

Sentencia T-946/07

DERECHO A LA SALUD-Protección por tutela/DERECHO A LA SALUD-Doble connotación

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reclamar tratamientos de fertilidad

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar tratamiento de fertilidad

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO A LA SALUD-El diagnóstico solamente se puede obtener por el procedimiento quirúrgico de laparoscopia/DERECHO A LA SALUD-Procedimiento quirúrgico de laparoscopia sirve para determinar posiblemente una endometriosis y probablemente la infertilidad

DERECHO A LA SALUD-Autorización por la EPS del procedimiento quirúrgico de laparoscopia operatoria incluido el preoperatorio y el post-operatorio

Referencia: expediente T-1663073

Acción de tutela de Diana Rocío Carvajal García en contra de la Empresa Promotora de Salud, Salud Total S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil siete (2007)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado

Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá el diecinueve (19) de junio de dos mil seis (2007).

## I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

La ciudadana Diana Rocío Carvajal García interpuso acción de tutela en contra de la Empresa Promotora de Servicios de Salud, Salud Total S.A. (en adelante, Salud Total), con el objeto de obtener protección constitucional a sus derechos a la salud, la vida digna y a la maternidad, que considera transgredidos por la accionada. La peticionaria basa su solicitud en los siguientes fundamentos fácticos:

1. La señora Diana Rocío Rico Carvajal se encuentra afiliada a Salud Total desde el once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005), en calidad de cotizante, como trabajadora independiente.

1. En abril de dos mil seis (2006), tras presentar “fuertes dolores abdominales”, la peticionaria acudió a consulta particular al Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad, Cecolfes, donde se determinó la necesidad de practicarle una valoración, por el procedimiento de “laparoscopia”.

1. Dado que los dolores abdominales continuaron, acompañados de irregularidades en el ciclo menstrual y “malestares generales”, la accionante acudió a consulta, esta vez a través de la EPS demandada, siendo remitida a valoración ante un especialista en ginecología.

1. A partir de la remisión de la EPS, la peticionaria acudió a varias consultas, con tres especialistas diferentes (Doctores Ximena Romero Infante, Juan Carlos Ramírez y Sandra Liliana Sánchez Gutiérrez), quienes coincidieron en el diagnóstico de “dolor pélvico” y “alta sospecha de endometriosis”.

1. Como consecuencia de tal diagnóstico, los doctores Ximena Romero Infante y Juan Carlos Ramírez solicitaron algunos exámenes de diagnóstico y, entre éstos, el procedimiento de laparoscopia diagnóstica, con el fin de confirmar el dictamen preliminar.

1. Posteriormente, los mismos especialistas consideraron que, con base en la historia clínica, y en el diagnóstico preliminar, el procedimiento indicado era el de “laparoscopia operatoria”, razón por la cual modificaron la solicitud inicial.

1. El procedimiento, que de acuerdo con la accionada tiene un costo de \$1.450.000, fue negado por Salud Total, por estar excluido del POS. (Formato de Negación No. 143854).

La demanda fue admitida por el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, el día cinco (5) de junio de dos mil siete (2007).

Intervención de Salud Total EPS.

1. La entidad demandada intervino en el trámite de la primera instancia, solicitando al juez de tutela declarar la improcedencia del amparo, con base en los siguientes argumentos:

El procedimiento solicitado por la peticionaria fue negado por no estar incluido en el POS (i) y, no puede ser ordenado por el juez de tutela, pues se trata de un tratamiento de fertilidad (ii). La entidad sustenta esta afirmación en el deseo de embarazo manifestado por la paciente, así como en el hecho de que la endometriosis se asocia, en alto grado, a problemas de fertilidad (de acuerdo con la fuente consultada por la accionada el grado de asociación se ubica entre un 70 y un 80 por ciento) (Fl. 27).

1. La demandada solicitó, además, de forma subsidiaria, que (i) en caso de concederse la

tutela, se ordene a la Secretaría de Salud de Bogotá que disponga lo necesario para la atención de la peticionaria; o que, (ii) en caso de presentarse un fallo contrario a sus intereses, se le autorice el “recobro” al Fosyga.

1. Nuevamente, en sede de Revisión, la Entidad demandada reiteró sus argumentos, señalando enfáticamente que la razón de su negativa se contrae a que el tratamiento se encuentra excluido del POS, y al interés de la peticionaria por quedar en estado de embarazo: “(...) el tratamiento que se ordena tiene relación directa con los procedimientos médicos existentes para combatir la infertilidad, y en ese orden, la imposibilidad de practicar la LAPAROSCOPIA OPERATORIA a la accionante no se deriva, de la falta de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, ni tampoco al alto o bajo costo del procedimiento, sino que efectivamente se trata de aquellos procedimientos que no se encuentran amparados por el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), y en consecuencia el sustento de la imposibilidad no se deriva de la preexistencia en el sistema, sino de la exclusión del procedimiento dentro del Sistema de Salud”<sup>1</sup>

#### Intervención del Ministerio de Protección Social

1. El Ministerio de Protección Social, vinculado al proceso por el Juez de Primera Instancia intervino en el presente proceso, solicitando que se declare que no es posible asignarle ningún tipo de responsabilidad dentro del presente asunto.

1. Basa su solicitud en los siguientes argumentos: (i) la peticionaria hace parte del régimen contributivo, de forma que la obligación de atender sus necesidades en salud recae en la EPS a la cual se encuentra afiliada; (ii) en caso de solicitar un procedimiento excluido del POS, la peticionaria debe asumir su costo y (iii) si, bajo el segundo supuesto, se comprueba que la peticionaria no tiene capacidad de pago, “las IPS públicas o las privadas contratadas con el Estado, deben atender al afiliado en estas situaciones y cobrarle una cuota de recuperación” (Fl. 37).

#### Del fallo de primera instancia

1. El Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, en primera instancia, denegó el amparo constitucional a los derechos de la actora, señalando que, en la medida en que las pretensiones se dirigen a obtener un tratamiento para la infertilidad, la acción de tutela no resulta procedente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Sustenta su decisión, concretamente, en las sentencias T-1104 de 20002 y T-681 de 20013.

14. El juez de primera instancia concluye, además, que no existe vulneración a derecho fundamental alguno, ya que “de las pruebas aportadas (...) se advierte (...) que lo padecido por la accionante aparte de la dificultad para procrear, no conlleva una afectación grave a su salud o su vida.” (Fl. 48).

El fallo no fue impugnado.

Actuación desplegada por la Corte Constitucional en sede de Revisión.

15. Mediante Auto del dieciséis (16) de octubre de dos mil siete (2007), con el fin de obtener elementos de juicio adicionales para mejor proveer en el presente caso, el Magistrado Sustanciador decretó las siguientes pruebas:

i. Se ofició a la peticionaria, con el fin de obtener información sobre su estado actual de salud, y sobre su posibilidad para asumir los costos del tratamiento solicitado.

ii. Se solicitó al Departamento de Ginecología y Obstetricia de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, un informe sobre los elementos básicos de la enfermedad endometriosis: características, síntomas, implicaciones sobre el estado de salud de la mujer, métodos de diagnóstico y tratamiento, así como sobre la finalidad del procedimiento denominado laparoscopia operatoria.

iii. Se requirió a la EPS demandada, para que, a través de los médicos tratantes, informara las razones científicas por las cuales se tomó la decisión de reemplazar la solicitud inicial de laparoscopia diagnóstica por la de laparoscopia operatoria.

16. Como resultado de la actividad probatoria señalada, la peticionaria, mediante oficio remitido a la Corporación el día diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007), respondió de la siguiente manera:

“Primero: No he recibido ningún tratamiento médico ginecológico (LAPAROSCOPIA OPERATORIA) por parte de Salud Total, ni tampoco me he practicado ningún tratamiento por carencia de recursos económicos no he podido acceder a servicios médicos particulares.

Segundo: Debido a que mis ingresos no me han permitido realizarlos particularmente.

Tercero: Me permito comunicarles que a la fecha por ello y ante la notificación que ustedes me hacen les contesto por medio de la presente que aun persisten mis afecciones de tipo ginecológico, síntomas a los cuales se hizo alusión en la tutela.

Cuarto: Todavía persiste mi intención de insistir aunque aun no lo he hecho ante esta entidad”.

17. Por su parte, el delegado del departamento de Ginecología, de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, remitió a la Corte un extenso concepto sobre las características de la enfermedad. Dado que su alcance excede, en gran medida, las necesidades de este examen de constitucionalidad, se citarán solo algunos aspectos de la respuesta, como sigue:

\* La endometriosis es una enfermedad que consiste en la “presencia o proliferación de tejido endometrial fuera de la cavidad uterina”.

\* La enfermedad se presenta en diversos niveles de gravedad (4, de acuerdo con el informe), produciendo, según el nivel en que se encuentre, afecciones como “pequeñas lesiones en el útero que contienen líquido hemorrágico”, formación de quistes, nódulos o miomas, por lo general benignos”, “compromiso severo de ambos ovarios”, “obstrucción intestinal”, “penetración vesical” y “compromiso uretral”

\* Son síntomas frecuentes de la enfermedad: el dolor (que puede ser leve o “crónico e incapacitante”), la presencia de masa pélvica y la infertilidad.

\* En relación con el tratamiento, se menciona que éste puede ser de tipo médico (a través de medicamentos), así como de tipo quirúrgico (por laparoscopia). Sin embargo, indica que “tanto la dismenorrea, como la dispareunia secundarias a la endometriosis necesitan asimismo del manejo médico como del quirúrgico”. (Resaltado fuera del original).

\* Sobre el diagnóstico, de acuerdo con el informe, “el reconocimiento clínico de los signos y síntomas de endometriosis ha tenido un cambio radical en los últimos años con el advenimiento de la laparoscopia (...) ahora el diagnóstico y clasificación se realiza con la ayuda de la laparoscopia”. Indica, asimismo, que “es reconocido el papel de la cirugía en el tratamiento de la endometriosis en especial en enfermedad moderada a grave o cuando existe afección de órganos vecinos”.

\* En el reporte referido también se advierte que existe una relación entre la endometriosis y la infertilidad (“la complicación más frecuente es la infertilidad”), pero no se aclara el grado específico de causalidad.

\* Finalmente, sobre la diferencia entre la laparoscopia diagnóstica y la operatoria, “consiste en que la primera (sic) los cirujanos hacen observaciones visuales y, ocasionalmente, toma de biopsias de los sitios sospechosos de la enfermedad (...) mientras que en la laparoscopia operatoria, se realizan procedimientos terapéuticos que, para el caso de la endometriosis, generalmente consisten en: liberación de adherencia y resección de los ligamentos uterosacos para manejo del dolor”. Así pues, “La cirugía laparoscópica no solo sirve para realizar el diagnóstico de la enfermedad sino para su clasificación. (...)”

## II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

### Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007), expedido por la Sala de Selección Número cinco de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

### a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la negativa de Salud Total a practicar el procedimiento laparoscopia operatoria, por estar excluido del POS, y por encontrarse asociado a problemas de fertilidad (de acuerdo con la demandada, el grado de relación oscila entre un 70 y un 80%)<sup>4</sup>, vulnera los derechos fundamentales a la Seguridad Social en Salud, en conexidad con la vida digna de la actora, así como su derecho a ser madre.

b. Solución al problema jurídico.

1. El derecho a la salud y su ámbito de protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

1.1 La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la salud, se ha desarrollado a partir de la definición contenida en el artículo 49 de la Constitución. Así, la Corte ha señalado que el Derecho a la Salud es, por una parte, un derecho constitucional de carácter social que se garantiza a todas las personas y, por otra, un servicio público que incorpora servicios de promoción protección y recuperación, pero que se encuentra, a la vez, sujeto a la dirección, reglamentación y organización del Estado<sup>5</sup>

1.2 A partir de estos lineamientos, expresados directamente en el Texto Constitucional, la Corte ha delimitado la naturaleza del derecho a la salud, así como su ámbito de protección judicial por vía de tutela, de la siguiente manera:

El derecho a la salud, por ser un derecho de carácter social, está sujeto a un desarrollo progresivo, consistente en la adopción de políticas públicas (decisiones administrativas y legislativas) que señalen las condiciones precisas para lograr su efectividad de forma progresiva. En tal sentido, el derecho a la salud no es, en principio, un derecho fundamental, ni su aplicación es inmediata<sup>6</sup>. Con todo, la efectividad de este derecho no puede ser diferida indefinidamente, en tanto se trata de un derecho constitucional, y el Estado se ha obligado internacionalmente<sup>7</sup> a proteger el nivel más alto posible del disfrute al derecho a la salud<sup>8</sup>, y otorgar la atención sanitaria hasta el nivel máximo de recursos disponibles, en cada momento histórico de desarrollo<sup>9</sup>.

1.3 Ahora bien, la Corte estima que, a pesar de las limitaciones presupuestales, el derecho a

la salud, como derecho constitucional, ligado estrechamente a la satisfacción de derechos fundamentales como la vida o la dignidad humana, se torna en fundamental y, en consecuencia, es susceptible del amparo por parte del juez de tutela, bajo los siguientes supuestos<sup>10</sup>:

(i) En aquellos casos en que el derecho se vea vulnerado por la negativa de cumplir con las prestaciones establecidas por el Plan Obligatorio de Salud. En este sentido, la Corte ha establecido que, en la medida en que el Plan Obligatorio de Salud concreta la capacidad estatal para la garantía del derecho en cada momento histórico, esta concreción constituye su núcleo esencial o su contenido mínimo fundamental, a la vez que lo torna en un derecho subjetivo que genera obligaciones inaplazables en cabeza del Estado<sup>11</sup>.

(ii) En el supuesto en que la vulneración del derecho a la salud tiene como consecuencia una violación o una amenaza inminente a otros derechos fundamentales, estos sí de aplicación inmediata, como la vida o la dignidad humana, la tutela procede, pues la autoridad judicial debe proteger los derechos fundamentales amenazados (criterio de conexidad).<sup>12</sup>

(iii) Por último, la Corte, en aplicación de los mandatos contenidos en los artículos 13.2 (obligación de adoptar medidas para garantizar la igualdad, frente a sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta), 44 (derechos fundamentales de los niños<sup>13</sup>), 47 (protección especial a discapacitados), 46 (protección especial a la tercera edad), 45 (protección especial al adolescente), y 43 (protección especial a la mujer embarazada y a la mujer cabeza de familia), ha considerado que, frente a ciertos grupos o sujetos que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, la tutela resulta procedente para proteger su derecho a la salud<sup>14</sup>.

En síntesis, siguiendo la jurisprudencia constitucional, el amparo al derecho a la salud por vía de tutela opera cuando: (i) la vulneración se produce por la negativa de otorgar prestaciones contenidas en el POS; (ii) la afectación al derecho a la salud implica el detrimento de otros derechos fundamentales, de aplicación inmediata, o (iii) el afectado es un sujeto de especial protección constitucional.<sup>15</sup>

1. Alcance de la acción de tutela, en relación con tratamientos de fertilidad.

2.1 En materia de tratamientos de fertilidad, los precedentes constitucionales han determinado que, por regla general, la tutela no resulta procedente<sup>16</sup> 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 ha indicado que la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida.

2.2 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 mismos, hacen viable la intervención del juez de tutela. En consecuencia, resulta pertinente realizar un recuento de los principales pronunciamientos en la materia:

2.1 Improcedencia de la tutela para reclamar tratamientos de fertilidad, Esta doctrina se encuentra plasmada en la sentencia T-1104 de 2000<sup>17</sup>, en argumentos que pueden ser sintetizados así:<sup>18</sup>

a. Sobre el carácter prestacional del derecho a la salud: (i) el constituyente decidió ubicar el derecho a la salud entre los derechos económicos, sociales y culturales, y no entre los derechos fundamentales; (ii) los derechos sociales económicos y culturales se encuentran sujetos, para su eficacia, al desarrollo estatal; (iii) dado el alto costo de los tratamientos de fertilidad, la posibilidad de ser cubiertos por el estado, implica una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones, situación que resulta especialmente nociva en un contexto de escasos recursos como el colombiano, y (iv) el principio de universalidad que guía las políticas públicas en materia de seguridad social, obliga a tomar medidas que permitan ampliar la cobertura del sistema hacia toda la población. Como conclusión, la Corte indicó que los tratamientos de fertilidad no resultaban exigibles, en el nivel actual de desarrollo del Estado.

a. En torno del alcance constitucional del derecho a ser madre, la Corte<sup>19</sup> indicó que éste se concreta en dos esferas claramente diferenciables. Por una parte, consiste en el derecho de la mujer de tomar decisiones soberanas sobre su cuerpo y de la mujer, o la pareja, en

relación con la planificación familiar, su deseo de tener hijos, o el número de estos. En este marco, el estado tiene la obligación negativa de no interferir en la libertad sexual y genésica de los ciudadanos.

Por otra parte, el derecho a la maternidad se materializa en la especial protección constitucional a la mujer embarazada y a la mujer cabeza de familia, que se deriva de los artículos 13 y 43 de la Constitución, y genera obligaciones de carácter positivo para el estado. Estas obligaciones se encuentran reflejadas, entre otros aspectos, en la protección a la estabilidad laboral reforzada, el derecho a la licencia de maternidad, y la atención gratuita en salud al menor de un año.

Sin embargo, la Corte estableció 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.

1. No obstante la doctrina reseñada, la Corte, al asumir el estudio de algunos casos concretos, encontró que la acción de tutela resulta admisible como medio para solicitar un tratamiento de fertilidad, en dos eventos concretos, así:

- La continuidad en el servicio<sup>20</sup>. 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.

Así, en la sentencia T-572 de 2003<sup>21</sup>, la Corte indicó que la continuidad es un presupuesto de la prestación de los servicios públicos, especialmente de un servicio público esencial como

es, sin duda, el de la prestación de servicios en salud<sup>22</sup>.

- Infertilidad secundaria. Posteriormente, en sentencia T-901 de 2004<sup>23</sup>, la Corte concedió el amparo a una mujer que sufría de infertilidad secundaria, es decir, originada por otro tipo de afecciones físicas. El sentido de la decisión se encuentra claramente ligado al criterio de conexidad, pues el amparo se concedió al considerar que la afección que producía la infertilidad, implicaba un deterioro a las condiciones de vida digna de la peticionaria.

Por supuesto, en estos casos, deberá determinarse si la afección originaria cumple con los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud (Ver supra, capítulo 1).

- Derecho al diagnóstico y la falta de certeza sobre la enfermedad: en la sentencia T-471 de 2001<sup>24</sup>, 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<sup>25</sup>, 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.

De forma similar, en el pronunciamiento T-636 de 2007<sup>26</sup>, la Corte amparó el derecho fundamental al diagnóstico, en el caso de una mujer que sufría de un problema médico no determinado y causante de infertilidad. En este pronunciamiento, la Corte recordó las reglas constitucionales para la protección del derecho al diagnóstico, así:

“El derecho al examen de diagnóstico debe garantizarse siempre que de no efectuarse tal examen (i) se pone en peligro la salud y la vida del paciente (Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2001); (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma (Corte Constitucional. Sentencias T-260 de 1998, T-185 de 2004); (iii) se desconoce la estrecha relación que existe entre el resultado del

examen y el tratamiento integral de la enfermedad (Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2004); (iv) se imposibilita que el paciente pueda ser tratado médicamente en forma tal que se le facilite “desarrollar al máximo sus actividades diarias y desempeñarse normalmente en sociedad”<sup>27</sup>

En pronunciamientos recientes<sup>28</sup>, la Sala Séptima de Revisión ha señalado la importancia de desarrollar la jurisprudencia constitucional, en lo concerniente al derecho a la maternidad. Al respecto, ha considerado que los derechos sexuales y reproductivos, en tanto verdaderos derechos humanos, pueden ser susceptibles de ser protegidos por vía de tutela, bajo ciertas condiciones. Esta posición surge de un examen de algunos instrumentos internacionales<sup>29</sup>, como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como de los resultados del Programa de Acción de la Conferencia Internacional para el Desarrollo, y de la Sentencia C-355 de 2006<sup>30</sup>, en la cual se analizó la despenalización del delito de aborto bajo ciertas circunstancias, y se recalcó la importancia de los derechos sexuales y reproductivos, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, la búsqueda por la igualdad de sexo y su posición en instrumentos internacionales.

Ahora bien, siempre que de la jurisprudencia reseñada surja la viabilidad de la protección constitucional al derecho a la salud; y esa protección implique el otorgamiento de prestaciones no contenidas en el POS, será necesario verificar si se cumplen los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la materia.

3. Requisitos para autorización de procedimientos, medicamentos o tratamientos excluidos del POS. Reiteración de jurisprudencia:

1. Como se ha expresado (supra, considerando 1.3 - i), el Estado establece en el POS el nivel máximo de garantía al derecho a la salud, o el contenido mínimo esencial del derecho; en lo que toca a este contenido, para la Corte constituye la concreción del derecho a la salud como derecho constitucional subjetivo, susceptible de protección por parte del juez de tutela. Por otra parte, las prestaciones que se encuentran excluidas del POS, no pueden ser satisfechas, en principio por el Estado, ni las EPS se encuentran en la obligación de otorgarlas, sino que deben ser asumidas por el propio afectado.

1. Para la Corte, no obstante la existencia de esta regla de exclusión consagrada en el POS (y de algunas disposiciones que señalan otras exclusiones específicas), la misma debe inaplicarse cuando su estricto cumplimiento implique la vulneración de derechos fundamentales. En estos eventos, la obligación del Estado trasciende cualquier tipo de consideración de conveniencia política, siendo necesario aplicar directamente la Constitución Política, en defensa de los derechos fundamentales del afectado o la afectada, siempre que se presenten los siguientes supuestos<sup>31</sup>:

“Cuando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”.<sup>32</sup>

## DEL CASO CONCRETO

### 1. (Re)ubicación del problema:

Desde la negativa original de Salud Total para autorizar la laparoscopia operatoria requerida por la actora, el presente caso ha sido analizado bajo el supuesto de tratarse, exclusivamente, de la solicitud de un tratamiento de fertilidad. Por ello, de manera rígida, la entidad y el juez de primera instancia, decidieron ignorar las pretensiones de la peticionaria.

En el expediente, sin embargo, existen elementos que fueron ignorados por el juez de instancia, y que permiten concluir que, (i) la premisa de que el tratamiento se dirige exclusivamente a solucionar un problema de infertilidad no se encuentra del todo probada y que, (ii) existen otras premisas que no han sido adecuadamente valoradas. Así, sin ignorar los límites cognitivos impuestos por un problema científico al juez de tutela, es posible, en todo caso, señalar los siguientes elementos de carácter extranormativo que permiten enmarcar la situación fáctica de una forma más adecuada:

\* Del diagnóstico: el diagnóstico preliminar emitido por los médicos tratantes de la peticionaria es de “dolor pélvico crónico con alta sospecha de endometriosis”. En este sentido, debe señalarse que la “alta sospecha” no ha sido confirmada, pues para ello se requiere del procedimiento negado por la EPS.

\* De la enfermedad: de acuerdo con la información disponible en el presente proceso, la endometriosis, si bien se encuentra asociada en un alto porcentaje a problemas de fertilidad, produce también otro tipo de dolencias, entre las cuales la peticionaria ha manifestado presencia de dolor, “problemas de pareja” e irregularidades en el ciclo menstrual. En la contestación de la demanda, se refiere, además, sangrado abundante por un período de diez días (Fl. 28). Sin que pueda determinarse a priori, la enfermedad puede ocasionar, además, otros problemas como la formación de miomas, quistes o nódulos en el útero.

La afirmación de la representante legal de la demandada, según la cual la consulta obedeció más al deseo de quedar embarazada que a sus otras dolencias, no parece del todo acertada, pues constantemente se indica que los síntomas que llevaron a consulta a la paciente se asocian a un fuerte dolor pélvico, y a algunas irregularidades en el ciclo menstrual. Si bien es cierto que la actora ha declarado tal “deseo de embarazo”, esta manifestación no desvirtúa la existencia de una enfermedad que, de acuerdo con los dictámenes médicos preliminares, puede ser la endometriosis.

\* De forma similar, cuando la EPS refiere en la contestación de la demanda, que la endometriosis se asocia en un alto porcentaje a problemas de fertilidad (70 a 80%), esto sólo demuestra que no existe certeza sobre la incidencia, sino sólo una probabilidad considerable. Nuevamente, aún si la endometriosis es la causante de un problema de fertilidad, esta situación no altera el hecho de que la enfermedad tiene otras serias consecuencias, como se ha indicado.

Lo que debe determinarse, entonces, es si la negativa a practicar un procedimiento, que

tiene carácter diagnóstico y terapéutico a la vez, para el tratamiento de una enfermedad –posiblemente endometriosis-, que genera diversas afecciones y, entre las cuales se encuentra –probablemente- la infertilidad, vulnera los derechos a la salud, el diagnóstico, y la seguridad social en conexidad con la vida digna de la peticionaria.

1. Todos los elementos mencionados en el aparte inmediatamente anterior, adquieren ahora relevancia para determinar si es viable el amparo del juez de tutela.

Así, lo primero que resulta comprobado en el proceso objeto de revisión constitucional, es que la demandante sufre un problema de salud que incide negativamente, tanto en su esfera física, pues implica fuertes dolores e irregularidades en su ciclo menstrual, como en su esfera íntima y personal, pues le ocasiona “problemas de pareja” y, posiblemente, infertilidad.

Esta situación nos lleva a dos conclusiones: (i) el problema de salud de la peticionaria afecta, por conexidad, las condiciones propias de una vida digna y, (ii) se encuentra acreditado, entonces, el primer requisito para conceder tratamientos excluidos del POS. Esta constatación hace necesario analizar si, además, se cumple con los demás requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para autorizar este tipo de prestaciones (supra. Considerando 3.2).

Sobre la existencia de procedimientos alternativos, la información científica disponible para este examen, indica que (i) existen medicamentos para el tratamiento de la enfermedad; sin embargo, (ii) su diagnóstico definitivo solo puede obtenerse mediante la práctica de la laparoscopia; y (iii) a nivel terapéutico, el tratamiento médico y el quirúrgico se consideran complementarios.

Estos elementos permiten concluir que el procedimiento es necesario, ya que los medicamentos, si bien pueden hacer parte del tratamiento, no remplazan el procedimiento quirúrgico, y, por otra parte, el carácter “mixto” de la intervención, hace necesario proteger el derecho al diagnóstico –componente del derecho a la salud- de la peticionaria.<sup>33</sup>

Aún más: dado que el diagnóstico no ha llegado a la certeza sobre la afección de la peticionaria, resultaría imposible iniciar algún otro tipo de tratamiento. En este sentido, se

presenta una analogía fáctica con los casos estudiados por la Corte, en las Sentencia T-471 de 200134 y T-636 de 200735, en los cuales se concedió el amparo, con el fin de garantizar el derecho al diagnóstico de peticionarias que presentaban infertilidad, sin estar determinadas plenamente las causas que la producían.

En lo que toca a la imposibilidad económica de la actora para asumir el procedimiento por su cuenta, basta señalar que, de acuerdo con el material probatorio, ésta devenga una suma de \$1.200.000 mensuales, de los cuales deriva los gastos para su subsistencia. Si se tiene en cuenta que el procedimiento (sin contar los gastos que se generen por el cuidado requerido para su recuperación) tiene un costo de \$1.450.000, resulta claro que el procedimiento es, en efecto, demasiado oneroso para ser cubierto por la actora, sin afectar su mínimo vital.

Dado que la peticionaria fue atendida por remisión de la EPS, y que ésta no ha discutido el estatus de médicos adscritos de los profesionales que solicitaron la autorización para el procedimiento, el requisito se da por probado.

De acuerdo con el análisis realizado, esta Sala de Revisión considera que se presentan los elementos necesarios para ordenar el procedimiento requerido por la peticionaria. En este sentido, ordenará a la EPS autorizar el procedimiento quirúrgico denominado “laparoscopia operatoria”, incluido el cuidado preoperatorio y postoperatorio de la paciente.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la EPS no se encuentra legalmente obligada a entregar prestaciones excluidas del POS, la Sala señalará la posibilidad de repetición o recobro al Fosyga36.

### III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá el diecinueve (19) de junio de dos mil seis (2007) y, en su lugar, proteger los derechos fundamentales a la Salud (incluido el derecho al diagnóstico) y la

Seguridad Social, en conexidad con la Vida Digna de la peticionaria, Diana Rocío Carvajal García.

Segundo. - ORDENAR a la Entidad Promotora de Servicios en Salud Salud Total S.A., que disponga todo lo necesario para practicar la intervención laparoscopia operatoria a la peticionaria, y realice el mencionado procedimiento, en el plazo de 30 días contados a partir de la notificación del presente fallo, así como los cuidados que requiera para su recuperación post operatoria.

Tercero. - SEÑALAR que a Salud Total EPS S.A. le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento de este fallo y que exceda de las prestaciones y beneficios del plan obligatorio de salud del régimen contributivo, ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Cuarto.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Comunicación radicada en Secretaría de la Corte el cinco (5) de septiembre de dos mil siete (2007).

2 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

4 Supra, antecedente 8.

5 Este es el tenor literal del artículo 49, Constitución Política: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

6 Ver, principalmente, la Sentencia SU-111 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), y en el mismo sentido, sentencias SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

7 Estas obligaciones surgen del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PACADESC), el cual adhirió Colombia el 23 de diciembre de 1997, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

8 Cfr. Observación General Número 14 del Comité de Derecho Sociales, Económicos y

Culturales, que ofrece la interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

9 Cfr. Protocolo de San Salvador, artículo 1; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2, Párrafo 1.

10 Ver, principalmente, la sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), reiterada en numerosas ocasiones y, recientemente, las sentencias T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-887 de 2006 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-219 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-959 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-296 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

11 Esta posición ha sido sostenida por la Corte desde la Sentencia de Unificación 819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), y ha sido reiterada en las sentencias T-538 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-526 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-697 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-859 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-296 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), entre otros.

12 El criterio de derechos fundamentales por conexidad, expuesto por la Corte en la sentencia T-406 de 1992 (M.P. Ciro Angarito Barón), ha sido constantemente reiterado por la Corporación en materia de Salud. Ver, entre muchas otras, las sentencias T-491 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-419 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1162 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1238 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-060 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-062 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-099 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), y T-044 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

13 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Ver, también, las sentencias T-415 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-514 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-666 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-901 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-973 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), y, recientemente, T-127 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

14 Sobre el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud frente a personas en estado de debilidad manifiesta, entre otras, las sentencias T-768 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-138 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-508 de 2005 (M.P. Álvaro

Tafur Galvis) , T- 1012 de 2006 (Jaime Córdoba Triviño) T-836 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-772 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

16 Sobre este tema, se pueden consultar las sentencias T-1104 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-689 de 2001 (Jaime Córdoba Triviño), T-946 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-572 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-746 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-512 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-242 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-572 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-605 y T-636 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

17 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

18 Si bien esta sentencia no constituía propiamente un precedente, pues el amparo se negó por tratarse de un hecho superado, los argumentos fueron recogidos, y utilizados como ratio decidendi para la negación del tratamiento en las sentencias T-689 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-946 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-242 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-512 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-752 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

19 Cfr. T-1104 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

20 Sentencias T-572 de 2002 y T-746 de 2002 (Ambas con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra).

21 Con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Sobre el carácter de servicio público esencial de la salud, ver sentencia SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); en materia de continuidad en la prestación del servicio de salud, resulta especialmente relevante la sentencia SU-562 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). En este fallo, la Corte consideró que la salud es un servicio público esencial, y que la prestación del mismo, sin importar que sea delegada a un particular y que éste espere lucrarse de la prestación del servicio, se encuentra sujeta al principio de efectividad, dentro del cual se encuentra la continuidad en la prestación del servicio.

23 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

24 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

25 En relación con el derecho al diagnóstico, la Corte ha señalado que es un derecho que hace parte del derecho a la salud y que la negligencia en la práctica de exámenes es susceptible de ser protegida por vía de tutela, sin que sea necesario llegar a una situación de amenaza extrema. Ver, al respecto, las sentencias T-110 de 2004, T-843 de 2003, T-867 de 2003, T548 de 2000, T-1535 de 2000 y T-799 de 2002, entre muchas otras.

26 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

27 Esta referencia, tomada de la Sentencia T-636 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), constituye una síntesis de la sistematización de subreglas sobre derecho al diagnóstico, efectuada en la Sentencia T-304 de 2005 (Clara Inés Vargas Hernández). Sobre el tema, consultar también la T-110 de 2004 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

28 Sentencias T-605 de 2007 y T-636 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

29 Primordialmente, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982, que establece en su artículo 12, párrafo 1º: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” y artículo 16, literal e, que consagra la obligación de los estados de adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación en contra de la mujer, y asegurar -entre otras garantías- “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

30 Con ponencia de los magistrados Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería.

31 Los criterios para la inaplicación de las reglas de exclusión del POS han sido señalados por la corte en una amplia línea jurisprudencial. Al respecto, se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-1204 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-224 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP.

Fabio Morón Díaz), T-691 de 1998 (MP. Antonio Barrera Carbonell), SU-819 de 1999 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-289 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-627 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-178 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-239 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-976 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1304 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-018 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-060 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-044 de 2007 (Jaime Córdoba Triviño), T-222 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-779 A de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

32 Sentencia T-1204 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

33 Ver, las ya citadas sentencias T-471 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-636 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

34 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

36 En la sentencia de unificación SU-480 de 1997, la Corte estableció que las EPS se encuentran autorizadas para solicitar al Estado el reembolso de los servicios que se encuentren excluidos del plan obligatorio de salud, en virtud de las cuotas de compensación que son descontadas a los ciudadanos, y en aplicación del principio del equilibrio financiero. La sentencia indicó que “Como se trata de una relación contractual (la delegación realizada por el Estado), la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado (...) Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir”