

Sentencia T-249/10

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE FERTILIDAD-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia excepcional en los casos establecidos por la Corte Constitucional

ACCESO A TRATAMIENTO DE FERTILIDAD EXCLUIDO DEL POS- Todo paciente tiene derecho a que se determinen las causas de la infertilidad y a un diagnostico certero con el fin de establecer los tratamientos y procedimientos pertinentes/DERECHO AL DIAGNOSTICO- Extensión del derecho a la salud

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE FERTILIDAD-Improcedencia por cuanto se configuró un hecho superado frente a la autorización de los exámenes requeridos por la actora con el fin de establecer la causa de la infertilidad que la aqueja

Referencia: expediente T-2.484.586.

Acción de tutela instaurada por Adiela Tamayo Bedoya contra Cafesalud EPS-S y el Hospital San Francisco ESE de Ibagué.

Procedencia: Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, dentro de la acción de tutela promovida por Adiela Tamayo Bedoya contra Cafesalud EPS-S y el Hospital San Francisco ESE de Ibagué.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y fue escogido para su revisión en Sala de Selección N° 12 de esta corporación, en diciembre 9 de 2009.

## I. ANTECEDENTES.

### A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

La demandante manifestó que está afiliada a Cafesalud EPS en el régimen subsidiado, nivel 1 del Sisbén, desde julio 1° de 2007. En septiembre 25 de 2009 su médico tratante, debido al tratamiento de fertilidad al que se encuentra sometida, le ordenó la práctica de los exámenes LM, FSM, estradiol, progesterona, prolactina y citología cervico uterina.

Con el fin de realizar los mencionados exámenes, la accionante acudió al Hospital San Francisco ESE, pero dicha entidad le comunicó que no era posible la práctica del examen de progesterona y la citología cervico uterina, por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Agregó que no tiene un trabajo estable ni la capacidad económica para costear los exámenes en centros particulares. Así mismo, afirmó que el tratamiento para la infertilidad al que se encuentra sometida en la actualidad, es la única esperanza que ella y su esposo tienen de conformar una familia (fs. 1 a 2 cd. inicial).

### B. Pretensión de la solicitud de tutela.

A partir de los hechos expuestos, la señora Tamayo Bedoya solicita al juez de tutela la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social y que en consecuencia, se ordene a las entidades demandadas la realización de los exámenes de progesterona, la citología cervico uterina y los demás procedimientos que sean prescritos dentro del tratamiento de fertilidad al que se encuentra sometida, así como los necesarios en el mejoramiento de su salud integral “para poder asumir clínicamente y en las mejores condiciones la posibilidad de procrear”.

### C. Documentos relevantes que obran en el expediente.

1. Orden médica expedida por el Hospital Federico Lleras Acosta ESE, en septiembre 25 de

2009, de los exámenes de LM-FSM, estradiol, progesterona, prolactina y citología cervico uterina (f. 5 ib.).

2. Diagnóstico de infertilidad emitido por el Hospital Federico Lleras Acosta ESE, en septiembre 25 de 2009 (f. 6 ib.).

3. Orden de servicios emitida por Cafesalud EPS, en octubre 19 de 2009, donde autoriza el examen de progesterona. (f. 19 ib.).

4. Factura expedida, en octubre 20 de 2009, por el Hospital San Francisco ESE donde consta la autorización de la citología cervico uterina (f. 27 cd. Corte Constitucional).

## II. ACTUACIÓN PROCESAL.

En octubre 15 de 2009 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué admitió la tutela, requirió a las entidades accionadas para que informaran lo que consideraran pertinente respecto de la acción presentada en su contra y vinculó a la Secretaría Departamental del Tolima por “tratarse de un afiliado al régimen subsidiado, nivel sisben 1, para que explique lo que respecto a su competencia le atañe”.

El Director Administrativo de Cafesalud EPS, en octubre 19 de 2009, indicó que la señora Adiela Tamayo Bedoya presentó acción de tutela “con el fin de solicitar la autorización de exámenes diagnósticos para llevar a cabo tratamiento de infertilidad, servicios que no forman parte del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado POS-S y cuya negación no afecta en momento alguno el derecho fundamental a la vida en conexidad con el derecho a la salud invocados por la accionante”.

También informó que emitió autorización para la práctica del examen de progesterona, y que, en cuanto a la citología cervico uterina, sería realizada en el Hospital San Francisco ESE, “a través del contrato de capitación existente entre las dos entidades” (fs. 12 a 18 cd. inicial).

B. Respuesta del Hospital San Francisco ESE.

La Gerente del Hospital, en octubre 19 de 2009, manifestó al Juzgado que la ESE no ha vulnerado los derechos de la demandante debido que “de los documentos anexados a la presente acción se advierte con meridiana claridad que el tratamiento que menciona la señora Adielia en el acápite de hechos de la acción se está llevando a cabo en el Hospital Federico Lleras Acosta y no en el Hospital San Francisco de Ibagué”. Por lo anterior solicita al juez de instancia que vincule a dicho hospital (fs. 20 a 22 ib.).

#### C. Respuesta de la Secretaría de Salud Departamental.

El Secretario de Salud del Tolima, en octubre 20 de 2009, informó que a través de los hospitales de la red pública, se han prestado los servicios que se encuentran dentro de su competencia, y que la señora Adielia Tamayo Bedoya ha solicitado de manera oportuna. También anexó un cuadro de los procedimientos que se le han realizado (fs. 23 a 28 ib.).

#### Sentencia única de instancia.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, mediante providencia de octubre 27 de 2009, la cual no fue impugnada, denegó el amparo, debido a que Cafesalud, EPS había emitido autorización para el examen de progesterona y en el Hospital San Francisco ESE se realizaría la citología cervico uterina. Así mismo, afirmó que la EPS no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante al negarle “el acceso a los servicios de salud que solicita, no solamente por el argumento de que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud sino además porque como bien lo dice la Corte el derecho fundamental a la salud tiene límites y por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes, para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles.”

En cuanto a la responsabilidad del Hospital San Francisco de Ibagué, encontró que al tener esta entidad contrato con la EPS, sólo está obligado a realizar “los procedimientos, exámenes y hospitalizaciones que ésta autorice”.

#### B. Pruebas allegadas en sede de revisión.

En auto de febrero 9 de 2010, el Magistrado sustanciador, con el fin de reforzar y actualizar la información contenida en el expediente, ordenó oficiar a Cafesalud EPS, a los Hospitales

San Francisco ESE y Federico Lleras ESE de Ibagué, y a la señora Adiel Tamayo Bedoya para que informaran si la demandante ha sido sometida recientemente a algún tratamiento especial y si los exámenes de progesterona y citología cervico uterina ya habían sido autorizados y practicados.

El Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Hospital Federico Lleras Acosta ESE, en febrero 10 de 2010, allegó escrito al cual anexó un informe rendido por la Coordinadora de la Unidad Funcional de Quirófanos, Recuperación y Sala de Partos del Hospital, donde determinó que el último control de la señora Tamayo Bedoya fue en septiembre 25 de 2009 y que en dicha oportunidad expresó su deseo de ser madre, motivo por el cual, le prescribieron los exámenes de “ecografía transvaginal, citología cervico uterina, FSH, LH, estrógenos, progesterona y prolactina”.

De igual manera, la Gerente del Hospital San Francisco ESE, en febrero 17 de 2010, indicó que la demandante “recientemente no ha sido sometida a algún tratamiento especial, puesto que desde “el año 2008 la señora no asiste al Hospital”. Mencionó además que en sus instalaciones, no se han practicado los exámenes mencionados.

En marzo 9 de 2010 el Administrador de Cafesalud EPS, informó que a la señora Tamayo Bedoya “se le realizó la citología cervico uterina, según factura N° 221180 generada por el Hospital San Francisco, ESE1” y que respecto al examen de progesterona, ya se había emitido autorización. Así mismo, manifestó que “el POS-S cubre todos los servicios de primer nivel de complejidad, estos están contratados con el Hospital San Francisco y la Unidad de Salud de Ibagué; ahora bien, los servicios de II y III nivel de complejidad así como la atención de patologías de alto costo, se atienden por evento en diversas IPS públicas y privadas entre las que se cuentan el Hospital Federico Lleras de Ibagué, y casi todas las clínicas del municipio”.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para decidir el asunto de la referencia, en Sala de Revisión, al tenor de lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

En el presente caso correspondería a esta Sala de Revisión determinar si Cafesalud EPS y el Hospital San Francisco ESE de Ibagué, han vulnerado o amenazan vulnerar los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Adiela Tamayo Bedoya, al no autorizar y practicar respectivamente, los exámenes de progesterona y la citología cervico uterina, prescritos por el médico tratante del Hospital Federico Lleras Acosta ESE de la misma ciudad.

Sin embargo, durante el trámite de revisión en esta corporación, Cafesalud EPS informó que en octubre 19 de 2009, se expidió la autorización del examen de progesterona; en cuanto a la citología cervico uterina anexó la factura emitida en octubre 20 de 2009 por el Hospital San Francisco ESE de Ibagué, lo cual significa que la demandante podía acudir desde esta fecha a realizarse el mencionado examen.

De esta información se colegiría que existe en la actualidad un hecho superado, razón por la cual la Sala recordará la línea jurisprudencial de esta corporación sobre la materia, y en caso de confirmarse esa circunstancia, no emitirá orden alguna a las entidades demandadas, al no subsistir la presunta afectación de los mencionados derechos.

De otra parte, la Sala estima necesario pronunciarse también acerca de los supuestos fácticos establecidos en la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela en el suministro de tratamientos de fertilidad, con algunas acotaciones sobre el derecho al diagnóstico.

Tercera. Concepto de hecho superado. Reiteración de jurisprudencia.

Este tribunal constitucional ha considerado que si durante el trámite de una acción de tutela sobrevienen hechos que hagan cesar la vulneración de los derechos fundamentales, de manera que la protección por parte del juez constitucional se torne innecesaria, en cuanto ya no subsista el acaecer conculcador del derecho fundamental, se configura un hecho superado<sup>2</sup>.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de tutela es la protección de los derechos

fundamentales de las personas que acuden a ella como remedio a la violación de éstos, su objetivo se extingue cuando “la vulneración o amenaza cesa, porque ha ocurrido el evento que configura tanto la reparación del derecho, como la solicitud al juez de amparo. Es decir, aquella acción por parte del demandado, que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela, ha acaecido antes de la mencionada orden”<sup>3</sup>.

Al respecto la sentencia T-308 de abril 11 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil indicó:

“... cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto ... la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”

Cuarta. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de tratamientos de fertilidad.

Esta corporación en reiterada jurisprudencia ha establecido que es improcedente la tutela para el reconocimiento de tratamientos de fertilidad, salvo dos casos puntualmente establecidos:

1. “Cuando se presente afectación del principio de la continuidad en la prestación del servicio. Esto es, en aquellos casos en que el tratamiento de infertilidad ya hubiese sido iniciado por parte de la EPS, y sea abruptamente interrumpido. Lo anterior, como garantía de los principios de eficacia en la prestación del servicio de salud, y de confianza legítima.
2. En el evento en que la infertilidad sea producida por otras patologías que configuren la afectación de derechos fundamentales como la salud, la integridad personal o la vida en condiciones dignas. El tratamiento de enfermedades que afecten el aparato reproductor, como ya fue establecido en esta sentencia, hace parte de los servicios en salud sexual y reproductiva que deben ser garantizados a quienes residen en el territorio nacional, en virtud de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos”<sup>4</sup>.

A pesar que el Sistema General de Seguridad en Salud, tiene como finalidad velar porque todos los ciudadanos puedan acceder al nivel más alto posible de salud que el estado pueda

suministrar, el elevado costo de los tratamientos de fertilidad, hace que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud, debiendo ser éste sufragado por los pacientes, como quiera que existen servicios y procedimientos de carácter urgente o prioritario, que su prestación podría verse comprometida por la ineficiente administración de los recursos escasos del Sistema<sup>5</sup>.

En sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte explicó que el derecho a la salud es un derecho fundamental con limitaciones razonables para su acceso y entre los ejemplos de estas restricciones estableció que la negación del tratamiento para la infertilidad no constituye una vulneración de los derechos de la mujer, debido a que la exclusión de dicho tratamiento 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”.

No obstante, debe mencionarse que diferente es el derecho que tienen las mujeres de establecer la causa por la cual no pueden concebir, es decir, el derecho a un diagnóstico oportuno, puesto que “negar la realización de un examen diagnóstico significa privar a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento e implica, en tal sentido, vulnerar su derecho fundamental a vivir una vida en condiciones de calidad y de dignidad”<sup>6</sup>.

Esto quiere decir que aunque el tratamiento de fertilidad se encuentra excluido del POS, los pacientes tienen derecho a que se determinen las causas de la infertilidad y a un diagnóstico certero, para así establecer los tratamientos y procedimientos necesarios para “incidir de manera positiva en su función procreativa”<sup>7</sup>.

Quinta. Análisis del caso concreto.

En el asunto analizado, es posible establecer que la demandante se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud, clasificado en el Nivel 1 del Sisbén y padece de infertilidad (en estudio).

Al manifestar su deseo de ser madre, en septiembre 25 de 2009, el médico tratante le ordenó la práctica de los exámenes de LM, FSM, estradiol, progesterona, prolactina y citología cervico uterina, pero el Hospital San Francisco ESE se negó a realizar el de progesterona y la citología cervico uterina, motivo que la llevó a solicitar el amparo de sus derecho a la salud, a la vida y a la seguridad social. Sin embargo, de la información allegada, durante el trámite de la acción de tutela cumplido en la instancia y en sede de revisión, se desprende la existencia de un hecho superado, debido a que Cafesalud EPS, emitió la autorización del examen de progesterona y el Hospital San Francisco ESE, expidió la factura para la realización de la citología cervico uterina.

A partir del material probatorio acopiado por las entidades oficiadas por medio de la Secretaría General de esta corporación, se pudo establecer que la señora Adiela Tamayo Bedoya se encuentra en una etapa previa inconclusa del estudio de las causas de su infertilidad y no ha iniciado ningún tratamiento especial, a diferencia de lo expresado en la demanda. La Sala estima necesario aclarar que Cafesalud EPS autorizó los exámenes mencionados, sin que la demandante haya acudido a las entidades autorizadas para llevar a cabo su realización.

En consecuencia, queda descartada la suspensión de la prestación del servicio, primer presupuesto establecido por la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela en el suministro de tratamientos de fertilidad. En cuanto al segundo supuesto, no es posible aplicarlo, cuando no ha sido establecida la causa de la infertilidad que aqueja a la señora Tamayo Bedoya.

Por consiguiente, la Sala considera que valoradas las pruebas a que se hizo referencia, hay lugar a declarar la existencia de un hecho superado, frente a la autorización de los exámenes referidos, tornándose inocua cualquier orden que en este caso se pudiese emitir. En este contexto, se encuentra que denegar el amparo constitucional solicitado, como lo consideró el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, es lo adecuado, debido a que de la respuesta de Cafesalud EPS presentada a ese despacho, podía establecerse que ya había autorizado los procedimientos demandados por la señora Adiela Tamayo Bedoya y que, en lo concerniente al Hospital San Francisco ESE, éste no podía llevar a cabo ningún procedimiento no autorizado por la EPS.

En ese orden de ideas, esta corporación confirmará, pero por la existencia de un hecho superado, el fallo dictado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, en octubre 27 de 2009, que negó el amparo solicitado por la Señora Adiela Tamayo Bedoya contra Cafesalud EPS y el Hospital San Francisco ESE de Ibagué.

#### IV.- DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero: CONFIRMAR, pero por tratarse de un HECHO SUPERADO, el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, en octubre 27 de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Adiela Tamayo Bedoya contra Cafesalud, EPS-S y el Hospital San Francisco ESE de Ibagué.

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

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En comunicación con el Hospital San Francisco ESE de Ibagué, en marzo 11 de 2010, se estableció que en octubre 20 de 2009, un promotor de salud de Cafesalud EPS, acudió al Hospital con el fin de expedir la factura de la citología cervico uterina, pero la señora Adiel Tamayo Bedoya no se ha acercado para llevar a cabo dicho procedimiento.

2 Ver sentencias T-170/09 (marzo 18), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-283/08 (marzo 14), M. P. Mauricio González Cuervo; T-054/07 (febrero 1), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 T-170/09 (marzo 18), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, previamente citada.

4 Sentencias T-512/03 (junio 19), M. P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-242/04 (marzo 12), M. P. Jaime Córdoba Treviño; providencias citadas por la sentencia T-605/07 (agosto 3), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, anteriormente mencionada.

5 Sentencias T-760/08 (julio 31), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-946/07 (noviembre 9), M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-605/07 (agosto 3), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

6 T-636/07 (agosto 15), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 T-605/07 (agosto 3), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.