

Sentencia T-752/07

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para tratamientos de infertilidad

DERECHOS FUNDAMENTALES-No se vulneran por la falta de tratamiento para la infertilidad

Referencia: expediente T-1618232

Acción de tutela de Denis Lucila Flores Calderón contra la Secretaría de Salud Departamental del Cesar.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 21 de noviembre de 2006, la señora Denis Lucila Flores Calderón interpuso acción de tutela por considerar que la Secretaría Departamental de Salud del Cesar le está vulnerando sus derechos a la vida, a la salud y a la familia. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

* Manifiesta que, es beneficiaria del régimen subsidiado y afiliada a la A.R.S. ASMET SALUD.

* Relata que desde hace tiempo viene pensando en la posibilidad de tener un hijo y por tanto el doctor CESAR AUGUSTO CALVO CORREA le ordenó el 18 de abril de 2006 “la fertilización invitro como la última esperanza para concebir un hijo y de esta manera darle vida a un nuevo ser para que me acompañe y vele mas adelante por mi”.

* Asevera que, la solicitud de la fertilización la realizó a la Secretaría de Salud del Departamento, pero hasta el momento se la han negado.

* Agrega que su salud se está deteriorando y al negarle la posibilidad de tener un hijo la están condenando a muerte, porque tal esperanza es la que la mantiene viva, y además la vida de los seres humanos se prolonga a través de los hijos.

* Comenta que no tiene los recursos económicos para realizarse tal procedimiento y finalmente solicita se le protejan sus derechos a la vida, a la salud, a la familia y a tener hijos y en consecuencia “se ordene a la Secretaria de Salud Departamental realizar el procedimiento de la fertilización Imvitro a la accionante señora DENIS LUCILA FLORES CALDERON”¹

1. Respuesta del ente demandado

Galo Márquez Daza, actuando como delegado de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, afirma que tal Secretaría no está obligada a autorizar el procedimiento de fertilización in vitro solicitado por la accionante, pues el mismo se encuentra excluido del POS, tal como lo establece la resolución 5261 de 1994. Agrega que en ningún momento se le han vulnerado los derechos fundamentales a la señora Flores Calderón, pues “los derechos a procrear o a tener familia no están contemplados como derecho fundamental en la constitución nacional,

existen otras maneras de tener familia como la adopción; las estadísticas aproximadamente el 20% de las mujeres que pueden quedar embarazadas es menos del 25 % si se suman los donantes y de 50 al 60 por ciento después de cuatro intentos, las pacientes con edad de 39 a 40 años no superan el 6% de la gestación por intento”2.

Finalmente agrega que no hay prueba documental donde se determine contundentemente que la accionante se encuentra en situación que ponga en peligro su vida y por tanto solicita se declare improcedente la tutela.

3. Pruebas que obran en el expediente

1- Junto con la acción de tutela, fotocopia de la cédula de ciudadanía y carne de ASMET SALUD ARS de la accionante (Folio 5).

2- Derecho de Petición dirigido al Secretario de Salud Departamental del Cesar, presentado por el señor Luís Alberto García Ospino con documentos de la accionante. (Folio 6).

3- Respuesta de la accionada al derecho de petición anteriormente relacionado, en el que informan que la resolución 5261 del CNSSS traza los lineamientos sobre exclusiones del POS dentro de los cuales se encuentra el “tratamiento por infertilidad” y por tales razones es que la Secretaría de Salud Departamental se niega en forma categórica a otorgar tal tratamiento. (folio 7).

4- Fotocopia de la historia clínica de la accionante, de la cual se puede resaltar orden fechada abril 18 de 2006 en la cual se lee “requiere fertilización IMVITRO”. (folios 8 a 20).

5- Declaración jurada de la accionante en la que relata que vive con su esposo y su abuela, es desempleada y solo subsiste del sueldo de su compañero, hace tres años está intentando tener un hijo y la Secretaría Departamental le ha negado el procedimiento “alegando un veinte por ciento de probabilidad, y no es así porque hay mujeres hasta de cincuenta años, que le han hecho el procedimiento de fertilización in Vitro y han salido bien” (folios 26 y 27).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Conoció de este proceso en primera instancia, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad de Valledupar, quien decidió no tutelar los derechos invocados por la accionante argumentando que la jurisprudencia de esta Corporación ha declarado improcedente la acción de tutela tendiente a extender la cobertura del POS a operaciones que tienen que ver con el tratamiento de fertilidad. Relaciona dos decisiones sobre la materia: la sentencia T-572 de 2002 y la T-1104 de 2000. Agrega el a quo que, la accionante no fue clara en concretar si su médico tratante está adscrito o labora para ASMET SALUD ARS o para el municipio.

La accionante impugna la decisión del a quo argumentando que se encuentra dentro los lineamientos relacionados en la Sentencia T-512 de 2003, y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante providencia de Febrero 06 de 2007, confirma la sentencia de primera instancia por las mismas razones anotadas, agregando que la sentencia citada por la accionante no predica lo que ella asegura, pues simplemente se dice que cuando exista tratamiento iniciado contra la infertilidad, el mismo no puede suspenderse argumentando que requiere droga no POS. Finaliza el ad quem argumentando que la infertilidad de la accionante no fue causada por el estado y por tanto recurrir a dineros para suplir tan falencia sería violar el derecho a la igualdad y volverse paternalista hasta la locura.³

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

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

2. Problema jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a la Sala establecer si la Secretaría de Salud Departamental del Cesar vulneró los derechos fundamentales de la peticionaria al haberse negado a prestarle el tratamiento de fertilización in vitro solicitado por la accionante.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala considerará si la acción de tutela es procedente para hacer extensiva la cobertura del Plan Obligatorio de Salud al tratamiento de infertilidad.

Abordado tal asunto, entrará a determinar si la actora Denis Lucila Flóres Calderón tiene o no derecho al amparo solicitado.

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

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en reconocer la protección especial que la Constitución otorga a la mujer en estado de embarazo y durante el periodo inmediatamente posterior al parto. Así mismo, ha sostenido que el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con los asociados no encuentra justificación razonable cuando va dirigida a permitirle, mediante una acción positiva, el derecho a la maternidad de una mujer cuando su función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al estado⁴. Ese deber aplica, entonces, siempre que la procreación sea posible e impone el deber de no obstruir o limitar el derecho a engendrar.

El derecho a procrear a pesar de estar reconocido en cabeza de todas las personas y de implicar un deber de abstención del Estado en relación con actividades tendientes a su restricción o condicionamiento, no puede llegar hasta el punto que se pueda forzar u obligar a las autoridades estatales a garantizar la maternidad biológica de alguien cuando sus condiciones genéticas o humanas no le permiten su goce.

Consecuente con lo anterior, 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 nacional⁵.

Sobre los asuntos de infertilidad, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial que fue anotada en la Sentencia T-512 de 2003 de la siguiente manera:

“...a) En los casos en los cuales la causa de la solicitud de atención médica es la infertilidad misma, la Corte Constitucional ha negado la procedencia de la tutela, con los siguientes argumentos: son fundamentales los derechos contenidos en el capítulo I del título II de la Constitución; que el derecho a la salud está consagrado en el capítulo II del título II de la Carta y, por lo mismo, no es fundamental; que, por otra parte, la salud es per se un derecho prestacional y, por lo tanto, no puede ser calificado como fundamental; que los derechos prestacionales únicamente se protegen mediante tutela cuando, por conexidad, se viola un derecho fundamental; que el derecho a la salud única y exclusivamente se protege por vía de tutela cuando se viola el derecho fundamental a la vida; que, de conformidad con los tratados de derechos humanos adoptados en el marco interamericano, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos prestacionales son de desarrollo progresivo, razón por la cual su prestación efectiva se difiere a la existencia de recursos; que 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 infertilidad no pone en peligro la vida de la mujer, no se presenta violación de derecho fundamental alguno⁶.

b) En el evento en que, a pesar de encontrarse los tratamientos contra la infertilidad excluidos del P.O.S., éstos se hubieran iniciado, la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la continuidad del servicio, razón por la cual resulta prohibido a las E.P.S. suspender la atención, alegando la expresa exclusión de tales tratamientos del P.O.S.⁷

c) En los casos en los cuales la infertilidad es producto de otros males o enfermedades, la Corte ha protegido el derecho a acceder a los tratamientos médicos que los enfrenten y, así mismo, permitan la recuperación de las funciones reproductoras⁸ ...”

No obstante haberse negado la protección por vía de tutela para la realización del tratamiento de infertilidad, la Corte ha concedido el amparo a pesar de encontrarse dicho procedimiento excluido del P.O.S., cuando el mismo ya ha sido iniciado en la entidad prestadora de salud a la que se encuentra afiliada la interesada, como ocurrió en el caso decidido mediante Sentencia T-572 del 25 de julio 2002⁹. En esa oportunidad se tuteló el derecho a la continuidad del servicio en atención a que un médico tratante de la E.P.S. había determinado el tratamiento de infertilidad de la peticionaria, mediante la aplicación de inyecciones; dicho tratamiento ya se había iniciado y la suspensión del servicio no obedeció a

capricho de la paciente sino a su falta de capacidad económica. Ello es claro en atención a que el servicio de salud se caracteriza por su continuidad y en esa medida no puede interrumpirse so pena de desconocer el principio de eficiencia en la prestación del mismo.

4. Caso Concreto

En el presente caso lo pretendido es que la entidad accionada preste el procedimiento de “fertilización in vitro” no incluido en el P.O.S. La explicación suministrada por la Secretaría Departamental de Salud del Cesar es enfática al argumentar que el motivo por el cual no se presta el servicio de la fertilización, radica en que tales tratamientos están excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Y en efecto lo están, pues así se encuentra dispuesto en el Decreto Reglamentario 806 de 1998 y en el Acuerdo 8 de 1994, artículo 7°, literal c), expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Además, de las diligencias obrantes en el expediente no se desprende que por el problema de infertilidad se atente en forma grave contra la vida de la peticionaria, ni que la falta del tratamiento solicitado le genere consecuencias adversas o peligrosas para su integridad. Con base en lo anterior y reiterando la jurisprudencia sobre la materia, habrá de confirmarse los fallos de instancia mediante los cuales se negó la acción de tutela.

Finalmente y teniendo en cuenta que la accionante fue enfática en afirmar que sus pretensiones obedecen al deseo de integrar una familia y prolongar su vida a través de la procreación de un hijo, resulta pertinente relacionar un aparte de la Sentencia T-946 de 2002, en la cual la Sala Novena de Revisión se refirió a un tema similar:

“...Sin embargo, estima la Sala en relación con las pretensiones de la accionante, las cuales tienen como última finalidad la procreación y correspondiente configuración de un núcleo familiar, instituciones consagradas en el artículo 42 de la Carta Política, que para su alcance existe también otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece, como el procedimiento de adopción regulado por el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, al cual puede acceder la señora Lurdes Sinesterra si lo desea.

Por lo tanto, se puede concluir que ante otra opción para la conformación del núcleo familiar, no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud...”

En consecuencia, al constatar que no existe vulneración de los derechos fundamentales relacionados por la accionante, esta Sala de Revisión confirmará los fallos proferidos por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, los cuales negaron la acción de tutela objeto de estudio.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, los cuales negaron la acción de tutela impetrada por Denis Lucila Flores Calderón, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Folio 28 del cuaderno principal.

3 Folios 54 a 58 del la actuación.

4 Sentencia 1104 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 Sentencias T-946 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-512 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Sentencias T-1104 de 2000; T-689 de 2001, entre otros.

7 Sentencias T-572 de 2002; T-746 de 2002, entre otros.

8 Sentencia T-946 de 2002.

9 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra