

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado ponente

STC10452-2015

Radicación n.º 68001-22-13-000-2015-00369-01

(Aprobado en sesión de cinco de agosto de dos mil quince)

Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil quince
(2015).

Decide la Corte la impugnación formulada respecto de la sentencia proferida el 24 de junio de 2015 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la acción de tutela promovida por Faquir Rogelio Baltán Pito y Adriana Marcela Serrano León contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

1. ANTECEDENTES

1. Los accionantes demandan el amparo de los derechos a la salud, familia, seguridad social y vida digna, entre otros, presuntamente menoscabados por la autoridad acusada.

2. Como fundamento de su reproche, aseveran que trabajan en la Policía Nacional, son cotizantes del sistema de salud, tienen una relación afectiva desde hace 13 años y contrajeron matrimonio el 23 de diciembre de 2013.

Señalan que desde el 2002 decidieron tener un hijo; sin embargo, debido a ciertos problemas de salud, presentados por Adriana Marcela Serrano León, relacionados con “(...) *ausencia de período menstrual, fascitis plantar, osteoporosis, artrosis [y] obesidad mórbida grado 3* (...)”, aún no lo han conseguido.

Aseguran que sanidad militar atendió a la prenombrada durante dos (2) años y le diagnosticó “(...) *menopausia precoz* (...)”, razón por la cual comenzó a suministrarle un procedimiento “(...) *de sustitución hormonal* (...)”.

Refieren que Serrano León se sometió a una cirugía bariátrica para disminuir parte de sus padecimientos y luego de ésta, sin razón, se le suspendió lo relativo a la “(...) *sustitución hormonal* (...)”.

Aducen que por lo descrito tuvieron que acudir a tratamientos particulares para poder concebir un bebé.

De acuerdo a lo prescrito por el especialista en fertilidad que los atiende, requieren con urgencia un examen de “(...) *conteo de espermatozoides (espermograma con TMS) (...)*” y la continuación del “(...) *tratamiento hormonal no básico sino más agresivo (...)*”, para evitar la continuación de los síntomas de menopausia precoz.

El ente acusado se negó a autorizar el primer procedimiento mencionado por no estar contemplado en el plan de servicios y porque en remplazo del mismo se ofrece “(...) *un espermograma básico (...)*”, empero, éste no sirve, por cuanto es imperioso determinar “(...) *si la imposibilidad de tener un hijo (...) va asociada a alguna condición (...)*” padecida por Faquir Rogelio Baltán Pito.

Sostienen que la autoridad atacada también se ha negado a brindarles “(...) *citas con especialistas endocrino-ginecológicos, (...) en fertilidad [y] fertilización in vitro (...)*”, arguyendo la ausencia de “(...) *contratos vigentes (...)*” con IPS. Anotan no contar con un “(...) *formato de negación de servicios (...)*”, toda vez que ello se ha hecho de forma verbal.

Relatan que necesitan “(...) *con carácter prioritario y urgente (...)*” un tratamiento para tener un hijo, pues lo han intentado desde hace 12 años y por causa de la insuficiencia en la gestión de la accionada no lo han logrado.

Tras anotar que Serrano León se sometió a una cirugía “(...) *para liberar adherencias, dilatación cervical y evacuación de hematómetra*, [esto es] *una obstrucción que impedía el paso de sangrado menstrual* (...)”, acotan que en la historia clínica se inscribió el procedimiento como de ligadura de trompas, cuestión corregida en virtud de un derecho de petición, pero que les genera “*desconfianza*” respecto de la manipulación de sus historias médicas.

Agregan que han costado varios tratamientos, incluido el espermograma con TMS, empero no tienen recursos económicos para sufragar lo referente a la “(...) *fertilización in vitro* (...)” prescrita por quien los viene atendiendo y tampoco para “(...) *la continuación del tratamiento de sustitución hormonal* (...)” requerido por Serrano León (fls. 1 al 3 cdno. 1).

3. Piden, por tanto, imponerle a la accionada autorizar (i) el “(...) *tratamiento de sustitución hormonal* (...)” reseñado; (ii) el de fertilización *in vitro*; (iii) el examen de espermograma con TMS; (iv) la atención médica de manera integral; y (v) exonerarlos de cualquier costo (fls. 4 y 5, *ídem*).

1.1. Respuesta de la accionada

La entidad convocada, de forma extemporánea, manifestó la improcedencia de la salvaguarda solicitada, pues no ha atentado contra los derechos de los reclamantes. Adujo haber fijado citas para aquéllos con urología y ginecología, con el fin de establecer su situación médica y proceder conforme lo indiquen los galenos. Advirtió que lo concerniente a la “(...) *fertilización in vitro* (...)” se encontraba excluido del plan de beneficios de la entidad, por tanto, previo estudio de los especialistas, tal cuestión debía discutirse ante el Comité Técnico Científico (fls. 53 al 57, cdno. 1).

1.2. La sentencia impugnada

El Tribunal, a la luz de lo consignado en la sentencia T-009 de 2014 de la Corte Constitucional, denegó el resguardo reclamado, por cuanto la acusada “(...) *no está obligada a apoyar y sufragar procedimientos científicos especiales, incluyéndolos en los planes obligatorios de salud, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad* (...)”; además, si bien el tratamiento pretendido puede exceder los recursos de los querellantes, “(...) *tampoco puede cargarse al sistema comunitario, existiendo la valiosa alternativa de la adopción* (...)”.

Enseguida, preciso que Adriana Marcela Serrano León cuenta con 47 años y se desempeña como agente de la Policía Nacional, por su parte, Faquir Rogelio Baltán Pito, tiene 32 años y es subintendente de la misma institución;

asimismo, acotó la situación de salud de aquélla y los servicios médicos brindados por sanidad militar; y relievó que el médico particular de los actores certificó que “(...) *su única opción en infertilidad es un proceso de fertilización IN VITRO para restablecer la salud sexual y reproductiva* (...)”.

De las pruebas allegadas concluyó que los petentes no le han solicitado a la entidad convocada la práctica del procedimiento de “(...) *fecundación in vitro* (...)”, omisión por la cual no existe prescripción médica de esa entidad y tampoco evidencia de iniciarse o interrumpirse el procedimiento.

También coligió que la peticionaria no asistió a ciertos controles y optó por adelantar el proceso de fecundación con médicos particulares; de igual modo, expuso que los gestores contaban con “(...) *cierta capacidad económica* (...)” para sufragar lo requerido por ellos, pues además del salario devengado y el pago del espermograma completo TSM, se observaba el amplio lapso en el cual han cancelado los costos del tratamiento de fertilidad (fls. 43 al 51, cdno. 1).

1.3. La impugnación

Los querellantes impugnaron el fallo memorado y pidieron su revocatoria aduciendo no haber solicitado las citas médicas fijadas por la entidad acusada. Insistieron en que esa autoridad manipula el contenido de las historias

clínicas y probablemente “(...) *las asignaciones de las citas* (...)”.

Afirmaron que el *a quo* no valoró todas las pruebas aportadas, así como tampoco tuvo en consideración la interrupción del procedimiento de fertilización, cuestión imputable a la accionada.

Advirtieron tener múltiples gastos y una capacidad económica limitada para sufragar los costos del procedimiento pretendido, pues responden por algunos parientes enfermos y deben cancelar obligaciones financieras.

Tras anotar que no estiman “(...) *la adopción como medio alternativo inmediato para ser padres* (...)”, por cuanto su médico no les ha dicho que no pueden procrear, indican haber costado algunos procedimientos porque el ente querellado nunca les dio “(...) *respuestas positivas al respecto* (...)” (fls. 106 al 109, cdno. 1).

2. CONSIDERACIONES

1. El derecho a la salud ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como una garantía esencial autónoma

“(...) que tiene una doble connotación –derecho constitucional fundamental y servicio público-. En tal sentido, todas las personas [pueden] acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su

prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)»¹.

2. Examinada la queja tutelar, se observa que los peticionarios pretenden, puntualmente, se le imponga a la entidad accionada autorizar el tratamiento de fertilización *in vitro* prescrito por el galeno particular que viene atendiéndolos, lo cual incluye los exámenes y procedimientos ordenados por aquél, tales como el espermograma completo TMS para Faquir Rogelio Baltán Pito y la “(...) *sustitución hormonal* (...)” para Adriana Marcela Serrano León.

3. Esta Sala en asuntos similares ha estimado la inviabilidad de la salvaguarda solicitada, por cuanto:

“(...) la tutela es improcedente para el reconocimiento de los tratamientos de fertilidad, ya que los mismos se encuentran excluidos del POS y no conforman una obligación a cargo del Estado debido a que: «(1) el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias»; «(2) el derecho a la maternidad en la constitución implica un deber de abstención del Estado de intervenir en la decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación»; y «(3) la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa» (C.C. T-226 de 2010) (...)”.

“Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que:

“A pesar que el Sistema General de Seguridad en Salud, tiene como finalidad velar porque todos los ciudadanos puedan acceder al nivel más alto posible de salud que el Estado pueda suministrar, el elevado costo de los tratamientos de fertilidad, hace que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud, debiendo ser éste sufragado por los pacientes, como quiera que existen servicios y procedimientos de carácter urgente o prioritario, que su prestación podría verse comprometida por la

¹Corte Constitucional. Sentencia T-1036 de 4 de diciembre de 2007, mencionada por ésta Sala en providencia de 22 de marzo, Rad. 00003-01, entre otras.

ineficiente administración de los recursos escasos del Sistema. (C.C. T- 249 de 2010) (...)”².

Al margen de lo anotado, se ha considerado pertinente conceder el amparo

“(...) cuando se presenta uno de los siguientes casos: suspensión del tratamiento de fertilización, cuando ya había sido iniciado; falta de diagnóstico y cuando existe una enfermedad principal que impide procrear y pone en riesgo la salud de la mujer. Así lo expuso (...) [la Corte Constitucional]:

“(1) 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); (2) 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). La (3) tercera circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es 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 (...)”.

“El anterior lineamiento fue acogido por esta Sala cuando, en expresa alusión a ello expuso «(...) quien requiera (...) el tratamiento para la infertilidad debe acreditar que su caso está incluido en alguna de las excepciones citadas en precedencia, de lo contrario su pretensión no tendrá ninguna posibilidad de éxito» (CSJ, STC mayo 11 de 2011, exp. 00115-01) (...)”³.

4. Así las cosas, es preciso indicar que en el presente caso no es viable proceder al resguardo demandado, por cuanto no se está en presencia de las excepciones referenciadas.

En efecto, aunque los autores alegan el inicio del tratamiento y la interrupción de éste hace más de diez (10)

² CSJ. STC de 31 de julio de 2014, exp. 76111-22-13-000-2014-00185-01.

³ CSJ. STC de 29 de julio de 2014, exp. 54001-22-21-000-2014-00068-01; criterio reiterado el 31 de julio de 2014, exp. 76111-22-13-000-2014-00185-01.

años, no existe evidencia que permita colegir tal afirmación, pues además de los “(...) *deseos de fertilidad* (...)” de la actora, expresados en ciertos apartes de la historia clínica de 2003 (fl. 11, cdno. 1), no se observa ningún otro elemento demostrativo del cual se desprenda la iniciación y suspensión del procedimiento de fecundación aquí pretendido.

Tampoco se encuentra prueba de la “*falta de diagnóstico*” de la petente o de la presencia de una enfermedad “(...) *principal que [le] impid[iera] a la tutelante procrear y [que] pon[ga] en riesgo [su] salud* (...)”, pues, ciertamente, la documental arrimada no da cuenta de la denegación de servicios médicos y, por el contrario, se constata que la querellante ha sido atendida e, incluso, luego de ser diagnosticada con “(...) *estensis cervical + Hematometra* (...)” se le ordenó y practicó la cirugía de “(...) *dilatación cervical + evacuación de hematómetra* (...)” (fls. 14 al 19, cdno. 1).

5. Debe destacarse, como lo hizo el Tribunal, que el pago de exámenes como el espermograma completo TMS y el amplio término en el cual aducen los gestores haber corrido con los gastos del tratamiento de fertilidad, evidencia que éstos cuentan con recursos económicos para continuar con ese procedimiento en instituciones particulares.

6. Finalmente, se reliva que la falta de autorización del tratamiento de fertilización *in vitro* no implica la

restricción del derecho de los promotores a formar una familia con hijos, pues como lo prohíja esta Sala, siempre está presente la posibilidad de acudir a la adopción siguiendo la tradición romana y auscultando la principialística del Código Civil patrio. Adviértase, también el parentesco civil, fincado en la adopción, en forma inquebrantable, autoriza forjar la familia. En tal sentido, la Corte Constitucional expuso:

“(...) en el fallo T-946 de octubre 31 de 2002, con ponencia de la Magistrada 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 (no está en negrilla en el texto original):

“(...) 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 (...), 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 (...)’ (...)”.

“Este enfoque jurisprudencial ha sido corroborado, en términos como los siguientes (tampoco está en negrilla en el texto original):

“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.’ (...).”

“En otras palabras, es plausible y merecedora de respeto la aspiración de mujeres y hombres de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos tan necesitados para la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresismos costosos que permitan el nacimiento de más párvulos en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que siguen requiriendo madre, padre, familia y amor (...)”⁴.

7. Por tanto, se confirmará el fallo impugnado.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada.

SEGUNDO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 17 de enero de 2014.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ