



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**-SALA DE DECISIÓN DE TUTELA-**

Magistrado Ponente

**ALFREDO GÓMEZ QUINTERO**

Aprobado Acta No. 237

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil diez (2010)

**VISTOS**

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta contra el fallo proferido el 27 de mayo de 2010 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, a través del cual resolvió denegar la acción de tutela invocada por ODALIS NOVOA PEÑA, a través de apoderado, en contra de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima y a procrear.



## I. ANTECEDENTES

Fueron reseñados en el fallo de primera instancia, así:

*“Expone el abogado de la accionante que su representada es esposa del AG ARLINTON CAMACHO siendo beneficiaria de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE LA POLICIA NACIONAL.*

*De sus condiciones de salud la actora afirma tener un cuadro de infertilidad de 20 años de trascendencia por no ser tratada en debida forma que hoy en la actualidad padece.*

*Desde el año de 1996 a la actora le han tratado esa situación programándosele una SALPINGOPLASTIA por evolución desde hace 6 años, haciéndosele una liberación de trompas y reimplante de trompa derecha sin hacerse presentado ninguna complicación en la cirugía.*

*De igual forma a la accionante se le hizo un estudio de control fluoroscopio en el que se visualizó la obstrucción tuborica bilateral (Rx HISTEROSALPINGOGRAFIA), en el que se pudo visualizar su incapacidad de fertilidad.*

*Desde el mes de junio del año 2008 la accionante ha presentado problemas psicológicos como angustia, llanto fácil, insomnio, pérdida de apetito con efectos depresivos, todo ello teniendo como causa la situación que presenta y las ganas desesperantes de desarrollarse como mujer, sumado a la situación que no puede empezar un tratamiento particularmente por carecer de recursos económicos.*



*Como consecuencia de lo anterior la actora le ha solicitado en varias oportunidades, por medio de derecho de petición, que le brinden la atención inmediata con médicos especialistas en fertilización y el seguimiento y acompañamiento en el proceso de procreación desde el inicio hasta que nazca su bebé.*

*Esas solicitudes han sido denegadas por parte de la entidad accionada, con fundamento en el Acuerdo N° 002 de 2001 del C.S.S.M.P., art. 9 parágrafo 1, en el que se exceptúan los casos en que constituyen tratamiento de infertilidad por estar fuera del P.O.S.*

*Con base en los anteriores hechos, la actora solicita que se amparen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se le ordene a la POLICÍA NACIONAL que inicie los trámites pertinentes para comenzar el tratamiento de fertilización in Vitro con I.C.S.I., incluyendo los medicamentos, insumos, exámenes, procedimientos, cirugías y demás necesarios para la ejecución del mismo, y hasta donde los adelantos científicos y humanos lo permitan, sin que corresponda asumir ningún costo.”*

## **II. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS**

El Jefe Seccional de Sanidad Atlántico de la Policía Nacional se opuso a la petición de amparo por las siguientes razones: (i) de acuerdo con los soportes clínicos aportados por la libelista se demuestra de manera fehaciente que ha venido prestando los servicios médicos asistenciales que su estado de salud ha



requerido; (ii) en cuanto al tratamiento de infertilidad se le ha explicado en los distintos derechos de petición formulados, que el plan integral del sistema de Salud no lo contempla, ni la Institución cuenta con los recursos asistenciales, financieros o administrativos para prestárselo; (iii) el tratamiento de fertilidad ‘in vitro’ es experimental, por cuanto no existen protocolos nacionales o internacionales que lo prevean como medida terapéutica ordinaria para el manejo de trastornos de origen funcional ni ello constituye un tratamiento eficaz para su problema, y además tampoco existe una prescripción médica que lo ordene; y, (iv) los antecedentes de la libelista evidencian que en el año 2004 presentó embarazo intrauterino que alcanzó a llegar a las 9 semanas de gestación, produciéndose su pérdida espontánea y ,adicional a ello, la peticionaria tiene una edad aproximada de 40 años, factores que inciden negativamente en la eficacia del tratamiento que pretende obtener.

### **III. EL FALLO IMPUGNADO**

Con decisión de fecha 27 de mayo de 2010 el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, denegó la solicitud de amparo impetrada al considerar que ninguno de los médicos de la entidad



accionada ha emitido una orden en el sentido que se practique el proceso de fertilización in Vitro con I.C.S.I. que reclama, siendo este uno de los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha fijado para inaplicar una ley o reglamento que impida el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la salud.

#### **IV. LA IMPUGNACIÓN**

El apoderado de ODALIS NOVOA PEÑA sustentó su recurso en que si bien es cierto se deben cumplir con ciertos parámetros constitucionales, dentro de los cuales está que el médico tratante de la entidad accionada hubiera emitido una orden en tal sentido, no lo es menos que la entidad promotora de Salud ha hecho todo lo que ha tenido en su plan obligatorio de salud para buscarle una solución al problema de infertilidad de su mandante sin obtener resultados positivos.

Por lo anterior reclamó la búsqueda de otras alternativas que a más de procurar el proceso de gestación, propenda por la restauración de su condición psicológica; para que de esta manera, se garantice el goce efectivo de sus derechos fundamentales, trayendo a colación como precedente



jurisprudencial la sentencia T-605 de 2007 de la Corte Constitucional.

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, a través del cual fue denegada la petición de amparo invocada por ODALIS NOVOA PEÑA, a través de apoderado.

De entrada advierte la Corte que hay lugar a confirmar la decisión objeto de impugnación, al compartir el argumento expuesto por el a quo y además, por las razones que siguen.

La jurisprudencia constitucional ha sido pacífica frente a la acción de tutela al señalarse que es un mecanismo subsidiario y excepcional tendiente a proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando aquellos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre que la persona carezca de otros medios de defensa judicial.



En el caso puesto bajo consideración, se tiene que la pretensión de la actora apunta a la obtención de un tratamiento que se encuentra fuera del plan integral del sistema de salud establecido en la Ley 352 de 1997 modificado por el Decreto 1795 de 2000 y demás normas concordantes; el cual, tal como lo fue anotado en el fallo impugnado, ni siquiera ha sido ordenado por el médico tratante, y siendo ello un requisito *sin ne qua non* no puede entrar el juez de tutela a disponer.

En efecto, sólo ante eventual negativa o mora injustificada de la entidad o institución obligada en suministrar o brindar un determinado tratamiento, medicamento o procedimiento se convierte reprochable por la vía constitucional tal acontecer al suponerse la vulneración de un derecho de estirpe fundamental, esto tratándose de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud –que para estos efectos se asemeja con el plan integral de salud de las fuerzas militares y de policía-:

*“2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la*



Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.<sup>1</sup> Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.<sup>2</sup> La jurisprudencia ha señalado que la calidad de

---

<sup>1</sup> En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>2</sup> Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.



*fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.<sup>3” 4</sup>*

Asimismo de cara a los medicamentos, procedimientos o tratamientos que no se encuentren en el respectivo plan, la jurisprudencia ha considerado igualmente procedente la acción de tutela atendiendo los siguientes requisitos:

*“i) la falta del medicamento o procedimiento amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna;*

*ii) el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que aquel;*

*iii) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y*

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

<sup>4</sup> Corte Constitucionalidad. Sentencia T-760 de 2008.



*iv) estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.”<sup>5</sup>*

Sin que de manera alguna se pueda ver afectada la prestación del servicio de salud con la excusa de estar sometidos al pago de cuotas moderadoras o copagos para las personas que carezcan de recursos.

En el presente evento se tiene que el procedimiento que reclama la libelista ha sido denegado por la institución castrense por varias razones, entre ellas, no estar considerado en el plan de salud, no encontrarse avalado por protocolos nacionales o internacionales que garanticen sus resultados y menos, ordenado por el médico tratante; mostrándose entonces tal pedimento como la alternativa a la cual pretende acceder ODALIS NOVOA PEÑA en aras de satisfacer su deseo de ser madre –que por más dígame es loable-, pero que no por ello puede ordenarse bajo la alegada vulneración de derechos fundamentales, la cual no aparece acreditada.

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2008, reiterandolas sentencias T-289 de 2001, T-627 de 2002 y T-178 de 2003.



Frente a esta temática la Corte Constitucional ha venido fijando una línea jurisprudencial clara, la que se impone seguir en esta oportunidad:

*“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 legal<sup>6</sup>, 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”<sup>7</sup>.*

*No obstante, la Corte Constitucional ha establecido excepcionalmente ciertos casos en los cuales procede la acción*

<sup>6</sup> Sentencias T-689 de 2001 y T-752 de 2007.

<sup>7</sup> 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.



*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.*

*(...)*

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

*(...)*

*(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.”<sup>8</sup>*

No es el caso bajo estudio uno de aquéllos, puesto que a la demandante se le ha venido prestando la atención médica que ha requerido de manera continua y de acuerdo con el plan que cobija el servicio de salud, practicándosele los exámenes con los cuales se ha determinado su patología “obstrucción tubórica bilateral” - inclusive ya fue sometida a la liberación de trompas adheridas y reimplante de la trompa derecha-; y la cual, tampoco se advierte sea consecuencia de una enfermedad que afecte el aparato

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-890 de 2009



reproductor y ponga en riesgo sus derechos fundamentales como paciente.

Es por lo anterior por lo que se muestra improcedente el amparo deprecado y por contera la confirmación del fallo objeto de recurso; empero, no sin antes advertirle a la libelista que existe otro medio con el cual suplir su deseo de ser madre, este es, el proceso de adopción que se prevé en el Código de la Infancia y la Adolescencia, mecanismo diseñado por el legislador para no sólo procurar la conformación de un núcleo familiar sino efectivizar los derechos de niños, niñas y adolescentes que requieren de una familia.

**Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** el fallo objeto de impugnación.



**SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE** en la forma prevista por el Decreto 2591 de 1.991, debiéndose remitir copia integra de la providencia.

**TERCERO.- REMÍTASE** el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ALFREDO GÓMEZ QUINTERO**

**SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ**

**AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN**

**TERESA RUIZ NÚÑEZ**  
Secretaria