

Sentencia T 424-09

Referencia: expediente T-2.187.710

Acción de Tutela instaurada por Beatriz del Carmen Moreno Trujillo en contra de Comfenalco EPS

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiseis (26) de junio de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, 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

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 21 de noviembre de 2008, la señora Beatriz del Carmen Moreno Trujillo interpuso acción de tutela para que le sean protegidos sus derechos a la vida, la salud y la integridad personal. Fundamenta su solicitud en los siguientes

1. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Desde el año 1996, la accionante cotiza en forma continua y sin interrupción a la EPS Comfenalco.

1. Afirma que desde los 13 años de edad padece una enfermedad que por no haber sido tratada en debida forma se prolonga hasta la actualidad cuando tiene 48 años. Indica que, al inicio de sus dolencias (consistentes en dolores abdominales, de cabeza, de senos, “en las relaciones sexuales”, cólicos y hemorragias, entre otros) los médicos de la entidad de seguridad social a la cual estuvo afiliada en calidad de beneficiaria de sus padres, consideraron conveniente iniciar tratamientos con analgésicos para planificar y controlar los dolores.

1. Señala que desde hace mucho tiempo permanece con un “dolor bajito al lado izquierdo”, razón por la cual el ginecólogo le ordenó diferentes tratamientos para combatir la infertilidad, sin que dichas molestias hayan mejorado, por el contrario, considera que su problema ha empeorado. Además, explicó como esta situación ha generado sentimientos depresivos y complicaciones de tipo psicológico por las constantes crisis nerviosas producidas por el hecho de no poder tener un hijo.

1. Manifiesta que debido al mal manejo de su enfermedad y a la falta de capacidad de la EPS para desarrollar un tratamiento integral que mejore su calidad de vida, su estado de salud se ha complicado, pues se le ocasionaron daños en su sistema reproductor.

1. En consecuencia, y para quedar embarazada solicita se le brinde atención inmediata en la clínica, con médicos especialistas en fertilización, la realización de exámenes, el suministro de medicamentos, seguimiento y el acompañamiento en el proceso de procreación desde el inicio y hasta que su bebe nazca.

1. CONTESTACIÓN DE COMFENALCO -ENTIDAD ACCIONADA-

La apoderada de la EPS Comfenalco intervino en el trámite de instancia para solicitar al juez de tutela declare la improcedencia del amparo por cuanto, en su concepto, no se ha vulnerado derecho alguno de la accionante.

Para el efecto, precisó que efectivamente la accionante cotiza en esa EPS y no le ha brindado servicios o tratamientos para la infertilidad, por estar expresamente excluidos del plan obligatorio de salud, el cual rige a las EPS del régimen contributivo.

Argumenta además: “la señora Beatriz del Carmen Moreno ha acudido en forma particular, por lo que es evidente que la entidad no está obligada a asumir servicios médicos que no se han prescrito por médicos de la EPS y menos aún que sean servicios excluidos del plan obligatorio de salud”, por lo tanto, indica es a ella a quien corresponde asumir, con cargo a su propio patrimonio, el costo del servicio que le han recomendado.

Fundamenta su negativa en la Resolución 5261 de 1994 según la cual: “en caso de que la afiliada al Régimen Contributivo requiera de tratamiento para la infertilidad con óvulo donado, este deberá ser asumido en su totalidad con recursos de la misma afiliada puesto que se trata de un tratamiento costoso que no permite ser cubierto con los recursos del Sistema General de Salud tratamiento que de no realizársele, no pone en riesgo su vida.”. Igualmente, se apoya en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que, al analizar casos de infertilidad, concluyó que la inaplicación de las normas del POS no opera automáticamente porque el juez de tutela únicamente debe tener en cuenta circunstancias extremas, cuando corre peligro el derecho a la vida de la afiliada y para ello debe revisarse que se cumplen ciertas condiciones que, para el caso en estudio, no se dan.

Finalmente, agrega que “los recursos de la seguridad social no pueden ser invertidos en servicios de alto costo cuando no pelagra derecho alguno de los afiliados, máxime cuando es de conocimiento público la escasez de recursos en el Sistema de Salud.” En consecuencia, solicita declarar improcedente la acción de tutela promovida, teniendo en cuenta que no existe vulneración de derechos fundamentales. De todas maneras, dice, que en caso de proceder el amparo, se ordene el recobro ante el FOSYGA.

1. DECISIÓN JUDICIAL -FALLO ÚNICO DE INSTANCIA: JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA-

Mediante sentencia del 4 de diciembre de 2008, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Palmira, resolvió conceder el amparo de los derechos a la seguridad social, a la familia, a la vida en condiciones dignas y a la integridad física y mental de la accionante. Para ese efecto dispuso lo siguiente:

“SEGUNDO: Para hacer efectivos los derechos fundamentales aquí reconocidos, se dispone INAPLICAR, fundamentado en el artículo 4 de la Constitución Política, y para el caso concreto que fue objeto de examen supra, el artículo 18 literal C de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, por medio de la cual se establece el Manual de Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud.

TERCERO: Consecuencia a lo anteriormente determinado, se ORDENA a la E.P.S. COMFENALCO que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, ordene la valoración del médico especialista en Fertilización, a fin de que conceptue sobre la viabilidad del tratamiento de FERTILIZACION IN VITRO CON ICSI a la accionante. Dicha valoración deberá ser comunicada al Despacho.

CUARTO: Una vez realizados los análisis a la accionante de conformidad con el punto que antecede, SE ORDENA a la E.P.S. COMFENALCO que en el término también de 48 horas contadas a partir de la comunicación de la valoración médica, se inicien los trámites pertinentes para iniciar el tratamiento de FERTILIZACION IN VITRO CON ICSI, incluyendo todos los medicamentos, insumos, exámenes, procedimientos, cirugías y demás, necesarios para la ejecución del mismo, y hasta donde los adelantos científicos y humanos lo permitan.

QUINTO: A la E.P.S. COMFENALCO le asiste el derecho de repetir ante la sub-cuenta respectiva del Fondo de Seguridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud FOSYGA por los sobrecostos en que incurra con ocasión al cumplimiento de este fallo de tutela, de conformidad a los postulados de la Resolución No.2933 del 31 de Agosto de 2006 y la ley 1122 de Enero 9/07. ”

El juez de tutela consideró probado en el proceso que la accionante no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar los tratamientos que requiere para combatir sus dolencias. De igual manera, está demostrado en el expediente que ella presenta una alteración en su función procreadora desde los 13 años, de acuerdo con el concepto de los médicos tratantes, determinada en “ovarios y trompas obstruidas”, causando “infertilidad primaria”.

Después de consultar literatura especializada y de acuerdo con el resultado de una investigación adelantada por PROFAMILIA, el a quo explicó que el estado de infertilidad produce ansiedad, problemas de pareja, inestabilidad, dolor y depresión, lo cual se evidencia en el inmenso impacto en la salud mental de los pacientes. Así las cosas, es lógico deducir cómo, en algunos casos, podría accederse a la protección constitucional de los derechos afectados, pues “la afección funcional en mientes (sic) no solo tiene impacto en la salud reproductiva de la pareja, sino que también influye en grado tal en su salud mental; de ahí que en materia de protección Constitucional merece su estudio en cuanto tiene el vínculo inescindible con la dignidad humana, con la integridad personal de la aquí accionante, pues la anormalidad de tal magnitud está produciendo un desequilibrio emocional que sólo puede ser mitigado a través del procedimiento médico integral y adecuado, que según los especialistas, es el único medio por el cual podría alcanzarse un embarazo, motivo más que suficiente para que esa espera, se constituya en una fuente de estrés y presión psicológica que puede llevar tanto a Beatriz del Carmen como a su pareja a una crisis incluso psiquiátrica.” Por ello, el juez de tutela recordó lo advertido por la Corte Constitucional en sentencia T-901 de 2004, respecto de las excepciones a la regla general de improcedencia de la tutela para ordenar procedimientos de fertilización cuando se evidencie la vulneración de principios y derechos fundamentales de la paciente.

El juez de instancia concluyó en el caso concreto, que el tratamiento de fertilización requerido por la accionante se encuentra ligado no sólo con su salud física, sino también mental, dirigiendo el sentido del fallo a proteger constitucionalmente los derechos invocados y, de esa manera, ordenó a la EPS demandada cubrir en forma integral el tratamiento reclamado.

El fallo no fue impugnado.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

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

1. Concepto manuscrito emitido por el Doctor Jaime Saavedra S., Ginecología y Obstetricia. (folio 5)

1. Resultado de examen radiológico de A. Sánchez Radiólogos (folio 6)

1. Resultado de pruebas especiales del Laboratorio Clínico Ángel (folio 7)

1. Informe Ecográfico de Profamilia (folio 8)

1. Respuesta dada por Comfenalco a la petición formulada por la accionante, de fecha septiembre 25 de 2008

1. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos de Comfenalco

1. Resumen de la Historia Clínica de la accionante en Comfenalco

2. Informativos de la página de internet de Comfenalco, relacionados con infertilidad y técnicas asistidas

1. REQUERIMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A COMFENALCO

Por su parte, mediante auto del 27 de abril de 2009, esta Corporación requirió a la entidad accionada para que envíe e informe a la Sala Sexta de Revisión lo siguiente: “(i) Copia de la historia clínica de la paciente en la que se determine con claridad el estado actual de salud de la señora Moreno Trujillo, qué enfermedad padece y cuál es el tratamiento que se le está realizando. (ii) ¿Qué pronóstico tiene ese tratamiento frente a la posibilidad de que la peticionaria quede embarazada?

En su contestación, Comfenalco adjunta la historia clínica de la peticionaria donde se determina con claridad el estado actual de salud de la paciente, las enfermedades que padece y el tratamiento que se le realiza actualmente. De la misma forma, manifiesta “Es importante adicionar que el PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO de FERTILIZACIÓN IN VITRO, según la evidencia clínica, solo es efectivo para lograr un embarazo en un 27% y el porcentaje de éxito con este tipo de terapia asistida se reduce con la edad, mientras que los Riesgos aumentan. Adicionalmente, se presentan RIESGOS para la salud de la Madre y del Feto, pues se asocia con mayor probabilidad de desarrollar Embarazos de Alto Riesgo por posibilidad de Embarazo Múltiple, Diabetes Gestacional, Abortos Espontáneos, Amenaza de Parto Prematuro, Preeclampsia y en el Feto se han descrito Malformaciones Congénitas, Mortalidad Neonatal principalmente en casos de Embarazos Múltiples, Desórdenes Neurológicos que pueden llegar hasta Parálisis Cerebral, Prematurez Extrema, Bajo Peso al Nacer, etc.”

Respecto a la Segunda Pregunta formulada, señala “acerca del pronóstico que tiene este tratamiento frente a la posibilidad de que la Sra. Moreno quede embarazada, la respuesta del Dr. Jaime Saavedra, respecto a casos similares analizados previamente, es que la posibilidad que una mujer se embarace después de los 45 años, es del 2%, con tasas de Aborto del 80%. La posibilidad de Embarazo con óvulo donado es del 50%.

Igualmente considera trascendental aclarar que con la realización del procedimiento de

fertilización iniciado, acatando el fallo de tutela de diciembre 17 de 2008, se ha puesto en riesgo la vida de la paciente toda vez que presenta “EMBARAZO MÚLTIPLE, con 4 Embriones, pero según ECOGRAFÍA TRANSVAGINAL OBSTÉTRICA, con ALTERACIONES DE SONOLUCENCIA NUCAL en dos de ellos, con riesgo del 80% de probabilidad de MALFORMACIÓN CONGÉNITA. Presenta un EMBARAZO DE MUY ALTO RIESGO OBSTÉTRICO por su edad, primigestante añosa.”

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Sala Sexta 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 el fallo de instancia proferido en el trámite de este proceso.

1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El problema jurídico

La accionante interpone acción de tutela para que el juez constitucional le proteja sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad personal y, en consecuencia, ordene que la EPS a la que se encuentra afiliada autorice el tratamiento integral para la fecundación, dentro del cual se encuentra el procedimiento de fertilización in vitro. La EPS Comfenalco se negó a autorizar el tratamiento porque está expresamente excluido del POS y no encuentra que la ausencia de dicho procedimiento afecte los derechos fundamentales de la accionante que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es uno de los requisitos para inaplicar las normas del POS cuando se trata de tratamientos contra la esterilidad.

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 a autorizar la práctica de un tratamiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud vulnera derechos fundamentales cuando este es necesario para solucionar una patología que produce problemas de fertilidad.

Para dilucidar el anterior planteamiento, esta Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección del derecho a la salud; (ii) los requisitos constitucionales para la inaplicación de las exclusiones del POS y, (iii) el alcance de la protección constitucional en relación con tratamientos de fertilidad y otras prestaciones relativas a la salud sexual y reproductiva.

1. Doctrina jurisprudencial consolidada sobre el ámbito de protección por vía de tutela del derecho a la salud.

La Corte Constitucional ha estudiado el alcance del derecho a la salud a partir de la definición contenida en el artículo 49 de la Constitución¹ en el sentido de indicar, de una parte que es un derecho constitucional de contenido social indiscutible “todas las personas deben poder acceder al servicio de salud”² y de otra, que es un servicio de carácter público “porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia³” que incorpora otro tipo de servicios como los de promoción, protección y recuperación, sujetos a la dirección, reglamentación y organización estatal⁴.

Dentro de este contexto, es importante resaltar que en principio y por un amplio período de tiempo, la Corte Constitucional dentro de su desarrollo jurisprudencial distinguió entre los llamados derechos de primera generación (derechos civiles y políticos) susceptibles de protección por vía de tutela en su calidad de derechos fundamentales, y los derechos de segunda generación (sociales, económicos y culturales) de contenido prestacional los cuales para su efectiva protección demandaban de una acción legislativa o administrativa, susceptibles de amparo por vía de tutela únicamente demostrando un nexo inescindible entre éstos y aquellos. Sin embargo, en reciente pronunciamiento la Corte estableció el carácter fundamental del derecho a la salud, en

este sentido la sentencia T-016 de 20075 sostuvo:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

Entonces, frente al derecho a la salud, y a pesar de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto a que éste no es un derecho cuya protección se alcance prima facie por vía de tutela, atendiendo su contenido prestacional que exige al Estado racionalizar la asignación de recursos suficientes dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano, propendiendo por garantizar una protección integral de cara a otros derechos, tal situación no priva al derecho a la salud de su carácter fundamental, de acuerdo con lo antes señalado, y especialmente cuando se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la vida.

En este orden de ideas, y teniendo claro que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental⁶, podemos señalar sin embargo, su complejidad por cuanto implica que la garantía plena de su goce efectivo, esté supeditada en gran parte a los recursos tanto materiales como institucionales disponibles. “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los

principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad. 7”

En síntesis, corresponderá a los jueces verificar en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, así como analizar detalladamente las condiciones en que se exige su cumplimiento, pues como ya se dijo, se trata de obligaciones que para ser acatadas implican la asignación de vastas erogaciones económicas que en países con escasos recursos la necesidad de fijar prioridades no puede perderse de vista. Expresamente la Corte se ha pronunciado 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 constitucional⁸ 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 derecho.⁹” Se infiere entonces, 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 constituyen criterios indiscutibles para que proceda la protección por vía de tutela del derecho fundamental a la salud cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.

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

La Corte Constitucional ha reiterado su jurisprudencia respecto de la inaplicación de las exclusiones del POS cuando se determine que se encuentran comprometidos derechos constitucionales de carácter fundamental y que se cumplen los requisitos previstos para el

efecto. El juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (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 siguientes condiciones 10:

- 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 salud.

1. 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 200111 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 200412 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 200713 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 200814 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.

1. Línea jurisprudencial sobre el alcance de la acción, en relación con tratamientos de fertilidad

La jurisprudencia uniforme y consolidada de esta Corporación ha recordado que, en principio, la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud no vulnera los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran imposibilitadas para procrear, toda vez que los recursos del sistema de seguridad social en salud son escasos y deben dirigirse a lo estrictamente necesario para mantener la salud de los afiliados. 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”¹⁵.

De este modo, entonces, se ha sostenido invariablemente que, por lo general, 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 es preciso que los recursos escasos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, se destinen primordialmente a la atención de enfermedades que impliquen materialmente los citados derechos.

Al respecto ha precisado la Corte:

Sentencia T-512 de 2003¹⁶: “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”.

La exclusión de los tratamientos para la esterilidad¹⁷, 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 legislativa. 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.

Pero, a manera de excepción, procede cuando dicho tratamiento es necesario para proteger la salud e integridad o vida de la paciente.

Sobre el tema, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial:

En la sentencia T-1104 de 200018, 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 normatividad 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 sentencia T-572 de 200219, 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 ordenan 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 suspende la continuidad del tratamiento que por años ha 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 sentencia T-946 de 200220, 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-901 de 200421, concedió la tutela a una señora a quien le diagnosticaron Miomas Uterinos, enfermedad comprobada mediante una Ecografía Transvaginal, ante lo cual el médico tratante le ordenó someterse a un procedimiento quirúrgico para extraer los miomas y que previo al procedimiento quirúrgico debía realizarse un tratamiento con Acetato de Leuprolide con el fin de no comprometer el útero y así asegurar el éxito de la cirugía. La EPS negó el medicamento prescrito por estar excluido del POS. Esta Corporación, encontró acreditado que la accionante padecía una enfermedad en su aparato reproductor que requería del medicamento formulado como parte de su tratamiento para reducir los miomas uterinos, previo a la intervención quirúrgica requerida para su extracción, lo cual garantizaría su derecho a la salud, y de contera también mejoraría sus “posibilidades” de reproducción.

En sentencia T-605 de 200722, accedió a la solicitud de una ciudadana que requería, para poder determinar su problema de fertilidad, la práctica de “cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”, negada por la EPS por ser tratamiento de fertilidad excluido del POS. En este caso la Corte pudo constatar que, si bien la cirugía fue prescrita por el médico tratante adscrito a la EPS, dentro del marco de un tratamiento general de fertilidad, este procedimiento no era en sí un tratamiento de este género, simplemente una intervención quirúrgica que buscaba la recuperación de la salud perdida de la peticionaria y que, a la postre, podía incidir de manera positiva en su función procreativa. De esta manera, resultaba ostensible la violación del derecho a la salud de la demandante, como quiera que la negativa a practicar la cirugía prescrita, no sólo impedía su posibilidad de procrear, en detrimento de sus derechos, sino que implicaba no tener acceso al más alto nivel posible de salud, ya

que convivía con una patología que podía, eventualmente, redundar en complicaciones mayores en su aparato reproductor.

En sentencia T-752 de 200723, 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.

En sentencia T-946 de 200724, concedió la tutela y ordenó a la EPS la realización del procedimiento requerido por la peticionaria denominado “laparoscopia operatoria”, prescrito por los médicos tratantes tras diagnosticar alta sospecha de endometriosis. La EPS negó 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. Concluye 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. CONSIDERACION DE LA CORTE SOBRE EL CASO CONCRETO

En el presente caso sometido a consideración de la Corte, la señora Beatriz del

Carmen Moreno Trujillo manifiesta en su escrito de tutela padecer desde su infancia una enfermedad en su sistema reproductor que, por no haber sido tratada en debida forma, se ha prolongado hasta la actualidad, cuando ha alcanzado los 48 años. En razón de sus dolencias, insiste, ha sido sometida a diversos tratamientos pero la afección ha persistido y la ha incapacitado para procrear un hijo, generando esta situación sentimientos depresivos y complicaciones de tipo psicológico por las constantes crisis nerviosas que le produce este hecho.

Sin embargo, del análisis realizado a la historia clínica aportada como prueba se puede deducir que las consultas médicas realizadas por la peticionaria con ocasión de diversas dolencias han sido atendidas. No está probado dentro del proceso que las afecciones que dice padecer sean producto de alguna enfermedad que conlleve la realización de algún tratamiento de fertilidad o que los médicos hayan diagnosticado una patología generadora de sus problemas para procrear. Por el contrario, se encuentra demostrado que desde la primera consulta el verdadero interés que la peticionaria ha exteriorizado es ser madre, el cual no ha encontrado eco en los médicos tratantes, pues siempre le han indicado la no viabilidad técnico-científica por el alto riesgo que ello representa para la salud de la paciente.

De las pruebas aportadas al proceso se advierte que desde cuando la peticionaria acudió a ginecólogo particular quien le planteó la fertilización in vitro, y en cada consulta a la que ha asistido, los médicos tratantes le han aclarado que dicho procedimiento no se encuentra en el POS, han enfatizado en su edad y han incentivado la opción de ser madre mediante la adopción con total disponibilidad de aceptación "El CTC (sic) conceptúa no pertinente la autorización de exámenes de infertilidad ya que dada la situación emocional de la paciente al igual que un factor tan importante como lo es la edad, los exámenes de infertilidad no cambiarían el curso de la situación ya que clínicamente no es apta para cursar por un proceso de gestación. Se le ha dado el manejo psicológico y de trabajo social que en estos casos se considera de gran utilidad. Por otra parte la nueva normatividad expedida el 21 de agosto en la resolución 3099 hace exclusión de los procedimientos del artículo 18 de la 5261, entre ellas el estudio de la infertilidad.²⁵ Sin embargo, es claro que interpuso la acción de tutela para ordenar a la entidad promotora de salud prestar un servicio no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Y en efecto, lo está de acuerdo con la normatividad expedida por el gobierno en la Resolución

5261 artículo 18, relacionada en la contestación dada por la EPS al derecho de petición elevado por la accionante de fecha 25 de septiembre de 2008.

De acuerdo con lo expuesto, es incuestionable que no era procedente conceder el amparo de la acción de tutela como mecanismo para obtener 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 las anteriores consideraciones, el juez de instancia concedió la tutela fundamentando su decisión en que “la afección funcional no solo tiene impacto en la salud reproductiva de la pareja, sino que también influye en grado tal en su salud mental; de ahí que en materia de protección Constitucional merece su estudio en cuanto tiene el vínculo inescindible con la dignidad humana, con la integridad personal de la aquí accionante, pues la anormalidad de tal magnitud está produciendo un desequilibrio emocional que sólo puede ser mitigado a través del procedimiento médico integral y adecuado, que según los especialistas, es el único medio por el cual podría alcanzarse un embarazo, motivo más que suficiente para que esa espera, se constituya en una fuente de estrés y presión psicológica que puede llevar tanto a Beatriz del Carmen como a su pareja a una crisis incluso psiquiátrica.” No entiende la Sala como el juzgador pasó por alto no sólo las observaciones médicas sino además no verificó 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, toda vez que se tornaba más riesgoso conceder el amparo pues de acuerdo con el concepto médico, reiterado en varias consultas médicas realizadas por la accionante, nunca consideraron viable el tratamiento enfatizando su edad y el altísimo riesgo gestacional.

Finalmente y a pesar de lo expuesto, debe mencionarse que en la respuesta dada al requerimiento hecho por la Corte mediante auto de 27 de abril de 2009, por el Jefe de Auditoría Clínica de Comfenalco EPS se indicó: “Posterior a la realización del Procedimiento Quirúrgico: FERTILIZACIÓN IN VITRO, realizado con ÓVULO DONADO y a través del BANCO DE SEMEN, ya que la paciente no tenía pareja, presentando una implantación múltiple, con el consecuente EMBARAZO MÚLTIPLE, con 4 Embriones. La

Paciente inició el CONTROL PRENATAL a través de la EPS, pero según ECOGRAFIA TRANSVAGINAL OBSTÉTRICA, con ALTERACIONES DE SONOLUCENCIA NUCAL en dos de ellos, con riesgo del 80% de probabilidad de MALFORMACIÓN CONGÉNITA.²⁶ Así las cosas, se presenta una carencia actual de objeto y ante un hecho imposible de retrotraer se configura un hecho superado²⁷ toda vez que el tratamiento reclamado mediante ésta acción de tutela ya fue realizado 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 impartir.”²⁸

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

No es por demás, llamar la atención al juez de instancia sobre la improcedencia de los tratamientos de fertilidad, reiterando que el deber que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable alguna cuando está dirigido a posibilitar, mediante una acción positiva, el derecho a la maternidad, que bien podría subsanarse a través de la adopción.

1. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia de un hecho superado en la acción de tutela interpuesta por la Señora Beatriz del Carmen Moreno Trujillo contra Comfenalco EPS.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Constitución Política. Artículo 49:

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.”

2 Sentencia T-060 de 2007.

3 Idem.

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

5 Sentencia de enero 22 de 2007, M.P.Dr. Humberto Sierra Porto

6 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.

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

8 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.

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

10 Sentencias SU-111 de 1997, T-960 de 2001, T-609 de 2007, entre otras.

11 M.P.Dr. Marco Gerardo Monroy, julio 12 de 2001.

12 M.P.Dr. Manuel José Cepeda, 18 de noviembre de 2004.

13 M.P.Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 13 de abril de 2007.

14 M.P.Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 6 de marzo de 2008.

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

16 M.P.Dr. Eduardo Montealegre Lynett, 19 de junio de 2003.

17 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”.

18 M.P.Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, 23 de agosto de 2000.

19 M.P.Dr. Marco Gerardo Monroy, 25 de julio de 2002.

20 M.P.Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 31 de octubre de 2002.

21 M.P.Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 16 de septiembre de 2004.

22 M.P.Dr. Humberto Antonio Sierra, 3 de agosto de 2007.

23 M.P.Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 21 de septiembre de 2007.

24 M.P.Dr. Jaime Córdoba Triviño, 9 de noviembre de 2007.

25 Acta Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestación de Salud no POS Comfenalco Valle de fecha septiembre 19 de 2008 (folio 120).

26 Folio 118

27 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)