

Sentencia T-311/10

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

REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA LA INAPLICACION DE LAS EXCLUSIONES DEL POS-

Reiteración de jurisprudencia

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD-Alcance de la protección constitucional

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

LINEA JURISPRUDENCIAL EN RELACION CON LA ACCION DE TUTELA Y LOS TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD-Estudio especial

PROCREACION NO ES OBLIGACION DEL ESTADO GARANTIZARLA A TRAVES DE LOS PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD

Referencia: expediente T-2.497.064

Acción de Tutela instaurada por Oscar Galvez Galvez en contra de Sanitas EPS y Colsanitas Medicina Prepagada

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

En el trámite de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Santiago de Cali (Valle), el 27 de abril de 2009, y por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, el 19 de octubre de 2009, en el proceso de tutela promovido por el señor Oscar

Galvez Galvez contra Sanitas EPS y Colsanitas Medicina Prepagada.

1. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 31 de marzo de 2009, el señor Oscar Galvez Galvez interpuso acción de tutela en la que solicitó ordenar a las entidades demandadas, inicie (sic) todos los trámites pertinentes con el fin de que se autorice y practique el tratamiento de FERTILIZACION INVITRO CON ICSI, prescrito por el ginecólogo EDUARDO OTERO HINCAPIE, el cual fue negado sin justificación alguna, al igual que todos aquellos procedimientos que prescriba el médico tratante con el fin de culminar mi tratamiento y así poder cumplir con el sueño de complementar nuestra familia, además de salvaguardar nuestros derechos constitucionales. Fundamenta su solicitud en los siguientes

1. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Indica el accionante que debido a que su esposa no quedaba embarazada, consultaron al médico especialista para establecer las causas.

1. Una vez realizados algunos exámenes, entre ellos, una ecografía doppler y un espermograma, el médico detectó hipotrofia testicular, quiste en el epididimo izquierdo y una oligospermia, comenzando tratamiento médico con Omifin, Ciprofle y Ruflan, controles y valoración cada 7 u 8 meses, el cual, luego de 7 años no arrojó un resultado positivo.

1. Tras una valoración más profunda, el Doctor Enrique Usubillaga Moscoso lo diagnosticó como PACIENTE CON PROBLEMA DE FERTILIDAD DEBIDO A UNA OLIGOZOOSPERMIA SEVERA SECUNDARIA A SECUELAS DE ORQUITIS POST PAROTIDITIS, remitiéndolo a médico especialista en fertilización asistida, Doctor Eduardo Otero Hincapié, quien confirma tanto el

diagnóstico, como el tratamiento, y ordena Fertilización In Vitro con ICSI.

1. Manifiesta que tramitó la orden ante las entidades demandadas, quienes mediante formato de negación de servicios, le informaron que dicho tratamiento se encuentra excluido de las preexistencias del contrato de medicina prepagada y del POS.

1. Considera que la negativa es contraria a los preceptos constitucionales que propenden por el bienestar de las personas. Se siente triste y defraudado, pues este método es su última alternativa para procrear un hijo, complementar su familia y superar las falencias que como pareja han tenido que afrontar, tras años de intentar ser padres sin obtener un resultado positivo.

1. CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

1. EPS Sanitas

El Gerente Regional de la EPS Sanitas intervino en el trámite de instancia para solicitar al juez de tutela negar el amparo por cuanto, en su concepto, no se ha vulnerado derecho alguno del accionante.

Para el efecto, precisó que efectivamente el señor Oscar Galvez Galvez se encuentra afiliado a la EPS Sanitas S.A., en calidad de cotizante independiente, con 432 semanas cotizadas a la fecha. Presenta infertilidad por lo que solicita el cubrimiento económico por parte de la EPS del tratamiento de Fertilización In Vitro, el cual no hace parte de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud.

Resalta que el Plan Obligatorio de Salud excluye expresamente la cobertura de tratamientos como el que solicita el señor Galvez, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 y el parágrafo de la Resolución 3758 de 2008:

ARTÍCULO 18. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD: En concordancia con lo expuesto en los artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

c. Tratamientos para la infertilidad...

RESOLUCIÓN 3758 DE 2008

PARAGRAFO. En ningún caso el comité técnico-científico podrá aprobar tratamientos experimentales ni aquellos medicamentos que se prescriban para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme al artículo 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994 y demás normas que la adicionen, modifiquen o deroguen (resalto)

No obstante, indica que la EPS remitió el requerimiento del demandante para consideración del Comité Técnico Científico quien NO autorizó el suministro del TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD por cuanto lo solicitado hace parte de las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud contenidas en el Literal K del Artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, y por lo preceptuado en el Parágrafo del Literal J de la Resolución 3099 de 2008, modificada por la Resolución 3758 de 2008.

Agrega que revisando la historia clínica, se evidencia, que tanto el señor Galvez como su esposa ya se habían practicado en diciembre de 2006 tratamientos para fertilidad cuyo resultado fue infructuoso, por cuanto el señor presenta azospermia (poca producción de espermatozoides), y la señora presenta baja cantidad de óvulos, por lo que el médico tratante determinó que necesitaría un ovulo donado, por lo que sería muy difícil que el tratamiento de infertilidad diera buenos resultados. Además considera determinante la edad de los solicitantes, pues la señora cuenta con 44 años de edad y el señor Galvez con 46, hecho que torna aún más ineficaz el tratamiento.

Indica finalmente, que no se puede desconocer el costo elevado del tratamiento y considera ilógico que los recursos del sistema general de seguridad social, con lo que se cubre la salud de la población pobre y vulnerable, se gasten en tratamientos para infertilidad de usuarios de estrato socioeconómico cinco.

1. Colsanitas Medicina Prepagada

Refiere el Gerente Regional de la entidad en su escrito, que el señor Oscar Galvez Galvez se vinculó como usuario de COLSANITAS S.A., mediante Contrato Familiar de Servicios de Medicina Prepagada, Plan Integral.

El mencionado usuario solicitó a la entidad el cubrimiento económico de tratamiento para infertilidad, el cual resulta improcedente por encontrarse excluido de la cobertura del contrato. Dicha exclusión se encuentra contenida en la cláusula cuarta del contrato de servicios:

1. COLSANITAS S.A. excluye expresamente la prestación de servicios en los siguientes casos:..

1.13. Tratamientos y estudios de fertilidad o infertilidad y sus consecuencias patológicas.
(Resalto)

Explica, así mismo, que el contrato de prestación de servicios de Medicina Prepagada de COLSANITAS S.A. tiene una amplitud delimitada de cobertura dentro de la cual se proporcionan los servicios, cuyo contenido y condiciones son previamente aprobados por la Superintendencia Nacional de Salud, entidad de control y vigilancia para estas compañías. Tales contenidos y condiciones son de obligatorio cumplimiento para las partes y deben ser ejecutados de conformidad con lo establecido en sus cláusulas.

Con base en lo expuesto, considera que la negativa a los requerimientos del usuario encuentra respaldo en el contrato de medicina prepagada. Además, la no realización del tratamiento para infertilidad no pone en riesgo ni la vida ni la salud del señor, por lo que, en su parecer, no tiene ningún fundamento la vulneración de derechos alegada.

1. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL

En sentencia del 16 de junio de 2009, el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Santiago de Cali resolvió tutelar los derechos invocados por el demandante¹.

El presente caso fue analizado por el juez de instancia desde la perspectiva constitucional del derecho a la vida, entendido no solo bajo el concepto de corporeidad, sino también integrado por elementos espirituales, intelectuales y psíquicos propios del ser humano. En este sentido, como parte esencial del mismo, la salud cobra importancia en su esfera tanto física como mental, en el ámbito del derecho a una vida plena, gratificante y digna.

Por tanto, consideró el a-quo que cuando a raíz de afecciones orgánicas la posibilidad de procrear y conformar una familia no es viable, la salud mental y psicológica de la pareja se ve afectada, a menos que tengan la oportunidad de recibir un tratamiento adecuado que mejore sus condiciones de vida.

El Estado en su deber de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud, profirió la Ley 100 de 1993 o Sistema de Seguridad Social en Salud, y los decretos que la reglamentan. Mediante este sistema presta atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información, fomento a la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades, así como el suministro de los medicamentos esenciales en su denominación genérica; todo ello a través del Plan Obligatorio de Salud, el cual exceptúa tratamientos de alto costo.

Sin embargo, esta última consideración no es absoluta, pues se debe tener en cuenta en cada caso la situación concreta de la persona afiliada, ya que de lo contrario, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social significaría la grave vulneración de derechos fundamentales.

Así las cosas, el juez de tutela concluyó en el caso concreto, que el tratamiento de fertilización requerido por el accionante se encuentra ligado no solo con su salud física, sino también mental, dirigiendo el sentido del fallo a proteger constitucionalmente los derechos invocados. En consecuencia, ordenó a la EPS demandada cubrir en forma integral el tratamiento reclamado. De otro lado, se abstuvo de fallar contra Colsanitas Medicina Prepagada, por cuanto la medicina prepagada es un servicio adicional en salud, y el procedimiento solicitado, se encuentra excluido de la cobertura del contrato. Igualmente, autorizó a la entidad el recobro de los gastos, con cargo a la subcuenta del Fosyga.

1. Impugnación

El Gerente Regional de la EPS demandada objetó la decisión de instancia, ratificando que el tratamiento para infertilidad no hace parte de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud, así como que la no realización del mismo, no pone en riesgo la vida del demandante.

Resaltó igualmente que el tratamiento ordenado en el fallo de tutela, no fue prescrito por médicos tratantes de la EPS Sanitas, razón por la cual solicitó se revoque en su totalidad la sentencia.

1. La Coordinadora Grupo Acciones Constitucionales de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, intervino como tercero con interés legítimo dentro de la acción y solicitó revocar la orden dada a la EPS por el juez municipal, para recobrar el tratamiento concedido al señor Galvez Galvez, ante el Fosyga.

Apoyó la solicitud en los siguientes preceptos normativos: el párrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998, el artículo 43 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 238 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó la interviniente que en las normas descritas se concluye que le corresponde a la entidad territorial (Departamento) la articulación de las IPS Públicas, la financiación de la prestación de los servicios de salud de la población pobre en lo no cubierto por los subsidios a la demanda, por lo tanto es el Departamento quien debe garantizar la atención del

tratamiento de la población afiliada al régimen contributivo que requiera un tratamiento que no este incluido en el POS y no tenga capacidad de pago. Es decir, que le corresponde a las entidades territoriales, como actores responsables del funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud en sus regiones, canalizar y garantizar dentro de la red pública o privada la prestación del servicio de salud a los afiliados que tienen periodos de carencia, necesiten tratamientos no incluidos en el POS y no cuenten con capacidad de pago.

1. SEGUNDA INSTANCIA: JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Confirmó en todos sus apartes el juez de segunda instancia la sentencia impugnada, por no tener duda que el derecho a la salud, de carácter fundamental, debe ser protegido por el Estado a través de las entidades responsables del sistema de seguridad social, cuando las condiciones de salud lo requieren, bien sea directamente o por medio de terceros de acuerdo con la ley.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo fueron aportadas las siguientes:

1. Copia del registro médico del Dr. Enrique Alberto Usubillaga, Cirujano Urólogo, respecto del paciente Oscar Galvez Galvez, realizado desde mayo de 2002 hasta agosto 13 de 2008. (folios 27 a 32).

1. Copia de resultado de pruebas especiales del Laboratorio Clínico Ángel (folio 34).

Paciente: Oscar Galvez.

Pcte con problemas de fertilidad debido a una oligozoospermia severa secundaria a secuelas de orquitis post parotiditis. Debido a esta patología el paciente debe recurrir a la inseminación artificial.

1. Fotocopia de los derechos de petición presentados por el señor Oscar Galvez Galvez a Sanitas EPS y Colsanitas Medicina Prepagada, en agosto y noviembre de 2008, solicitando la autorización para tratamiento de Fertilización InVitro con ICSI. (folios 18 a 20).

1. Respuesta a los escritos mencionados en el acápite anterior, ambas negando la solicitud, por no estar incluido el procedimiento en las respectivas normas que rigen tanto a la EPS como al contrato de medicina prepagada. (folios 23 a 26).

1. Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos por parte de EPS Sanitas, Comité Técnico Científico, sugiriendo como alternativa de acceso al servicio solicitado: el cubrimiento con recursos propios. (folio 22).

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Oscar Galvez Galvez. Registra como fecha de nacimiento 22 de septiembre de 1962 -a la fecha 47 años- (folio 36).

1. Fotocopia del carnet de afiliación a la EPS Sanitas. (folio 37).

1. El Instituto Nacional de Medicina Legal allegó al proceso dictamen del estado físico y de salud del señor Oscar Galvez Galvez, de acuerdo al requerimiento realizado por el juez de primera instancia mediante auto de trámite de fecha 14 de abril de 2009, con el respectivo concepto sobre si lo ordenado por el médico tratante es necesario para mantener la calidad de vida del peticionario.

El perito forense, concluye el informe técnico médico legal requerido dentro de la acción de tutela, de la siguiente manera:

Paciente con cuadro clínico de infertilidad posterior a orquitis postparotiditis, diagnosticadas por urología y que según criterio de médico especialista tratante podría beneficiarse con técnica de la (sic) fertilización in Vitro con técnica ICSI.

Esta es una alternativa terapéutica que podría mejorar su calidad de vida en cuanto a su factor socio familiar se refiere, salud sexual y reproductiva además de entorno familiar esencial.

La negativa de acceder a este servicio, hace perder la posibilidad de manejo acorde a su expectativa social de conformar un vínculo familiar rodeado de hijos y podría menoscabar su salud sexual.

Debe asegurarse además el manejo interdisciplinario recomendado por su médico tratante, controles médicos periódicos, así como el suministro de medicamentos que requiera.

1. REQUERIMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A SANITAS EPS

1. Mediante auto del 5 de abril de 2010, esta Corporación requirió a la entidad accionada para que remitiera e informara a la Sala Séptima de Revisión lo siguiente:

(i) Copia de la historia clínica del paciente en la que se determine con claridad y exactitud, el estado actual de salud del señor Oscar Galvez Galvez, así como de su esposa, el tipo de enfermedad que padece y cuál es el tratamiento que se le está realizando. (ii) ¿En qué etapa se encuentra actualmente el tratamiento. (iii) ¿Qué pronóstico tiene ese tratamiento frente a la posibilidad de que la esposa del peticionario quede embarazada y sus implicaciones?

1. En formato membreteado por Fecundar Reproducción Asistida, se resume la historia clínica del señor Oscar Galvez Galvez y su esposa Cielo Piedad Cristancho, de la siguiente manera:

Primera consulta: 16 de julio de 2008

Motivo de consulta: Deseo de tener hijos

Paciente con historia de miomatosis uterina y con esposo con alteración importante de la calidad seminal.

Historia de ciclo fallido de Fertilización In Vitro en otra unidad de reproducción humana hace 3 años atrás.

Antecedentes: Miomectomias múltiples

Diagnóstico: 1. Miomatosis uterina residual que no afecta cavidad

1. Falla ovárica por edad
2. Factor masculino severo

Tratamiento Efectuado:

Fecha: Agosto 16 de 2009. Fertilización In Vitro - ICSI programa

Resultado: Negativo para embarazo. Se recomienda nueva miomectomía.

Segunda consulta: 8 de marzo de 2010 historia de nueva miomectomía 5 meses antes. Desean reanudar tratamiento para tener hijos.

En el momento (14 de abril de 2010) en preparación para nuevo ciclo de Fertilización In Vitro - ICSI programa ovulo donación.

Estado actual de tratamiento:

1. Donante y receptora: con los ciclos ya sincronizados
2. Donante de óvulos: con 8 días de estímulo ovárico para provocar ovulación múltiple. Está programada para aspiración folicular y captación de ovocitos en lunes 19 de abril de 2010.

3. Receptora: (Sra. Cielo Piedad Cristancho) en preparación endometrial. Tiene programada transferencia de embriones al útero para el día miércoles 21 de abril de 2010 aproximadamente.

La tasa de éxito pronosticada para lograr el embarazo en esta pareja es de más o menos 40-50%.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso.

1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El problema jurídico

El demandante interpone acción de tutela para que el juez constitucional le proteja sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad e igualdad y, en consecuencia, ordene a las entidades demandadas iniciar los trámites pertinentes para que le autoricen y practiquen el tratamiento de Fertilización In Vitro con ICSI, prescrito por el ginecólogo Eduardo Otero Hincapié. Las entidades prestadoras del servicio de salud negaron la solicitud porque el tratamiento para infertilidad no hace parte de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud, ni de la cobertura del contrato de medicina prepagada. De la misma manera, enfatizaron que la no realización del tratamiento no pone en riesgo la vida del demandante, por ende, no encuentran que la ausencia de dicho procedimiento afecte los derechos fundamentales alegados.

La situación fáctica planteada muestra que el problema jurídico que corresponde a la Sala resolver, se circunscribe a determinar si la negativa por parte de una Entidad Promotora de Salud y de una empresa de medicina prepagada a autorizar la práctica de un tratamiento para la infertilidad, excluido del Plan Obligatorio de Salud y de la cobertura del contrato, vulnera los derechos fundamentales de quien lo solicita para cumplir sus expectativas de vida.

Para dilucidar el anterior planteamiento, esta Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en los siguientes temas: primero, la procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección del derecho a la salud; segundo, los requisitos constitucionales para la inaplicación de las exclusiones del POS y, tercero, el alcance de la protección constitucional en relación con tratamientos de fertilidad.

Finalmente es pertinente recordar que la Jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de medicina prepagada se rigen por el principio de buena fe, del cual se sigue que las partes deben estarse, para su cumplimiento y ejecución a lo convenido previamente en desarrollo de la autonomía de la voluntad y su responsabilidad no puede extenderse más allá de lo dispuesto por las cláusulas contractuales. Ahora bien, dado que el servicio público de salud comporta derechos constitucionales, la interpretación de este principio cambia en lo que hace referencia al régimen de exclusiones, habida cuenta que la concepción del contrato de medicina prepagada radica en que su celebración se hace para la cobertura integral de servicios de salud, por lo que única y exclusivamente se entienden excluidos del contrato los padecimientos del usuario que previa, clara y taxativamente se hayan señalado en las cláusulas del mismo³, sin que sea válido que con posterioridad la entidad pueda ampliar, unilateralmente, el catálogo de exclusiones.⁴

1. Ámbito de protección por vía de tutela del derecho a la salud.

El alcance del derecho a la salud ha sido desarrollado por la Corte Constitucional a partir del contenido normativo del artículo 49 de la Constitución⁵ entendido, de una parte, como un derecho constitucional de contenido social indiscutible -todas las personas deben poder acceder al servicio de salud⁶- y, de otra, como un servicio de carácter público porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización

que hagan viable su eficacia⁷, e incorpora otro tipo de servicios como los de promoción, protección y recuperación, sujetos a la dirección, reglamentación y organización estatal⁸.

Dentro de este contexto, la Corte ha señalado que el derecho a la salud es fundamental⁹, así sea considerado usualmente por la doctrina como un derecho con una importante dimensión prestacional, el cual ha sido protegido constitucionalmente por tres vías:

Primero, en el supuesto en que la vulneración del derecho a la salud tiene como consecuencia una violación o una amenaza inminente a otros derechos fundamentales como la vida o la dignidad humana. La tutela procede en estos casos, pues la autoridad judicial debe proteger los derechos fundamentales amenazados (criterio de conexidad).

Segundo, la Corte, en aplicación de los mandatos contenidos en los artículos 13.2 (obligación de adoptar medidas para garantizar la igualdad, frente a sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta), 44 (derechos fundamentales de los niños), 47 (protección especial a discapacitados), 46 (protección especial a la tercera edad), 45 (protección especial al adolescente), y 43 (protección especial a la mujer embarazada y a la mujer cabeza de familia), ha considerado que, frente a ciertos grupos o sujetos que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, la tutela resulta procedente para proteger su derecho a la salud.

Tercero, en aquellos casos en que el derecho se ve vulnerado por la negativa de las EPS a cumplir con las prestaciones establecidas por el Plan Obligatorio de Salud. En este sentido, la Corte ha establecido que, en la medida en que el Plan Obligatorio de Salud concreta la capacidad estatal para la garantía del derecho en cada momento histórico¹⁰, esta concreción constituye su núcleo esencial o su contenido mínimo fundamental, a la vez que lo torna en un derecho subjetivo que genera obligaciones inaplazables en cabeza del Estado.

Sin embargo, no se puede pasar por alto la complejidad del derecho a la salud, por cuanto la garantía plena de su goce efectivo está supeditada en gran parte a los recursos disponibles, tanto materiales como institucionales. Por ello la Corte ha expresado que:

La consagración del derecho a la salud y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, de una sola vez, de

cubrir integralmente y en óptimas condiciones, todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio. La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios.¹¹

Por tanto, corresponde a los jueces examinar en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada y verificar las condiciones en que se exige su cumplimiento, pues, como ya se dijo, su observancia implica la asignación de vastas erogaciones económicas. Por ello, en un país como Colombia, con escasos recursos, la necesidad de fijar prioridades no puede perderse de vista. La Corte se ha pronunciado expresamente al respecto:

Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional¹² y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho¹³.

[L]os derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.¹⁵

Esta posición surge de un examen de algunos instrumentos internacionales¹⁶, como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así

como de los resultados del Programa de Acción de la Conferencia Internacional para el Desarrollo. Criterios que deben entenderse extensivos respecto de los hombres, a pesar que las consideraciones realizadas en contextos internacionales principalmente se refieren a la condición de mujer, pues son ellas las que han sufrido históricamente restricciones en este sentido.

1. Requisitos constitucionales para la inaplicación de las exclusiones del POS. Reiteración.

Los criterios para la inaplicación de las reglas de exclusión del POS han sido señalados por la Corte en una amplia línea jurisprudencial¹⁷. Para la Corte, no obstante la existencia de un Plan Obligatorio de Salud, este debe inaplicarse cuando su estricto cumplimiento implique la vulneración de derechos fundamentales. En estos eventos, la obligación del Estado trasciende cualquier tipo de consideraciones, siendo necesario aplicar directamente la Constitución Política¹⁸, en defensa de los derechos fundamentales del afectado o la afectada, siempre que se presenten los siguientes supuestos:

- 1) Que el paciente esté afiliado a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención.
- 2) Que la falta de medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace derechos constitucionales de carácter fundamental, como el derecho a la vida.
- 3) Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre que ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
- 4) Que el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la empresa prestadora de salud en la que está afiliado el paciente.
- 5) Que esté demostrado que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de

De tal suerte que, siempre que el juez constitucional considere necesaria la protección constitucional del derecho a la salud y esa protección implique el otorgamiento de prestaciones no contempladas en el POS, será forzoso verificar si en el caso concreto se cumplen los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la materia.

En síntesis, siguiendo la jurisprudencia constitucional, se tiene que el vínculo entre la no prestación del servicio requerido y la lesión de la dignidad de la persona, así como la falta de capacidad de pago instituyen criterios indiscutibles para que proceda la protección por vía de tutela del derecho fundamental a la salud²⁰ cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.

1. Reiteración de jurisprudencia. Alcance de la protección constitucional en relación con tratamientos de fertilidad.

La exclusión de los tratamientos para la esterilidad²², que por su propia naturaleza son muy onerosos para ser asumidos por el Sistema, se estableció como una de las limitaciones que garantiza el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, buscando el efectivo cumplimiento de los principios de universalidad, eficiencia y equidad que lo rige. Lo anterior en virtud de la libertad de configuración del Gobierno²³. La exclusión de los tratamientos para la esterilidad²⁴, que por su propia naturaleza son muy onerosos para ser asumidos por el Sistema, se estableció como una de las limitaciones que garantiza el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, buscando el efectivo cumplimiento de los principios de universalidad, eficiencia y equidad que lo rige. Lo anterior en virtud de la libertad de configuración del Gobierno²⁵.

Esta Corporación ha señalado igualmente que la noción constitucional del derecho a la concepción no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida, pues, el deber del Estado de propender por el disfrute de este derecho opera, siempre que la procreación sea posible e impone el deber de no obstruir o limitar el derecho a engendrar.²⁶ De igual manera, se ha sostenido invariablemente que los problemas de esterilidad no tienen la virtualidad de atentar directamente contra los derechos fundamentales a la salud, a la vida o a la integridad personal, por cuanto la protección a la maternidad se extiende a las facultades procreativas de la mujer, únicamente en el evento en que, de manera natural, sea

apta para gestar; y, finalmente, dado que el no tratamiento de la fertilidad no pone en peligro la vida de la mujer, no se presenta violación de derecho fundamental alguno.²⁷

En tal sentido, es claro que por regla general la acción de tutela es improcedente para extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud al suministro de tratamientos para la esterilidad, además porque el derecho a la reproducción no incluye la obligación del Estado de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado, lo cual se predica de la llamada infertilidad originaria.

Algunos casos en los que la corte ha negado la tutela ante reclamos de tratamientos contra la infertilidad, por las razones antes expuestas, son los siguientes:

En sentencia T-946 del 31 de octubre de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte negó el tratamiento de fertilidad consistente en inseminación y fecundación in-vitro a una mujer que padecía una afección de su sistema reproductor que le impedía llevar a feliz término el proceso de concepción. En razón a ello fue sometida a diversos tratamientos, pero la afección persistió, incapacitándola para procrear un hijo. La Corte reiteró que el tratamiento se encontraba excluido del POS y no era posible ordenarlo mediante tutela, y señaló que no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud.

En sentencia T-752 del 21 de septiembre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se negó una fertilización in-vitro a una mujer beneficiaria del régimen subsidiado que tenía problemas para quedar embarazada. Además de constatar que de las diligencias obrantes en el expediente no se desprendía que por el problema de fertilidad se atentara en forma grave contra la vida de la peticionaria, ni que la falta del tratamiento solicitado le generara consecuencias adversas o peligrosas para su integridad, la Corte argumentó que no existe violación de derechos fundamentales por la negación del tratamiento solicitado 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 garantizado para todos los habitantes del territorio nacional.

No obstante, de manera excepcional, la Corte ha estimado que procede la tutela cuando dicho tratamiento es necesario para proteger la salud e integridad o vida de la paciente en eventos concretos. Estos eventos son:

En primer lugar, la tutela procede cuando se suspende el tratamiento o la continuidad en el servicio. Este presupuesto se presenta cuando la entidad promotora de salud o el médico tratante dan inicio al tratamiento -sin importar las motivaciones concretas que determinan tal actuación-, pero posteriormente deciden suspenderlo, sin que exista una justificación científica para tal decisión. Para la Corte, en virtud del principio de continuidad en la prestación del servicio, y de conformidad con los principios de buena fe y confianza legítima, esta suspensión repentina no se ajusta a la Constitución y hace posible, e incluso necesario, el control del juez de tutela.

Por ejemplo, en sentencia T-572 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy, la Corte concedió el amparo solicitado por una señora de 35 años que presentaba una falla ovárica prematura que le impedía procrear, razón por la cual los médicos ordenaron tratamiento con pergonal para estimular la ovulación (medicamento no incluido en el POS). El médico tratante de la peticionaria indicó que lo importante era tener en cuenta que sin ese medicamento o cualquier otro que se requiriera para la estimulación ovárica, no era posible lograr un embarazo, llevando ello a la afectación psicológica y por lo tanto física de la paciente. En el caso concreto se suspendió la continuidad del tratamiento que por años había llevado el médico tratante, debido a la imposibilidad manifiesta de la paciente para cubrir el valor del medicamento, viéndose avocada a acudir al trámite de medicamentos no POS, frente a lo cual, la Corte consideró que romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos reclamados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima). El principio de continuidad en los servicios de salud se encuentra ligado a la existencia de una amenaza de violación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal del interesado; de lo contrario, en caso de cese de la amenaza o de la violación, resulta constitucionalmente aceptable que se le suspenda la prestación de los servicios de salud.

En segundo lugar, la tutela procede en casos de infertilidad secundaria, es decir aquella originada por otro tipo de afecciones físicas. Por supuesto, en estos casos, deberá determinarse si la afección originaria cumple con los presupuestos de procedibilidad de la

acción de tutela para la protección del derecho a la salud.

En este sentido, en la sentencia T-1104 del 23 de agosto de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esta Corte confirmó la sentencia de segunda instancia que negó la protección de los derechos fundamentales invocados por una docente a la que le fue diagnosticada infertilidad secundaria por síndrome adherencial, a quien le ordenaron la realización de una cirugía de recanalización de trompa izquierda por el procedimiento laparoscopia operativa láser, con el propósito de generar su fertilidad. El fallo apuntó a la normativa que regula la asistencia en salud y destacó que la Ley 100 de 1993 prevé la existencia de exclusiones y limitaciones en el Plan Obligatorio de Salud (POS). De este modo, considerando que la naturaleza prestacional del derecho a la salud de los adultos únicamente puede hacerse exigible vía la acción de tutela cuando se constate la existencia de un riesgo real e inminente para la vida e integridad personal del accionante, se procedió a negar el amparo, pues ello no ocurre en el presente caso.

En tercer lugar, la tutela procede frente al derecho al diagnóstico y cuando no existe certeza sobre la enfermedad. La Corte ha precisado que el derecho al examen de diagnóstico debe garantizarse siempre que de no efectuarse tal examen (i) se pone en peligro la salud y la vida del paciente (Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2001); (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma (Corte Constitucional. Sentencias T-260 de 1998, T-185 de 2004); (iii) se desconoce la estrecha relación que existe entre el resultado del examen y el tratamiento integral de la enfermedad (Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2004); (iv) se imposibilita que el paciente pueda ser tratado médicamente en forma tal que se le facilite “desarrollar al máximo sus actividades diarias y desempeñarse normalmente en sociedad.”²⁸

Por último, en sentencia T-946 del 9 de noviembre de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte concedió la tutela y ordenó a una EPS la realización del procedimiento requerido por la peticionaria el procedimiento diagnóstico denominado “laparoscopia operatoria”, prescrito por los médicos tratantes tras diagnosticar alta sospecha de endometriosis. La EPS había negado la solicitud del procedimiento aduciendo no estar incluido en el POS, por tratarse de un tratamiento de fertilidad. En este caso, la Corte encontró probado que la demandante sufría un problema de salud que incidía negativamente, tanto en su esfera física, pues implicaba fuertes dolores e irregularidades en su ciclo menstrual, como en su esfera íntima y

personal, pues le ocasionaba “problemas de pareja” y, posiblemente, esterilidad. Concluyó la Corte que el problema de salud de la peticionaria afectaba, por conexidad, las condiciones propias de una vida digna, su diagnóstico definitivo solo podía obtenerse mediante la práctica de la laparoscopia, por lo que era indispensable ordenar proteger el derecho al diagnóstico -vinculado al derecho fundamental a la salud- de la peticionaria.

1. CONSIDERACIÓN DE LA CORTE SOBRE EL CASO CONCRETO

1. La tutela es improcedente

En el caso sometido a consideración de la Corte, se encuentra demostrado que tanto el señor Oscar Galvez Galvez, como su esposa, señora Cielo Piedad Cristancho, padecen una afección en su sistema reproductor desde hace más de siete (7) años, que les impide llevar a feliz termino el proceso de concepción²⁹. En razón a ello han sido sometidos a diversos tratamientos, pero la afección ha persistido y ha conllevado su incapacidad para procrear un hijo.

La acción de tutela se interpuso entonces para que se le ordenara a la Entidad Promotora de Salud y a la empresa de medicina prepagada prestar un servicio que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud ni en la cobertura del contrato de medicina prepagada.

Respecto a la negativa de Colsanitas Medicina Prepagada en realizar el tratamiento de Fertilización In Vitro solicitado por el demandante, esta Sala considera que tal decisión encuentra pleno respaldo en las condiciones mismas del contrato, por cuanto en el marco de la relación contractual, la entidad se obliga únicamente a lo expresamente señalado en el contrato, con la salvedad referida en materia de preexistencias³⁰ a la luz de los principios constitucionales y con respeto de los principios de la autonomía de la voluntad, la libertad económica, y las cláusulas que rigen la relación contractual. De tal suerte que, la estipulación contenida en la cláusula cuarta del contrato de medicina prepagada, del cual es usuario el accionante, excluye expresamente la prestación de servicios en los casos de tratamientos y estudios de fertilidad o infertilidad y sus consecuencias patológicas. Hecho que exonera a la

entidad de cualquier vulneración de derechos alegada, por cuanto solo está cumpliendo las condiciones acordadas por las partes.

Ahora bien, la Entidad Promotora de Salud se abstuvo de suministrar el tratamiento porque los tratamientos para infertilidad no hacen parte de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud³¹. En efecto, esta afirmación es cierta de acuerdo con la normativa expedida por el gobierno en la Resolución 5261 de 1994, artículo 18.

En estas condiciones y de acuerdo con lo expuesto, es claro que en principio no procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él. Dicha exclusión es el fundamento legal que justifica la negativa de la entidad accionada, en plena coherencia con la limitada cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud.

No obstante, el juez de instancia concedió el amparo sin verificar la naturaleza de la prestación reclamada y las condiciones exigidas por el precedente jurisprudencial de la Corte para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud, que evidentemente en este caso no se cumplen.

En primer lugar, no tuvo en cuenta la manifestación hecha por el gerente regional de Santitas EPS, en cuanto a que el señor Galvez Galvez no pertenece a la población pobre y vulnerable del país, pues el perfil socio económico del accionante -estrato cinco- así lo permite presumir.

El demandado no probó lo contrario, de tal manera que se tiene por cierta dicha manifestación, y se infiere del hecho de encontrarse afiliado a un plan de medicina prepagada, que sin lugar a dudas, no es un servicio al cual todos puedan acceder.

Además, estima la Sala que en relación con las pretensiones del accionante, las cuales tuvieron como última finalidad la procreación y la consiguiente conformación de un núcleo familiar, instituciones consagradas en el artículo 42 de la Carta Política, el tutelante tiene otra alternativa que la propia Constitución y la ley ofrece, como es un proceso de adopción regulado por el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, al cual puede acceder con su esposa, en tanto que, como tantas veces se ha indicado no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud.

1. En todo caso observa la Sala carencia actual de objeto.

En la respuesta dada al requerimiento hecho por la Corte mediante auto del 5 de abril de 2010, el Representante Legal de la EPS Sanitas indicó:

En el momento (14 de abril de 2010) en preparación para nuevo ciclo de Fertilización In Vitro - ICSI programa ovulo donación.

Receptora: (Sra. Cielo Piedad Cristancho) en preparación endometrial. Tiene programada transferencia de embriones al útero para el día miércoles 21 de abril de 2010 aproximadamente.

La tasa de éxito pronosticada para lograr el embarazo en esta pareja es de más o menos 40-50%.

Así las cosas, en todo caso se ha presentado una carencia actual de objeto y ante un hecho imposible de retrotraer, se configura un hecho superado³² toda vez que el tratamiento reclamado mediante esta acción de tutela, ya se encuentra en curso, según se desprende de la contestación dada por la entidad demandada.

En este sentido la Corte reiteradamente se ha pronunciado señalando si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues en estas condiciones no existiría una orden que impartir³³.

En consecuencia, la Sala Séptima de Revisión declarará la existencia de un hecho superado³⁴, por las razones expuestas en esta providencia.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un hecho superado en la acción de tutela interpuesta por el Señor Oscar Galvez Galvez contra EPS Sanitas.

SEGUNDO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Con fundamento en el informe técnico médico legal, requerido mediante auto 139 del 14 de abril de 2009, al Instituto Nacional de Medicina Legal. Por medio de este auto se remitió al señor Oscar Galvez para que se determinará su estado de salud físico y mental, así como si el tratamiento que requiere es perentorio para mantener su calidad de vida.

2 Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-699 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-822 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

4 Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Constitución Política. Artículo 49:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

6 Sentencia T-060 de 2007.

7 Idem.

8 De conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen al Estado.

9 Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, M.P.Dr. Manuel José Cepeda: La Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un

determinado capítulo, no existe en la jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental. Una diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que 'siendo inherentes a la persona humana', no estén enunciados en la Carta.

10 Protocolo de San Salvador, artículo 1; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2, Párrafo 1. El Estado se ha obligado internacionalmente a otorgar la atención sanitaria hasta el nivel máximo de recursos disponibles, en cada momento histórico de desarrollo.

11 Sentencia C-130 del 26 de febrero de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

12 En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad - niños, niñas - o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión - personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

13 Sentencia T-016 de enero 22 de 2007, M.P.Dr. Humberto Sierra Porto.

14 Sentencias T-636 del 15 de agosto de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

15 Sentencia T-605 del 3 de agosto de 2007, M.P.,

16 Primordialmente, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982, que establece en su artículo 12, párrafo 1º: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica

a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” y artículo 16, literal e, que consagra la obligación de los estados de adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación en contra de la mujer, y asegurar -entre otras garantías- “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

17 Los criterios para la inaplicación de las reglas de exclusión del POS, se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-224 de 1997, MP. Carlos Gaviria Díaz, SU-480 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero, T-236 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz, T-691 de 1998, MP. Antonio Barrera Carbonell, SU-819 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-289 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-627 de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-178 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil, T-239 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño, T-976 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1304 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño, T-018 de 2006, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-060 de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-044 de 2007, Jaime Córdoba Triviño, T-222 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-779 A de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

18 El juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de los derechos fundamentales (Art. 2º C.P.), está obligado a inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o medicamento correspondiente, siempre y cuando concurren las condiciones establecidas para ello.

19 Sentencias de la Corte relacionadas con los requisitos para recibir el amparo del POS

Son muchos los casos en los cuales en aplicación de esos requisitos, la Corte excluye los efectos del POS en el caso concreto, por ejemplo:

En la Sentencia T-749 de 2001, M.P.Dr. Marco Gerardo Monroy, julio 12 de 2001. Se revisaron los fallos de tutela motivados por la situación de una afiliada a una E.P.S. quien se sometió a una cirugía estética y tuvo complicaciones posteriores, por lo que solicitó a la entidad accionada que asumiera la asistencia médica frente a una segunda intervención reconstructiva, procedimiento que fue negado por considerarse de carácter cosmético. La Corte consideró que no era posible obligar a la E.P.S. a la ejecución de procedimientos

ordenados por profesionales de la salud distintos al médico tratante, más aun si se tenía en cuenta que de la cirugía requerida no dependían, ni la vida en condiciones dignas, ni la integridad física del paciente, por lo que denegó el amparo constitucional en tal sentido.

En la Sentencia T-1162 de 2004, M.P.Dr. Manuel José Cepeda, 18 de noviembre de 2004. La Corte estableció que se cumplían los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha determinado para que, en aras de proteger el derecho a la vida y/o a la integridad de una grave amenaza, se procediera a inaplicar la normatividad que regula el POS y le ordenó a la EPS a la que se encontraba afiliado el accionante, que con cargo al Fosyga, le practicara el examen de diagnóstico “ph metría esofágica ambulatoria de 24 horas”, excluido de este listado, y que le fue ordenado por el médico tratante.

En la Sentencia T-266 de 2007, M.P.Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 13 de abril de 2007. La Corte concedió el amparo de los derechos invocados por una ciudadana que requería el procedimiento de adaptación de “anillos intraestromales corneales” negado por la EPS por encontrarse excluido del POS. La Corte consideró que la norma de la que se deriva esa exclusión debía inaplicarse, por resultar incompatible con la preceptiva constitucional que protege los derechos a la vida digna y a la integridad de la peticionaria.

En la Sentencia T-244 de 2008, M.P.Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 6 de marzo de 2008. La Corte tuteló los derechos de una señora de 61 años de edad, que solicitaba el “dispositivo T.V.T. transobturador”, por padecer un problema urinario que afectaba su vida normal, el cual le fue negado por no estar incluido en el POS. Luego de verificar si se cumplían las condiciones previstas para proteger los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida en condiciones dignas de la actora se inaplicó la normativa del POS.

Los precedentes citados permiten concluir que para la inaplicación de las normas del plan obligatorio es “conditio sine qua non” el cumplimiento de los requisitos establecidos constitucionalmente, toda vez que el derecho a la salud constituye en estos eventos una garantía fundamental.

20 Entre otras, las sentencias T-768 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-138 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-508 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T- 1012 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-836 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-772 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

22 Los tratamientos contra la infertilidad se encuentran expresamente excluidos de la cobertura del P.O.S., el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, al respecto señala:

ARTICULO 18. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD: En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

(...)

C. Tratamientos para la infertilidad.

23 En este caso del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que hasta la Ley 1122 era el que definía el POS y POS-S.

24 Los tratamientos contra la infertilidad se encuentran expresamente excluidos de la cobertura del P.O.S., el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, al respecto señala:

ARTICULO 18. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD: En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

(...)

C. Tratamientos para la infertilidad.

25 En este caso del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que hasta la Ley 1122 era el que definía el POS y POS-S.

26 Sentencia T-242 de 12 de marzo de 2004, M.P.Dr. Jaime Córdoba Triviño.

27 Sentencia T-512 de 2003, M.P.Dr. Eduardo Montealegre Lynett, 19 de junio de 2003.

28 Esta referencia, tomada de la Sentencia T-636 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, constituye una síntesis de la sistematización de subreglas sobre derecho al diagnóstico, efectuada en la Sentencia T-304 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sobre el tema, consultar también la T-110 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

28 Sentencias T-605 de 2007 y T-636 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

29 Folios 28 a 32, Cuaderno 1.

30 Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006, M.P. Rodrigo Escobar.

31 Cuaderno 1, folios 93 a 97.

32 Sentencia SU-540 de 17 de julio de 2007, M.P.Dr. Alvaro Tafúr Galvis: “(...) la Sala concluye que la configuración de un hecho superado hace innecesario el pronunciamiento del juez, en la medida que se logran satisfacer los requerimientos del tutelante antes de ese pronunciamiento, pero no ocurre lo mismo con la configuración de un daño consumado, comoquiera que éste supone la afectación definitiva de los derechos del tutelante y, en consecuencia, se impone la necesidad de pronunciarse de fondo, como ya lo tiene definido la jurisprudencia constitucional sobre la materia, por la proyección que puede presentarse hacia el futuro y la posibilidad de establecer correctivos.(...)” (Subrayado fuera de texto)

33 Sentencia T-096 de 14 de febrero de 2006, M.P.Dr. Rodrigo Escobar Gil: Cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese

adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.

34 En este sentido ver las sentencias T-308 de 2003, T-309 de 2006.