

Sentencia T-550/10

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-Línea jurisprudencial sobre improcedencia/FERTILIZACION IN VITRO-Autorización supone limitación de otros servicios de salud y de la libertad de configuración normativa

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

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD Y TRATAMIENTO DE FERTILIDAD-Casos en que procede excepcionalmente por vía constitucional

(i) cuando el tratamiento una vez iniciado es suspendido sin mediar razón alguna, (ii) cuando media el derecho de diagnóstico y no se tiene certeza sobre la enfermedad que padece la paciente y (iii) cuando la patología de infertilidad es una enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad.

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

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-Improcedencia por no configurarse ninguno de los supuestos excepcionales en materia de fertilización in Vitro

Referencia: expediente T-2567019

Acción de tutela presentada por Maritza Orozco Caicedo contra EPS Sura.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., seis (6) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle, Luis Ernesto Vargas Silva, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones adoptadas por el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Cali el catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009) y el Juzgado primero Civil del Circuito de Cali el veintitrés (23) de noviembre de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES.

La señora Maritza Orozco Caicedo considera que se le han vulnerando sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la familia teniendo en cuenta los siguientes hechos y pretensiones:

1.- Indica la accionante que contrajo matrimonio el 06 de diciembre de 2003 y no ha usado método de planificación alguna. Manifiesta que desde el 2004 está en tratamiento de fertilidad pero no le ha sido posible concebir.

2.- Manifiesta que desde el 2005 hasta el 2009 ella y su cónyuge siguieron con los tratamientos de fertilización sin que pudiera quedar en embarazo, afirma que el 16 de marzo de 2009 fue sometida a una laparoscopia. El medico tratante en virtud de este procedimiento sumado a los resultados de los exámenes de laboratorio y el espermograma de su cónyuge que dio muy bajo, emitió una recomendación de un procedimiento con reproducción asistida ICSI (fertilización in Vitro) para lograr quedar gestante.

3.- Teniendo en cuenta los altos costos que acarrea el tratamiento recomendado, la accionante decidió acudir a su EPS SURA para ser valorada por los especialistas. Y el diagnóstico realizado por el ginecólogo Dr. Marco Tulio Velásquez de Fecundar fue referido igualmente por la doctora Diana Carminia Solórzano Garavito, ginecóloga de la EPS SURA, la que manifestó: “ Paciente de 35 años, GOPO con cuadro de larga data de anovulación crónica

y endometriosis confirmada por laparoscopia en marzo 2009, con búsqueda de gestación de 5 años, ya fue evaluada por médico infertólogo donde además se encuentra factor masculino (astenoteratozoospermia) por lo que la única posibilidad de reproducción sería a través de técnicas asistidas, en este caso ICSI” 1

4.- Con este resultado, en junio 23 de 2009 hizo la petición respectiva al Comité Técnico Científico, organismo que emitió acta No. 2009070302121502, mediante la cual le negaba el procedimiento aduciendo que por no existir un riesgo inminente para su vida o su salud, no se autorizaba el tratamiento in Vitro. Con todo lo dicho, considera la accionante que la negativa a autorizar el tratamiento antes referido se vulnera sus derechos fundamentales por cuanto, considera que es la única alternativa para poder quedar en embarazo y poder realizarse como mujer y como madre, además de que este tratamiento también ayuda a sus problemas de salud como bien lo explica su historia clínica. Sostiene además que este tratamiento tiene un alto costo que ni ella ni su esposo pueden costear.

5.- Solicitó que se ordene a la EPS SURA le autorice el procedimiento de reproducción asistida ICSI (fertilización in Vitro), con el cual afirma podrá mantener viva la esperanza de ser madre y así conformar de manera plena su familia, núcleo fundamental de la sociedad.

3. Intervención de la entidad demandada EPS SURA.

SURA E.P.S., actuando por intermedio de apoderado judicial, solicitó negar por improcedente la acción de tutela, por cuanto no se vulneró derecho fundamental alguno respecto de la accionante, ya que la EPS sólo está obligada a suministrar exclusivamente los procedimientos y medicamentos previstos en la Ley 100 de 1993, en el decreto 806 de 1998, en la Resolución 2948 de 2003 proferida por el Ministerio de Salud y en Acuerdo 228 de 2002.

Consideró que, el procedimiento denominado FERTILIZACION IN VITRO que pretende la accionante se encuentra excluido del plan obligatorio de salud conforme lo establece el artículo 182 de la Resolución 5261 de 1994 y por tal motivo, la EPS actúa conforme al conjunto limitado de intervenciones, actividades y procedimientos y medicamentos contemplados en las normas antes señaladas, hecho que evidencia su buen actuar de la EPS ya que es su obligación racionalizar y emplear de manera adecuada los recursos que por ley recibe para ofrecer los servicios a sus afiliados.

Además sostiene que no es procedente la petición de la accionante por cuanto en ningún momento se ha negado la prestación del servicio de salud requerido. En este orden solicita que se nieguen las pretensiones por improcedentes y en caso de que se considere que se vulneran los derechos de la accionante se le reconozca el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, para que en el término perentorio que indique el fallo reembolse las sumas pagadas por la EPS, conforme a los principios de celeridad y eficacia propias de las actuaciones administrativas, esto es a más tardar dentro del mes siguiente a la presentación de la factura por parte de la EPS SURA ante el ente indicado.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Primera Instancia

El Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Cali, en sentencia del catorce (14) de octubre de 2009 denegó la protección constitucional solicitada al considerar que: “De ninguna manera se puede pensar que la vida de la accionante esté en peligro, por el hecho de no tener un hijo, a través de un embarazo in Vitro. Según documento visible a folio 2 a la señora accionante el especialista le recomienda FERTILIZACION IN VITRO, negada por el CTC. Por ser no POS; no obstante, ello no alcanza a justificar la pretendida tutela, pues es simplemente una opción para concebir y no el método seguro para obtenerla, tal como lo señala el señor Director del Departamento de Ginecología de la Universidad del Valle, el procedimiento no es seguro, tiene riesgos altos de aborto espontáneo, y provocado cuando la anidación múltiple así lo determina a través de procedimiento que la ciencia llama selección embrionaria. En punto al aborto, el realizado con fines terapéuticos por riesgo de la vida de la madre, no está penalizado; empero no resulta jurídico inducir ese riesgo para la vida de la madre para justificarlo, pues existen posibilidades de anidación múltiple. (...) En punto, claro está que el vínculo del médico tratante con la EPS del afiliado es el vértice de convergencia que le brinda la competencia, y desarrolla cabalmente la prestación del servicio contratado y tal es la insinuación de la defensa, empero el procedimiento no es curativo de lesión es simplemente una expectativa incierta de brindar un bebe a una familia. Le asiste razón a la defensa en tanto que para ser madre no es preciso el hecho biológico del embarazo; a través de adopción puede lograr ese objetivo, así es que “el perjuicio” no es irremediable; otro argumento para la negativa del amparo.”

4.2. Segunda Instancia

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali en providencia de veintitrés (23) de noviembre de dos mil nueve (2009) decidió revocar el punto primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida por el juez de primera instancia y en su lugar amparar los derechos fundamentales de la señora Maritza Orozco Caicedo en contra de la EPS SURA. Los argumentos de la providencia se sintetizan así:

“ (...) Revisada la actuación surtida en primera instancia del procedimiento de tutela que nos ocupa, se infiere, en especial, que las pruebas documentales arrimadas oportunamente por la accionante, que la señora MARITZA OROZCO CAICEDO viene siendo tratada desde hace algún tiempo, para una patología relacionada con la supuesta infertilidad con resultados negativos. También se acredita con el resumen de la historia clínica que el diagnóstico definitivo de su situación física, anatómica y funcional corresponde a la patología relacionada con una dismenorrea, anovulación crónica por ovario poliquístico. Endometriosis, soportada con pruebas diagnósticas, que definitivamente la sitúan en terrenos de imposibilidad de concebir por vías naturales, siendo superada la situación desde el punto de vista científico, a la par con la evolución de la medicina reproductiva, a través de FERTILIZACION IN VITRO.

(...)

En el caso que nos ocupa el padecimiento de la accionante no puede examinarse o valorarse aisladamente de sus antecedentes clínicos y del protocolo de atención al enfermo según lo prevé la Ley 23 de 1981, que establece la Lex Artis, pues se encuentra afiliada a la EPS como contribuyente y es a través de esta entidad (SURA-EPS) que ha venido recibiendo asistencia y tratamiento médico, bajo un presupuesto patológico presupuesto de infertilidad, la que fue diagnosticada recientemente a través de exámenes de laboratorio; lo que hace el tratamiento más especializado y con su consecuencial riesgo, pero, en manera alguna y a la ligera, excluyentes del mismo, puesto que, constituye un derecho del paciente para obtener la corrección de su lesión, alteración o padecimiento a través del empleo de los adelantos tecnológicos y científicos puestos al servicio de la humanidad; los cuales se dirigen a proteger la vida, mejorar sus condiciones y lograr los fines inherentes al hombre en estrecha relación con la dignidad de la especie.

(...)

Es inaceptable entonces desde la óptica de la dignidad humana y desde los fines de la humanidad como de la principalística que origina el Sistema de Salud Colombiano y la misma Carta Política, la condena a un ser humano de no poder beneficiarse oportuna y eficazmente de los adelantos de la ciencia médica, tan sólo por el criterio de ausencia de cobertura, cuando es determinante para el estado de salud integral de la paciente que se agote todo lo humano y científicamente posible para la realización de un fin natural y supremo de la mujer, como la de concebir un hijo, existiendo el antecedente en el tratamiento que lo buscaba y lo determina su interés particular; máxime que, lo demuestran las pruebas documentales, alteró el estado psíquico y anímico, llevándola a la depresión total que constituye una patología o afección a su psiquis y personalidad que afecta su interior y el entorno donde desarrolla sus actividades, como la familia, el trabajo, la sociedad y especialmente, de manera obvia su relación conyugal. Esta alteración no puede desestimarse ni subvalorarse porque compromete el desarrollo integral de la accionante su estado de salud, y su dignidad, precisamente, porque en ella está marcado el interés de ser madre como denota su historial clínico y a ello tiene derecho si existe mecanismos científicos apropiados a los cuales puede acceder, en principio, dentro de la cobertura de su afiliación a la EPS con el POS, y lo pertinente, y fuera de éste, a través del recobro del FOSYGA, pero siempre dentro del ejercicio de la relación vinculante con el Sistema General de Salud Régimen Contributivo por medio de su empresa prestadora de salud. (...)"

5. Pruebas relevantes que reposan en el expediente.

5.1.-. Copia simple del Acta de Comité Técnico Científico No. 2009070302121502 de julio 3 de 2009 en la que se resolvió: "(...) De acuerdo a la resolución 3099 de 2008 en su artículo 6º literal d): Debe existir un riesgo inminente para la vida o salud de paciente, lo cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva, motivo por el cual el Comité Técnico científico no autorizar el procedimiento NO POS; FERTILIZACION IN VITRO." Ver Folio 1 cuaderno principal.

5.2.-. Copia simple de la solicitud elevada por el ginecólogo doctor Marco J. Velasquez del centro Fecundar y radicada a Susalud el 23 de junio de 2009, respecto de la autorización de la iniciación de ciclos de fertilización in Vitro ICSI respecto de la señora Orozco Caicedo. Ver folio 3 a 5 cuaderno principal.

5.3.-. Copia simple de la recomendación de la consulta emitida el dos de junio de 2009, por la doctora Diana Carminia Solórzano Garavito medica de la EPS SURA, donde se lee: “Paciente de 35A, con cuadro de larga data de anovulación crónica y endometriosis confirmada por laparoscopia en marzo 09 con búsqueda de gestación de 5 años ya fue evaluada por médico infertólogo donde además se encuentra factor masculino (astenoteratozoospermia) por lo que la única posibilidad de reproducción sería a través de técnicas asistidas en este caso ICSI. Se explica que no es de cobertura del POS.” Ver folio 6 cuaderno principal.

5.4.-. Copia simple de la recomendación de la consulta emitida el cuatro de abril de 2009 emitida por el doctor Jorge Enrique Garzón Arenas medico de la IPS Punto de salud la Flora, en la que dispone: “Comentar con dirección medica la indicación de valoración por ginecología por que presenta dismenorrea, anovulación crónica por ovario poliquístico y endometriosis, esta en manejo de fertilidad y necesita inseminación in vitro según medico tratante por esposo con tadatoospermia.” Ver folio 7 cuaderno principal.

5.5.-. Copia simple de la Historia Clínica de la señora Maritza Orozco Caicedo. Ver folios 8 a 40 cuaderno principal.

6. Pruebas Decretadas por la Corte Constitucional

Por medio de auto de catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) la Sala de Revisión decretó pruebas tendientes a verificar si el tratamiento médico de fertilización in vitro ordenado por fallo de tutela del 23 de noviembre de 2009 fue autorizado por la E.P.S. SURA a la señora Maritza Orozco Caicedo. Dentro de los documentos allegados se encuentran:

6.1.- Respuesta al oficio OPBT-175/2010 suscrita por el señor Juan Camilo Arroyave Cárdenas en calidad de representante legal judicial de EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. EPS SURA, en la que manifiesta:

“(…) En cumplimiento a lo ordenado EPS SURA, se permite allegar ante su Despacho las siguientes documentaciones:

1. Copia simple de la orden 935-12671900 a través de la cual se autoriza el procedimiento Fertilización In Vitro a la señora Maritza Orozco Caicedo identificada con la C.C. 66.857.955.
2. Copia de la historia clínica de la accionante dentro de la cual se evidencia las atenciones

mas recientes realizadas a la accionante las cuales consisten en un Control Primigestante-Multigestante y una Consulta de Nutrición y Dietética ambas realizadas el día 10 de mayo de la presente anualidad.(...)”. Ver folios 11 a 23 cuaderno 2.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, le compete determinar a esta Sala de Revisión si la negativa de la EPS SURA a autorizar el tratamiento de fertilización in Vitro a la demandante le vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a formar una familia.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a (i) la regulación legal y la línea jurisprudencial respecto del tratamiento de Fertilización in Vitro, (ii) examinar el caso concreto.

3. Regulación legal y línea jurisprudencial al tratamiento de Fertilización in Vitro.

El tratamiento de fertilización in Vitro es un procedimiento que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud³, según dispone el numeral c) del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, en este orden de ideas, no se puede extender al Estado la obligación de suministrarlo, ya que existen razones tanto normativas como desarrolladas por la jurisprudencia que justifican tal negativa, las cuales son:

(i) La Corte ha indicado que la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida. Al respecto esta Corporación ha indicado:

“(…) es pertinente destacar que el orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación – como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo.⁴ ;

(ii) La exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa⁶, cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.⁷

Por las anteriores razones no se puede ordenar y obligar al Estado ni a las entidades promotoras de salud a prestar un procedimiento como es la fertilización in Vitro por cuanto autorizar el mismo supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y del ejercicio de la libertad de configuración normativa. El Estado debe garantizar de manera progresiva el derecho fundamental a la salud y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles.

Ahora bien, la Corte ha identificado varias excepciones a efectos de conceder el tratamiento de fertilidad de acuerdo con el principio de continuidad en el servicio o, cuando la afección no es originaria sino que se deriva de otros problemas de salud que, en sí mismos, hacen viable la intervención del juez de tutela. En tal sentido ha señalado tres casos mediante los cuales se debe conceder el tratamiento por existir circunstancias adicionales que justifican que no

se aplique la regla, (i) procede la protección cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado)⁸, (ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad)⁹ y (iii) cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer.¹⁰

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entra la Corte a resolver el asunto puesto a consideración.

4. Estudio del caso concreto.

En el presente caso, al verificar los hechos referentes al caso de la señora Maritza Orozco Caicedo la Sala puede constatar lo siguiente:

i. Que la señora Orozco desde 2004 inició el respectivo tratamiento de fertilización sin que le fuera posible concebir. Dicho tratamiento fue efectuado desde 2004 hasta 2008 de manera interrumpida.

ii. Ante la imposibilidad de quedar en estado de embarazo decidió acudir con su pareja a otro centro médico y se emitió la recomendación de un procedimiento de reproducción asistida ICSI (fertilización in Vitro) para que pudiera lograr quedar en embarazo. Tal diagnóstico fue refrendado por la médica ginecóloga de su EPS SURA.

iii. Así, solicitó al Comité Técnico Científico de su EPS la autorización para la práctica de dicho tratamiento, petición que fue negada por no existir un riesgo inminente para la vida o salud de la paciente.

iv. Que por los hechos antes relatados la accionante impetró la acción de tutela para que fuera autorizado dicho tratamiento de fertilización, el cual, como ya se ha manifestado no se

encuentra cubierto por el POS.

Bajo los hechos antes constatados, la Sala de Revisión confirma que la accionante cuenta con un diagnóstico de infertilidad que data desde 2004 y que por prescripción médica se emitió la recomendación de iniciar el tratamiento de fertilización in Vitro, pero éste fue negado por el Comité Técnico Científico bajo el argumento que dicho procedimiento está excluido del POS. El juez de primera instancia en sede de tutela negó la protección invocada al considerar que la salud ni la vida de la accionante se encontraba en peligro y que dicho tratamiento era uno de otras opciones para ser madre. Además consideró que el procedimiento no es curativo de una lesión sino simplemente una expectativa incierta de brindar un bebé a una familia.

Sin embargo, tal decisión fue revocada por el juez de tutela de segunda instancia al considerar que no se podía vulnerar los derechos fundamentales de la accionante, ya que el hecho de que no pudiera quedar en estado de embarazo y que los tratamientos de fertilización no hubieran dado resultados positivos no era óbice para que la EPS le hubiere negado el derecho a ser madre, en este orden consideró que (i) al tener la patología relacionada con una dismenorrea, anovulación crónica por ovario poliquístico, endometriosis, soportada con pruebas diagnósticas, que definitivamente situaban a la accionante en terrenos de imposibilidad de concebir por vías naturales, (ii) era inaceptable entonces desde la óptica de la dignidad humana y desde los fines de la humanidad como de la principalística que origina el Sistema de Salud Colombiano y la misma Carta Política, la negativa del tratamiento de fertilización in Vitro pues es necesario agotar “todo lo humano y científicamente posible para la realización de un fin natural y supremo de la mujer, como la de concebir un hijo.”.

Frente a estos argumentos esgrimidos por el juez de tutela en segunda instancia la Sala tiene las siguientes observaciones: El fallo no efectuó el estudio del desarrollo jurisprudencial que ha hecho esta Corporación, a efectos de determinar en que casos es o no procedente que por esta vía se ordene el tratamiento de fertilización in Vitro. En este orden, tal providencia no tuvo en cuenta que para que proceda de manera excepcional por vía constitucional la autorización de dicho tratamiento se debió verificar tres supuestos desarrollados por ésta Corporación así: (i) cuando el tratamiento una vez iniciado es suspendido si mediar razón alguna, (ii) cuando media el derecho de diagnóstico y no se tiene certeza sobre la enfermedad que padece la paciente y (iii) cuando la patología de infertilidad es una

enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad.

Sin embargo, al constatar los hechos objeto de presente acción se encuentra que la accionante no se encontraba dentro de los anteriores supuestos, ya que la accionante tenía un problema de infertilidad y éste no se identificaba con las excepciones antes referidas. En éste orden de ideas, el juez de segunda instancia al considerar que a pesar de no encontrarse dicho tratamiento cubierto por el POS la accionante tenía el derecho de acceder al mismo, no es una razón válida para conceder la acción impetrada, ya que como se ha indicado en varias providencias de esta Corporación, dicho tratamiento se encuentra excluido del POS y existen razones de peso que justifiquen tal exclusión.

No obstante, se encuentra que consta orden judicial de segunda instancia que obligó a la EPS SURA autorizar el procedimiento de tratamiento de fertilización in Vitro a la accionante y según obra en las pruebas aportadas en sede de revisión, ella cuenta con más de 18 semanas de gestación, en este orden no es posible emitir alguna decisión al respecto, ya que el tratamiento de fertilización fue positivo y la accionante se encuentra en un avanzado periodo de gestación. Sin embargo, se efectuará la respectiva prevención al juez de segunda instancia, a efectos de que en providencias posteriores efectúe una minuciosa observación a la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional ha señalado en materia de Fertilización in Vitro, teniendo en cuenta las condiciones particulares en cada caso.

En éste orden, la Sala de Revisión procederá a revocar la decisión de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali en providencia de veintitrés (23) de noviembre de dos mil nueve (2009).

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali en providencia de veintitrés (23) de noviembre de dos mil nueve (2009) dentro del proceso de

tutela adelantado por Maritza Orozco Caicedo contra la EPS SURA, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo.-PREVENIR al Juez Primero Civil del Circuito de Cali a efectos de que en posteriores providencias referentes al tratamiento de Fertilización in Vitro observe la línea jurisprudencial desarrollada por esta Corporación, para determinar si es o no procedente por vía de la acción de tutela conceder dicho tratamiento.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver pagina 6 del cuaderno principal.

2 Resolución 5261 de 1994. Artículo 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 describe a continuación. C. tratamiento para la infertilidad. (negrilla y subraya fuera de texto)

3 En la sentencia T-120 de 2009 hace referencia a las reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener servicios excluidos del POS cuando el usuario del servicio de salud requiere un procedimiento o medicamento para conservar su vida en condiciones dignas o se busque proteger su integridad física. Allí se dijo: “ ...Estas metas del sistema de salud dependen, entre otros factores, del uso adecuado de los recursos económicos que ingresan al mismo y la solidaridad entre los sujetos que proveen las distintas fuentes de financiación, especialmente el Estado, los empleadores, los trabajadores y los pensionados. El reconocimiento del carácter limitado de los recursos del sistema lleva, de este modo, a la determinación de mecanismos legales que optimicen su ejecución. Entre estos instrumentos se encuentra la delimitación de las prestaciones exigibles a las empresas administradoras del sistema, a través de la fijación del Plan Obligatorio de Salud -POS-. A pesar de la razonabilidad, que persigue fines constitucionalmente valiosos, en la determinación de un plan obligatorio en el que se encuentran los procedimientos a cargo del sistema, tales dispositivos legales generan controversias en términos de derechos fundamentales para eventos precisos. En efecto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales se ve comprometida en los casos en que el usuario del servicio de salud requiere de un procedimiento o medicamento necesario para la conservación de su vida en condiciones dignas o su integridad física que, no obstante, se encuentra excluido del POS....”

4 Ver sentencias T-870 de 2008, T-946 de 2007, T-1104 de 2000.

5 Ver sentencia T-1104 de 2000.

6 Ver sentencia T-870 de 2008.

7 Ver sentencia T-752 de 2007.

8 Ver sentencia T-946 de 2007. “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.”

9 Ver sentencia T-946 de 2007 ya citada que hace referencia a la sentencia T-471 de 2001 así: “. Derecho de diagnóstico. la Corte revisó el caso de una mujer que presentaba un problema de infertilidad derivado de una enfermedad que la había llevado a la interrupción involuntaria del embarazo en repetidas oportunidades, y que no se encontraba plenamente identificada. La EPS demandada se negó a realizar los exámenes de diagnóstico necesarios, por considerar que se trataba de una prestación asociada a problemas de fertilidad. En esa ocasión, la Corte decidió amparar los derechos a la salud y al diagnóstico de la peticionaria, pues la negligencia en la práctica de los exámenes, impedía determinar el tratamiento a seguir, a la vez que agravaba el estado de vulnerabilidad de la peticionaria, en la medida en que, a falta de diagnóstico, la enfermedad podía agravarse y, eventualmente, tornarse en irreversible.”

10 Ver Sentencias T-870 de 2008, T-752 de 2007.