

Sentencia T-890-09

DERECHO A LA SALUD-Condición de ius fundamental

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Límites

ACCION DE TUTELA-Casos en que prospera la tutela para los tratamientos de fertilidad

Por regla general la acción de tutela es improcedente para reclamar el cubrimiento de tratamientos de fertilidad, pero dicha regla encuentra su excepción en tres casos: (i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) Cuando se requiere la practica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y, (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (infertilidad secundaria).

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Subreglas cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Autorización de la EPS del procedimiento video laparoscopia operativa sin que ello signifique autorizar el tratamiento de fertilización in vitro

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Autorización de la EPS del procedimiento video laparoscopia operativa y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-2376090.

Acción de tutela instaurada por Sandra Patricia Mayorga Osorio contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado 23 Civil Municipal de Cali y el Juzgado 5° Civil del Circuito de la misma ciudad, que resolvieron la acción de tutela promovida por Sandra Patricia Mayorga Osorio contra Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 17 de marzo de 2009, la señora Sandra Patricia Mayorga Osorio instauró acción de tutela contra la EPS Coomeva, por considerar que ésta con sus actuaciones vulnera sus derechos a la salud en conexidad con la vida y la dignidad humana, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. La accionante manifiesta que desde hace varios años presenta dolores pélvicos que le han causado complicaciones de salud, razón por la cual ha acudido con frecuencia al servicio de urgencias de la Clínica San Fernando ubicada en la ciudad de Cali, en donde le ordenaron y practicaron una ecografía pélvica trasvaginal con la que el médico tratante concluyó que la actora padece de una miomatosis múltiple causada por una masa anexial izquierda compatible con endometrioma¹, enfermedad por la cual ha sido incapacitada en reiteradas ocasiones².

1.2. Explica que cansada del tratamiento con calmantes que le ordenó el médico de la EPS accionada, decidió acudir a un ginecólogo particular que estudió el caso, le diagnosticó endometriosis severa y miomatosis uterina, y le ordenó un tratamiento quirúrgico con prontitud denominado video laparoscopia operativa³ para contrarrestar la infertilidad que la aqueja⁴.

1.3. La actora señala que el tratamiento quirúrgico lo solicitó a la EPS Coomeva, pero

que ésta se niega a autorizarlo porque se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.

1.4. Arguye que al negársele la autorización de la cirugía y del tratamiento que requiere, se pone en riesgo su sueño de conformar una familia, ya que padece de problemas de fertilidad que tienen su origen en la endometriosis severa y en la miomatosis uterina que afecta su órgano reproductor.

1.5. En virtud de lo anterior, la accionante promovió acción de tutela con el propósito que se ordene a la entidad demandada que autorice y practique el procedimiento denominado video laparoscopia operatoria, al igual que le brinde la atención integral que requiere para contrarrestar su enfermedad reproductiva y le autorice el tratamiento de fertilización in vitro ICSI.

Mediante escrito dirigido el 24 de marzo de 2009, Coomeva EPS S.A., actuando por intermedio de la Analista Jurídica Regional Suroccidente, solicitó al juez constitucional declarar la improcedencia de la tutela porque el tratamiento para la infertilidad y la fecundación asistida se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, siendo prudente aplicar lo dispuesto en el parágrafo del artículo 28 de la resolución 806 de 19985, para que sea la usuaria quien directamente financie el tratamiento.

La entidad accionada señaló que Sandra Patricia Mayorga se encuentra afiliada a Coomeva EPS desde el 1° de abril de 2007 en calidad de cotizante, y que a la fecha cuenta con 479 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social.

Indicó que en materia de tratamientos de fertilidad, los precedentes constitucionales han determinado que, por regla general, la tutela no procede 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 en el sistema de salud, sumado a que la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera la obligación estatal de proteger la maternidad asistida y precisó que no se vulneran los derechos fundamentales por el hecho de no someter a una persona a un tratamiento de fertilidad, ya que no existe un riesgo inminente para la vida o la salud de la paciente.

Finalizó diciendo que el área médica de la EPS accionada ha brindado a la accionante un tratamiento funcional, para lo cual le ha practicado procedimientos menores, ha utilizado medicamentos y ha ordenado otro tipo de ayudas diagnósticas a fin de garantizar la solución del caso.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

2.1. Primera Instancia:

El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali, mediante providencia del 26 de marzo de 2009, negó la tutela impetrada por Sandra Patricia Mayorga Osorio, al considerar que no se vulneran sus derechos fundamentales por cuanto el cubrimiento del tratamiento de reproducción asistida no es obligación del Estado ni del sistema de salud asumirlo. Agregó que la carencia de recursos económicos por parte de la actora no es suficiente sólido para autorizar un procedimiento excluido del POS y que en el caso bajo estudio no se ha interrumpido procedimiento alguno de fertilidad que se hubiese iniciado con anuencia de la entidad accionada.

2.2. Impugnación presentada por la actora:

La accionante manifestó que impugnaba el fallo que le fue adverso, pero no indicó los motivos de su inconformidad⁶.

2.3. Segunda Instancia:

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, en sentencia del 8 de mayo de 2009, confirmó la decisión del a-quo argumentando que la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud no vulnera los derechos fundamentales de las personas que genéticamente se encuentran imposibilitadas para procrear, puesto que el Estado sólo se encuentra obligado a garantizar el ejercicio pleno del derecho a la reproducción respecto de aquellas personas habilitadas o aptas para tal propósito. Además, indicó que en el presente caso la actora no demostró que debido a su patología padezca de infertilidad y que la misma sea irreversible, así como tampoco probó que se encuentre en riesgo su vida.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto, efectuado el 24 de septiembre de 2009.

2. Problema Jurídico.

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantea el siguiente problema jurídico a resolver: ¿Desconoce una EPS los derechos a la vida y a la salud de una afiliada, así como su derecho a ser madre, al negarse a autorizar un procedimiento quirúrgico denominado laparoscopia operatoria que busca tratar el problema de infertilidad secundaria que aquella padece, alegando que los tratamientos de fertilidad se encuentra excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo?

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) El ámbito de procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección del derecho a la salud y los límites del Plan Obligatorio de Salud; (ii) la línea jurisprudencial que ha trazado la Corte Constitucional sobre el alcance de la acción de tutela con relación a los tratamiento de fertilidad. Especial estudio sobre la infertilidad primaria y la infertilidad secundaria; (iii) subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad; y, posteriormente (iv) revisará las pruebas presentadas en el caso concreto para determinar cuál es la situación de la accionante en procura de impartir una decisión constitucional.

3. El ámbito de procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección del derecho a la salud. Límites del Plan Obligatorio de Salud.

Partiendo del contenido y la ubicación del artículo 49 del texto constitucional, esta Corporación ha establecido que el derecho a la salud es un derecho social y prestacional de segunda generación que no posee per se la connotación de fundamental⁷, excepto en tratándose de su garantía respecto de grupos que se encuentran en

condición de debilidad manifiesta⁸ en cuyo caso adquiere la calidad de fundamental o, cuando se halla en estrecha conexidad con la eficacia de uno de raigambre fundamental⁹. De este modo, solo cuando la salud adquiere la condición de ius fundamental y se ve amenazada o vulnerada, la acción de tutela se torna idónea para proteger su núcleo esencial en forma inmediata.

Precisamente por ser la salud un derecho prestacional, se requiere para su desarrollo la concreción legislativa y está supeditado a la capacidad operativa del Estado moderno, lo que quiere decir que para su eficacia es necesario el despliegue de políticas públicas que lo revisten de un carácter netamente programático, ya que la prioridad estatal debe ser el progreso y perfeccionamiento de las políticas frente a derechos consagrados como fundamentales, claro está, sin olvidar esos derechos de segundo orden y sin perder de vista su obligación internacional de proteger el nivel más alto posible del disfrute al derecho a la salud¹⁰. Se itera, lastimosamente en Colombia la escasez de recursos implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elementos indispensables para hacer efectivo un derecho de naturaleza prestacional.

También ha sostenido la jurisprudencia constitucional¹¹ que el desarrollo legislativo del sistema de Seguridad Social en Salud ha diseñado un Plan Obligatorio de Salud para extenderlo tanto a quienes se encuentran en capacidad de cotizar como a quienes no se hallan en capacidad de hacerlo, Plan que tiene unos contenidos que no son mínimos pero tampoco integrales, que son determinados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y que obviamente están sometidos a las restricciones particulares del Estado colombiano. Si el contenido del Plan Obligatorio de Salud fuera ilimitado no habría la más remota posibilidad de garantizarlo a todos los habitantes, ni siquiera en las limitadas condiciones en que hoy se lo hace, pues el imperativo de prestar atención integral conllevaría el agotamiento de los recursos estatales con la sola garantía de ese derecho a mínimos sectores poblacionales.

Entonces, resulta claro que el derecho a la salud, de la mano con el derecho a la seguridad social, son de naturaleza prestacional que, habiendo sido desarrollados por la ley, resultan exigibles en las condiciones indicadas en ella y teniendo en cuenta la necesidad de adecuar sus limitados recursos a su amplia cobertura. Por ello el Plan Obligatorio de Salud

tiene una serie de límites en cuanto a los servicios requeridos y a las semanas de cotización necesarias para acceder a ellos, límites que, como se ha expuesto, se explican por la necesidad de atender las demandas de salud prioritaria y no únicamente intereses particulares. Lo anterior tiene directa relación con los principios de racionalidad y universalidad que rigen el sistema de atención de salud en Colombia.

4. La línea jurisprudencial que ha trazado la Corte Constitucional sobre el alcance de la acción de tutela con relación a los tratamientos de fertilidad. Especial estudio sobre la infertilidad primaria y la infertilidad secundaria.

En forma sistemática la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado 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 en imposibilidad de procrear, por cuanto: (i) Dicha exclusión no solo constituye un legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal¹², sino que además resulta afín con la necesidad de implementar un sistema de seguridad social en salud que atienda al principio de universalidad y brinde garantía de cobertura a todos los habitantes del territorio nacional, máxime cuando los recursos son escasos y deben destinarse prioritariamente a la atención de enfermedades que pongan en riesgo la vida y la salud de los afiliados, y (ii) El artículo 43 de la Constitución Política establece una especial asistencia y protección a las mujeres durante el embarazo y después del parto, amparo que opera “siempre que la función procreadora de la especie sea naturalmente posible; esto, toda vez que la obligación del Estado no va más allá de cumplir con su deber de abstención en el desarrollo de actividades que puedan afectar, obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear”¹³.

No obstante, la Corte Constitucional ha establecido excepcionalmente ciertos casos en los cuales procede la acción de tutela para conceder tratamientos de fertilidad por existir riesgo en la salud, integridad o vida de la paciente, a saber:

(i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder.

Ejemplo de ello es la sentencia T-572 de 2002, en la cual se concedió el amparo a una señora que padecía de ciclos anovulatorios (problemas para concebir por ausencia de

ovulación) y a quien su ginecólogo tratante le inició un proceso de inducción para ovular con pastillas de zimaquin y posteriormente con ampollas de pergonal, las cuales fueron por un tiempo suministradas por su EPS. Ante la falta de resultados positivos y la posible afectación física o psicológica de la paciente, el mismo ginecólogo indicó que la efectividad del tratamiento exigía un mayor número de inyecciones para aplicar, dosis que negó la EPS arguyendo que el medicamento se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud. En esa oportunidad la Corte consideró que “no se puede suspender el tratamiento, si el médico tratante así lo prescribe. Aplicar las inyecciones, según el médico tratante, ‘en el caso en mención se hace absolutamente necesario, ya que la paciente tiene como diagnóstico una falla ovárica prematura’. Romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos anteriormente mencionados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima)”.

(ii) Cuando se requiere la practica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad.

Sobre el tema, entre otras, la sentencia T-636 de 2007 protegió los derechos de una mujer que había presentado varios abortos espontáneos sin que hubiese determinado la causa de esa circunstancia. El médico tratante de la EPS le ordenó unos exámenes para establecer por qué no lograba finalizar el término de los embarazos, pero los mismos le fueron negados alegando que hacían parte del tratamiento de fertilidad. En esa ocasión la Corte indicó que la negativa de realizar los exámenes vulnera el derecho al diagnóstico de la paciente y al disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos.

Especial pronunciamiento requiere la decisión adoptada mediante sentencia T-946 de 2007, porque el caso refiere a una paciente que sufría de fuertes dolores abdominales y a quien su médico particular determinó la necesidad de practicarle una laparoscopia operativa con fines terapéuticos y de diagnóstico ante la “alta sospecha de endometriosis”. Nótese en esa oportunidad la realidad fáctica no ubicaba el caso como infertilidad detectada, sino en una situación relevante donde el diagnóstico solamente se podía obtener por el procedimiento quirúrgico de laparoscopia operativa. La Corte concedió la tutela argumentando que procede excepcionalmente para ordenar una cirugía diagnóstica ante la falta de certeza sobre la enfermedad¹⁴, pues con

ella podía determinarse el tratamiento a seguir.

(iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente.

Para abordar el estudio de este punto, la Sala estima necesario precisar que la infertilidad es una enfermedad que afecta el sistema reproductivo y que interfiere con la capacidad, temporal o permanente, de una pareja heterosexual para alcanzar un embarazo, a pesar de mantener una vida sexual activa por más de un año y sin control anticonceptivo voluntario.

Según la denominación anglosajona, se conocen dos tipos de esta enfermedad: la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria¹⁵. La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional en forma reiterada ha sostenido que “el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. En este sentido, se entiende que la improcedibilidad de la tutela para otorgar este tipo de tratamientos se predica de la llamada infertilidad originaria”¹⁶.

Por su parte, la infertilidad secundaria hace referencia -generalmente- a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir. En las mujeres las principales causas de este tipo de infertilidad son los problemas ováricos, ovulación deficiente, obstrucción no genética de las trompas de Falopio, alteraciones hormonales o enfermedades infecciosas que son transmitidas sexualmente; en el hombre, anomalías repentinas en la producción hormonal. Así, la infertilidad secundaria es causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedad autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela.

Concretamente, en tratándose de la infertilidad primaria, esta Corporación en

sentencia T-512 de 2003 negó la protección constitución del derecho a la salud y a la vida de una paciente a quien le fue practicada una laparoscopia y, posteriormente el ginecólogo tratante le ordenó una salpingoplastia para liberar una trompa de Falopio que estaba obstruida. En la ratio decidendi de esa providencia, la Corte indicó que la acción de tutela procede solo en aquellos casos en que la infertilidad es producto de otros males o enfermedades, ya que se autoriza el tratamiento médico para enfrentarla en procura de recuperar las funciones reproductoras; por ende, al estudiar el caso concreto consideró que la accionante tenía un “problema físico originario”, no derivado de algún otro padecimiento, que le impide la fecundación y que la esterilidad no tenía consecuencias adversas o peligrosas para su vida.

Así mismo, en sentencia T-752 de 200717, la Corte negó la tutela a una mujer beneficiaria del régimen subsidiado que solicitaba un tratamiento de fertilización in vitro como “última esperanza para tener un hijo”. En esa oportunidad, la Sala Novena de Revisión sostuvo que las pruebas obrantes en el expediente permitían concluir que el problema de infertilidad de la paciente era originario y que no afectaba en forma grave la vida de ésta, al igual que tampoco generaba consecuencias adversas o peligrosos para su integridad. Finalmente, indicó que el deseo de la peticionaria de procrear y de configurar un núcleo familiar, se puede satisfacer acudiendo al proceso de adopción que se encuentra plenamente regulado en la legislación colombiana.

Recientemente, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional profirió la sentencia T-424 de 2009, en la cual negó la tutela a una paciente que sufría desde hace varios años de dolores bajos y que debido a un mal tratamiento médico, no había podido quedar embarazada; la accionante solicitó que le fuera autorizada la fecundación in vitro. Previo estudio de la línea jurisprudencial sobre los alcances de la acción de tutela en relación con los tratamientos de fertilidad, esta Corporación al analizar el caso en concreto adujo que no estaba probado en el expediente que la afección que padecía la actora tuviera su origen en una enfermedad, o que los médicos hubiesen diagnosticado alguna patología que le impidiera procrear; por ello, concluyó que la esterilidad era originaria y que no se afectaba la vida de la paciente.

En cuanto atañe a la estudiada infertilidad secundaria, la Corte ha sentado una clara línea jurisprudencial que ha tenido avances en la protección de derechos

fundamentales. Ejemplo de ello son las siguientes providencias:

La pauta de avanzada¹⁸ en esta materia fue establecida en la sentencia T-901 de 2004, en la cual se estudió el caso de una mujer a quien su ginecólogo tratante le diagnosticó “miomatosis uterina de grandes elementos”, enfermedad que le fue comprobada mediante ecografía transvaginal. Previo a la cirugía de extracción de miomas, un médico particular le recetó a la peticionaria el medicamento denominado acetato de leuprolide con el fin de no comprometer el útero en la intervención quirúrgica. Al valorar la pruebas del caso, la Corte estimó que la actora padecía un problema de infertilidad “no originario” que le impedía concebir y que tenía su génesis en los miomas de gran tamaño ubicados en su aparato reproductor, que además le causaban alteraciones menstruales, hemorragias severas y anemia progresiva, situación que desmejoraba considerablemente la calidad de vida de la actora y afectaba el disfrute de su derecho a la salud. Ante tal panorama, esta Corporación indicó que el medicamento requerido por la actora era parte de un tratamiento para reducir su afección y de contera también mejoraría sus posibilidades reproductivas.

Más adelante, en sentencia T-605 de 2007, la Corte concedió el amparo constitucional a una mujer que requería una cirugía desobstructiva de las trompas de Falopio y retiro de adherencias del ovario izquierdo, a quien la EPS le negó la cirugía por estar excluida del Plan Obligatorio de Salud bajo el argumento de ser parte de un tratamiento contra la esterilidad. La ratio decidendi de esa providencia indicó que los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad social. Así, consideró que la atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de infertilidad los cuales, si bien se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, deben excepcionalmente prestarse cuando se comprometen derechos fundamentales de los usuarios del servicio de seguridad social en salud. En el caso examinado constató que la cirugía que solicitaba la paciente tenía directa incidencia en su bienestar general y que ese procedimiento no es en sí un tratamiento de infertilidad, sino “simplemente una intervención quirúrgica que busca la recuperación de la salud perdida de la peticionaria y que a la postre, podría incidir de manera positiva en su función procreadora”.

En sentencia T-870 de 2008, la Corte concedió la tutela a una mujer de 39 años de edad que no podía tener hijos, tenía miomatosis uterina y requería del medicamento de acetato de leuprolide que le fue negado por su EPS. En esa oportunidad, esta Corporación consideró que el tratamiento de la miomatosis uterina debía practicarse a la peticionaria independientemente de su deseo para procrear, ya que el mismo no le garantiza que en el futuro pueda embarazarse y llevar el embarazo a término por cuanto la fertilidad depende de múltiples variables. Estimó que la infertilidad era solo una consecuencia posible de una enfermedad que afecta la salud y la integridad física de la accionante.

A manera de conclusión: Por regla general la acción de tutela es improcedente para reclamar el cubrimiento de tratamientos de fertilidad, pero dicha regla encuentra su excepción en tres casos: (i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) Cuando se requiere la practica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y, (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (infertilidad secundaria).

5. Subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad. Enfoque a los tratamientos de fertilidad.

El artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud¹⁹, establece en su literal c), que los tratamientos para la infertilidad se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo en cumplimiento de los principio de universalidad, equidad y eficacia enunciados en la ley 100 de 1993. Dicha exclusión encuentra su justificación porque los tratamientos para la esterilidad resultan ser muy costosos y, por regla general, no pueden ser asumidos por el sistema de seguridad social en salud por cuanto afectarían el equilibrio financiero que lo rige.

Sin embargo, en los tres casos excepcionales que hemos mencionado en el acápite anterior, la acción de tutela resulta procedente siempre que la persona requiera con necesidad un procedimiento, examen o medicamento y no tenga capacidad económica

alguna para soportarlo, caso en el cual deberá la EPS atender de manera integral al paciente independientemente de si se encuentra el tratamiento médico incluido o no en el POS.

La sentencia T-760 de 2008 dispuso que para acceder a los servicios de salud que se requieran y que se encuentren excluidos del plan obligatorio de servicios de salud, es necesario que el juez constitucional atienda las siguientes subreglas de interpretación elaboradas por la Corte, a saber:

- i. Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- ii. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;
- iii. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.
- iv. Que el paciente realmente no pueda sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio está autorizada legalmente a cobrar.

6. Caso en concreto:

Desde la negativa original de Coomeva EPS para autorizar la laparoscopia operativa que le fue ordenada a la actora, el presente caso se ha analizado bajo el supuesto de tratarse, exclusivamente, de la solicitud de un tratamiento de fertilidad. Por ello, de manera rígida, la entidad y los jueces de instancia, decidieron ignorar la pretensión central de la accionante, toda vez que enfocaron su estudio a la fertilización in vitro que aquella pidió.

De las pruebas que obran en el expediente, se presentan varios elementos que fueron ignorados por los jueces constitucionales y que permiten concluir que: (i) El diagnóstico preliminar emitido por los médicos tratantes de la peticionaria es de miomatosis uterina múltiple de pequeños elementos, endometriosis severa e hidrosalpinx causado por una masa anexial compleja izquierda; (ii) El 8 de julio de 2008, el personal médico de la EPS accionada indicó que la esterilidad femenina que sufre la paciente es de origen tubarica, situación que nos ubica en la tercer hipótesis exceptiva que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional para conceder el amparo, esto es, que la infertilidad sea producto o consecuencia de las enfermedades que sufre la actora en su aparato reproductor; y, (iii) En la consulta ginecológica que tuvo la paciente con un médico particular, éste concluyó que la actora amerita un tratamiento quirúrgico para manejar la endometriosis severa y los miomas que padece.

Lo anterior, revela a la Sala que la video laparoscopia operativa que fue ordenada a la señora Sandra Patricia Mayorga Osorio busca tratar la endometriosis que, si bien se encuentra asociada en un alto porcentaje a problemas de fertilidad, produce también otro tipo de dolencias como el constante dolor pélvico, irregularidades en el ciclo menstrual, fuertes hemorragias e incluso la miomatosis uterina múltiple que tanto la aqueja. Tales enfermedades no pueden exclusivamente relacionarse con la infertilidad, sino que la infertilidad puede ser la consecuencia directa de aquellas, pero no la única, al punto que esas afecciones inciden negativamente en el bienestar de la peticionaria, en su relación de pareja y en el disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos.

En consecuencia, la especial situación fáctica que presenta este caso, torna procedente la tutela para que se autorice únicamente el procedimiento quirúrgico de laparoscopia operativa en procura de mejorar la calidad de vida y lograr el más alto nivel de salud en la actora, sin que deba atenderse su petición de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro por cuanto el tema relacionado directamente con la infertilidad que padece no compromete sus derechos fundamentales, y el deseo de conformar una familia puede ser suplido a través del proceso de adopción que establece los artículos 61 a 78 y 119 a 128 de la Ley 1098 de 2006, conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ahora bien, como la video laparoscopia operativa es un procedimiento excluido

del Plan Obligatorio de Salud, es necesario verificar si en el presente caso se cumplen con las subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional frente al concepto de requerir con necesidad: (i) Está probado en el expediente que a la actora le urge la práctica de la laparoscopia por cuanto las enfermedades que padece afectan su calidad de vida física y comprometen su ánimo emocional e incluso de pareja; (ii) Por tratarse de un procedimiento quirúrgico de grandes avances tecnológicos, el mismo no encuentra sustituto dentro de las cirugías que contempla el Plan Obligatorio de Salud; (iii) El servicio médico fue ordenado por un galeno particular, pero el concepto no fue controvertido por la EPS accionada mediante un dictamen científico que demuestre la impertinencia de la laparoscopia operativa, por lo cual, siguiendo el derrotero expuesto por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, es procedente que la entidad acusada realice la práctica de la cirugía; y, (iv) De acuerdo a la afirmado por la accionante en su escrito tutelar, carece de los suficientes recursos económicos para sufragar directamente el procedimiento que le fue ordenado.

De acuerdo con el análisis realizado, esta Sala de Revisión considera que se presentan los elementos necesarios para ordenar el procedimiento requerido por la accionante. En este sentido, revocará las decisiones de los jueces de instancia; en su lugar, concederá el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, y ordenará a la EPS autorizar y practicar el procedimiento quirúrgico denominado video laparoscopia operativa, incluido el cuidado preoperatorio y postoperatorio de la paciente.

De todas las gestiones que realice la EPS dará cuenta en forma inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección. Finalmente, se autorizará a dicha entidad para que repita contra el Fosyga por los gastos en que incurra en cumplimiento de la presente decisión y que no tenga obligación legal de asumir.

IV. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada el 26 de marzo de 2009, por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali y confirmada el 8 de mayo de la presente anualidad por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Sandra Patricia Mayorga Osorio contra la EPS Coomeva. En su lugar, CONCEDER el amparo a sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

SEGUNDO.- INAPLICAR, por inconstitucional para el caso en concreto, las disposiciones reglamentarias que fundamentaron la negativa de la EPS Coomeva, a autorizar el servicio especializado que motivo la interposición de esta acción de tutela.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal de la EPS Coomeva, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar el procedimiento denominado video laparoscopia operativa conforme a lo ordenado por el médico de la accionante, y con posterioridad practique el mismo, brindando a la actora los cuidados preoperatorios y postoperatorios que requiera para reestablecer su salud.

CUARTO.- AUTORIZAR a la EPS Coomeva para que repita contra el Fondo Nacional de Garantía y Solidaridad -FOSYGA- por el 50% de los gastos del que incurra en la práctica del procedimiento indicado en el numeral anterior, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

QUINTO.- ORDENAR, al Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali, que verifique y vele por el cumplimiento cabal de la presente providencia, para lo cual hará los requerimientos del caso si la EPS Coomeva no da cumplimiento en el plazo señalado.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 A folios 10 a 12 del cuaderno 1, se observa el informe de ecografía pélvica trasvaginal que le fue practicado a la accionante, en el cual se concluye que padece de ovario con endometrioma y de miomatosis uterina múltiple.

2 A folio 9 del cuaderno 1, aparece copia de la certificación expedida, el 12 de agosto de 2008, por la EPS Coomeva, en la cual consta que Sandra Patricia Mayorga Osorio ha sido incapacitada en dos oportunidades por presentar dolor pélvico y perineal.

3 A folio 25 ibídem, se observa copia de la orden médica emitida el 3 de septiembre de 2008 por el Centro Médico Imbanaco, en la cual se ordenó a la accionante el tratamiento quirúrgico de video laparoscopia operatoria, cirugía que se indica la requiere con prontitud.

4 A folios 7 y 8 del expediente aparece copia de la historia clínica de la paciente, en la cual se observa que padece de infertilidad y que por ello requiere de un tratamiento de reproducción asistida.

5 El párrafo del artículo 28 de la resolución 806 de 1998 establece: "Cuando un usuario del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, requiere de servicios adicionales a los incluidos en el POS-C, deberá financiarlos directamente. Cuando ni tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las Instituciones Públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligatoriedad de atenderlo de conformidad con la capacidad de la oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas

vigentes”.

6 Cfr. folio 51 y 62 del cuaderno principal.

7 Sentencia T-1104 de 2000.

8 De acuerdo con el inciso 2° del artículo 13 Superior, el Estado está en la obligación de adoptar medidas para garantizar la igualdad frente a sujetos que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, tales como: las niñas y los niños (artículo 44), los discapacitados (artículo 47), las personas de la tercera edad (artículo 46), los adolescentes (artículo 45) y las mujeres embarazadas, acabadas de dar a luz y las mujeres cabeza de familia (artículo 43).

9 Sentencia T-689 de 2001.

10 Observación General No. 14 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, que ofrece la interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

11 Sentencias T-689 de 2001 y T-605 de 2007.

12 Sentencias T-689 de 2001 y T-752 de 2007.

13 Sentencia T-1104 de 2000. Sobre el mismo tema, consultar las sentencias T-512 de 2003, T-242 de 2004, T-870 de 2008 y T-424 de 2009.

14 En sentencia T-636 de 2007 se sintetizaron las subreglas sobre el derecho al diagnóstico que fueron establecidas en la sentencia T-304 de 2005.

15 Al respecto, se pueden consultar los siguientes artículos web:

<http://www.zonaestudiantes.com/zonamor3.htm>: Las causas de la esterilidad.

<http://www.buenasalud.com/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3372&ReturnCatID=1883>: Causas de la esterilidad. Análisis detallado del estudio que realizó la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre el tema.

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/esterilidad-primaria>: Definición de esterilidad primaria.

<http://adaec.org/index.php/200902271816/ESTERILIDAD+PRIMARIA.html>: La esterilidad primaria. Artículo de la Asociación de Endometriosis de Cádiz (España).

http://www.semana.com/wf_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=27198: Esterilidad secundaria: La infertilidad, después del primer hijo, es más frecuente de lo que se cree.

16 Sentencia T-946 de 2007.

17 Esta sentencia mereció un especial estudio en la sentencia T-760 de 2008, al referirse a la exclusión de los tratamientos de infertilidad del Plan Obligatorio de Salud.

18 Antes de esta sentencia, la Corte Constitucional profirió las sentencias T-1104 de 2000 y T-689 de 2001, en las cuales trató los casos de dos mujeres que padecían infertilidad secundaria derivada de otras enfermedades, razón por la que les fue ordenada por los médicos tratantes una laparoscopia operativa para recanalizar la trompa izquierda y para tratar un hidrosalpinx en el ovario derecho, respectivamente. La posición primigenia de la Corte se centró en que, a pesar de las enfermedades autónomas que padecían las accionantes en sus sistemas reproductivos, no se comprometía el derecho a la salud haciendo inviable la tutela, sumado a que los tratamientos contra la infertilidad se encuentran excluidos del POS.

19 "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”.