos que prescriba el médico que los estaba anteriormente tratando, la exoneración de copagos y la omisión del trámite ante el Comité Técnico Científico para el suministro de los medicamentos excluidos del POS (9.3).

9.1 Para resolver si se vulneró o no el derecho a la libre escogencia de IPS de los accionantes afiliados a Salud Total EPS, en primer lugar esta Sala determinará los servicios que requieren los accionantes, los cuales venían siendo prestados por la IPS Instituto Colombiano de Neuropedagogía, IPS con la cual la EPS accionada finalizó su relación contractual (9.1.1) y analizará si estos servicios son ofrecidos por la nueva IPS, Instituto Neurológico del Norte, con la cual la EPS accionada ejerció su derecho a escoger con qué IPS contratar.

9.1.1 El diagnóstico de esclerosis múltiple y el suministro del tratamiento integral y de interferon que solicitan los accionantes se basa en lo prescrito por quien fuera su médico tratante -Doctor Ernesto Barceló-. El diagnóstico y el tratamiento no fue desvirtuado por Salud Total EPS en el curso de esta solicitud de amparo. El tratamiento integral, según información de los accionantes que no fue refutada por la entidad accionada, incluye a) “la

atención permanente del neurólogo tratante, a través de CONSULTA ESPECIALIZADA DE CONTROL; APLICACIÓN DEL MEDICAMENTO PRESCRITO POR EL NEUROLOGO TRATANTE, TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE, QUE INCLUYE LA PARTE COGNITIVA Y EMOCIONAL; EXÁMENES DE DIAGNOSTICO NEUROLÓGICO”, b) la atención permanente de especialistas “terapeutas del grupo de apoyo integral del I.C.N. LTDA., que inclu[ía] además Neurólogos, Neuropsicólogos, siquiátras, sicólogos, terapeutas físicos y ocupacionales con entrenamiento específico en ESCLEROSIS MÚLTIPLE” y c) el servicio adicional el transporte desde su lugar de residencia hasta el Instituto sin ningún costo.

9.1.2 El Instituto Colombiano de Neuropedagogía tiene registrado los siguientes servicios: Dolor y cuidados paliativos, Fisioterapia, Fonoaudiología y/o terapia de lenguaje, Medicina física y rehabilitación, Medicina interna, Neurología, Oftalmología, Optometría, Otorrinolaringología, Psicología, Psiquiatría, Terapia ocupacional, Otras consultas de especialidad, Consulta prioritaria, Electrofisiología, marcapasos y arrimias cardiacas, Neuropediatría, Oftalmología, Oncología, Laboratorio clínico, Radiología e imágenes de diagnostico, Toma de muestras de laboratorio clínico, Electrodiagnóstico, Centros o servicios unidades de rehabilitación, Promoción en salud.

Por su parte el Instituto Neurológico del Norte registra los siguientes servicios: Neurología, Otras consultas de especialidad, Neuropediatría, Electrodiagnósticos.

De este modo, el Instituto Neurológico del Norte carece de los medios para suministrar el tratamiento de rehabilitación integral que requieren los accionantes al no registrar dentro de sus servicios la atención en Fisioterapia, Medicina física y rehabilitación, Psicología, y Psiquiatría, servicios que hacen parte del tratamiento hoy vigente que necesitan los accionantes.

9.1.3 Con base en lo expuesto, la EPS accionada en el ejercicio de su derecho a escoger con qué IPS contratar, en este caso específico, no acató su obligación de garantizar la prestación integral y de buena calidad del servicio, ni justificó la medida de cambio. Sólo señaló su facultad de elegir con qué IPS contratar, sin constatar que la nueva IPS fuese capaz de suministrar la atención requerida, ocasionando de este modo una desmejora en el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido, retrocediendo de este modo el nivel

alcanzado.

Correlativamente, el actuar de la entidad accionada vulneró el derecho del usuario de elegir la IPS, por cuanto le negó su derecho a obtener un adecuado servicio de salud y a una prestación integral del mismo, ya que la nueva IPS no contaba con los recursos humanos para atender las contingencias en salud, lo que implicó la negativa de acceso a un servicio de igual calidad al que se venía prestando, poniendo en riesgo la salud de los accionantes. Además, ignoró el derecho al usuario de la estabilidad en las condiciones del servicio.

9.1.4 A la anterior vulneración y en razón a la misma consideración, se suma la afectación de los principios que gobiernan la garantía del derecho a la salud, como lo son la integralidad en el tratamiento de salud y la no regresividad en la prestación de los servicios garantizados.

9.1.5 De este modo, puesto que los servicios que requieren los accionantes para el suministro del tratamiento integral prescrito por el médico tratante no los suministra la nueva IPS, se les vulnera así su derecho a la libre escogencia de IPS, al suministro de un tratamiento integral y el principio de no regresividad. Por lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia proferida el 11 de febrero de 2010 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla y en su lugar confirmará el fallo emitido el 4 de diciembre de 2009 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranquilla en el sentido de que en el perentorio termino de setenta y dos (72) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, “continúe prestando todos los servicios neurológicos requeridos por los accionantes, de manera inmediata y permanente en el Instituto Neuropedagógico I.C.N. LTDA I.P:S.”.

9.2 Previo a la resolución del asunto enunciado, reitera esta Sala⁴⁸, que no es competencia del juez constitucional determinar el diagnóstico de la enfermedad que en este caso puedan llegar a padecer los accionantes, ni mucho menos entrar a calificar un diagnóstico o tratamiento emitido por un profesional de la medicina, ya que esos asuntos le corresponde dilucidarlos a las personas expertas en la materia. De este modo, el análisis de esta Sala se basa en la satisfacción del derecho a la salud de los accionantes de acuerdo con los lineamientos descritos en esta providencia y en el cumplimiento de las obligaciones que para satisfacer el derecho a la salud tiene el Estado y las Entidades -EPS- calificadas por éste para su prestación.

Con respecto al cambio en el diagnóstico de la enfermedad de Odette Luciana Cervantes

Molinares, Eudila Esther Tapia Ahumada, Paola Díaz Sibaja, Dora Luz Hernández Collazos, Elizabeth López de la Hoz y Maritza Mendoza Bolaño, esta Sala considera que se afectó la relación médico paciente (9.2.1) y se vulneró el derecho al diagnóstico (9.2.2) y a la continuidad en el tratamiento (9.2.3) prescrito por su anterior médico tratante.

9.2.1 La relación médico-paciente, como quedó descrito (2.4.1), debe basarse en la confianza y en un clima de transparencia y lealtad. La experiencia y el conocimiento mueven al paciente a acudir a un determinado médico, generando una relación que se sustenta en la confianza y en el respeto mutuo.

En este caso, los accionantes venían de una relación de confianza con el doctor Ernesto Barceló, médico adscrito a la IPS con la cual terminó su contrato. Es un hecho, según afirmación de los accionantes y las cartas enviadas por alguno de éstos a Salud Total EPS, la desconfianza que sienten con los médicos que actualmente los tratan, sentimiento que no surgió per se por el cambio de IPS ni obedece a un capricho de los mencionados usuarios del sistema de salud, sino que se sustenta en el tratamiento que éste les dio no sólo en el campo de la relación personal, si no también en el campo profesional por la variación en sus diagnósticos sin desvirtuar el anterior.

9.2.2 Se vulneró el derecho al diagnóstico, por cuanto, según las afirmaciones hechas por los accionantes mencionados y las cuales gozan de presunción⁴⁹ de veracidad, al no haber sido desvirtuadas por la parte accionada, el cambio en el diagnóstico si bien al parecer se realizó por especialistas, no hay constancia de que se hubiese sustentado en el análisis de la historia clínica del paciente. Tanto es así que incluso lo que se observa de las pruebas allegadas al expediente es una variación o duda en el diagnóstico propiciada precisamente por los nuevos médicos.

9.2.3 Con la vulneración del derecho al diagnóstico, se afectó el derecho a la continuidad del tratamiento de los mencionados accionantes, al no establecerse a ciencia cierta lo que padecen y al interrumpirse sin justificación el tratamiento prescrito por el doctor Barceló de esclerosis múltiple. Así, el tratamiento prescrito para la superación de la esclerosis múltiple, fue inconstitucionalmente suspendido (2.4.3.150), por cuanto a pesar de que fue un médico adscrito a la EPS accionada el que lo ordenó, éste lo hizo sin basarse en la historia clínica del paciente ni desvirtuar el anterior concepto médico que había dado el diagnóstico de

esclerosis múltiple; el tratamiento llevaba por lo menos un año⁵¹ de haberse iniciado y el mismo médico que lo formuló (Doctor Barceló) no hizo parte de la decisión de interrumpir el tratamiento por él prescrito. De allí que los mencionados accionantes tengan el derecho a continuar con el tratamiento de esclerosis múltiple -pues no fue desvirtuado- ante el Instituto Colombiano de Neuropedagogía, como quedó referenciado en términos generales en el numeral 9.1.

9.2.4 Ahora, con el fin de amparar el derecho al diagnóstico vulnerado, esta Sala ordenará a Salud Total EPS que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas inicie los trámites necesarios para obtener el diagnóstico exacto de la enfermedad que padece Odette Luciana Cervantes Molinares, Eudila Esther Tapia Ahumada, Paola Díaz Sibaja, Dora Luz Hernández Collazos, Elizabeth López de la Hoz y Maritza Mendoza Bolaño. Para tal fin deberá reunir a un Comité Técnico de Especialistas en la materia, el cual para su análisis deberá evaluar la historia clínica de los pacientes y el concepto emitido por el médico Ernesto Barceló. Asimismo, una vez definido el diagnóstico deberá suministrarle a los accionantes la información veraz acerca de su padecimiento y el tratamiento a seguir para su superación. En todo caso, este proceso no podrá exceder de un (1) mes.

9.3 Respecto de las pretensiones específicas de los accionantes relacionadas con que el juez constitucional ordene el suministro del tratamiento integral y de los medicamentos que prescriba el médico que los estaba anteriormente tratando y la exoneración de copagos, considera esta Sala, como en diversas ocasiones ya lo ha hecho, que el pronunciamiento del juez constitucional se basa en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, requisito necesario para que el juez de tutela conceda su amparo.

9.3.1 De este modo, si no existe un supuesto fáctico de una omisión o de una acción de la entidad accionada, no existe materia para el pronunciamiento acerca del amparo de los derechos fundamentales del accionante. En otros términos, no puede proceder el amparo sobre hechos que no han acontecido, como lo son, en este caso, la negativa de la EPS de suministrar el tratamiento prescrito, aspecto diferente al analizado en el punto 9.1, el cual se basó en la disminución de la calidad en la prestación del servicio prescrito.

9.3.2 En lo que atañe a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, advierte esta Sala que si bien se invierte la carga de la prueba acerca de la incapacidad económica de los

accionantes, en el expediente no obran elementos de juicio acerca de los servicios requeridos y el valor de cada uno de ellos que permita aplicar la inversión de la carga de la prueba.

9.3.3 Finalmente, en lo que respecta a la pretensión de ordenar omitir el trámite ante el Comité Técnico Científico para el suministro de los medicamentos excluidos del POS, reitera esta Sala⁵² que a pesar de ser un procedimiento necesario para acceder a los servicios de salud, el trámite ante dicho comité no debe constituir un impedimento para el acceso a los servicios requeridos por el usuario, generándose a la EPS la obligación de establecer procedimientos ágiles y expeditos para el estudio de las correspondientes solicitudes.

De acuerdo con lo anterior, el amparo en sede de tutela del derecho a la salud en donde se omite el trámite ante el mencionado comité por cuanto no es un requisito para el suministro del medicamento, ha sido en los casos, por ejemplo⁵³, en que existe divergencia entre el médico tratante y la posición del comité, o en el evento en que éste se demora en la adopción de su decisión, esto es, que existe por parte del Comité un actuar que vulnera o amenaza el derecho al acceso a la salud. Así, al no existir un actuar que vulnere o amenace el derecho a la salud por parte del comité, el juez constitucional no puede pronunciarse acerca de un posible amparo.

IV. DECISIÓN

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2010 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla por medio de la cual se confirmó la sentencia emitida el 4 de diciembre de 2009 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranquilla, en el sentido de acceder al amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los accionantes.

Segundo: En consecuencia, ORDENAR a Salud Total EPS, que en el perentorio término de setenta y dos (72) horas contado a partir de la notificación de esta providencia: “continúe prestando todos los servicios neurológicos requeridos por los accionantes, de manera inmediata y permanente en el Instituto Neuropedagógico I.C.N. LTDA I.P:S.”.

Tercero: ORDENAR a Salud Total EPS que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas inicie los trámites necesarios para obtener el diagnóstico exacto de la enfermedad que padece Odette Luciana Cervantes Molinares, Eudila Esther Tapia Ahumada, Paola Díaz Sibaja, Dora Luz Hernández Collazos, Elizabeth López de la Hoz y Maritza Mendoza Bolaño. Para tal fin deberá reunir a un Comité Técnico de Especialistas en la materia, el cual para su análisis deberá analizar la historia clínica de los pacientes y el concepto emitido por el médico Ernesto Barceló. Asimismo, una vez definido el diagnóstico deberá suministrarle a los accionantes la información veraz acerca de su padecimiento y el tratamiento a seguir para su superación. En todo caso, este proceso no podrá exceder de un (1) mes.

Cuarto: DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Auto 365/ 10

Referencia: solicitud de corrección de la sentencia T- 603 de 2010.

Peticionario: Eudila Esther Tapia Ahumada y otros, actuando a través de apoderado.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diez (2010)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, resuelve lo pertinente respecto de la solicitud de corrección de la sentencia de tutela T-603 de 2010.

I. ANTECEDENTES

Los peticionarios plantearon lo siguiente:

“Observado el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia T- 603 del 27 de julio de 2010, la H. Corte Constitucional ordenó a Salud Total EPS que en el perentorio término de setenta y dos (72) horas contadas a partir de la notificación de la providencia ‘... continúe prestando todos los servicios neurológicos requeridos por los accionantes, de manera inmediata y permanente en el Instituto Neuropedagógico I.C.N. LTDA I.P.S....’ (Resaltado Y subrayado fuera del texto).

No obstante, la razón social de la IPS es, INSTITUTO COLOMBIANO DE NEUROPEDAGOGÍA LTDA (I.C.N.), por lo que comedidamente solicito a Ustedes, se sirvan corregir dicha involuntaria imprecisión y así evitar cualquier equívoco o inconveniente en el cumplimiento del fallo de tutela”.

2. En la parte resolutive de la sentencia de tutela T-603 de 2010, esta Sala resolvió: “Segundo: En consecuencia, ORDENAR a Salud Total EPS, que en el perentorio término de setenta y dos (72) horas contado a partir de la notificación de esta providencia: ‘continúe prestando todos los servicios neurológicos requeridos por los accionantes, de manera inmediata y permanente en el Instituto Neuropedagógico I.C.N. LTDA I.P.S.’”.

3. Analizada la providencia observa esta Sala que el instituto al que se hace referencia en el texto de la providencia y en el cual los accionantes venían siendo atendidos es el Instituto

Colombiano de Neuropedagogía I.C.N. Ltda. (Ver páginas 2, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 23, 24 y 26 de la sentencia T- 603 de 2010).

II. CONSIDERACIONES

1. Los requisitos para que proceda la corrección de una providencia se encuentran previstos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

Artículo 310: Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo casación y revisión.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1° y 2° del artículo 320.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella" (Resaltado fuera del texto).

2. En diversas ocasiones esta Corporación⁵⁴ ha procedido a corregir errores mecanográficos por la omisión o cambio de palabras en la parte resolutive de diversas providencias, en razón a que, a pesar de que éstos no cambian la decisión finalmente adoptada, deben ser corregidos para que no generen confusión o para mayor claridad en el cuerpo de la sentencia.

3. Con base en lo anterior, se constata que en el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia de tutela T- 603 de 2010 se incurrió en un error al disponer la atención de los accionantes en el Instituto Neuropedagógico I.C.N. LTDA., cuando debió escribirse Instituto Colombiano de Neuropedagogía I.C.N. LTDA.

III. DECISIÓN

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE

Primero: Corregir el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de tutela T- 603 de 2010, de manera que se entienda que la institución que debe continuar con la prestación de los servicios de salud a los accionantes es el Instituto Colombiano de Neuropedagogía I.C.N. Ltda.

Segundo: En consecuencia, en lo sucesivo, el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia de tutela T- 603 de 2010 quedará así:

“Segundo: En consecuencia, ORDENAR a Salud Total EPS, que en el perentorio término de setenta y dos (72) horas contado a partir de la notificación de esta providencia: ‘continúe prestando todos los servicios neurológicos requeridos por los accionantes, de manera inmediata y permanente en el Instituto Colombiano de Neuropedagogía I.C.N. Ltda.’”.

Tercero: Comuníquese esta providencia al interesado.

Cópiese, adiciónese a la sentencia de tutela T- 603 de 2010, notifíquese y cúmplase,

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Fecha de inicio de tratamiento por el diagnóstico de esclerosis múltiple.

2 C-1141-08.

3 SU-062-10

4 T-760-08.

5 T-527-08.

6 T-597-93, T-1218-04, T-36107, T-407-08.

7 T-597-93, T-1218-04, T-361-07, T-407-08.

8 C-463-08.

9 T-597-93.

10 T-760-08.

11 Artículo 2° de la Constitución Política.

12 T-742-05, T-1083-03

13 T-151-96.

14 T-274-09.

15 Ibídem.

16 T-797-09, T-573-08.

17 T-797-09, T-135-03.

18 T-136-04.

19 T-1059-06, T-062-06, T-730-07, T-536-07, T-421-07.

20 T-760-08.

21 T-518-06.

22 T-1036-08.

23 Ley 100 de 1993 artículo 153, numeral 4°.

24 Decreto Reglamentario 1485 de 1994 artículo 14 numeral 4.

26 T-010-04.

27 T-436-04, T-247-05.

28 Ley 100 de 1993 artículo 156 literal g); artículo 159 numeral 4°.

29 Ley 100 de 1993 artículo 179.

30 Con respecto a la libertad de escogencia de IPS esta Corte se ha pronunciado en las siguientes sentencias: T-238-03, T-614-03, T-247-05, T-1063-05, T-526-06, T-347-07, T-423-07, T-965-07, T-158-08, T-223-08, T-576-08, T-105-09, T-518-09.

31 T-1063-05, T-965-07.

32 T-423-09.

33 T-965-07.

34 T-247-05.

35 T-518-06.

36 T-247-05, T-223-08.

37 T-614-03.

38 T-223-08, T-576-08.

39 T-347-07.

40 Resolución por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, artículo 10 y 14.

41 T-105-09, T-423-09.

42 T-158-08.

43 En tutela T-596-04 esta Corte definió que la carga de probar corresponde a la entidad accionada, como quiera que es ésta la que posee mayores elementos de juicio para demostrar si la nueva IPS es igual o mejor que la anterior IPS. Empero, en sentencias T-1063-05 y T-423-07 se señaló que la carga de demostrar lo inadecuado o inferior de la IPS corresponde a los usuarios. Es así como en las sentencias mencionadas, por falta de prueba se negó el derecho. Frente a estas posiciones, a pesar de que en este proceso como mas adelante se analizará existe prueba de la afectación del derecho proporcionada por la parte accionante y no desvirtuada por la entidad accionada, esta Sala reitera la posición descrita en la tutela T- 600-09, esto es, que “la regla general de que a quien alega le corresponde probar, debe ser apaciguada en sede de tutela, y ser interpretada en el sentido de que la parte afectada pruebe lo que alega ‘en la medida en que ello sea posible’, pues se ha de tener en consideración la especial situación de debilidad o subordinación en que se encuentre el accionante para acceder a la prueba, lo que a su vez enfatiza la obligación del juez de tutela en el marco probatorio de realizar una actividad oficiosa para el esclarecimiento de los hechos base de la acción”.

44 T-247-05.

45 Ibídem.

46 T-347-07.

47 En esta solicitud de amparo la Corte no tuteló el derecho por carecer de objeto sobre el cual pronunciarse, al acontecer la muerte del accionante.

48 Ver entre otras sentencias: T-055-09.

49 Artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

50 Este numeral describe en qué eventos se genera la vulneración del derecho a la salud por interrupción del tratamiento.

51 De las pruebas obrantes en el expediente la persona que de manera más reciente había empezando a ser tratada mediante tratamiento integral por el doctor Barceló data del 2009.

52 C-463-08, C-316-08, T-760-08.

53 T-741-08, T-165-07.

54 Ver autos A- 019-04, A-255-06, entre otros.