

Sentencia T-242/04

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por condiciones distintas

Si bien es cierto en esta ocasión la accionante presenta otra tutela contra la misma entidad, también lo es que, no obstante referirse en ambas oportunidades a su dificultad de procrear, las circunstancias han variado, en cuanto los exámenes ya le fueron practicados, el tratamiento para la infertilidad ya comenzó y lo pretendido es que la E.P.S. le continúe el mismo. En esa medida existen diferencias de fondo entre los hechos y pretensiones que sirvieron de base a la primera tutela y los que son objeto de revisión, por lo cual no puede predicarse temeridad.

DERECHO A LA SALUD-Exclusión de tratamiento de fertilidad por no estar en el POS

En tratándose de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de tratamiento de fertilidad

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por pago de tratamiento de fertilidad

Referencia: expediente T-805290

Acción de tutela interpuesta por Rosario Salinas Valenzuela contra la E.P.S. Famisanar Ltda.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias

constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados, al resolver sobre la acción de tutela de la referencia, por los juzgados 73 Penal Municipal de Bogotá, D. C., y 15 Penal del Circuito de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda instaurada

Rosario Salinas Valenzuela presentó acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos a la igualdad, a la integridad física, a la vida digna, a la dignidad humana y a la confianza legítima por la omisión de la E.P.S. Famisanar Ltda., consistente en no continuarle el tratamiento de fertilidad que requiere, a pesar de haberlo solicitado. De lo narrado en su escrito de tutela y de lo expuesto en la ampliación realizada ante el Juzgado de primera instancia se extractan los siguientes hechos:

-En 1981 le practicaron a la peticionaria una intervención quirúrgica en la que le extirparon el ovario izquierdo y le hicieron una “recesión en acuña” en el derecho. Desde hace 13 años aproximadamente ha intentado quedar embarazada y ha acudido a tratamientos homeopáticos y a la medicina tradicional. Es así como en la E.P.S. Cajanal, a la cual estuvo afiliada, fue tratada por un especialista en infertilidad sin obtener resultados positivos.

-Debido a que con posterioridad se afilió a la E.P.S. Famisanar Ltda., el 8 de agosto de 2002 acudió a la I.P.S. Cafam, que pertenece a la entidad demandada, y consultó su problema de infertilidad con la doctora Alejandra Valenzuela (Ginecóloga), quien le ordenó varios exámenes, los cuales resultaron alentadores para ella por cuanto le dieron esperanza de que podía ser madre. No obstante, la médica le comunicó que la E.P.S. no le cubriría el tratamiento y por ello debía acudir a Profamilia.

-La accionante se dirigió a Profamilia donde le practicaron exámenes y luego le recomendaron realizarse varias inseminaciones, pero por falta de dinero no pudo hacerlo. Según afirma en la demanda, tuvo que acudir a préstamos y a sus tarjetas de crédito para cancelar el valor de los exámenes.

-En julio de 2003 la peticionaria fue donde el doctor Andrés Lucena, médico particular, e inició el tratamiento de fertilidad, pero debido a los altos costos y a que no tiene empleo tuvo que suspenderlo.

-Desde que inició el tratamiento le ha solicitado a la entidad demandada que le ayude con los gastos, pero no ha obtenido respuesta favorable.

-Actualmente vive de los ingresos que devenga su esposo, quien es abogado litigante, tiene además un apartamento en la ciudad de Neiva que lo adquirió a través del Fondo de Ahorro, no declara renta y los pocos ahorros que tenía los gastó en la iniciación del tratamiento de fertilidad.

-Considera que si los médicos de Famisanar no le hubieran dado esperanzas sobre la posibilidad de poder concebir, no se habría endeudado y no habría iniciado el tratamiento que ahora debió suspender. Por esa razón, siente frustrado su anhelo de ser madre pues entre más tiempo pase menores posibilidades tiene de serlo debido a que tiene 40 años de edad.

-Según dice la accionante, ya había interpuesto una tutela contra la misma entidad en el año 2002, que le fue negada por el Juzgado 19 Penal Municipal de esta ciudad con el argumento de que no se estaba ante la violación de un derecho fundamental, pero afirma que en esa oportunidad no había iniciado el procedimiento invitro, por lo cual su integridad no estaba en peligro. Con base en lo anterior considera que los hechos han cambiado pues su integridad personal puede ser afectada psicológica y físicamente con la suspensión del tratamiento y la tutela es procedente para amparar sus derechos, tal como sucedió en el caso estudiado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-572 de 2002.

2. La respuesta de la entidad prestadora de salud

La E.P.S. Famisanar Ltda. expresó que la accionante se encuentra afiliada a esa entidad desde el 1 de octubre de 1997 en calidad de cotizante. Adujo que los procedimientos para manejar la patología de infertilidad se encuentran excluidos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Agregó que en atención a que el tratamiento no fue ordenado por una entidad adscrita a la E.P.S. y lo pretendido por la accionante es el cubrimiento económico del mismo, la tutela resulta improcedente.

Consideró también que no se está amenazando derecho fundamental alguno y que no se demostró la carencia de recursos económicos por parte de la afectada para sufragar el costo del procedimiento solicitado¹.

3. Pruebas aportadas

3.1. Carta enviada por la peticionaria a la E.P.S. Famisanar el 1 de marzo de 2002, a través de la cual solicita le sean autorizados los procedimientos que le fueron ordenados en Profamilia².

3.2. Respuesta emitida por la entidad prestadora de salud en la cual se le informa a la accionante que el procedimiento “videolaparoscopia operatoria + histeroscopia diagnóstica” no está incluido dentro del plan de beneficios cubierto por el Plan Obligatorio de Salud y por ello no puede ser autorizado³.

3.3. Exámenes realizados a la peticionaria en la I.P.S. Cafam y en la Asociación Pro-Bienestar de la Familia Colombiana -PROFAMILIA-, así como las facturas generadas por esta última entidad⁴.

3.4. Concepto rendido por el médico Andrés Lucena el 18 de julio de 2003. Allí manifiesta que atiende en forma particular a la peticionaria por infertilidad primaria de tres años; que presentó diagnóstico de factor tubo-peritoneal y que bajo su dirección inició tratamiento de fertilización invitro y transferencia embrionaria desde el 2 de julio de 2003. Asegura que la paciente le manifestó no tener recursos para continuar el tratamiento y considera que ello le genera inconvenientes para su salud, dado que “puede resultar afectada psicológica y físicamente, pues puede enfermarse por no lograr un embarazo que para ella es de suma importancia como mujer. Además, en este momento, al suspenderse el tratamiento, por razón de su edad puede perder la única oportunidad que tiene para ello”⁵.

3.5. Concepto médico rendido por la Gineco-obstetra Alejandra Valenzuela, adscrita a la I.P.S. Cafam-Floresta, el 21 de julio de 2003, según el cual atendió a la accionante el 8 de agosto de 2002 y luego del examen físico concluyó que se trataba de un caso de infertilidad primaria con sospecha de factor tuboperitonea por antecedentes. Aduce que consideró pertinente remitirla a una institución de tercer nivel para evaluación y concepto, en atención a que el P.O.S. no cubre el tratamiento requerido⁶.

3.6. Fotocopia del fallo proferido por el Juzgado 19 Penal Municipal de esta ciudad el 19 de junio de 2002, mediante el cual se negó una tutela incoada por la peticionaria contra la E.P.S. Famisanar Ltda.⁷

3.7. Folio de matrícula inmobiliaria N° 50C-1326886 de un inmueble ubicado en esta ciudad a nombre de Rosario Salinas Valenzuela (peticionaria), Wilson Uriel Cubides González y Lucero Salinas Valenzuela⁸.

3.9. Oficio remitido por el Jefe de la División Jurídica Tributaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, según el cual la peticionaria figura como declarante durante los años 1995 a 2001¹⁰.

3.10. Comunicación suscrita por la Abogada de la Oficina Jurídica de Servicios Especializados de Tránsito y Transporte de esta ciudad en la que se informa que a la peticionaria le figura registrado como de su propiedad un vehículo¹¹.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia

El Juzgado 73 Penal Municipal de Bogotá, D. C., mediante fallo del 28 de julio de 2003, denegó el amparo deprecado. Consideró que los hechos narrados por la peticionaria fueron los mismos puestos a consideración del Juzgado 19 Penal Municipal de esta ciudad, el cual en su oportunidad negó la tutela incoada. A su juicio, a pesar de que la accionante aduce que la situación en que se encuentra es distinta a la narrada en anterior ocasión, toda vez que inició el tratamiento bajo la dirección de médicos particulares, es evidente que la situación de hecho es la misma, la negación del tratamiento para la infertilidad.

Agregó, además, que el tratamiento de fertilidad reclamado no fue ordenado por ningún médico adscrito a la entidad demandada y que lo pretendido es su cubrimiento económico, razones que llevan a concluir la improcedencia de la acción y la imposibilidad de inaplicar las normas que excluyen medicamentos o tratamientos del Plan Obligatorio de Salud.

2. Segunda instancia

El Juzgado 15 Penal del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia del 19 de septiembre de 2003,

revocó el fallo impugnado y concedió la tutela de los derechos invocados. Ordenó a la entidad demandada brindarle a la accionante de manera inmediata los tratamientos, procedimientos, medicamentos y exámenes requeridos, reconociéndole su derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

Sostuvo el fallador que el deber de asistencia y protección que la Constitución otorga a las mujeres durante el embarazo y después del parto se extiende también a no obstruir o limitar el derecho de ella a procrear. Por esa razón, adujo que la tutela es procedente para extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a situaciones no previstas como los tratamientos de infertilidad, en cuanto en el presente caso resulta seriamente afectada la integridad personal de la peticionaria con la negativa de la E.P.S. de continuar con el tratamiento, así como su derecho a la salud en conexidad con su libre desarrollo de la personalidad, mucho más cuando se demostró su incapacidad económica.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Problema jurídico

En el presente caso debe resolver la Corte si la entidad prestadora del servicio de salud Famisanar Ltda. vulneró los derechos fundamentales de la peticionaria al haberse negado a continuarle un tratamiento de fertilización iniciado por aquélla bajo la dirección y supervisión de un médico particular no adscrito a la E.P.S. Así mismo, si la peticionaria incurrió en temeridad en el ejercicio de su acción al haber interpuesto con anterioridad otra tutela contra la misma entidad.

2. Ausencia de temeridad

Una de las razones que tuvo el Juez de primera instancia para denegar el amparo deprecado fue que la accionante había incurrido en temeridad al haber interpuesto la acción dos veces por los mismos hechos.

Conviene recordar que, según lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, para que se configure una actuación temeraria se requiere que una persona sin motivo expresamente justificado presente la misma acción de tutela ante varios jueces o tribunales. De manera que si existe una razón valedera que justifique la interposición de otra tutela, no

puede predicarse la temeridad.

Conforme a lo obrante en el expediente, no cabe duda que la peticionaria interpuso inicialmente una acción de tutela contra la E.P.S. Famisanar Ltda. para obtener que ésta le practicara unos exámenes ordenados en Profamilia y relacionados con su problema de infertilidad. En esa oportunidad el Juzgado 19 Penal Municipal de Bogotá, D.C., negó el amparo por cuanto, en su sentir, la negativa de la entidad no obedeció a un simple capricho o arbitrariedad sino al estricto cumplimiento de la legislación que regula el Plan Obligatorio de Salud, según el cual los tratamientos para infertilidad se encuentran excluidos de su cobertura.

Si bien es cierto en esta ocasión la accionante presenta otra tutela contra la misma entidad, también lo es que, no obstante referirse en ambas oportunidades a su dificultad de procrear, las circunstancias han variado, en cuanto los exámenes ya le fueron practicados, el tratamiento para la infertilidad ya comenzó y lo pretendido es que la E.P.S. le continúe el mismo. En esa medida existen diferencias de fondo entre los hechos y pretensiones que sirvieron de base a la primera tutela y los que son objeto de revisión, por lo cual no puede predicarse temeridad.

3. La acción de tutela es improcedente para hacer extensiva la cobertura del Plan Obligatorio de Salud al tratamiento de infertilidad

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en reconocer la protección especial que la Constitución otorga a la mujer en estado de embarazo y durante el periodo inmediatamente posterior al parto. Así mismo, ha sostenido que el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con los asociados no encuentra justificación razonable cuando va dirigida a permitirle, mediante una acción positiva, el derecho a la maternidad de una mujer cuando su función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal¹². Ese deber opera, entonces, siempre que la procreación sea posible e impone el deber de no obstruir o limitar el derecho a engendrar¹³.

En esa línea, el derecho a procrear a pesar de estar reconocido en cabeza de todas las personas y de implicar un deber de abstención del Estado en relación con actividades tendientes a su restricción o condicionamiento, no puede llegar hasta el punto que se pueda forzar u obligar a las autoridades estatales a garantizar la maternidad biológica de alguien

cuando sus condiciones genéticas o humanas no le permiten su goce.

Consecuente con lo anterior, en tratándose de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional¹⁴.

No obstante haberse negado la protección por vía de tutela para la realización del tratamiento de infertilidad, la Corte ha concedido el amparo a pesar de encontrarse dicho procedimiento excluido del P.O.S., cuando el mismo ya ha sido iniciado en la entidad prestadora de salud a la que se encuentra afiliada la interesada, como ocurrió en el caso decidido mediante Sentencia T-572 del 25 de julio 2002¹⁵, citada por la peticionaria en su escrito de tutela. En esa oportunidad se tuteló el derecho a la continuidad del servicio en atención a que un médico tratante de la E.P.S. había determinado el tratamiento de infertilidad de la peticionaria, mediante la aplicación de inyecciones; dicho tratamiento ya se había iniciado y la suspensión del servicio no obedeció a capricho de la paciente sino a su falta de capacidad económica. Ello es claro en atención a que el servicio de salud se caracteriza por su continuidad y en esa medida no puede interrumpirse so pena de desconocer el principio de eficiencia en la prestación del mismo.

4. El caso concreto

En el presente caso lo pretendido es que la entidad demandada responda por un servicio no incluido en el P.O.S. y que ni siquiera fue prescrito por un médico adscrito a ella. En efecto, la peticionaria inició el tratamiento para la infertilidad con un médico particular ajeno a la E.P.S. Famisanar Ltda. y con el conocimiento pleno de que esta entidad no le cubriría el mismo por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Así las cosas, no puede exigírsele a Famisanar Ltda. una continuidad en la prestación del servicio público de salud toda vez que la accionante principió el tratamiento por su cuenta, con especialistas extraños a aquélla, y el hecho de que un médico adscrito a la entidad le haya dado esperanzas sobre la posibilidad de procrear, no le genera a Famisanar

responsabilidad alguna. No se demostró que hubiese existido coacción, mala fe ni que a través de acciones u omisiones se le hubiere generado a la petente la confianza de que dicho tratamiento le iba a ser cubierto o se le dieran falsas expectativas al respecto.

Además, de las diligencias obrantes en el expediente no se desprende que por el problema de infertilidad se atente en forma grave contra la vida de la peticionaria ni que la falta del tratamiento solicitado le genere consecuencias adversas o peligrosas para su integridad.

Con base en lo anterior y reiterando la jurisprudencia sobre la materia, habrá de revocarse el fallo proferido por el Juzgado 15 Penal del Circuito de esta ciudad que concedió la tutela.

Independientemente de lo expuesto, existe una circunstancia adicional que es importante anotar. Encontrándose el proceso en sede de revisión en la Corte Constitucional la entidad demandada remitió un oficio informando que la accionante, antes de que se produjere el fallo de segunda instancia que concedió el amparo, ya había cancelado por su cuenta el valor del tratamiento con su médico particular. En la comunicación que la peticionaria envió a esa entidad el 6 de enero de 2004 y de la cual se anexó copia, se lee:

“Comedidamente me dirijo a Uds. en mi calidad de afiliada en salud de esa entidad, para solicitarles se sirvan disponer a la mayor brevedad posible el pago de los dineros que gasté por todo el procedimiento de reproducción invitro que debí soportar para lograr ser madre y que esa entidad, a través de uno de sus médicos, me diagnosticó positivamente por cuanto el mismo estaba por fuera del POS y que por lo mismo me lo negarían, como efecto ocurrió.

Por lo anterior tuve que demandarlos mediante tutela para que Uds. asumieran los gastos del tratamiento que yo había iniciado con mis exiguos ahorros, debido precisamente a que por este diagnóstico positivo que uno de sus médicos me dio generó en mi la esperanza de ser madre, siendo esta la razón que tuvo el juez de tutela para amparar luego mi derecho. Amparo que cuando por fin se produjo, yo ya había gastado exitosamente mis ahorros debido a la negativa que Uds. tuvieron conmigo en darme el tratamiento a que yo tenía derecho en ese momento y que si bien ahora me han citado para que continúe el tratamiento bajo la dirección de Uds., también lo es que no puedo hacerlo debido a que el médico particular que hoy me trata ya recibió el valor del costo total del tratamiento y no está dispuesto a devolverme el dinero por la naturaleza misma del contrato profesional suscrito con él”¹⁶.

Así las cosas, estamos ante un hecho consumado por cuanto la peticionaria ya canceló el tratamiento de infertilidad que inició y que motivó la interposición de la tutela. Razón adicional para denegar el amparo.

De otra parte, si lo pretendido por la accionante fuere el reconocimiento económico del tratamiento, cuenta con la vía ordinaria para exigir el reintegro de los dineros correspondientes.

IV. DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado 15 Penal del Circuito de Bogotá, D. C., y, en su lugar, CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado 73 Penal Municipal de la misma ciudad, que denegó la tutela propuesta por Rosario Salinas Valenzuela, pero por las razones consignadas en la parte considerativa de esta Sentencia.

Segundo.- Por Secretaría, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

El Honorable Magistrado doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, no firma la presente sentencia, por encontrarse con permiso debidamente autorizado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Folios 75 a 81 del expediente.

2 Folio 6 del expediente.

3 Folio 7 del expediente.

4 Folios 10 a 39 del expediente.

5 Folios 68 y 69 del expediente.

6 Folio 85 del expediente.

7 Folios 71 a 74 del expediente.

8 Folios 135 y 136 del expediente.

9 Folios 142 a 158 del expediente.

11 Folio 169 del expediente.

12 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia 1104 del 23 de agosto de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

13 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-689 del 3 de julio de 2001.

14 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-689 de 2001, ya citada, T-946 del 31 de octubre de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-512 del 19 de junio de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

15 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 Folios 242 y 243 del expediente.