

Sentencia T-857-09

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-Improcedencia para extender cobertura del POS

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-Excepción al tratamiento de infertilidad

Sin embargo, como excepción a esos parámetros, si el tratamiento ya ha sido iniciado, podrá tutelarse el derecho a la continuidad del servicio en desarrollo, que no debe interrumpirse si de ello se deriva un riesgo para la salud o un serio desconocimiento del principio de eficiencia en la prestación del mismo.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reclamar tratamientos de fertilidad a menos que se haya iniciado por cumplimiento del fallo de primera instancia

Referencia: expediente T-2337776.

Acción de tutela instaurada por Darlyn Parra Caicedo, contra COOMEVA EPS, seccional Buenaventura.

Procedencia: Juzgado Séptimo Civil Municipal de Buenaventura.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2009).

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

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Buenaventura, dentro de la acción de tutela promovida por Darlyn Parra Caicedo,

contra COOMEVA EPS, donde se encuentra afiliada como cotizante.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del mencionado despacho, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 8 de la Corte, el 6 de agosto de 2009 eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

La señora Darlyn Parra Caicedo presentó acción de tutela en junio 5 de 2009, contra COOMEVA EPS, a la cual está afiliada, aduciendo vulneración del derecho a la familia, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

La actora manifestó que en marzo 3 de 2009, en febrero de 2007 y “aproximadamente hace 8 años”, fue “intervenida quirúrgicamente”, debido a que presentaba “quistes ováricos, endometriosis” y que su “intestino, útero y la matriz se encontraban pegados” (f. 2 cd. inicial).

Así, indicó que como resultado de las cirugías realizadas, perdió una de las “trompas de falopio y de la otra se encuentra sólo parte de ella”, razón por la cual le es imposible procrear, por lo que los diferentes médicos que han tratado a la actora señalan que “la fecundación invitro o bebe probeta” es la “única opción de embarazo para mi caso” (f. 3 ib.).

Por lo anterior, solicitó que la EPS accionada “cubra todos los costos que representa la práctica del proceso invitro... atención y cuidado médico después del procedimiento de fecundación”, dado que “en la actualidad no estamos en condiciones económicas con mi pareja” para cubrir dicho tratamiento; agregó que “los hijos son pilares para afianzar la relación entre una pareja y aunque en la actualidad el hecho de no procrear no ha generado conflictos entre mi pareja y yo, no podemos garantizar que en futuro esto no suceda ya que todo hombre sueña siempre con ser papá y mi pareja no tiene impedimento alguno para serlo” (f. 3 ib.).

B. Actuación procesal en la acción de tutela.

Mediante auto de abril 7 de 2008, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Buenaventura, admitió la demanda y ordenó a la EPS accionada que en un término de “cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación”, ejerza el derecho de defensa y se pronuncie sobre los hechos que dieron lugar a la tutela (f. 75 ib.).

Mediante escrito de junio 16 de 2009, la apoderada de la EPS accionada solicitó que se declare improcedente la tutela, al considerar (f. 78 ib.):

“En materia de tratamiento de fertilidad, los preceptos constitucionales han determinado que, por regla general, la tutela no resulta procedente puesto que, dado el alto costo de este tipo de tratamientos, su efectividad supone la disminución del cubrimiento de otras prestaciones que se consideran prioritarias; por otra parte, la Corte Constitucional ha indicado que la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida.

Sin embargo, en la medida en que la Corte ha transitado por el estudio de algunos casos específicos, ha decidido conceder el tratamiento en ciertos eventos, 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 mismo, hacen viable la intervención del juez de tutela.”

En consecuencia, sostuvo COOMEVA EPS no estar vulnerando “derecho fundamental alguno contra la actora, puesto que a través de su Plan Obligatorio de Salud, se le ha brindado las atenciones médicas que ha requerido”, y anotó que la infertilidad no es una patología que debe ser atendida por la EPS, porque “el fin que se persigue con las mismas no es el de atender una contingencia de salud o tratamiento para una enfermedad, el fin es únicamente el de lograr el embarazo a través de técnicas científicas y experimentales” (f. 83 ib.).

D. Sentencia única de instancia.

Mediante decisión no impugnada de junio 17 de 2009, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Buenaventura concedió el amparo solicitado, argumentando (fs. 92 y 93 ib.):

“Es de observarse la responsabilidad que tiene el Estado en la protección y defensa de

la familia como núcleo fundamental de la sociedad, derecho éste que a su vez, se encuentra protegido a través de tratados internacionales suscritos por Colombia.

... ..

El desarrollo del derecho a la familia que tiene un hombre y una mujer, se encuentra el de poder decidir libre y responsablemente los hijos que desee tener, derecho éste que a la vez se concreta en el libre desarrollo de la personalidad, y que igualmente se encuentra protegido por nuestras normas constitucionales. En este sentido compete a las parejas decidir los hijos que deseen tener como en el caso concreto de la señora Darlyn Parra Caicedo, la cual se encuentra imposibilitada para procrear debido a los problemas de salud, se hace necesario por parte del Estado protegerle este derecho, facilitándole los medios médicos necesarios para procrear y dar vida.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta Corte es competente para decidir, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a la Sala determinar si procede lo pedido por la señora Darlyn Parra Caicedo que, imposibilitada para procrear por vía natural, solicitó a la EPS COOMEVA que “cubra todos los costos que representa la práctica del proceso invitro... atención y cuidado médico después del procedimiento de fecundación”.

Tercera. Improcedencia de la acción de tutela para extender la cobertura del POS al tratamiento de infertilidad. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política dispone que la mujer debe ser objeto de especial asistencia y protección por parte del Estado, particularmente durante el embarazo, en el parto y después de éste, deber de asistencia que impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer y del hombre a procrear.¹

“Se colige de lo expuesto que el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable cuando éste se dirige a posibilitarle mediante una acción positiva, verbigracia una intervención médico quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer cuya función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal.

Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada sobre planificación familiar, etc.

Finalmente, en apoyo de lo expuesto, 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.” 2

Igualmente, frente a las limitaciones del Estado para la prestación de algunos servicios

de salud, esta corporación en sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, precisó (no está en negrilla en el texto original):

“Como el derecho fundamental a la salud es limitable 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, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. Por ejemplo, la Corte ha negado los servicios estéticos. Si bien la obesidad puede en el largo plazo tener consecuencias para la salud de una persona, cada individuo también tiene el deber de cuidar de su salud y por lo tanto, de velar por prevenir las enfermedades que se derivan del sobrepeso. Sólo cuando la obesidad llega a un grado tal que los peligros para la vida y la integridad de una persona se vuelven ciertos y difícilmente reversibles mediante una dieta, la cirugía prescrita por el médico tratante adquiere una relevancia constitucional que ha conducido a conceder la tutela. Lo mismo se ha aplicado a los tratamientos odontológicos, en la medida en que una buena dentadura o una dentadura completa son deseables, pero distan de ser necesarias para preservar la vida o la integridad personal o de ser indispensables para que se pueda vivir dignamente. Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad. La lista de ejemplos de servicios de salud que la Corte ha admitido que sean excluidos del POS - y no autorizados, así el médico tratante los haya prescrito - podría continuar; pero no es necesario describir exhaustivamente todos los tipos de casos en los cuales se ha admitido que el derecho a la salud tiene límites, razonables y justificados constitucionalmente.”

Para el caso concreto, jurisprudencialmente han sido indicados los siguientes parámetros, acerca de la improcedencia de amparar el acceso a la fertilización invitro3:

- i) No procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del POS a un procedimiento que, como ése, está excluido de allí.
- ii) 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 para todos los habitantes del territorio nacional.

iii) Así el médico tratante haya prescrito dicho tratamiento, no es viable otorgarle tutela, porque el derecho a la salud y, para el caso, a la maternidad asistida, tiene límites razonables y justificados constitucionalmente, como consta en las anteriores referencias jurisprudenciales.

El Estado no está obligado a apoyar y sufragar procedimientos científicos especialmente avanzados, incluyéndolos en los planes obligatorios de salud, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad.

Sin embargo, como excepción a esos parámetros, si el tratamiento ya ha sido iniciado, podrá tutelarse el derecho a la continuidad del servicio en desarrollo, que no debe interrumpirse si de ello se deriva un riesgo para la salud o un serio desconocimiento del principio de eficiencia en la prestación del mismo.⁴

Por otro lado, en fallo T-946 de octubre 31 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se resaltó que si una mujer, o la pareja, desea integrar una familia y proyectarse vitalmente a través de su descendencia, existe otra opción:

“... 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 19895, al cual puede acceder la señora ... 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...”

Cuarta. El caso bajo estudio.

En el caso sometido a estudio, se encuentra demostrado que la señora Darlyn Parra Caicedo continúa padeciendo dificultades orgánicas, que le impiden procrear de

manera tradicional, cortándose la natural ilusión de reproducirse que su pareja y ella mantienen.

La explicación presentada por la EPS es clara, en cuanto a que el motivo por el cual no se presta el servicio radica en que los tratamientos de fertilidad están excluidos del POS, como en efecto lo están, según se infiere de lo estatuido 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.

En estas condiciones y de acuerdo con lo expuesto, no puede prosperar la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él.

Adicionalmente, estima la Sala en relación con la pretensión de la actora, que tiene como última finalidad la procreación y configuración de un núcleo familiar, instituciones derivadas del artículo 42 superior, que para su alcance existe también otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece, como el procedimiento de adopción, actualmente regulado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

Ante esa otra opción, esto es, conformar el núcleo familiar con niños que ya están el mundo y poseen el derecho fundamental prevaleciente a tener una familia y al cuidado y el amor, de que en principio carecen por dificultades diversas, por supuesto ajenas a ellos, no es obligación del Estado garantizar la procreación por esforzados medios científicos, cuyo cubrimiento debilitaría la capacidad del sistema de seguridad social en salud, de recursos inexorablemente finitos que, por ello, deben erogarse respetando prioridades y no pueden ser afectados a través de un amparo constitucional dirigido a proteger derechos de menor entidad o que pueden ser dignamente sustituidos.

Como a otra conclusión arribó el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Buenaventura, será revocada su sentencia de junio 17 de 2009, que tuteló el “el derecho fundamental a la vida digna, a la salud y a la familia” (sic) de la señora Darlyn Parra Caicedo que, en su lugar, se negará.

Con todo, si en este asunto aparece que el tratamiento solicitado por la actora le fue

facilitado por la EPS accionada, que no impugnó el fallo de primera instancia, el cual pudo haberse cumplido, no se pretenderá retrotraer lo actuado y se le dará la debida continuidad hasta superar toda la situación posibilitada con la fecundación asistida.

III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima 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 Séptimo Civil Municipal de Buenaventura en junio 17 de 2009 para, en su lugar, NEGAR el amparo solicitado por la señora Darlyn Parra Caicedo, sin perjuicio de lo señalado en el último párrafo de la parte motiva de esta providencia.

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

Notifíquese, comuníquese y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio a la Sentencia T-857 de 2009

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-Deber de los operadores judiciales de regular la utilización del servicio de salud con el fin de generar en los usuarios el uso adecuado del sistema de salud (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-2337776

Acción de tutela instaurada por Darlyn Parra Caicedo en contra de Coomeva EPS, seccional Buenaventura.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, aunque comparto la decisión final a la cual llegó la Sala Séptima de Revisión, procedo a exponer los motivos para aclarar el voto en la sentencia T-857 de 2009.

Estoy de acuerdo en la negativa de amparo solicitado por la actora, respecto del cubrimiento de todos los costos que representa la práctica del tratamiento de fertilidad, partiendo de la base de que aún cuando resulta innegable el carácter fundamental del derecho a la salud, ello no implica que todos los aspectos que envuelven este derecho sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela.

En efecto, los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional; y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho⁶.

En consecuencia, los servicios en salud de naturaleza meramente estética, de fertilidad, de desintoxicación, de odontología, entre otros, que están excluidos del POS, debido a que por regla general no afectan la vida, integridad y dignidad humana, no

pueden ser solicitados por ahora mediante la acción de tutela⁷. Con todo, el principio de progresividad del sistema de salud colombiano impone que, en algunos años, cualquier tipo de servicio requerido podrá ser suministrado por el Estado.

Entonces, por lo general, los problemas de esterilidad no atentan directamente contra los derechos fundamentales a la salud, a la vida o a la integridad personal, lo que conlleva a que los recursos escasos del SGSSS se destinen primordialmente a la atención de otras afecciones, que comprometan los citados derechos, aspecto que no fue demostrado en el presente asunto.

Evacuado lo anterior, en desarrollo del caso concreto, se estableció que “si en este asunto aparece que el tratamiento solicitado por la actora le fue facilitado por al EPS accionada, que no impugnó el fallo de primera instancia, el cual pudo haberse cumplido, no se pretenderá retrotraer lo actuado y se le dará la debida continuidad hasta superar toda la situación posibilitada con la fecundación asistida.”

Es en este punto en el que radica mi aclaración de voto, pues como se señaló con anterioridad, los tratamientos de fertilización no afectan la vida, integridad y dignidad humana. Entonces, siguiendo esta línea argumentativa, si bien es adecuada la continuidad en el tratamiento médico, en caso de que éste se le hubiera iniciado a la accionante, se debió plantear la necesidad de llegar a un acuerdo de pago para cubrir dicho procedimiento, valorando su situación económica, de modo tal que no se afectara su mínimo vital. Lo anterior, teniendo en cuenta que permitir que la decisión quede en estas condiciones, por ser un procedimiento excluido del POS, conllevaría a un recobro al FOSYGA por parte de la EPS, aspectos éstos que desestabilizan el sistema de seguridad social en salud.

Así las cosas, es deber del juez de tutela evaluar la manera de racionalizar los recursos que integran el citado sistema, a fin de hacerlo viable, ya que si bien existe un deber de solidaridad en relación con aquellas personas que carecen de recursos económicos para cubrir ciertos procedimientos, éstos deben ser valorados frente a la posibilidad de que se encuentre en peligro la vida o la salud del solicitante, pues permitir que se abuse de dichos recursos, conllevaría a que no se pudieran cubrir las necesidades de la población que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.

En orden a lo anterior, a los operadores judiciales les corresponde regular la utilización del servicio de salud, generando en los usuarios el deber de hacer un adecuado uso del sistema, racionalizando el servicio y frenando el consumo innecesario. Además, el hecho de generar en los usuarios la responsabilidad por el uso inadecuado o el abuso en ciertos casos, no sólo contribuye al financiamiento del mismo, sino que previene cualquier tipo de exceso en materia de salud.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que permitir este tipo de situaciones sin algún control alienta esta práctica, la cual ha sido rechazada por esta Corte

, al existir otros mecanismos para alcanzar el objetivo de ser padres, como lo es el procedimiento de adopción, regulado por el código de la infancia y la adolescencia.

Así dejo expresados los argumentos que me llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-857 DE 2009

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por cuanto el juez de tutela de única instancia ordenó el tratamiento de fertilidad (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-2337776

Acción de tutela instaurada por Darlyn Parra Caicedo contra Coomeva EPS Seccional Buenaventura.

Magistrado Ponente:

Con el acostumbrado respecto por la decisión mayoritaria de la Sala Séptima de Revisión,

en la presente aclaración de voto me permito expresar las razones por las cuales, si bien comparto la decisión finalmente adoptada dentro del proceso de revisión de tutela, considero que dentro de la fundamentación jurídica de dicha decisión ha debido tratar un punto específico que no fue abordado en la parte motiva.

En este caso el problema jurídico planteado fue considerar si procede que la EPS Coomeva cubra todos los costos que representa la práctica del proceso invitro, la atención y en cuidado médico después del procedimiento de fecundación, ya que la accionante manifestó que en marzo de 2009 y en febrero de 2007 fue intervenida quirúrgicamente debido a presentaba quistes ováricos, endometriosis y como resultado de las cirugías perdió una de las trompas de Falopio y de la otra se encuentra sólo parte de ella.

Para resolver esta cuestión, en la providencia se analizó la improcedencia de la acción de tutela para extender la cobertura del POS al tratamiento de fertilización invitro, donde se hizo referencia a la jurisprudencia de ésta Corporación que ha tratado el tema, indicando que el recurso de amparo no procede para lograr la extensión del POS a un procedimiento que está excluido, ya que el tratamiento tiene límites razonados y justificados constitucionalmente teniendo en cuenta que el Estado no está obligado a cobijar dicho tratamiento cuyo cubrimiento debilita la capacidad del sistema de seguridad social en salud, de recursos inexorablemente finitos que por ello debe erogarse respetando el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias.

Al respecto, es importante señalar que ésta Corporación en situaciones idénticas ha negado la protección por la vía constitucional, ya que el tratamiento de la procreación invitro tiene un alto costo que supone la disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias, el derecho a la maternidad en la constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en decisión relativa a la procreación y una obligación positiva como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación, la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad configurativa normativa.

Sin embargo, la providencia no hace referencia a las excepciones que la Corte ha

identificado a efectos de conceder el tratamiento de fertilidad así ha señalado tres casos o circunstancias mediante los cuales se debe conceder el tratamiento por existir circunstancias adicionales que justifican que no se aplique la regla, así en el primero de ellos 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, en el segundo caso 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) y en el tercer caso sucede 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.⁹

En el presente caso, se encuentra que la accionante como lo registra el fallo de tutela padece dificultades orgánicas que le impiden procrear de manera tradicional, teniendo en cuenta que perdió en las intervenciones quirúrgicas realizadas una de las trompas de Falopio y la otra solo se encuentra parte de ella, por lo que los médicos que la han tratado le han manifestado que la fecundación invitro es la única opción de embarazo, en lo que concierne a esto último, precisa recordar que en la sentencia de única instancia proferida el 17 de junio de 2009 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Buenaventura tuteló el derecho de la accionante y ordenó a la EPS la practica del tratamiento sin tener en cuenta la línea jurisprudencial que ésta Corporación ha dispuesto en cuanto a la negativa de acceder por vía de tutela el tratamiento de fertilización.

Ahora bien, al verificar que las excepciones consagradas por ésta Corporación a efectos de ordenar el tratamiento de fertilidad no se configuran es importante señalar que en que casos ésta Corporación ha tutelado los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física cuando a pesar de encontrarse dicho procedimiento excluido del P.O.S., 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 2002. 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.¹⁰

Al respecto, es importante señalar que en éste caso, el tratamiento de fertilidad fue ordenado por el juez de tutela de única instancia lo que obliga a inferir que para la fecha del fallo de revisión el tratamiento se encuentra en curso, así las cosas no se puede ordenar retrotraer lo allí dispuesto ya que estaría en juego la integridad física de la accionante, su dignidad como persona y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo ya iniciado. Lo anterior cobra importancia cuando se constata que en este caso se configura el hecho superado, ya que la afectación al derecho fundamental invocado aquí desapareció desde el momento en que se profirió el fallo de única instancia y el fallo de revisión ya que la resolución dada por el primer fallador dejó sin objeto el asunto bajo revisión por cuanto el tratamiento fue ordenado el 17 de junio de 2009 por lo que en éste momento no se puede ordenar interrumpir el tratamiento de fertilidad allí ordenado.

Es por todo esto que, en reiterada jurisprudencia¹¹ se ha dicho que si sobrevienen hechos que demuestran que la vulneración a los derechos fundamentales cuya protección se solicita ha cesado, o se ha consumado en forma tal que sea imposible restablecerle al solicitante el goce efectivo de su derecho conculcado, la acción pierde eficacia y razón de ser, al extinguirse el objeto jurídico sobre el cual recaería, resultando inocua cualquier decisión al respecto, ya que en este caso no existiría una orden que impartir ni un perjuicio que evitar, en este orden de ideas se debió hacer un pronunciamiento en la parte motiva del fallo sobre los aspectos aquí desarrollados, con el único propósito de hacer claridad sobre las circunstancias particulares de conceder o no por éste medio el tratamiento de fertilización invitro pedido por la accionante.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Arts. 43 y 53 Const.; sentencia T-752 de septiembre 21 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

2 Sentencia T-1104 de agosto 23 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 Cfr. T-760 de 2008; T-752 de 2007; T-946 de 2002; T-1104 de 2000 ya citadas.

4 Cfr. T-752 de 2007, ya citada.

5 Es importante aclarar que el Código del Menor así citado, fue derogado por la Ley 1098 de noviembre 8 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

6 Sentencia T-760 de 2008.

7 Ver Sentencias T-409 de 1995, T-757 de 1998, T-476 de 2000, T-1036 de 2000, T-1123 de 2000, T-749 de 2001, T-820 de 2001, T-1276 de 2001, T-676 de 2002, T-946 de 2002, T-1060 de 2002, T-343 de 2003, T-198 de 2004, T-1289 de 2005, T-490 de 2006, T-073 de 2007, T-539 de 2007, T-752 de 2007, T-1078 de 2007, entre otras.

8 Ver sentencias T-512 de 2003, T-1104 de 2000, T-946 de 2002, T-752 de 2007, T-424 de 2009, entre otras.

9 Sentencia T-870 de 2008.

10 Sentencia T-572 de 2002, T-752 de 2007.

11 Sentencia T-821 de 2008, T-082 de 2006, T-630 de 2005.