

C-093-18

Sentencia C-093/18

CORTE CONSTITUCIONAL-Incompetencia para pronunciarse sobre objeciones por inconveniencia

CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL-No puede ser invocado para menoscabar derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva

OBJECIONES PRESIDENCIALES-Trámite en el Congreso de la República

OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Oportunidad en la formulación/OBJECION GUBERNAMENTAL-Término para formulación

COMISION ACCIDENTAL DE CONCILIACION EN TRAMITE LEGISLATIVO-Conformación

PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS EN TRAMITE LEGISLATIVO-Aplicación

COMISION ACCIDENTAL-Requisito mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria relativa al conocimiento del proyecto/COMISION ACCIDENTAL-Publicación del informe

COMISION ACCIDENTAL DE CONCILIACION EN TRAMITE LEGISLATIVO-Requisitos en la conformación

OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Anuncio previo de votación

VOTACION NOMINAL Y PUBLICA A INFORME DE OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Aplicación

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance y contenido

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Derecho a la autonomía reproductiva

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Carácter inmediato y prestacional

Con todo, los derechos reproductivos, en tanto derechos fundamentales, tienen una faceta

de carácter inmediata y una faceta prestacional que se encuentra sujeta a las reglas de la progresividad, las cuales son aplicables, entre otras, a la garantía de técnicas de reproducción asistida para la procreación de hijos biológicos. Por lo tanto, la garantía de la dimensión esencial del derecho a la procreación por medio de asistencia científica implica una obligación de no interferencia a su acceso, que tiene un carácter inmediato, es decir, la imposibilidad de prohibir ese tipo de técnicas. No obstante, no sucede lo mismo con la garantía de este servicio o su acceso con cargo al SGSSS, puesto que esa dimensión tiene un carácter prestacional y está sujeta al principio de progresividad.

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección de la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva

DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-Derecho a la salud reproductiva

DERECHO A LA INFORMACION EN MATERIA REPRODUCTIVA-Reconocimiento constitucional y bloque de constitucionalidad

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES-Derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Derechos reproductivos

TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Criterios de acceso/ TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Evolución jurisprudencial

LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE DE LA ACCION DE TUTELA EN RELACION CON TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD-Especial estudio sobre la infertilidad primaria y la infertilidad secundaria/TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD-Jurisprudencia constitucional

La Sala Plena encuentra que las Salas de Revisión de esta Corporación, por regla general, han negado la garantía de tratamientos de fertilidad en la medida en que dichos procedimientos se encuentren excluidos de los planes obligatorios de salud.

Sin embargo, también ha admitido que, excepcionalmente, se garanticen los tratamientos de fertilidad cuando se presentan las siguientes circunstancias particulares: i) se busca

garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; ii) de la práctica del procedimiento de fertilidad, dependen los derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad personal del paciente, supuesto que a su vez se ha concretado en tres casos: a) en la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; b) para el suministro de medicamentos; y c) cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades, en los términos explicados en los párrafos anteriores; y iii) cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una afectación de tales derechos fundamentales..

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Alcance/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Dimensiones/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO Estricto-Concepto/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO LATO-Concepto

SALUD-Concepto

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regímenes diferentes para financiamiento y administración

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION-Concepto

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION-Contenido y alcance

SERVICIOS DE SALUD Y TECNOLOGIA-Restricciones

DERECHO A LA SALUD-Proceso de creación y ejecución de políticas públicas

TERAPIAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Requisitos

RECURSOS PUBLICOS ASIGNADOS A LA SALUD-Criterios de exclusión de servicios o tecnologías de salud

PARTICIPACION DEMOCRATICA-Condición sine qua non para el proceso de construcción de

política pública

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA-Distinción

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Principio de eficiencia

PRINCIPIO DE EQUIDAD EN SALUD-Es necesario para garantizar accesibilidad económica

Referencia: expediente OG-159

Revisión oficiosa de constitucionalidad de las objeciones gubernamentales al proyecto de ley número 123 de 2016 Senado - 082 de 2015 Cámara, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”.

Magistrados ponentes:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional[1], en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El Secretario General del Senado de la República remitió a la Corte Constitucional copia auténtica del proyecto de ley número 123 de 2016 Senado - 082 de 2015 Cámara, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”, que fue objetado por el Gobierno Nacional por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia.

II. TEXTO DEL PROYECTO OBJETADO

El texto del proyecto de ley objetado se transcribe a continuación:

“LEY N°. _____

‘POR EL CUAL SE ESTABLECEN LOS LINEAMIENTOS PARA EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE LA INFERTILIDAD Y SU TRATAMIENTO DENTRO DE LOS PARÁMETROS DE SALUD REPRODUCTIVA’

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. Objeto. La presente ley tiene como objeto establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

ARTÍCULO 2°. Definiciones.

Infertilidad: La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

Técnicas de reproducción humana asistidas: se entiende por técnicas de reproducción humana asistidas todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

ARTÍCULO 3°. Política pública de infertilidad. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social adelantará la política pública infertilidad (sic) con miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del sistema de seguridad social en salud, en el término de 6 meses.

La política pública de infertilidad desarrollará los siguientes componentes:

- Investigativo: Fomento de la investigación científica, en los sectores público y privado,

sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían coadyuvar a prevenirla, tratarla y curarla.

- Preventivo: Desarrollo integral e interdisciplinar de estrategias de promoción y prevención de la infertilidad y las enfermedades asociadas a la misma.

- Educativo: La educación sexual y reproductiva incluirá la información sobre infertilidad y su abordaje terapéutico, en temas como: hábitos de vida saludables que actúan como factores protectores de la infertilidad sobrevenida; la relación entre las causas de la infertilidad y otras patologías asociadas; los programas y tratamientos de infertilidad; y otros temas relevantes para la atención integral de esta enfermedad.

- Diagnóstico y tratamiento oportuno: Establecimiento de esquemas de atención, diagnóstico y tratamiento oportuno frente a la patología infertilidad; así como fomento de la formación de profesionales de la salud en el área de la infertilidad, desde una perspectiva integral.

- Adopción. Establecimiento de lineamientos sociales y legales de priorización que permitan garantizar el derecho a formar una familia a partir de la institución de la adopción a las personas diagnosticadas como infértiles.

ARTÍCULO 4°. Tratamiento de Fertilidad. Establecida la política pública de infertilidad en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA) conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública, cumpliendo con los siguientes criterios:

1. Determinación de Requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad.

2. Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en

salud y la finalidad del servicio, y definición de la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio.

3. Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública.

ARTÍCULO 5°. Investigación y prevención. El Ministerio de Salud y protección social a través del Instituto Nacional de Salud promoverá proyectos de investigación que tengan como objetivo establecer la caracterización de la infertilidad y los índices de morbilidad en el territorio nacional.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud, adoptarán las medidas necesarias para regular, la inspección, vigilancia y control de los centros médicos que realicen los diagnósticos y tratamientos de reproducción humana asistida.

ARTÍCULO 6°. Registro Único. El Ministerio de Salud y Protección Social creará un registro único en el que estarán los centros de atención especializada autorizados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida, así como de los pacientes tratados. Quedan incluidos los bancos receptores de gametos y/o embriones.

ARTÍCULO 7°. Asociaciones Público-Privadas. Para los propósitos de la presente ley, y con el fin de garantizar la cobertura de los tratamientos de reproducción humana asistida, el uso de tecnología de punta, el equipo técnico y humano idóneo en procedimientos de alta y baja complejidad, se podrán establecer Asociaciones Público-Privadas.

ARTÍCULO 8°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción y promulgación, derogando todas las normas que le sean contrarias.

EL PRESIDENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

OSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO

EL SECRETARIO GENERAL DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

GREGORIO ELJACH PACHECO

EL PRESIDENTE DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

EL SECRETARIO GENERAL DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO”.

III. LAS OBJECIONES GUBERNAMENTALES

1. Mediante oficio radicado en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 19 de julio de 2017[2] el Gobierno Nacional, conformado por el Presidente de la República, el Ministros de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Salud y Protección Social, formuló sendas objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia al proyecto de ley de la referencia bajo los siguientes argumentos:

Primera objeción de inconstitucionalidad e inconveniencia por violación del artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 (en adelante LES) y del principio de democracia participativa

Vulneración de las reglas para delimitar el derecho fundamental a la salud en materia de beneficios

2. Considera el Gobierno que el artículo 4 del proyecto de ley de la referencia, el cual dispone la financiación con recursos públicos de los tratamientos de fertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (en adelante TRA), vulnera los artículos 1º y 2º superiores, así como el artículo 15 de la LES -que forma parte del bloque de constitucionalidad-.

3. En primer lugar, adujo que se transgreden los postulados estatutarios por cuanto de ellos se deriva que el “legislador ordinario carece de competencia para establecer de forma aislada y particular la ampliación de los beneficios referenciados” [3].

4. Por otra parte, afirmó que la norma objetada desconoce la democracia participativa como pilar del Estado social y democrático de derecho, puesto que la LES estableció que tanto la determinación del listado de exclusiones explícitas, como la ampliación progresiva de los beneficios debe estar precedida de un proceso “técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente que debía definirse a través de una ley” [4].

A su juicio se conculcó el derecho conferido por la LES a los “ciudadanos, pacientes, expertos y organizaciones para participar en decisiones que los afectan, en este caso, la de financiar con recursos públicos de la salud tratamientos de infertilidad que se dirigen a un pequeño grupo de la población con un altísimo costo para el sistema”[5]. Agregó que lo anterior afecta la disponibilidad limitada de dineros del sector que se destinan a cuestiones más prioritarias en salud para la población.

5. Puntualizó que la LES “estableció el alcance y límite del derecho fundamental a la salud y definió cuál es su naturaleza y contenido”[6], destacando que en su artículo 15 se estatuyeron las reglas para tal efecto, a saber:

“... ii. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los criterios definidos en dicho artículo, a partir de los cuales, ‘[l]os servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.’ También señaló que ‘se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión.’

iii. Y que ‘[p]ara ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente’.”[7] (Subrayas originales).

Resaltó que tanto el listado de exclusiones como “la ampliación progresiva de los beneficios en salud se debe[n] realizar a través de un mecanismo que defina el legislador, que debe ser técnico – científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente”[8].

Al respecto, agregó que “una tecnología o servicio en salud que sea incorporado en el listado de exclusiones no podrá hacer parte de los beneficios en salud que se amplíen, así como la ampliación de determinado servicio o tecnología en salud por el legislador ordinario impediría su inclusión en el listado de exclusiones. Es por esta razón que la Corte consideró

ajustado a la Constitución que la LES estableciera el mecanismo para realizar estas dos acciones: i) para definir el listado de exclusiones, y ii) para la ampliación de beneficios”[9].

6. En esos términos, estimó que la financiación de tratamientos de infertilidad con recursos públicos infringe el citado artículo 15 de la LES y, por ende, resulta inconstitucional, al contravenir las reglas determinadas en materia de competencia y procedimiento de determinación de exclusiones y ampliación de servicios y tecnologías en salud, pues “la violación de la norma estatutaria implica, a su vez, la transgresión de la Constitución”[10].

Vulneración de las normas de competencia para definir el listado de exclusiones

7. A juicio del Gobierno, el proyecto de ley objetado “desconoce que el nuevo plan de beneficios será implícito y que a través del listado explícito de exclusiones se irá limitando el acceso a las prestaciones de salud que no cumplen con cualquiera de los requisitos establecidos en el artículo 15”[11].

Al tiempo que contraviene la labor encomendada exclusivamente al Ministerio de Salud y Protección Social, dada su condición de rector de la política pública, para determinar el catálogo de servicios que el sistema no garantizará, impidiéndole “establecer si alguno o varios de los tratamientos para la infertilidad deben ser excluidos del plan de beneficios, por enmarcarse en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 15 de la LES. (...) El sistema de salud y el tránsito hacia la concepción integral de la salud no es viable si no se hace con fundamento en reglas claras, transparentes y equitativas”[12].

En tal sentido, coligió que el legislador ordinario no respetó la competencia asignada a la Cartera de salud, la cual además supone la realización previa de un procedimiento técnico-científico de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

8. Resaltó que la participación de la comunidad en la determinación del listado de servicios con cargo al erario público ha sido definida por instancias internacionales como la Organización Mundial de la Salud[13] y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU[14], como también en el ámbito interno por la Corte Constitucional. Así, en la sentencia T-760 de 2008 se reiteró que toda política pública orientada a

garantizar el derecho fundamental a la salud debe cumplir unas condiciones básicas, entre ellas, que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política permitan la participación de los interesados.

De tal manera, afirmó que “la existencia de un procedimiento en el que participen los pacientes, los médicos, los expertos, las asociaciones de profesionales y usuarios, que sea público y transparente, tiene una relevancia especial que fue ignorada por el legislador ordinario al haber ordenado directamente la financiación de los tratamientos de infertilidad con recursos públicos, sin haberse adelantado el proceso de consulta a la población que tiene el derecho de presentar una opinión, no sólo sobre la exclusión de un beneficio, sino también sobre su ampliación”[15].

En efecto, señaló que el artículo 4º del proyecto de ley objetado desconoce los artículos 1º y 2º superiores en relación con el principio de participación democrática, así como el artículo 15 de la LES, comoquiera que “el legislador ordinario desconoció un elemento estructural del derecho fundamental a la salud, cual es el mecanismo que exige el legislador estatutario para ampliar progresivamente los beneficios en salud y para establecer las prestaciones en salud que serán excluidas”[16].

9. A manera conclusiva, el Gobierno aseguró que el referido contenido estatutario no resulta acorde con la definición expresa de las prestaciones cubiertas por el sistema a través de leyes ordinarias. Además, sintetizó las razones que sustentan la primera objeción en los siguientes términos: “no se considera conveniente, ni viable constitucionalmente, que por la vía legislativa ordinaria se establezcan de manera directa inclusiones de prestaciones de salud. Ello derivaría en (i) un desajuste del esquema para el establecimiento de los beneficios del Sistema de Salud adoptado por una ley estatutaria, (ii) una limitación para la labor conferida en el marco institucional colombiano al Ministerio de Salud y Protección Social y (iii) una violación del derecho de los ciudadanos a participar de forma directa y efectiva en la toma de decisiones sobre los servicios de salud que se deben financiar con los recursos públicos y que delimitan el contenido del derecho fundamental a la salud”[17] (negrilla fuera de texto original).

Segunda objeción de inconstitucionalidad e inconveniencia por violación del criterio de sostenibilidad fiscal

10. El Gobierno adujo que el artículo 4º del proyecto de ley resulta contrario al artículo 334 de la Constitución, así como a los artículos 5º y 6º de la LES y 7º de la Ley Orgánica 819 de 2003, debido a que afecta la sostenibilidad fiscal del sistema de salud.

Violación del criterio de sostenibilidad fiscal

11. Señaló que el sistema de salud tiene integrada la sostenibilidad fiscal como un criterio al tenor del artículo 334 superior y como un principio de conformidad con el artículo 6 de la LES. Expuso la utilidad de la herramienta dispuesta en el referido precepto constitucional, destacando las motivaciones planteadas por el Ministerio de Hacienda para justificar su importancia en el progreso económico del país.

En esa medida, el criterio de sostenibilidad fiscal compromete a todas las ramas del poder público imponiendo “a todos los funcionarios públicos el deber de tomar conciencia sobre la importancia de que el gasto público sea sostenible en el tiempo, de tal forma que éste no supere los ingresos disponibles o la capacidad de pago que tiene el Estado”[18]. De tal forma, el Congreso al ejercer sus potestades constitucionales, también debe velar por su acatamiento.

Además, consideró que la consagración de este mandato en la ley estatutaria busca garantizar progresivamente el goce efectivo del derecho a la salud, puesto que los recursos del sistema son limitados y no se deben asumir compromisos de imposible cumplimiento. Al respecto, afirmó:

“Si bien es deseable contar con normas con objetivos altruistas que en el texto asignen mayores derechos de carácter prestacional a diferentes grupos poblacionales, cierto es que estas disposiciones pueden terminar afectando la sostenibilidad del Sistema y poner en riesgo la prestación de los beneficios en salud que ya se encuentran financiados.

Siendo ello así, el Gobierno no encuentra justificación para destinar y priorizar cuantiosos recursos de la salud para financiar tratamientos de infertilidad, sin el respaldo de criterios de orden técnico y científico, y en abierta oposición a la sostenibilidad establecida en la Constitución y en la Ley Estatutaria de Salud.”[19]

Así las cosas, aseguró que teniendo en cuenta que el costo de dichos tratamientos puede

oscilar entre \$3 billones para la población estrato 1 y \$13 billones para todos los beneficiarios, es evidente la afectación de la sostenibilidad de las finanzas del sector y, por ende, de los artículos 334 superior y 6º de la LES.

Desconocimiento de las reglas orgánicas y estatutarias de impacto fiscal

12. El Ejecutivo indicó que también se contravienen disposiciones orgánicas y estatutarias sobre impacto fiscal, como el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, norma que exige que el impacto fiscal de todo proyecto de ley debe hacerse explícito y compatible con el marco fiscal de mediano plazo, por lo cual en la exposición de motivos debe incluirse el costo estimado y la fuente de ingreso adicional para su financiamiento.

Puntualmente, respecto del proyecto objetado aseveró que “no se atendió esta premisa, en tanto el Congreso durante el trámite del proyecto de ley, pese a que se explicitó por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el costo de dichas inclusiones a través de los conceptos publicados en las Gacetas del Congreso 173/16, 692/16, 874/16, 1077/16 y 437/17, se limitó a reconocer la existencia de un impacto fiscal sin que hubiera previsto en el texto de la ley las fuentes adicionales que garantizarán el financiamiento del gasto que dicha ley establece.”[20]

A partir de lo anterior, concluyó que se desconoce el deber del legislador de garantizar la financiación sostenible de los servicios en concordancia con el artículo 334 constitucional y el artículo 6 de la LES.

13. Aunado a ello, refirió que literal i) del artículo 5 de la LES impone al Estado la obligación de “adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población”.

En consecuencia, estimó que el proyecto objetado compromete la financiación sostenible del sistema de salud, toda vez que el mismo cuenta anualmente con un presupuesto de \$40 billones que garantiza el aseguramiento de 44.5 millones de afiliados; mientras que los tratamientos de infertilidad, que según afirmó requieren 3 o 4 ciclos, tienen un gasto promedio \$3 billones de pesos para los beneficiarios de estrato 1 y hasta \$13 billones para la población en general.

En razón de lo expuesto, determinó que se ponen en peligro las coberturas alcanzadas en materia de población y beneficios, con sustento en que “[a]umentar los costos con nuevos beneficios sin simultáneamente crear nuevas fuentes o modificar las existentes, (i) genera desequilibrios financieros al Sistema de Salud con efectos fiscales dada la participación de la Nación en la cofinanciación de los regímenes Contributivo y Subsidiado; (ii) limita el acceso de la población afiliada a los demás servicios y tratamientos en salud que el Sistema suministra y; (iii) compromete la progresividad del gasto público social que la Constitución Política ordena, teniendo en cuenta que los sistemas de salud enfrentan dinámicas de gasto derivadas del crecimiento y envejecimiento de la población y de la innovación tecnológica, principalmente”.[21]

Por consiguiente, el proyecto es inconstitucional e inconveniente en tanto el Congreso no observó las reglas orgánicas y estatutarias en relación con el deber de fijar las fuentes alternativas de financiación de los costos adicionados al sistema.

Impacto fiscal del proyecto de ley

14. Aseveró que el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS), a petición del Ministerio de Salud y Protección Social, adelantó un estudio titulado “Análisis del impacto fiscal de las técnicas de reproducción asistida de inseminación artificial homóloga y heteróloga y fecundación in vitro / micro-inyección intracitoplasmática para población infértil en Colombia”, cuya actualización más reciente fue en el año 2017, con información correspondiente a 2015.

En tal documento, se determinó que aproximadamente 2.051.424 parejas pueden conformar la población objetivo de análisis, de las cuales, en promedio, 235.914 pueden ser infértiles, conforme a los porcentajes arrojados por la literatura especializada. Ahora bien, el examen se centró en la población de estrato 1 (22.3 %) por lo cual se dirigió a 52.609 parejas, concluyendo que:

“El esfuerzo fiscal total para el SGSSS de incluir los tratamientos de infertilidad IIU[[22]] (baja complejidad) y FIV/ICSI[[23]] (alta complejidad), al sumar lo expuesto en los dos numerales anteriores, sería de \$1.004.464.millones, en pesos de 2015 en un solo ciclo. El 98% de este monto estaría asociado a los tratamientos de alta complejidad. No obstante, por término medio en un tratamiento IIU se llevan cabo tres a cuatro ciclos de

inseminación debido a que la mayoría de los embarazos ocurren dentro de los primeros 4 ciclos de tratamiento y, en ese sentido, se intentan 3 a 4 ciclos de inseminación con inducción ovulatoria. Por consiguiente, si se considera la política de cubrir 3 ciclos por tratamiento, escenario que aplica tanto en procedimientos de alta como en baja complejidad, el esfuerzo fiscal para el SGSSS sería de \$3.013.392.millones (\$3 billones)[24]”.[25]

Con ocasión de los datos expuestos, coligió que si este beneficio se extendiera al promedio de parejas infértiles (235.914 aproximadamente), se incrementaría 4.5 veces el impacto fiscal calculado, superando los \$13 billones de pesos.

Tercera objeción de inconstitucionalidad por violación de los principios de eficiencia y equidad

15. En criterio del Gobierno Nacional, el proyecto de ley de la referencia desconoce los principios de eficiencia y equidad estatuidos en los artículos 48 de la Constitución y 6 de la LES, comoquiera que pone en riesgo la prestación del servicio de salud a la mayoría de la población –a pesar de que la efectividad de los TRA es muy limitada– y afecta a los usuarios con menor capacidad de pago.

Violación del principio de eficiencia

16. Adujo que la eficiencia está directamente ligada a la materialización del derecho a la salud, pues existen muchas necesidades pero recursos limitados. Destacó que la sentencia C-978 de 2010 estipuló que “[e]l principio de eficiencia consagrado en la norma superior, y desarrollado en la Ley 100 de 1993, es entendido como la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.”

En tal sentido, indicó que la Corte ha advertido la inconstitucionalidad de la inclusión de costos irracionales en el SGSSS, ya que dada su ineficiencia, son barreras para la garantía de la universalidad y de la calidad en la atención, para lo cual citó, en extenso, la sentencia C-1489 de 2000.

Específicamente, respecto del proyecto de ley sub examine, el Gobierno advierte la

imposición de cargas y costos excesivos al sistema, lo cual amenaza el acceso a los servicios de la mayoría de afiliados, por la financiación de un tratamiento cuya efectividad no está demostrada.

Por ello, aseveró que la sanción del proyecto objetado, obligaría a que se destinen aproximadamente \$13 billones, de los \$40 billones que componen el presupuesto total en materia de salud, para beneficiar exclusivamente una población estimada de 235.914 parejas. En este punto, destacó que de conformidad con la literatura especializada, los porcentajes de éxito de estos tratamientos oscilan entre 5% y 70%, sin embargo son controversiales y dependen de variables como la edad, el grado de disfunción ovárica y disfunción cervical.

En relación con lo expuesto, reiteró que “la destinación de recursos públicos al tratamiento de la infertilidad no tiene garantía de eficiencia en su asignación, dadas las tasas de efectividad esperadas de los tratamientos de infertilidad.”[26]

Violación del principio de equidad

17. A partir del concepto incluido en el artículo 6 de la LES, enunció que el principio de equidad “implica un mandato al Estado para adoptar medidas diferenciales para el goce efectivo del derecho a la salud, lo cual permite evitar situaciones como aquellas en las que los recursos escasos del Sistema financian las necesidades de los más privilegiados a expensas de la desprotección de los más necesitados.”[27]

En tal contexto, afirmó que el impacto en las finanzas del sistema que se puede producir con el proyecto de ley objetado afecta en mayor proporción a la población con menor capacidad de pago o con enfermedades más costosas, con lo cual se conculca abiertamente el referido principio, pues “se traduce en la desfinanciación de los servicios que actualmente presta el Sistema, toda vez que no se ha previsto una fuente adicional de recursos para su realización. Ello implica la desprotección de la población más necesitada, cuya atención en salud depende directamente de la provisión de servicios por parte del Sistema, pues su capacidad de pago le restringe la posibilidad de acceder a los servicios requeridos con recursos propios.”[28]

El Gobierno consideró que tales riesgos no fueron previstos por el legislador con la simple

inclusión del imperativo de constatar la capacidad económica de que trata el artículo 4 del proyecto de ley, “en razón a que los mecanismos de discriminación por ingresos previstos en el complejo andamiaje administrativo del Sistema de Salud[29] no están en condiciones de establecer con certeza la capacidad económica de la pareja a tratar, de tal forma que sea posible negar la prestación de servicios por este concepto, lo cual implicaría que toda la población afiliada al Sistema con dificultades en materia de infertilidad terminaría demandando el acceso a estos tratamientos.”

Cuarta objeción por inconveniencia: el país cuenta con una política pública de prevención de la infertilidad

18. El Gobierno mencionó que el país cuenta con una Política Nacional de Sexualidad y Derechos Sexuales y Reproductivos 2014 -2021 (PNSDSR) y una Política de Atención Integral en Salud, “como lineamientos encaminados a lograr la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, soportada en instrumentos de derecho internacional”.

19. Según explicó, esa política atiende las obligaciones del Estado previstas en la Ley 1751 de 2015, cuyo artículo 5° establece que en la adopción de la regulación y políticas en materia de salud se debe prever su sostenibilidad desde el punto de vista financiero y en la garantía de ese derecho los avances deben hacerse de manera razonable y progresiva.

Aclaró que dentro del plan de beneficios en salud se incluyen tecnologías para el diagnóstico de la infertilidad, como consulta médica especializada, juntas médicas, interconsultas y valoraciones, tanto por urgencias, como en internación. Sin embargo, recordó que “lo que se ha venido estableciendo técnicamente es que la infertilidad tiene una prevalencia baja dentro de la población colombiana, mientras que el esfuerzo fiscal que tendría que hacer el Estado es bastante considerable dado el alto costo de los tratamientos mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción - Asistida”[30], lo que supondría una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias para la población en general.

20. De otro lado, sostuvo que el deber del Estado es garantizar el derecho a la salud bajo una concepción de integralidad. Siendo así, “la adopción de medidas aisladas en materia de inclusiones o exclusiones en el Plan de Beneficios, como la prevista en el proyecto de ley en comento, no consulta los criterios técnicos establecidos legalmente para la inclusión de

procedimientos en dicho Plan, lo que per se deviene en la inconveniencia de esta clase de medidas”[31].

21. Más adelante, indicó que no consideraba necesario contar con un registro único de centros de fertilidad autorizados, previsto en el artículo 6° del proyecto, por cuanto el Sistema Único de Habilitación cuenta con el aplicativo del Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS), en el cual los prestadores deben inscribirse y habilitar los servicios de salud que pretendan ofrecer y prestar.

22. Finalmente, el Gobierno cuestionó como inconveniente el artículo 4 del proyecto, porque no corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social regular aspectos como la condición de salud de la pareja infértil, el número de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse y el tipo de infertilidad. A su juicio, “esto corresponde a actos reservados al profesional de la salud, quien en ejercicio de su autonomía médica, es el llamado a conocer y definir la tecnología y los procedimientos de reproducción humana asistida que requiera el paciente”[32].

IV. ACTUACIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA FRENTE A LAS OBJECIONES GUBERNAMENTALES

La Comisión Accidental del Senado de la República y de la Cámara de Representantes propuso a las respectivas plenarias declarar infundadas las objeciones gubernamentales e insistir en la constitucionalidad del proyecto de ley. Para el efecto, presentó los siguientes argumentos:

Respuesta a la objeción de inconstitucionalidad por violación del artículo 15 de la LES y del principio de democracia participativa

1. Señaló que el artículo 4 del proyecto de ley no establece beneficios en salud de forma aislada y particular, pues dispone el acceso a las Terapias de Reproducción Asistida (TRA) en el marco de una política pública participativa que deberá ser orientada por el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social.

Bajo ese entendido, hizo alusión a la línea jurisprudencial desarrollada por esta Corporación en materia de acceso excepcional a las TRA.

En primer lugar, mencionó que antes del año 2014, la Corte decidía las solicitudes de tutela orientadas a obtener el suministro de tratamientos de fertilidad de acuerdo con las siguientes subreglas: (i) la acción de tutela es improcedente para acceder a las TRA, dado que estas se encuentran expresamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud (POS) –ahora plan de beneficios en salud–; (ii) en virtud del principio de libertad de configuración, el legislador puede excluir legítimamente los tratamientos de fertilidad del POS; (iii) su costo excesivo representa una disminución en el cubrimiento de servicios de salud prioritarios; y (iv) el derecho a la procreación no puede extenderse hasta el punto de constreñir a la Administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce.

No obstante, con fundamento en el principio de continuidad en la prestación del servicio médico y del derecho al diagnóstico, la Corte matizó dicha línea en algunos casos al garantizar el derecho fundamental a la salud luego de constatar que (i) el tratamiento de fertilidad ya había iniciado y la Empresa Promotora de Salud (EPS) lo había interrumpido injustificada y abruptamente; (ii) lo solicitado por el accionante era la práctica de exámenes con el fin de diagnosticar la causa de la infertilidad; y (iii) la infertilidad era consecuencia de otra enfermedad que afectaba la salud, la integridad física o la vida del paciente.

Acto seguido, explicó que según la jurisprudencia vigente de la Corte “el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos”[34].

Para fundamentar lo anterior, hizo alusión a las consideraciones de la sentencia T-528 de 2014 en la cual la Corte advirtió que la exclusión absoluta del POS de los tratamientos de fertilidad podría vulnerar los derechos fundamentales a la salud, a la autonomía personal, a la integridad física y psicológica y a la libertad reproductiva y, en consecuencia, exhortó al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social, para que revisara “la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fecundación in vitro, e inici[ara] una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan

Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas”[35].

Luego, se refirió a la sentencia T-274 de 2015, oportunidad en que esta Corporación señaló, entre otras consideraciones, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica-, así como a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, “los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros”[36].

3. Con fundamento en lo anterior, la Comisión Accidental señaló que el mecanismo de exclusión incorporado en la LES no limita per se la posibilidad de que el legislador amplíe de manera progresiva los beneficios en salud, sino que plantea la necesidad de hacerlo mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, que será definido por ley.

Sin embargo, mencionó que “a la fecha tal procedimiento no se encuentra definido, situación que no debe tomarse como argumento para fundamentar la inmutabilidad de los beneficios del sistema cuando existen razones técnico-científicas definidas que habilitan su vinculación cimentadas bajo el principio de progresividad”[37]. Además, aclaró que la iniciativa legislativa es respetuosa de las atribuciones asignadas por la LES al Ministerio de Salud y Protección Social porque reconoce su competencia para reglamentar las TRA y la manera en que estas serán incluidas en el Plan de Beneficios.

4. Respecto del cargo por violación del principio de democracia participativa, precisó que la iniciativa promueve los lineamientos en los cuales se debe desarrollar la política pública de infertilidad, cuya estructuración le corresponde al Gobierno por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social que tiene a su cargo elaborar los mecanismos que garanticen la participación en las diferentes etapas del plan[38].

Mencionó que durante el trámite legislativo, concretamente en octubre de 2016, se celebró una audiencia pública con distintos sectores (Ministerio de Salud, comunidad científica, beneficiarios de la medida, universidades, entre otros), con el fin de debatir la posibilidad de incluir las TRA en el Plan de Beneficios en Salud. Refirió que en esta audiencia se

recibieron las siguientes observaciones: i) inexistencia de una política nacional frente a la infertilidad como una enfermedad de interés público que atenta contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos; ii) deficiencias en el sistema de salud para la formulación de diagnósticos y tratamiento oportuno; iii) deficiente acceso a información y esquemas de prevención de infertilidad y enfermedades asociadas; iv) reconocimiento de tratamientos de fertilidad por parte de las EPS mediante procedimiento judicial (tutela) como único mecanismo de garantía a la protección del derecho a la salud sexual y reproductiva; y v) costo e impacto fiscal al Sistema de Seguridad Social en Salud por la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida al POS[39].

Respuesta a la objeción de inconstitucionalidad e inconveniencia por violación del criterio de sostenibilidad fiscal

5. Explicó que el reconocimiento de garantías fundamentales en el Estado social de derecho no puede limitarse por el impacto fiscal que genere la ampliación de los beneficios. Al respecto, consideró inaceptable que después de más de 20 años de la expedición de la Ley 100 de 1993 “el Estado continúe dando la misma respuesta a las personas que padecen infertilidad, a sabiendas que el sistema de seguridad social en salud debe ser progresivo y más aún cuando varios países de América Latina con una situación económica, social y política similar a la de Colombia han avanzado en las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida y/o en su inclusión en el sistema público de salud”[40].

6. Puso de presente que en la actualidad el sistema de salud vulnera los derechos a la salud y a la libertad reproductiva de 235.914 parejas. En este punto, recordó que el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. A juicio de la Comisión Accidental, “la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y el derecho a conformar una familia; por ello, también en estos casos se aplica la cláusula que prohíbe su afectación, limitación o negación por razones de sostenibilidad fiscal”[41].

Sobre este particular, hizo mención a las consideraciones de la sentencia C-625 de 2010

cuando la Corte explicó que el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 “debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las leyes que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del Ministerio de Hacienda”[42].

Respuesta a la objeción de inconstitucionalidad por violación del principio de eficiencia y equidad

7. La Comisión Accidental adujo que no puede establecerse una interpretación aislada “de los principios normativos que vinculan la realización del derecho a la salud”, porque así como la ley plantea la necesidad de proteger en condiciones de equidad a la población vulnerable, también reconoce en cabeza del Estado “la obligación de promover la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías en salud, la mejora en su prestación” y de reducir gradual y continuamente “las barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”[43].

Así mismo, señaló que en los últimos cinco años de avance jurisprudencial, la Corte Constitucional le ha propuesto al Gobierno establecer progresivamente dentro del sistema de salud la posibilidad de incluir los tratamientos de fertilidad.

Respuesta a la objeción por inconveniencia ante la existencia de una política pública de prevención de la infertilidad

8. La Comisión Accidental puso de presente que el proyecto de ley no plantea un desconocimiento de la política pública referida, al contrario “promueve la construcción de una política pública específica, diferencial y especial de infertilidad para garantizar el pleno ejercicio de estos derechos [sexuales y reproductivos]”. Además, aclaró que la iniciativa atiende a las exhortaciones dadas por la Corte en la sentencia T-528 de 2014 e induce una discusión pública y abierta de la política pública.

V. INTERVENCIONES

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Salud y Protección Social y Secretaría

1. De manera conjunta, las referidas entidades reiteraron los argumentos expuestos en el escrito de objeciones presentado por el Gobierno Nacional. Adicionalmente, afirmaron que suministrar los tratamientos de fertilidad de inseminación artificial intrauterina –con semen del cónyuge o donante– y de fecundación in vitro con o sin inyección intracitoplasmática de espermatozoides a todas las parejas que tengan problemas de infertilidad, tendría un costo para el año 2018 de 15 billones de pesos, es decir, 2 billones de pesos más que en el año 2017[44].

Departamento Nacional de Planeación

2. Solicitó a la Corte que declare fundadas las objeciones gubernamentales, insistiendo en lo sostenido por el Gobierno Nacional en el escrito de objeciones respecto de la violación del criterio de sostenibilidad fiscal y del artículo 15 de la LES.

3. Adicionalmente, manifestó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1473 de 2011, el criterio de sostenibilidad fiscal es una herramienta de estabilización del ciclo económico que permite garantizar la concordancia entre el crecimiento del gasto y la evolución de los ingresos a largo plazo, mediante una regla fiscal. En armonía con esta definición, el artículo 39 del Decreto 111 de 1996, que compiló las normas que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto, establece que “los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del Proyecto Anual del Presupuesto General de la Nación serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el Plan Nacional de Inversiones”[45]. (Negrilla original).

Así mismo, en las sentencias C-157 de 1998 y C-290 de 2009, la Corte sostuvo que corresponde al Gobierno decidir los gastos ordenados por las leyes que se incluyen en la ley anual de presupuesto. En consecuencia, una norma que ordene con carácter imperativo o perentorio la apropiación en el presupuesto de sumas indispensables para ejecutar el gasto autorizado es inconstitucional, por cuanto desconoce el reparto de las competencias relativas al gasto entre el legislador y el Gobierno.

Por lo anterior, las leyes y proyectos de ley que generen gasto, como el objetado por el

Gobierno Nacional, tienen que considerar el equilibrio que debe existir entre los ingresos y los gastos públicos, garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas en el mediano plazo, asignar los recursos teniendo en cuenta las disponibilidades de ingresos y las prioridades del gasto y utilizar eficientemente los recursos en un contexto de transparencia, así como la distribución de competencias entre el legislador y el Gobierno Nacional.

4. De otra parte, aseguró que en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011, el plan de beneficios en salud deberá actualizarse integralmente una vez cada 2 años “atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”[46]. Para el cumplimiento de esta norma, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2562 de 2012 que creó la Comisión Asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud, encargada de proponer acciones para que se realicen las actualizaciones al plan de beneficios con cargo a la UPC, conforme a la metodología aprobada por el Ministerio de Salud y Protección Social, que ha sido aplicada en los años 2013, 2015 y 2017.

Esta metodología prioriza la inclusión de servicios y tecnologías de acuerdo con los siguientes criterios, que fueron definidos con participación de la ciudadanía: (i) gravedad de la enfermedad o condición de salud; (ii) mejora de eficacia/efectividad; (iii) tipo de beneficio clínico; (iv) mejora de seguridad y tolerancia y (v) necesidad diferencial en salud (cronicidad y paliación). Adicionalmente, en aplicación de esta técnica, toda tecnología que sea incluida en el plan de beneficios deberá contar con un estudio técnico en donde se evalúen los criterios descritos y se justifique su incorporación.

5. Por las razones expuestas, “la inclusión de los métodos de prevención de la infertilidad y su tratamiento deberían ser sometidos a los procesos señalados para la incorporación al Plan de Beneficios, en los cuales se evalúan los criterios de priorización de las tecnologías señaladas como su efectividad y seguridad, y además se tienen en cuenta el peso de la condición dentro de la carga de enfermedad, las condiciones de vulnerabilidad de la población atendida y la disponibilidad de recursos financieros para la atención de todas las necesidades de salud de la población”[47].

Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi)

6. Solicitó a la Corte Constitucional que declare fundadas las objeciones gubernamentales, para lo cual reiteró las razones expuestas por el Gobierno en relación con la violación de la sostenibilidad fiscal y de los principios de eficiencia y equidad.

7. Además, afirmó que el Congreso de la República se equivoca al considerar que en el presente caso el principio constitucional de democracia participativa se satisfizo con la realización de una audiencia pública, pues en concordancia con lo preceptuado en el artículo 15 de la LES, para la ampliación de los beneficios en salud, ello solo se materializa mediante la puesta en marcha del mecanismo técnico-científico de carácter público, colectivo, participativo y transparente que para el efecto debe definir el legislador ordinario.

En este sentido, manifestó que “mal podría entenderse que el incumplimiento por parte del Congreso de la obligación de determinar el citado mecanismo técnico científico, lo faculte para definir la ampliación de las prestaciones con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, o que dicho incumplimiento puede remediarse con la realización de audiencias públicas en el trámite legislativo”[48].

8. Por otra parte, consideró imperativo que para cada prestación adicional que se incluya, se prevea una nueva fuente de financiación en tanto los recursos del sistema son limitados. Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en la sentencia T-760 de 2008, a saber “el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”[49].

Así las cosas, determinó que en este contexto de carencia de recursos, no es adecuado presumir que los existentes podrían alcanzar para que el Estado cubra aquellos tratamientos de que trata el proyecto de ley, máxime ante su alto costo, su relativa efectividad y el que no obedecen a patologías que comprometan la vida.

Por ende, el artículo 4 del proyecto de ley, podría afectar la estabilidad financiera del sistema y perjudicar la prestación de servicios a millones de usuarios, especialmente a los de más bajos recursos. De esta manera, el proyecto de ley también resulta contrario al derecho fundamental a la igualdad y al artículo 5 de la LES, a cuyo tenor el Estado (i) debe

abstenerse de afectar directa o indirectamente el disfrute del derecho fundamental a la salud; (ii) privarse de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y (iii) formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades.

9. Por último, agregó que la actual normativa no es indiferente en materia de coberturas para el diagnóstico de la infertilidad, ya que la Resolución 5269 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social prevé procedimientos y servicios orientados al diagnóstico de la infertilidad, así como el tratamiento de otras patologías que de manera indirecta afectan la procreación como los trastornos autoinmunitarios y endocrinos, el cáncer y la enfermedad tiroidea.

10. De manera extemporánea, intervinieron la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (Profamilia) y la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. El Viceprocurador General de la Nación, con funciones de Procurador General de la Nación, solicitó devolver al Congreso de la República el proyecto de ley de la referencia con el objeto de que en segundo debate considere la objeción de inconstitucionalidad e inconveniencia formulada por el Gobierno Nacional por violación del criterio de sostenibilidad fiscal, comoquiera que esta solo fue tramitada por la plenaria de las cámaras como una objeción de inconveniencia. Subsidiariamente, y en caso de que la Corte opte por proferir una sentencia de fondo, solicitó declarar infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno.

2. Aseguró que la Comisión Accidental del Senado de la República y de la Cámara de Representantes solo se pronunció frente a las objeciones gubernamentales de inconstitucionalidad referidas a la violación i) del artículo 15 de la LES y del principio de democracia participativa, y ii) de los principios de eficiencia y equidad. La objeción de inconstitucionalidad e inconveniencia por violación del criterio de sostenibilidad fiscal solo fue considerada como una objeción de inconveniencia.

En consecuencia, consideró necesario que la Corte determine si sobre la objeción de inconstitucionalidad e inconveniencia por violación del criterio de sostenibilidad fiscal

procede adoptar una decisión de fondo. Lo anterior, toda vez que de la lectura del artículo 167 de la Constitución se desprenden tres soluciones hermenéuticas. De acuerdo con lo dispuesto en la citada norma, cuando las cámaras insisten en la aprobación de un proyecto de ley objetado por el Gobierno Nacional por razones de inconstitucionalidad, el mismo debe ser remitido a la Corte para que ella decida sobre su exequibilidad.

Una primera interpretación consiste en que el Congreso de la República incurrió en un error al tramitar la objeción en cuestión solo de inconveniencia, lo que “ameritaría la devolución del expediente a la Corporación legislativa para subsanar la omisión”, siendo esta “la opción que garantiza de mejor manera los principios constitucionales”[50].

En una segunda opción “se podría entender que respecto de la objeción constitucional presentada por el Ejecutivo, el Congreso no insistió en su postura y que, al ser esta una carga para el mismo, se debe declarar que la objeción prosperó y por ende procede el archivo del proyecto”[51].

Por último, se podría asumir que el error en que incurrió el Congreso es de tipo formal, ya que la Comisión Accidental sí expuso argumentos sustanciales de orden constitucional para demostrar que el proyecto de ley no vulnera el criterio de sostenibilidad fiscal, de suerte que se debe concluir que la objeción sí fue declarada infundada por las cámaras y que, por tanto, la Corte es competente para emitir un pronunciamiento de fondo.

3. En todo caso, dado que el proyecto de ley solo establece los lineamientos de una política pública que debe ser adelantada por el Gobierno Nacional y que, en esa medida, no incorpora al sistema prestaciones que generen una carga presupuestal específica ni implica variaciones sobre la manera en que actualmente se garantiza el derecho fundamental a la salud de los usuarios, se debe concluir que la iniciativa no transgrede la sostenibilidad fiscal y los principios de eficiencia y equidad.

De hecho, el artículo 4 del proyecto de ley prevé que corresponde al Gobierno reglamentar las condiciones y requisitos de acceso a los tratamientos de reproducción asistida y no indica que estas deban incluirse en los beneficios del Sistema. Esta atribución le permitirá al Gobierno regular aspectos sensibles e importantes de los referidos servicios, de manera que la política pública que finalmente adopte observe, por un lado, los derechos fundamentales de los pacientes y usuarios del sistema y, por otro, el criterio de

sostenibilidad fiscal.

Sin embargo, para tal efecto el Gobierno deberá actuar con sujeción a las competencias y mecanismos prescritos en el artículo 15 de la LES, teniendo en cuenta las decisiones en las cuales la Corte ha sostenido que la exclusión general de las TRA resulta inconstitucional. Sobre este último punto, agregó que en la sentencia T-398 de 2016 se plantearon algunas reservas frente a los criterios trazados en la sentencia T-274 de 2015. En la citada oportunidad, esta Corporación aclaró que nunca ha concedido la protección de los derechos fundamentales invocados para enfrentar la infertilidad, en razón de que los recursos del sistema de salud son limitados y su destinación debe estar guiada por criterios de racionalización y priorización.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Gobierno Nacional, según lo disponen los artículos 167 y 241.8 de la Constitución Política.

No ocurre lo mismo con las objeciones por inconveniencia entendidas como “un mecanismo de control político legítimo que ejerce el Presidente respecto del Legislador”[53], ya que según lo establecido en el artículo 167 superior se ha de imponer el criterio del Congreso de la República, con la única exigencia de que la mayoría de los miembros de una y otra cámara insista en la aprobación del texto original. Por lo demás, el artículo 199.2 de la Ley 5ª de 1992 dispone que “si fuere por inconveniencia y las Cámaras insistieren, aprobándolo por mayoría absoluta, el Presidente sancionará el proyecto sin poder presentar nuevas objeciones”. En esos términos, este Tribunal ha reiterado que no ostenta ninguna competencia para realizar un pronunciamiento sobre esa clase de objeciones[54].

Por consiguiente, el cuarto reparo formulado por el Gobierno Nacional bajo el título “objeción de inconveniencia – el país cuenta con una política pública de prevención de la infertilidad”, no será objeto de pronunciamiento alguno comoquiera que excede el ámbito de las potestades consagradas en el texto superior para este Tribunal, las cuales en materia

de objeciones gubernamentales se restringen a las propuestas por razones de inconstitucionalidad.

2. A fin de resolver el asunto de la referencia, la Sala se ocupará, en primer lugar, de verificar la insistencia del Congreso de la República en la objeción de inconstitucionalidad por violación del criterio de sostenibilidad fiscal. Posteriormente, se analizarán los requisitos formales de este trámite. Una vez agotado ese estudio, este Tribunal abordará el carácter fundamental de los derechos sexuales y reproductivos, al tiempo que reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Finalmente, se efectuará un pronunciamiento de fondo acerca de las objeciones planteadas por el Gobierno sobre el proyecto de ley número 123 de 2016 Senado - 082 de 2015 Cámara.

Cuestión previa: verificación de la insistencia del Congreso de la República sobre la objeción de inconstitucionalidad por violación del criterio de sostenibilidad fiscal

3. De manera preliminar al estudio formal y material de las objeciones, procede la Sala a resolver la petición elevada por el Ministerio Público en relación con disponer la devolución del proyecto de ley de la referencia al Congreso de la República, con el objeto de que en segundo debate se considere la objeción de inconstitucionalidad formulada por el Gobierno Nacional por violación del criterio de sostenibilidad fiscal, ya que a juicio de la Vista Fiscal esta fue tramitada únicamente como una objeción de inconveniencia y por tanto la devolución es la solución “que garantiza de mejor manera los principios constitucionales”.

4. En esa medida, esta Corporación deberá examinar si en el presente caso se satisfacen los presupuestos necesarios para que se habilite un pronunciamiento de fondo[55] respecto de los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por parte el Gobierno Nacional, a saber: i) el Gobierno hubiere objetado por motivos de inconstitucionalidad[56] y, ii) el Congreso insista en la aprobación del articulado objetado[57]. Al respecto, en la sentencia C-633 de 2016, esta Corporación sostuvo:

“[E]l elemento esencial para que la Corte pueda asumir la competencia de decidir definitivamente ‘sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales’[58], se halla en que, respecto de las objeciones por inconstitucionalidad, tal como lo dispone el artículo 167 del Texto Superior,

el Congreso de la República haya decidido insistir de manera pura y simple en la aprobación original del proyecto, o lo haya hecho a través de las modificaciones dirigidas a ajustar su texto[59]. De esta manera, la insistencia de las cámaras se erige en un presupuesto de procedibilidad para que la Corte pueda abordar el examen de las objeciones formuladas, pues de acogerse la oposición expuesta por el Gobierno, desaparece el conflicto que suscita la intervención de este Tribunal” (subrayas fuera de texto original).

Por tanto, la existencia de una objeción gubernamental por inconstitucionalidad y la insistencia de ambas cámaras para que se preserve el proyecto tal y como se aprobó inicialmente, constituyen el fundamento de la competencia de la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la objeción.

Así, una vez formulada la objeción se procede a devolver el proyecto de ley a las plenarias de las cámaras para que reconsideren toda la iniciativa o solo la disposición cuestionada[60], según corresponda, designen una comisión accidental para que realice el informe sobre las objeciones[61] y decidan si insisten en la sanción del texto originalmente aprobado, de acuerdo con las reglas previstas en la Constitución y en la ley.

En caso de que las plenarias decidan acoger la objeción procede el archivo del proyecto de ley (objeciones totales) o el retiro de la norma objetada (objeciones parciales). Por el contrario, si resuelven insistir en la aprobación de la iniciativa, la consecuencia depende del carácter de la objeción, es decir, si se trató de una objeción de inconveniencia o de inconstitucionalidad.

En el primer supuesto, primará la insistencia del Congreso; mientras que en el segundo, los artículos 167 y 241.8 constitucionales establecen que la Corte, en su calidad de garante de la supremacía e integridad de la Carta, es la encargada de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de la iniciativa.

5. Con fundamento en lo expuesto, pasa la Sala a determinar si es competente para decidir de fondo sobre la objeción de inconstitucionalidad por violación del criterio de sostenibilidad fiscal formulada por el Gobierno Nacional contra el proyecto de ley número 123 de 2016 Senado – 082 de 2015 Cámara.

Para el efecto, analizará brevemente el contenido de la objeción, así como el alcance de la

insistencia presentada por las cámaras, específicamente del informe elaborado por la Comisión Accidental y de su aprobación por las plenarias del Senado y de la Cámara de Representantes.

6. Como se indicó, el Gobierno Nacional objetó por inconstitucional e inconveniente el proyecto de ley de la referencia[62], entre otras razones, al estimar desconocidos los artículos 334 de la Constitución; 5, literal i) y 6, inciso 2, literal i) de la LES, que desarrollan la sostenibilidad fiscal; y 7 de la Ley Orgánica 819 de 2003, que prevé la exigencia de que los proyectos de ley que generen un impacto fiscal, establezcan la fuente de ingreso adicional para su financiamiento.

Para sustentar su oposición al proyecto de ley, el Gobierno sostuvo esencialmente que, conforme con un estudio realizado por el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud, a petición del Ministerio de Salud y Protección Social en el año 2015, financiar los tratamientos de fertilidad de inseminación artificial intrauterina y de fecundación in vitro para la población de estrato 1 tendría un costo cercano a los 3 billones de pesos, cifra que podría llegar a los 13 billones de pesos si se extiende a todas las parejas que podrían tener problemas de infertilidad. Según expresó el Gobierno, estas sumas equivalen al 7.5 % y 32.5 % del presupuesto total anual del sistema de salud, respectivamente.

Así mismo, afirmó que se desconoció el artículo 7 de la Ley 819 de 2013, y pese a que durante el trámite del proyecto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicó en varias oportunidades el impacto de la iniciativa para las finanzas del sistema, el Congreso de la República se limitó a reconocer la existencia del impacto fiscal, sin prever las fuentes adicionales que garantizarán el financiamiento del gasto que el proyecto de ley decreta.

7. El informe elaborado por la Comisión Accidental integrada durante el trámite, finalizó con la proposición de declarar infundadas las objeciones gubernamentales e insistir en la constitucionalidad del proyecto de ley[63].

Respecto de la objeción en cuestión, en el acápite titulado “2. De las objeciones por inconveniencia”, la Comisión señaló que en virtud del artículo 334 de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal en el Estado social de derecho no puede ser invocado para afectar o menoscabar, restringir o negar el alcance y protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la

intimidad personal y familiar y del derecho a conformar una familia.

Igualmente, precisó que de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, el concepto negativo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el impacto fiscal de los proyectos de ley, no puede ser interpretado como una barrera insalvable en el ejercicio de las competencias del Congreso de la República, ni como un poder de veto a la labor legislativa en cabeza de esa Cartera.

8. Ahora bien, según consta en el Acta N.º. 47 de la sesión plenaria del 20 de marzo de 2018[64], el Senado de la República consideró y aprobó el informe de la Comisión Accidental sobre las objeciones gubernamentales.

Particularmente, el debate sobre la objeción por violación de la sostenibilidad fiscal transcurrió según consta en la Gaceta 474 de 2018, así:

“La Presidencia indica a la Secretaría continuar con el siguiente punto del Orden del Día.

Proyecto de ley número 123 de 2016 Senado, 082 de 2015 Cámara, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

(...) La Presidencia abre la discusión del informe leído y concede el uso de la palabra a la honorable Senadora Nadia Georgette Blel Scaff.

Palabras de la honorable Senadora Nadia Georgette Blel Scaff.

(...) Este proyecto lo que busca es que se cree una política de infertilidad en nuestro país, este proyecto fue aprobado por la Plenaria del Senado y por la Cámara de Representantes, pero lastimosamente el Gobierno nacional presentó unas objeciones y la Comisión integrada por la Senadora Yamina y por mi persona solicitamos a la Plenaria que se declaren infundadas, precisamente porque este proyecto no genera ningún impacto de tipo económico, lo único que establece es que se cree una política de infertilidad en nuestro país y sea el Ministerio de Salud, quien conoce, quien maneja las políticas internacionales, que defina cuáles van a ser esos parámetros para acceder a esos tratamientos.

(...) por lo tanto, señor Presidente, yo sí le solicito a la Plenaria del Senado que acoja el

informe de la Comisión y se declaren infundadas las objeciones presidenciales.

(...) La Presidencia concede el uso de la palabra a la honorable Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella.

Palabras de la honorable Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella.

(...) Sí, Presidente, gracias, es que sí es bueno dejar claro que en el artículo 4º del proyecto que se acaba de aprobar, que yo voté negativo, lo hice porque aquí queda estipulado que con recursos públicos debe financiarse el tratamiento a las personas con infertilidad, con lo cual hay una carga grande sobre el presupuesto general y no hacen ningún tipo de distinción, me parece entonces que tenía razón el Gobierno en los argumentos sobre este proyecto de ley. Gracias, Presidente”.

De la misma forma, en la mencionada Gaceta se dejó constancia de que el senador Antonio José Correa Jiménez, quien formó parte de la Comisión Accidental, destacó algunos apartes de la respuesta consignada en el informe a la objeción por violación del criterio de sostenibilidad fiscal. En este sentido, hizo énfasis en que “las garantías fundamentadas en el Estado Social de Derecho no pueden encontrarse limitadas a las afectaciones económicas que implica la adaptación del sistema para materializar la protección. En esa medida, el Estado está llamado a asumir la garantía del costo del Estado Social de Derecho”.

Por su parte, en sesión plenaria del 4 de abril de 2018, la Cámara de Representantes consideró y aprobó el informe de las objeciones gubernamentales presentado por la Comisión Accidental, tal como se observa en el Acta N° 278 publicada en la Gaceta del Congreso 226 de 2018[65].

La discusión sobre la objeción gubernamental por violación del criterio de sostenibilidad fiscal se surtió en los siguientes términos:

“Dirección de la Presidencia, Rodrigo Lara Restrepo:

Siguiente punto señor Secretario.

Secretario General, Jorge Humberto Mantilla Serrano:

Informe de objeciones presidenciales al Proyecto de ley número 082 de 2015 Cámara, 123 de 2016 Senado, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

(...) Dirección de la Presidencia, Rodrigo Lara Restrepo:

Bueno, básicamente, esto fue básicamente presentado por el doctor Óscar Darío Pérez y Armando Antonio Zabaraín.

¿Sometemos simplemente a votación o piensan intervenir?

Doctor Zabaraín tiene la palabra.

(...) Gracias señor Presidente. Después de evaluar las objeciones de la Presidencia de la República, sacamos como conclusión que estas eran infundadas, porque lo decíamos, nos acogíamos a algo que ya los ponentes de los proyectos habían plasmado en cada uno de sus artículos, nosotros revisamos que en cuanto a la inconstitucionalidad, nos hablaban de costos, y allí mirábamos que la Ley 1752 del 2015 es clara, y perfectamente empata en lo que se busca en estos puntos, porque delimita para que no existan excesos en este tema, y ella dice claramente qué procedimientos no requerirían un respaldo en su realización, porque ellas pueden ser cosméticos o que no impactaran en la salud de las personas.

(...) Por esto señor Presidente, solicitamos a la Plenaria que nos acompañen en decirle al señor Presidente que no estamos de acuerdo con sus objeciones, que las consideramos improcedentes, y aprobemos el informe de ponencia que está radicado en este despacho. Gracias señor Presidente” (negrilla fuera de texto original).

9. En consonancia con lo expuesto, está demostrado que el Gobierno Nacional objetó el proyecto de ley de la referencia por considerar que el mismo era contrario al criterio constitucional y de conveniencia de sostenibilidad fiscal.

De igual forma, está probado que las cámaras se pronunciaron sobre la objeción en comento tanto en el informe de la Comisión Accidental como en el debate en las plenarias y que, en esa medida, insistieron en la aprobación del texto original del proyecto tanto por motivos de constitucionalidad como por motivos de conveniencia.

Al respecto, aunque en su informe la Comisión Accidental antecedió su respuesta a esta objeción gubernamental con el título “2. De las objeciones por inconveniencia”, lo cierto es que en dicho documento la Comisión sí expuso argumentos para defender la constitucionalidad de la iniciativa. Como ya se indicó, adujo, por un lado, que en virtud del artículo 334 de la Constitución, el límite de la invocación de la sostenibilidad fiscal se encuentra en la protección de los derechos fundamentales y; por otro, que el concepto negativo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el impacto fiscal de los proyectos de ley, a la luz de la jurisprudencia constitucional, no constituye un poder de veto a la labor del Congreso.

Así mismo, de acuerdo con lo registrado en las Gacetas del Congreso 226 y 474 de 2018, en los debates del informe de la Comisión Accidental en el Senado y en la Cámara de Representantes, los legisladores se refirieron puntualmente al razonamiento del Gobierno Nacional en relación con el impacto fiscal del proyecto de ley, de suerte que mientras algunos insistieron en la respuesta dada al mismo en el mencionado informe, otros aconsejaron declarar fundada la objeción formulada.

Conforme a lo expuesto, aunque el lenguaje se refiere a la objeción catalogándola de inconveniente, lo cierto es que del trámite impartido en el Congreso es dable inferir que los argumentos utilizados fueron de carácter constitucional, puntualmente referidos a la imposibilidad de limitar derechos fundamentales bajo criterios eminentemente económicos, de manera que el legislativo sí insistió respecto de la objeción de inconstitucionalidad por violación del criterio de sostenibilidad fiscal, contrario a lo afirmado por el Ministerio Público.

Esto demuestra que, más allá del título con el cual la Comisión Accidental nominó esta objeción, al conformarse la comisión, ponerse de acuerdo y, luego en la discusión al votar la proposición con la que finalizó el informe, las cámaras tenían conocimiento y eran conscientes de las principales diferencias de criterio entre el Congreso y el Gobierno Nacional, en relación con la vulneración del mandato constitucional de sostenibilidad fiscal. Sobre el particular, de acuerdo con los apartes transcritos del debate, tenían claro que el informe de la Comisión Accidental pretendía desvirtuar la validez del argumento presentado por el Gobierno según el cual el proyecto de ley debía ser archivado en razón de su impacto significativo sobre las finanzas públicas.

De esta manera, la Sala encuentra que, visto el contexto, la discusión legislativa se abordó desde el contenido del texto superior, por lo que las cámaras cumplieron con la carga de sustentar por inconstitucionalidad y no solo por inconveniencia, su insistencia en la sanción del proyecto de ley, al punto que es evidente la existencia de una controversia jurídica de índole constitucional entre el Congreso y el Gobierno Nacional sobre la afectación de la sostenibilidad fiscal en el proyecto de ley objetado que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 167 y 241.8 de la Constitución, debe ser resuelta por esta Corporación.

En tal sentido, la omisión en que incurrió el Congreso de la República al considerar la objeción de inconstitucionalidad e inconveniencia por violación de la sostenibilidad fiscal únicamente como una objeción de inconveniencia es un aspecto de carácter simplemente lingüístico que afectó insustancialmente el informe presentado por la Comisión Accidental y que, en consecuencia, no tiene la entidad suficiente para viciar la insistencia de las cámaras por este motivo.

Por lo anterior, es claro que, en estricto rigor, tal deficiencia no constituye un vicio de procedimiento que dé lugar a la devolución del proyecto de ley al Congreso, como lo solicitó el Ministerio Público en su concepto.

10. En síntesis, el presente caso cumple las condiciones necesarias que activan la competencia de la Corte para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del proyecto de ley objetado por el Gobierno Nacional como inconstitucionales, toda vez que está demostrado que (i) el Gobierno Nacional objetó el proyecto de ley de la referencia por razones de inconstitucionalidad y (ii) el Congreso insistió en la sanción del texto original con argumentos de similar naturaleza.

11. A continuación, pasa la Sala a verificar si en el presente caso el procedimiento previsto para la formulación y presentación de las objeciones y para la aprobación de la insistencia por parte de las cámaras se surtió conforme a lo preceptuado para el efecto, por la Constitución y la ley.

Trámite de las objeciones gubernamentales y de la insistencia del Congreso de la República

12. El artículo 241.8 de la Constitución Política establece que a la Corte Constitucional le

corresponde decidir “sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”. Al respecto, esta Corporación ha señalado que dicha competencia comprende también la revisión del procedimiento impartido a las objeciones[66].

Oportunidad y requisitos de la formulación de las objeciones

13. El artículo 166 superior establece que el Gobierno dispone de seis (6) días hábiles[67] para devolver un proyecto de ley con objeciones si el mismo no tiene más de veinte artículos.

En sesión del 15 de junio de 2017, las plenarias de la Cámara de Representantes (Acta N° 226)[68] y del Senado (Acta N° 85)[69] consideraron y aprobaron el Informe de Conciliación al proyecto número 123 de 2016 Senado – 082 de 2015 Cámara, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”.

Mediante oficio del 7 de julio de 2017, recibido el 12 del mismo mes por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Secretaria General (E) de la Cámara remitió el proyecto de ley de la referencia contenido de 8 artículos, para su sanción ejecutiva[70].

Con oficio de fecha 19 de julio de 2017, el proyecto de ley fue devuelto por el Gobierno Nacional al Presidente de la Cámara de Representantes, sin la correspondiente sanción ejecutiva, por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia[71]. En la misma fecha y dado que el Congreso se encontraba en receso, en aplicación del inciso 2 del artículo 166 de la Constitución[72], la Presidencia de la República publicó el contenido de las objeciones en el Diario Oficial N° 50.299[73].

Teniendo en cuenta que el proyecto de ley de la referencia tiene ocho artículos, en aplicación del artículo 166 de la Constitución, el Gobierno tenía seis días hábiles para presentar objeciones, término que se advierte cumplido en tanto tal oposición se radicó el 19 de julio de 2017, es decir, con anterioridad a la fecha límite que era el 21 de julio de 2017.

En el presente caso se observa que el trámite legislativo inició en la Cámara de

Representantes[74], siendo la misma Corporación a la cual se devolvió el proyecto objetado.

15. Finalmente, como se precisó en la sentencia C-633 de 2016, las objeciones se corresponden con un acto de gobierno[75]. Este requisito se cumple en el asunto bajo examen, pues fueron suscritas por el Presidente de la República y los ministros de Salud y Protección Social, y de Hacienda y Crédito Público.

Publicación del escrito de objeciones en la Gaceta del Congreso

16. Al tenor de lo ordenado en el artículo 2, inciso 5, de la Ley 1431 de 2011[76], con el fin de cumplir con el principio de publicidad que rige el procedimiento legislativo, las objeciones, antes de ser sometidas al conocimiento de las plenarias de ambas cámaras, deben ser publicadas en la Gaceta del Congreso.

Sobre el particular, se observa que el escrito de objeciones fue publicado en la Gaceta 599 del 27 de julio de 2017[77].

Conformación de la Comisión Accidental y elaboración y publicación del informe

17. El artículo 187 de la Ley 5ª de 1992 establece que las comisiones accidentales “estarán integradas por miembros de las respectivas Comisiones Permanentes que participaron en la discusión de los proyectos, así como por sus autores y ponentes y quienes hayan formulado reparos, observaciones o propuestas en las Plenarias. En todo caso las Mesas Directivas asegurarán la representación de las bancadas en tales Comisiones”.

Al respecto, esta Corporación ha sostenido[78] que el referido mandato debe ser interpretado armónicamente con lo previsto en el artículo 161 superior, que dispone:

“Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría.

Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo

debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto.”

“No toda falla procedimental constituye un vicio de inconstitucionalidad en el trámite de un proyecto de ley, siendo posible su convalidación en aplicación del principio de instrumentalización de las formas, que conlleva su interpretación teleológica al servicio de un fin sustantivo[79], claro es, sin pasar por alto que las normas procesales establecidas buscan proteger importantes valores sustantivos, como el principio democrático.

Para determinar la trascendencia de un vicio en el procedimiento legislativo se debe contextualizar la situación en la cual se presentó, pues no toda irregularidad conlleva la afectación de aspectos sustanciales, luego no da lugar a la invalidez de una norma, tal como se explicó en la sentencia C-473 de 2004 ya referida, donde explicó (...) ‘[p]or ello, para determinar si un vicio de procedimiento relativo al debate parlamentario genera la inconstitucionalidad del proyecto de ley o se trata de una irregularidad irrelevante que no afecta valores sustantivos, es preciso acudir al principio de la instrumentalidad de las formas’.”

En esos términos, se afecta la constitucionalidad ante supuestos donde los vicios de procedimiento “(i) vulneran algún principio o valor constitucional; (ii) afectan el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras; o (iii) desconocen las competencias y estructura básica institucional diseñada por la carta política[80]”. [81]

Sin embargo, pueden concurrir situaciones en que las “irregularidades (...) no tengan la entidad para configurar un verdadero vicio, porque (i) se cumplió con el objetivo protegido por la norma procesal, o (ii) fue convalidado dentro del mismo trámite en el Congreso que conllevó la formación de la ley[82]”. [83]

18. En el caso sub examine, por designación de los presidentes del Senado y de la Cámara, la comisión accidental encargada de estudiar y emitir concepto sobre las objeciones gubernamentales[84] estuvo conformada por los representantes Óscar Darío Pérez Pineda[85] y Armando Antonio Zabaraín D’Arce[86], y por los senadores Antonio José Correa Jiménez[87], Nadia Georgette Blel Scaff[88] y Yamina Pestana Rojas[89].

19. Bajo tales parámetros, procede la Sala a evaluar los requisitos en la conformación de la comisión accidental, a saber:

- i) Simetría: la comisión debe estar compuesta por igual número de senadores y representantes[90].
- ii) Calidades de sus miembros: se refiere a que sus integrantes hagan parte de las Comisiones que realizaron el primer debate, sean los autores o ponentes del proyecto, o hayan formulado reparos, observaciones o propuestas en las respectivas Plenarias[91].
- iii) Participación de las bancadas[92].
- iv) Publicación del informe previa al debate y aprobación[93].

20. En relación con el primer presupuesto, simetría[94], se advierte que la Comisión no se integró por un mismo número de miembros de cada Cámara, pues se compuso de 3 senadores y 2 representantes.

Puntualmente, este Tribunal ha destacado que el requisito de simetría en la cantidad de integrantes de la comisión accidental “responde a la lógica de preservar un principio de igualdad y equilibrio en la toma de decisiones respecto del texto que finalmente será sometido a votación de las plenarias. (...) el artículo 161 de la Constitución Política, inicialmente reconoce que los integrantes de la citada comisión deben procurar conciliar los textos de forma unánime y, en caso de no ser posible, deberán definir por mayoría. En esta última hipótesis, si una de las cámaras tiene una mayor representación en la composición de la comisión, muy posiblemente el resultado que se obtenga de dicho sistema de definición de discrepancias quedará desbalanceado hacia el lado que designó un mayor número de miembros. No existiría entonces el debido contrapeso que previó el Constituyente en el desenvolvimiento de esta atribución, en aras de garantizar el equilibrio propio del sistema de frenos y contrapesos que se predica del bicameralismo (CP arts. 113 y 114).”[95]

En efecto, en la sentencia C-406 de 2013 se afirmó que la designación de un miembro adicional por parte de una de las Cámaras no vicia la constitucionalidad de un proyecto de ley, siempre que se cuente con una decisión unánime sobre el informe, pues esta condición garantiza el fin sustantivo de la simetría en la cantidad de integrantes que consiste en que la entidad con representación mayoritaria no se imponga sobre la minoritaria.

Sin embargo, de no haberse contado con una determinación unánime, sino mayoritaria “el equilibrio de poder entre las cámaras sí se hubiese visto perjudicado, en desconocimiento del sistema de frenos y contrapesos que surge del bicameralismo legislativo”. La Corte agregó que, en todo caso, no se configura “un desequilibrio en las fuerzas dentro del Congreso de la República” cuando el informe aprobado provenga de “la célula legislativa que menor representación tuvo en la citada Comisión”.

Expuesto lo anterior, se tiene que en el presente asunto la Comisión Accidental se integró por 3 senadores y 2 representantes, lo que en principio infringiría la regla de simetría en comento. No obstante, revisado el informe de objeciones se advierte que fue suscrito de manera conjunta por los senadores Antonio José Correa Jiménez, Yamina Pestana Rojas y Nadia Blel Scaff, así como por los representantes Armando Zabaraín D’arce y Oscar Darío Pérez Pineda[96].

De tal forma, la composición asimétrica de la Comisión no quebrantó la equiparación de fuerzas entre ambas Cámaras, ni desconoció el sistema de frenos y contrapesos al interior del esquema legislativo bicameral, comoquiera que finalmente el informe de objeciones fue adoptado al unísono por todos los congresistas encargados de tal labor, lo cual se evidencia en la suscripción conjunta del respectivo documento. Entonces, en el presente caso la finalidad última del precitado requisito -simetría- que consiste en la preservación del principio de igualdad y el equilibrio de las decisiones adoptadas en el legislativo, se cumplió en los términos reseñados, de manera que la irregularidad formal anotada no vicia la constitucionalidad del trámite, de modo tal que imposibilite a la Corte emitir un pronunciamiento de fondo sobre las objeciones a la luz del principio de instrumentalidad de las formas.

21. En segundo lugar, sobre el requisito referido a las calidades[97] de los miembros de la Comisión Accidental, se encuentra que los congresistas Antonio José Correa, Nadia Blel y Yamina Pestana hacen parte de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República y además fueron ponentes en el primer[98] y segundo[99] debate del proyecto de ley objetado.

Ahora bien, los Representantes a la Cámara Óscar Pérez Pineda y Armando Zabaraín D’Arce no pertenecen a la Comisión Séptima sino a la Comisión Tercera de dicha célula

legislativa; sin embargo, la Corte pudo comprobar que aquellos intervinieron activamente en la Plenaria desarrollada el 10 de agosto de 2016 según consta en el Acta N° 158 publicada en la Gaceta 797 de 2016, a saber:

“Proyectos para segundo debate.

Primero. Proyecto de ley número 082 de 2015 Cámara, por medio de la cual se incluyen las técnicas de reproducción humana asistida para el tratamiento de la infertilidad, en el Plan de Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, se establecen los lineamientos para la Política Pública en dichos tratamientos y se dictan otras disposiciones. (...)

Intervención del honorable Representante Óscar Darío Pérez Pineda:

Sí muchas gracias señor Presidente, por supuesto, que es muy importante que en el Plan Obligatorio de Salud figure esta prestación, desde el punto de vista social, desde el punto de vista del deseo, del sueño que tienen las parejas con dificultades para concebir, pues es una respuesta pronta, necesaria, importante.

Pero lo importante es que la respuesta sea eficiente y si a esto no se le ponen cifras, valores, de pronto lo que generamos son unas expectativas que después por vía de tutela podrían afectar el sistema más de lo afectado que está, porque el sistema de salud está colapsado no solamente porque cada uno de los actores quiere lo mejor para sí, sino porque los recursos no alcanzan, en el presupuesto general de la Nación le ponen 22 billones de pesos al Ministerio de Salud y necesita como mínimo 26 para paliar la situación, pero aquí todos los días le colgamos más costos y más cargas.

Aquí hay un informe del Ministerio de Hacienda que dice, que en otros países el costo de atender básicamente la fertilidad para aquellas parejas que no lo tienen, no tienen la posibilidad y las mujeres están entre 30 y 33 años, tiene un costo de 69 millones 215 mil, 69 millones, pero si la mujer está entre 42 y 45 años, vale 405 millones, es decir, de dónde vamos a financiar esta propuesta tan loable y tan importante, esta iniciativa tan valerosa, pero si costear esto vale 400 millones para una mujer que esté entre 42 y 45 años y 69 para una mujer que esté entre 30 y 33, cuántos casos de estos multiplicados en Colombia, a mí me preocupa doctor Palau que esto colapse el sistema de salud, simplemente esa observación.

(...)

Intervención del honorable Representante Armando Antonio Zabaraín D'Arce

Gracias señor Presidente, este proyecto realmente nos pone a tono, a tono con unas realidades, este es un proyecto necesario, este es un proyecto que realmente le hacía falta al sistema de salud.

Señor Presidente pero quiero sugerirles que podamos incluir, dejarlo como constancia para la otra vuelta que le corresponde en Senado que estos procedimientos cuando el paciente hace parte de la medicina prepagada, esos procedimientos sean costeados totalmente por la medicina prepagada y no lo pacen (sic) las prepagadas a cobro al sistema de salud, porque es lo que está sucediendo hoy, las prepagadas supuestamente atienden pero le cobra a la EPS correspondiente el tema que ella debería asumir y de esta forma señores podríamos tener la posibilidad de disminuir el tema fiscal que le corresponde al proyecto, lo hacemos más fácil de digerir por el sistema fiscal, lo hacemos que tenga un curso más rápido y que tenga la posibilidad de que los que tienen cómo pagar una prepagada lógicamente esa prepagada asuma ese costo y no que esa prepagada posteriormente le hace el cobro a la EPS y de esa manera es el Estado el que asume un costo que en estos casos ya el usuario lo ha pagado a esa prepagada, quiero entonces dejarlo como constancia señor Presidente para que podamos continuar con él en la discusión en la Comisión Séptima de Senado y en la plenaria de Senado dejamos esa constancia allí pero para hacerle el seguimiento y poder hacerlo más viable.

Eso nos permitiría un curso más fácil, menos tortuoso desde el punto de vista fiscal y la seguridad que es algo que es tan importante y tan necesario se haga efectivo como lo queremos todos los colombianos, por eso sí les solicito a mis colegas que aprobemos este proyecto y los que tengan inquietudes sobre él, déjenlo como constancia para que no se pierda el principio de consecutividad y poder desde el Senado de la República darle el curso en la Comisión Séptima y en la plenaria del Senado.”

En esos términos, aunque los Representantes Óscar Darío Pérez Pineda y Armando Zabaraín D'Arce no son miembros de la comisión donde se originó el primer debate del proyecto de ley, mas a partir del acta transliterada se evidencia que asistieron y participaron activamente en la sesión en que se aprobó el proyecto en segundo debate, lo que permite

determinar que su designación en la Comisión obedeció a esa actuación y a su entendimiento de la iniciativa.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala estima que en el presente caso la composición de la Comisión Accidental, conformada para estudiar y emitir concepto sobre las objeciones gubernamentales de la referencia, es respetuosa de los artículos 161 superior y, puntualmente del tercer supuesto contenido en el artículo 187 de la Ley 5ª de 1992.

22. En torno a la exigencia de representación de todas las bancadas[100] en la integración de la Comisión Accidental, la Sala encuentra que tres de los cinco miembros son militantes del mismo partido. Es así como las senadoras Nadia Blel y Yamina Pestana, así como el Representante Armando Zabaraín hacen parte del Partido Conservador Colombiano; mientras que el Representante Óscar Pérez Pineda pertenece al Partido Centro Democrático y el senador Antonio José Correa al Partido Opción Ciudadana.

En relación con este requisito, la Corte consideró en la sentencia C-313 de 2014 que, si bien la comisión de conciliación conformada en el trámite legislativo no garantizó la representación de todas las bancadas, ello no configuraba un vicio de procedimiento. A su juicio, “[se] dio participación a tres partidos diferentes, lo cual no impedía que se hubiese podido ampliar la base de participación pero con el eventual riesgo de dificultar los consensos requeridos”, lo que resulta contrario al propósito esencial de las comisiones de mediación y, por tanto, al tenor del artículo 161 de la Constitución.

En esa oportunidad, este Tribunal resaltó que en relación con la integración de la comisión accidental, “no se presentó una protesta formal de bancada alguna inconforme con lo decidido por las respectivas mesas directivas”, razón suficiente para desestimar la presunta violación del inciso 2 del artículo 187 de la Ley 5ª de 1992, el cual preceptúa que las mesas directivas deben asegurar la representación de las bancadas en las comisiones accidentales.

Por consiguiente, aunque tres de los cinco integrantes de la Comisión Accidental conformada para el estudio de las objeciones y la elaboración del informe son miembros del mismo partido, lo cierto es que, en razón de su publicación en la Gaceta del Congreso[101], dicho informe fue conocido por los congresistas de todas las bancadas, sin que las mismas se hubieran opuesto a lo decidido por las mesas directivas en relación con la conformación

de la Comisión. Además, el informe fue debatido en las correspondientes plenarias y fue aprobado por una amplia mayoría, lo que supone que una conformación más representativa de las bancadas no habría modificado el resultado final.

De este modo, en aplicación de la jurisprudencia referida, la Sala concluye que en el asunto de la referencia no existen reparos a la composición de la Comisión Accidental que preparó el informe de insistencia sobre las objeciones gubernamentales.

23. En cuanto a la publicación del informe[102] sobre las objeciones gubernamentales, la Sala constata que el mismo se publicó en las Gacetas 1041 del 14 de noviembre de 2017[103] -Senado- y 1064 del 17 del mismo mes[104] -Cámara-. En esa medida, este requisito se encuentra acatado porque la consideración y aprobación del informe se realizó el 20 de marzo de 2018[105] y el 4 de abril del año en curso[106], respectivamente.

Anuncio previo a la votación

24. El inciso 5º del artículo 160 de la Carta dispone que “ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la Presidencia de cada Cámara o Comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación”.

25. En el presente caso, se tiene que en sesión plenaria del 20 de marzo de 2018, el Senado de la República consideró y aprobó el informe presentado por la Comisión Accidental, tal como consta en el Acta N° 47, publicada en la Gaceta del Congreso 474 del 26 de junio de 2018[107]. Lo anterior, previo anuncio efectuado en la sesión del 14 de diciembre de 2017, según se lee en el Acta N° 46, publicada en la Gaceta del Congreso 365 del 5 de junio de 2018[108].

En relación con el trámite en la Cámara de Representantes, la Sala encuentra que, como consta en el Acta N° 278 publicada en la Gaceta del Congreso 226 del 8 de mayo de 2018[109], en sesión plenaria del 4 de abril de 2018 esa Corporación consideró y aprobó el informe de las objeciones gubernamentales presentado por la Comisión Accidental, previo anuncio en la sesión del 3 de abril de 2018, tal y como se registró en el Acta N° 277, publicada en la Gaceta del Congreso 294 del 22 de mayo de 2018[110].

26. De esta forma, la Sala colige que se cumplieron las exigencias constitucionales en relación con el anuncio previo del informe de las objeciones gubernamentales.

Quorum, mayorías exigidas y votación nominal y pública

27. Como ya se indicó, en sesiones plenarias del 20 de marzo y del 4 de abril de 2018, el Senado de la República y la Cámara de Representantes consideraron y aprobaron el informe presentado por la Comisión Accidental.

28. En concordancia con el Acta N° 47, publicada en la Gaceta 474 del 26 de junio de 2018[111], en el Senado de la República se hicieron presentes al inicio de la sesión 93 senadores y la aprobación del informe se produjo mediante votación nominal y pública, con 67 votos por el sí y 17 votos por el no –para un total de 84 votos–.

Por su parte, en la Cámara de Representantes se hicieron presentes al inicio de la sesión 149 miembros y la aprobación del informe se produjo con 87 votos por el sí y 5 por el no –para un total de 92 votos–, emitidos a través del sistema de voto nominal y público, según se lee en el Acta n.º 278, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 226 del 8 de mayo de 2018[112].

29. Con fundamento en lo expuesto, la Corte encuentra que el informe de objeciones fue válidamente aprobado tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, pues en ambas células existió quorum deliberatorio y decisorio y se aprobó el informe por mayoría absoluta.

Otros requisitos

30. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, aunque la Constitución no señala expresamente el plazo dentro del cual las cámaras deben tramitar las objeciones gubernamentales, ello no implica que se tenga un plazo indefinido para tal fin, de manera que “ante ese vacío debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 162 de la Carta Política, conforme al cual ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas”[113].

En el asunto de la referencia, se advierte que el escrito de objeciones fue radicado en la Cámara de Representantes el 19 de julio de 2017 y el informe de la Comisión Accidental fue

aprobado el 20 de marzo de 2018 en el Senado[114] y el 4 de abril del mismo año en la Cámara[115]. Lo anterior indica que el trámite legislativo de las objeciones gubernamentales se produjo en menos de dos legislaturas, tal como ha sido requerido por parte de este Tribunal.

31. Por último, la Sala observa que el texto del proyecto de ley objetado es exactamente el mismo en el cual el Congreso insistió, de modo que se cumple la exigencia de congruencia entre los dos contenidos[116].

32. Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que el procedimiento de aprobación de las objeciones gubernamentales se llevó a cabo en forma adecuada, lo que habilita a esta Corporación a pronunciarse de fondo sobre la controversia constitucional suscitada entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Los derechos reproductivos y su faceta prestacional. Reiteración de jurisprudencia

Alcance y contenido de los derechos reproductivos

33. El artículo 16 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. A su vez, el artículo 42 de la Carta consagra, entre otros, el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos. Estas disposiciones constituyen el fundamento de los derechos reproductivos, los cuales se encuentran implícitos, además, en otras garantías constitucionales como la vida digna, la igualdad, la información, la salud, la educación, entre otros[117], como se verá más adelante.

34. Ahora bien, en el plano internacional, el artículo 10 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982 con la Ley 51 de 1981, señala que los Estados parte deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, entre otras esferas, en el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.

Por su parte, el artículo 12 de ese instrumento internacional establece la obligación de los

Estados parte de adoptar medidas que eliminen “(...) 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”. Así mismo, el artículo 16 de la CEDAW contempla el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas, el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer tales garantías.

Los derechos reproductivos también encuentran fundamento en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[118], 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[119] y 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[120].

En este punto, resulta necesario hacer mención además al Programa de Acción en el marco de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994. En él, se hizo énfasis en los derechos humanos de la mujer y se reconoció que “los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a ‘decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo’”. Los derechos reproductivos reconocidos en el Programa de Acción de El Cairo fueron confirmados posteriormente en la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing celebrada en 1995)[121].

A partir de lo anterior, esta Corporación reconoció el carácter fundamental de los derechos reproductivos en la sentencia C-355 de 2006, al señalar, con sustento en los instrumentos mencionados, que “diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos”[122]. Posteriormente, en la sentencia T-627 de 2012, la Corte explicó que el derecho a la IVE tiene per se carácter fundamental, “ya que hace parte de los denominados derechos reproductivos y más

exactamente de la autonomía reproductiva, cuyo rango fundamental fue reconocido por la Corte en la sentencia C-355 de 2006”.

De otra parte, este Tribunal ha entendido los derechos reproductivos como aquellos que “admiten y protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres e implican la obligación del Estado de brindar la información y los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación”[125]. Además, ha señalado que su ejercicio “supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos” [126].

Bajo ese entendido, ha sostenido que los derechos reproductivos protegen dos aspectos generales: i) la autodeterminación reproductiva y ii) el acceso a los servicios de salud reproductiva[127].

(i) La autodeterminación reproductiva “reconoce a las personas, en especial a las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no”[128]. En este punto, es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte en la materia también ha considerado la protección de los derechos reproductivos a través de una interpretación sistemática del artículo 13 de la Carta Política, que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación como uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho, así como una garantía para la protección de grupos tradicionalmente discriminados y marginados.

En desarrollo de lo anterior se ha entendido que las mujeres hacen parte de uno de estos grupos por lo que este Tribunal, en numerosas oportunidades ha protegido los derechos reproductivos de las mujeres como forma de garantizar el cumplimiento de la cláusula general de igualdad contenida en la referida norma constitucional[129].

El concepto de la autodeterminación reproductiva también supone que esa clase de decisiones son personales y libres respecto de cualquier interferencia, en tanto “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos (...) no debe (...) estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”[130],. En este orden de ideas, los derechos

reproductivos, y por lo tanto, el ejercicio de la autonomía reproductiva, comprende también i) la garantía del acceso a la educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos; ii) el acceso a los mismos y la posibilidad de elegir aquél de su preferencia; iii) la no interferencia en decisiones reproductivas; y iv) el cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia, entre otros[131].

Por ende, se vulnera este derecho fundamental cuando: i) se presentan situaciones de violencia física, coacción o discriminación como, por ejemplo, “embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados”[132]; ii) no se garantizan los medios para adoptar decisiones reproductivas; o iii) no se suministra información necesaria para tales efectos, o la que se provee es falsa o incorrecta[133].

(ii) En relación con el derecho de acceso a los servicios de salud reproductivos, este Tribunal puso de presente[134] que de acuerdo con la Recomendación General 24 del Comité CEDAW el artículo 12 de este tratado, que reconoce el derecho a la salud de la mujer, incluye el derecho a la salud reproductiva[135]. En esta misma Recomendación se enfatizó que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios”[136]. Así, se determinó que una de las obligaciones estatales consiste en garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios de salud en la esfera de la salud sexual y genésica[137].

Así mismo, resaltó la Corte que en la Observación General 14 sobre el derecho a la salud del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) se expresó que “para suprimir la discriminación contra la mujer, es necesario asegurarle, de forma particular, acceso a servicios en materia reproductiva por lo cual el Estado debe abstenerse de limitarlo[138] y suprimir las barreras que impiden el mismo[139], incluso cuando provengan de terceros[140]”[141].

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación determinó que el acceso a los servicios de salud reproductiva incluye, entre otras, las siguientes prerrogativas[142]:

(i) Educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, acceso a los

mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que también está reconocida en los artículos 10[143] y 12[144] de la CEDAW[145].

(ii) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y con calidad en aquellos casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006[146].

(iii) Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos[147]. es decir, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia.

(iv) La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino[148]. En este sentido, la Observación General 14 mencionada, indica que el apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) del PIDESC exige que se establezcan programas de prevención de las enfermedades que afectan de forma adversa a la salud genésica[149].

Y, en el caso específico de la mujer, la Recomendación General 24 del Comité CEDAW indica que “las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer[150]”.

(v) El acceso a la tecnología científica para procrear hijos biológicos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimiento de fertilización in vitro.

35. Ahora, como todos los derechos fundamentales, los derechos reproductivos tienen una faceta de carácter inmediata y una faceta prestacional: i) la primera debe ser entendida como la garantía de la dimensión esencial del derecho a la procreación por medio de asistencia científica, que tiene un carácter inmediato, e implica la obligación de no interferencia en su acceso, así como el deber de protección del derecho a contar con los servicios de salud reproductiva; ii) no sucede lo mismo con la garantía de este servicio o su acceso con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), puesto que esa dimensión tiene un carácter prestacional y está sujeta al principio de progresividad.

A continuación la Sala hará una referencia específica a la faceta prestacional de los derechos reproductivos, y luego de ello, explicará la evolución jurisprudencial sobre el particular. Los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad para la procreación

de hijos biológicos, como la fertilización in vitro, se encuentran dentro de este último ámbito prestacional, respecto del cual se hará una mención particular más adelante.

Los derechos reproductivos en su faceta prestacional

36. El antecedente más importante de la faceta prestacional de los derechos reproductivos proviene de la sentencia adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*[151], que ha servido como referente para la jurisprudencia constitucional sobre el acceso a la tecnología científica para procrear hijos biológicos, es decir, la posibilidad de acceder a técnicas de reproducción asistida, como el procedimiento de fertilización in vitro.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que ese caso se trataba de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas. Según explicó, el acceso a los servicios de salud reproductiva involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, respecto de lo cual sostuvo: “la Corte, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas[152], así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud[153]. (...) Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”. (Resaltado fuera de texto).

Al analizar la severidad de la limitación de los derechos involucrados, la Corte IDH identificó el impacto desproporcionado de la medida impuesta por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en relación con la discriminación por la condición de discapacidad, el género y la situación económica.

En cuanto a la primera, sostuvo que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, por lo que las personas que la padecen “debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, condición que demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva”[154]. Igualmente, recordó que es

obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad, por lo cual es necesario promover prácticas de inclusión social y adoptar medidas de diferenciación positiva.

En lo concerniente a la discriminación indirecta relacionada con el género, explicó que si bien la infertilidad puede afectar tanto a hombres como a mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de ellas. Por lo tanto, la prohibición de la fertilización in vitro aunque aparece neutral, tiene un impacto desproporcionado sobre las mujeres. Por último, sobre la condición económica, la Corte IDH halló acreditado que la proscripción de estos tratamientos tuvo un efecto más negativo en las parejas que no contaban con los recursos económicos para practicarlos en el extranjero.

De acuerdo con esas consideraciones, la Corte IDH ordenó al Estado de Costa Rica “adoptar las medidas apropiadas para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados”[155], así como “regular los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, (...) y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida” [156]. De igual forma, dispuso que el Estado debía “incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, y brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata”[157].

38. Esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convirtió en el principal referente de las últimas sentencias emitidas por la Corte Constitucional, donde se ha hecho énfasis en la necesidad de regular la inclusión de los tratamientos de fertilidad en los planes de salud. De ahí que en la sentencia T-528 de 2014, esta Corporación señalara que la ampliación progresiva del plan de beneficios “debe sopesar el contraargumento del equilibrio financiero del sistema de salud. Pero, si bien esta condición, que ha funcionado como una suerte de contención de los costos al interior del régimen, debe ser tomada en cuenta, permitiendo que el avance sea progresivo y modulado, no puede ser un argumento per se para paralizar en el tiempo la extensión del plan obligatorio de salud”.

Posteriormente, en la sentencia T-274 de 2015, esta Corporación señaló que la justificación bajo la cual se han mantenido esta clase de tratamientos por fuera de la cobertura en salud “está relacionada con la mayor efectividad en la utilización de los recursos del sistema y la destinación de los mismos en servicios que contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad”. Sin embargo, también destacó que aunque la conservación del equilibrio financiero constituye un argumento válido para la exclusión de los tratamientos de reproducción, “ello no significa que no se pueda avanzar en su inclusión”. En ese punto, mencionó que “si bien el hecho de no otorgar esta clase de tratamientos no implica una afectación en la salud, vista desde la óptica de una enfermedad que vulnere el derecho a la vida o a la integridad personal, en todo caso no deja de ser una patología, según lo ha reconocido la propia Organización de la Salud, que sí atenta contra el derecho a la igualdad, entendido desde tres perspectivas diferentes [discriminación indirecta en relación con el género, con la condición de discapacidad y con la capacidad económica]”.

Según expuso la Corte en esa decisión, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por los planes de beneficios en materia de salud, puede infringir derechos fundamentales[158], razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha establecido unas subreglas de procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el Plan de Beneficios[159]. Tales subreglas deben ser analizadas de conformidad con el medicamento o procedimiento requerido en cada caso concreto. En lo que tiene que ver con los tratamientos de fertilidad, la Corte sostuvo en la referida sentencia T-274 de 2015 que el estudio adquiere una connotación diferente a partir de dos facetas: i) el derecho a la libertad y el deber estatal de proteger a los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar; y ii) la faceta prestacional.

Particularmente, sobre la faceta prestacional, indicó que a pesar de estar justificada la exclusión de los tratamientos de fertilidad dado su considerable costo, ello no significa que en algunos casos no puedan garantizarse tales tratamientos en razón de las circunstancias particulares de los actores.

Por esa razón, determinó que el estudio sobre la posibilidad de acceder a los tratamientos de reproducción asistida debía ser analizado teniendo en cuenta los siguientes criterios: i)

que la falta del medicamento o tratamiento excluido vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia; ii) se trate de un medicamento, servicio, tratamiento o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad; iii) el paciente no tenga capacidad económica para sufragar su costo. Debe “exigirse un mínimo de diligencia del afiliado en demostrar a la EPS o, de ser el caso, al juez de tutela que conozca el asunto, de su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado” y el afiliado “deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados”, dependiendo de su capacidad de pago; iv) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona y no la descarte con base en criterios médico-científicos. En caso de ser prescrito por un galeno particular, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento; y v) el galeno haya prescrito el tratamiento evaluando las condiciones específicas de la paciente, en factores como la condición de salud, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia, la capacidad económica, previendo los posibles riesgos y efectos de su realización, y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento.

39. Entonces, pese a que los derechos reproductivos tienen un carácter prestacional, su sujeción al principio de progresividad ha llevado a la Corte Constitucional a evolucionar en su jurisprudencia y conceder, en ciertos casos, esta clase de tratamientos.

Evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción asistida

40. Desde sus primeros años, esta Corporación ha estudiado acciones de tutela dirigidas a obtener la autorización de medicamentos, procedimientos o tratamientos relacionados directa o indirectamente con la infertilidad, acogiendo diversas posturas en su resolución. Por regla general, las Salas de Revisión han negado el amparo con base en que esa clase de

tratamientos están excluidos del plan obligatorio de salud; sin embargo, de manera excepcional, se ha concedido la protección invocada bajo diversos supuestos que serán desarrollados con profundidad en este acápite, que busca ilustrar la evolución jurisprudencial sobre la materia.

Es de aclarar que todas las providencias que componen la línea jurisprudencial fueron emitidas bajo la vigencia del plan obligatorio de salud, planteado como un modelo mixto, donde existía un listado de inclusiones y otro de exclusiones, pero que admitía una zona gris o laguna normativa respecto de aquellos beneficios que no se encontraban en ninguno de esos dos listados. Ahora, con el plan de beneficios, vigente a partir de diciembre de 2017, todo insumo, tratamiento, medicamento o procedimiento que no esté expresamente excluido del plan se entiende incluido implícitamente.

41. El primer pronunciamiento que tuvo lugar fue la sentencia T-341 de 1994, cuando se analizó el caso de una copiloto de Avianca que fue diagnosticada con infertilidad secundaria. Su médico le recomendó “un tratamiento dirigido a corregir la anovulación severa que la afectaba”, el cual le provocaba mareos, náuseas y otros efectos que hicieron que se incapacitara para volar. La empresa determinó que no se concederían más incapacidades a la accionante derivadas de ese tratamiento pues “no se trata[ba] de una enfermedad, sino de un estado provocado a (sic) lograr otra finalidad como es la ovulación y obtener así la fecundación”. Finalmente, la copiloto fue despedida sin justa causa.

En esa oportunidad, la Corte consideró que el ser tratada para recuperar plenamente su función reproductiva hacía parte del derecho a la salud de la accionante. Sostuvo que en tanto ese tratamiento no se le proporcionó por quien tenía la obligación constitucional y legal de hacerlo, era claro que se habían vulnerado sus derechos y que la empresa que se arrogó la facultad de negar esa prestación médica debía resarcir el daño ocasionado indebidamente. A pesar de ello, encontró que el resarcimiento del daño y lo concerniente a los derechos laborales, contaban con otro mecanismo de protección, por lo que confirmó las decisiones de los jueces de instancia que declararon improcedente el amparo.

42. Posteriormente, en la sentencia T-1104 de 2000, estudió la acción de tutela instaurada por una paciente diagnosticada con “infertilidad secundaria por síndrome adherencial” a quien el médico tratante le ordenó una “cirugía de recanalización de su trompa izquierda”,

procedimiento que no se había realizado por falta de respuesta de la entidad accionada.

Esta Corporación confirmó la providencia de segunda instancia[160] pero por “sustracción de materia”, al constatar que el procedimiento quirúrgico ya había sido realizado. Sin embargo, expuso, por un lado, que la patología de la paciente “no [ponía] en peligro su vida ni su dignidad, y únicamente le [impedía] la posibilidad de ser madre biológica”. Al respecto, sostuvo que “si en gracia de discusión se admitiera que la maternidad es un estado esencial para la realización personal de la mujer, (...) no tendría que acudir a la atención en salud para hacer efectivo el supuesto deber estatal”, porque para ello estaba prevista la maternidad adoptiva. Por el otro, mencionó que el derecho a la procreación “mal [podía] extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce”.

En esta decisión la Corte reconoció la existencia de los derechos reproductivos al sostener que “los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada sobre planificación familiar, etc”. Así mismo, destacó que la escasez de recursos implicaba la determinación de prioridades en materia de gasto público y social, por lo que “únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo”.

43. Posteriormente, revisó el amparo solicitado por una mujer diagnosticada con “hidrosalpinx en el lado derecho” a quien su médico le ordenó la práctica de una laparoscopia operatoria, negada por la entidad accionada porque no hacía parte del plan obligatorio de salud. Mediante la sentencia T-689 de 2001, este Tribunal confirmó la decisión de instancia que negó el amparo solicitado, primero, porque esa dolencia, aparte de la incapacidad para procrear, no conllevaba una afección grave a la salud o a la vida de la actora[161]; segundo, al considerar que la acción de tutela no procede como mecanismo para lograr la extensión del POS a un servicio que se encuentra excluido de este; y tercero, en tanto esa exclusión “no solo constituye el legítimo desarrollo de una facultad de configuración legal sino que además es totalmente coherente con la necesidad de

implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio colombiano"[162].

44. Esta postura presentó una variación con la sentencia T-572 de 2002 cuando la Corte estudió el caso de una paciente a quien le iniciaron un proceso de "inducción a la ovulación" con diferentes medicamentos pero sin obtener resultados satisfactorios, razón por la cual el médico tratante ordenó una dosis mayor de uno ellos. Este Tribunal confirmó la decisión de segunda instancia que concedió el amparo, al estimar que "el derecho a la vida no solamente se refiere al hecho de respirar sino que incluye el derecho a vivir con dignidad (...) el tratamiento médico no obliga a un resultado, por consiguiente, debe intentarse ya que la mujer tiene derecho a procrear y no se la puede discriminar". Aclaró que si bien existían precedentes jurisprudenciales sobre la materia según los cuales se "declara improcedente la acción de tutela para extender la cobertura del plan obligatorio de salud a operaciones que tienen que ver con el tratamiento para la infertilidad", los supuestos fácticos en este caso eran diferentes, pues se trataba de la entrega de un medicamento y de un tratamiento médico que ya se había comenzado. Al respecto, consideró que romper abruptamente el procedimiento iniciado ocasionaba un perjuicio irremediable y violaba los derechos a la dignidad, a la igualdad, a la integridad física, a la confianza legítima y a la posibilidad de ser madre[163].

45. Luego de ello, conoció el caso de una paciente a quien le fue ordenada la práctica de una "salpingoplastia", intervención que tenía por objeto liberar una trompa de Falopio que se encontraba obstruida, la cual no fue autorizada por la entidad prestadora de salud por estar excluida del POS. A través de la sentencia T-512 de 2003, esta Corporación confirmó las decisiones de los jueces de instancia que negaron el amparo invocado, en tanto la demandante tenía un problema físico originario -es decir, no derivado de algún otro padecimiento- que le impedía la fecundación, problema que no tenía consecuencias adversas o peligrosas para su vida. En consecuencia, concluyó que debía "negarse la tutela por improcedente, habida consideración de que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, no se considera violado, de manera directa o por conexidad, derecho fundamental alguno"[164].

Recordó que hasta ese momento la jurisprudencia había previsto dos hipótesis en las cuales la acción de tutela era el mecanismo idóneo para obtener la extensión del POS en eventos

relacionados con el suministro de tratamientos de fertilidad, a saber, cuando: i) el mismo había sido iniciado y suministrado por la EPS; y ii) la infertilidad es derivada de otras patologías o enfermedades (infertilidad secundaria) que producen una afectación de la integridad personal, la salud o la vida en condiciones dignas del sujeto. Constató que la accionante padecía un problema de infertilidad “no originario” y consideró que el medicamento requerido no tenía como único o exclusivo fin el tratamiento de la infertilidad, pues con este se buscaba disminuir el tamaño de los miomas para facilitar la cirugía y asegurar un mejor futuro con respecto a su fertilidad[165].

47. Posteriormente, la línea jurisprudencial sobre la materia tuvo una nueva variación, pues por primera vez en esta clase de asuntos se concedió el amparo con fundamento en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Fue el caso que dio lugar a la sentencia T-605 de 2007, respecto de una paciente con problemas de fertilidad a quien se le prescribió un procedimiento quirúrgico que fue negado por la EPS demandada bajo el argumento de que los tratamientos para la infertilidad estaban excluidos del POS.

Esta Corporación concedió el amparo invocado acudiendo a los siguientes argumentos: i) los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, pues una adecuada atención en salud reproductiva funge como elemento clave en la construcción de equidad social; ii) en Colombia los tratamientos de fertilidad se encuentran expresamente excluidos del POS, por lo que las EPS no están obligadas a su suministro, sin embargo, tales exclusiones no pueden constituir violaciones de los derechos fundamentales de los usuarios; iii) la cirugía solicitada tenía incidencia directa en el bienestar de la paciente y si bien fue prescrita en el marco de un procedimiento de infertilidad, no era en sí un tratamiento de este género, sino una intervención que buscaba la recuperación de la salud y que a la postre, podría incidir de manera positiva en su función procreativa; y iv) la negativa a practicar la cirugía no solo impedía su posibilidad de procrear, en detrimento de derechos como la libertad de decidir el número de hijos, a conformar una familia y al libre desarrollo de la personalidad, sino implicaba no tener acceso al más alto nivel posible de salud.

48. Ese mismo año, acogió una tesis adicional relacionada con el derecho al diagnóstico, en el caso de una mujer que había quedado embarazada en varias oportunidades pero por razones desconocidas los embarazos terminaban en abortos. Por ese motivo su médica

tratante le ordenó la práctica de unos exámenes dirigidos a establecer las causas de los abortos; sin embargo, la entidad accionada negó su autorización. Fue así como en la sentencia T-636 de 2007 la Corte concedió la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Señaló que el derecho al examen diagnóstico forma parte integral del derecho a la salud y no solo resulta indispensable para determinar el estado de salud del paciente, sino para efectos de establecer cuál es el procedimiento a seguir con el propósito de obtener su mejoría o plantear las alternativas que puedan asegurarles vivir en condiciones dignas, libres de padecimientos extremos o de obstáculos que impidan su realización personal. Así mismo, encontró que al abstenerse de practicar la prueba prescrita por la médica tratante, la entidad demandada desconoció, además, el derecho a la salud sexual y reproductiva[166].

49. Al año siguiente, en la sentencia T-870 de 2008, la Corte concedió la protección de los derechos a la salud y a la integridad física de una paciente a quién se le ordenó el medicamento “acetato de leuprolide”, que fue negado por la EPS accionada por estar excluido del POS. Luego de diferenciar las dos solicitudes efectuadas por la accionante -la referida al tratamiento de fertilidad y aquella concerniente al tratamiento de la miomatosis uterina-, esta Corporación concluyó, en relación con la primera, que reiteraría su jurisprudencia para denegar el amparo, pues no era obligación del Estado procurar las condiciones necesarias para la procreación de personas que carecían de capacidad para hacerlo; y en cuanto a la segunda, mencionó que la infertilidad de la actora era solo una consecuencia posible de una enfermedad que afectaba la salud y la integridad física. En consecuencia, determinó que “el tratamiento de la enfermedad no tiene ninguna relación con un tratamiento de fertilidad. Es inclusive altamente incierta la posibilidad de que una vez tratada la enfermedad la accionante logre llevar un embarazo a término”[167].

50. Mediante la sentencia T-424 de 2009, conoció el caso de una señora que se había sometido a varios tratamientos para combatir la infertilidad causada por el mal manejo de una enfermedad, y que solicitó la atención inmediata con médicos especialistas en fertilización, la realización de exámenes, el suministro de medicamentos, seguimiento y el acompañamiento en el proceso de procreación. Aunque en esta oportunidad declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que el tratamiento reclamado había sido realizado con ocasión de la orden emitida por el juez de instancia, la Corte criticó

el proceder de esa autoridad judicial pues consideró que no verificó la naturaleza de la prestación reclamada y las condiciones exigidas por el precedente jurisprudencial para inaplicar las normas del POS. En consecuencia, llamó la atención del juez de instancia “sobre la improcedencia de los tratamientos de fertilidad, reiterando que el deber que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable alguna cuando está dirigido a posibilitar, mediante una acción positiva, el derecho a la maternidad, que bien podría subsanarse a través de la adopción”[168].

51. En otra oportunidad, este Tribunal se ocupó de varias acciones de tutela interpuestas en contra de una misma EPS, en las cuales se solicitaba a la entidad accionada, respectivamente, la autorización de tratamientos de fertilización in vitro que habían sido prescritos por profesionales de la salud como única alternativa para lograr un embarazo. En la sentencia T-226 de 2010, estimó que la posibilidad de garantizar los tratamientos de fertilidad se encontraba reservada a aquellos que tienen “como objeto esencial sanear o curar la causa que produce la infertilidad o, al menos, intentar hacerlo; por cuanto lo que se ataca es la enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer eventos estos en los cuales se ha concedido el amparo. Por el contrario, el antecedente jurisprudencial indica que cuando lo que se pretende es producir la fertilidad de manera externa [es decir, a través de la fertilización in vitro] la protección solicitada ha sido negada”[169]. La Sala que conoció el asunto consideró que el propósito de las solicitantes era producir la fertilidad de manera externa, motivo por el cual revocó las decisiones de instancia que habían ordenado emprender las gestiones necesarias para la práctica de los procedimientos solicitados.

52. En un caso similar, mediante la sentencia T-550 de 2010[170], revocó el fallo de instancia que había concedido el tratamiento de fertilización in vitro que requería la actora para procrear hijos de forma natural. Esta Corporación cuestionó que en esa decisión no se tuvieran en cuenta los tres supuestos desarrollados por la Corporación para la procedencia excepcional de la acción de tutela para la autorización de esa clase de tratamientos, esto es: i) cuando el tratamiento una vez iniciado es suspendido si mediar razón alguna; ii) cuando media el derecho de diagnóstico; y iii) cuando la infertilidad es una enfermedad secundaria, es decir, un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad. Concluyó que “dicho tratamiento se encuentra excluido del POS y existen razones de peso que justifiquen tal exclusión”.

53. Más adelante, en la sentencia T-935 de 2010 negó el amparo solicitado por una persona a quien le fue prescrita la práctica de una cirugía a efectos de determinar la enfermedad que le impedía procrear y tener un diagnóstico preciso de su estado físico y de sus órganos reproductores. Aunque la Corte reconoció que la actora tenía derecho al procedimiento diagnóstico que había solicitado, recordó que lo concerniente al tratamiento integral para la infertilidad estaba excluido del POS. Al respecto, reiteró que la justificación de que el Estado no tenga dicha obligación a su cargo deviene de los siguientes argumentos: i) el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias; ii) el derecho a la maternidad en la Constitución implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las 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 iii) es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa.

54. Tiempo después, esta Corporación acogió una posición relevante en la sentencia T-528 de 2014, cuando conoció el caso de un hombre con infertilidad que interpuso la acción de tutela coadyuvado por su compañera permanente, como consecuencia de la negativa de la EPS accionada a autorizar la práctica de un procedimiento de fertilización in vitro. El juez de segunda instancia revocó la decisión del a quo que había ordenado llevar a cabo el tratamiento solicitado por el actor.

La Corte determinó que la demandada no desconoció los derechos del actor y su pareja al negar la práctica de la fertilización in vitro, toda vez que este procedimiento se encontraba excluido del POS y el mismo no era “necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, de quien lo solicita”. Pese a lo anterior, afirmó que existía una insuficiencia en la regulación de salud en lo concerniente a la exclusión absoluta del POS de los tratamientos de reproducción asistida, la cual resultaba contraria al carácter progresivo del derecho a la salud, específicamente en cuanto a la protección de los derechos reproductivos. Por consiguiente, concedió el amparo deprecado únicamente en relación con la información, guía y acompañamiento en el ejercicio del derecho a la salud y no accedió a ordenar el procedimiento solicitado. De igual modo, exhortó al Gobierno Nacional para que revisara la situación que afecta a las personas con infertilidad que no cuentan con los recursos económicos para sufragar procedimientos de reproducción asistida y que iniciara una discusión pública y abierta sobre la posibilidad

de incluir dichos tratamientos en el POS.

55. Ahora bien, en la sentencia T-274 de 2015 esta Corporación ordenó por primera vez la práctica de tratamientos de fertilización in vitro. En esa decisión se analizaron cuatro casos en los que las accionantes solicitaban ese y otros tratamientos de fertilidad. La Sala advirtió que la jurisprudencia constitucional había abordado la referida prestación desde el punto de vista del derecho a la salud entendido únicamente como ausencia de enfermedad, razón por la cual se había avalado la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del POS, con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen la prestación del servicio de salud.

No obstante, estimó necesario revisar estos asuntos desde la perspectiva de otros derechos fundamentales como los de igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia. Además, consideró pertinente evaluar aspectos como el impacto desproporcionado que genera la prohibición de acceder a tratamientos de reproducción asistida para las personas con menores recursos. A partir de dicho abordaje, encontró justificado y razonable que, en circunstancias especiales y excepcionales, se concediera el amparo y se garantizara el suministro de dichas intervenciones clínicas. De este modo, impuso una serie de requisitos y presupuestos para que, en caso de verificarse su cumplimiento, se ordene la entrega del correspondiente tratamiento de reproducción asistida, a saber:

(i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

(ii) Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan.

(iii) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. Al respecto, sostuvo que debía “exigirse un mínimo de diligencia del afiliado en demostrar a la EPS a la que se encuentre afiliado o, de ser el caso, al juez de tutela que

conozca el asunto, de su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado”. Además, determino que el afiliado “deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados”, monto que obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital.

(iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona y no la descarte con base en criterios médico-científicos. En caso de ser prescrito por un galeno particular, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento.

(v) Que el galeno haya prescrito el tratamiento evaluando las condiciones específicas de la paciente, en factores como la condición de salud, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia, la capacidad económica, previendo los posibles riesgos y efectos de su realización, y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento.

Al analizar los casos concretos, la Sala confirmó la decisión de segunda instancia que negó el amparo en uno de ellos, al encontrar que la accionante contaba con la capacidad económica para costear los tratamientos y porque a pesar de que la EPS asumió la responsabilidad del tratamiento requerido por la accionante y realizó dos intentos o ciclos de FIV, los mismos no fueron exitosos, consecuencia no era atribuible a la entidad. En los otros tres casos, la Corte concedió la protección invocada señalando que la autorización de los ciclos de fertilización in vitro estaría sujeta a las condiciones específicas de la salud y edad de las pacientes, previendo los posibles riesgos y efectos de su realización, para lo cual cada EPS debería conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que justificaran científicamente la viabilidad o no del procedimiento[171].

Adicionalmente, en la sentencia T-274 de 2015 la Corte impartió las siguientes órdenes generales: i) reiteró el exhorto al Gobierno que había realizado la sentencia T-528 de 2014; ii) ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social iniciar los estudios de impacto fiscal

sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el POS. Así mismo, dictó varias órdenes tendientes a la prevención y promoción de la salud reproductiva respecto a los problemas de infertilidad[172]; por último, iii) ordenó al citado Ministerio, a partir de los resultados del análisis de impacto fiscal, evaluar los factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida como la condición de salud del paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deben realizarse y su frecuencia, la capacidad económica del afiliado, entre otros que considere pertinentes[173].

Señaló que debía considerarse que el impacto de este tipo de procedimientos sobre el derecho a la salud trasciende su dimensión de ausencia de dolencia o enfermedad. Por lo tanto, expresó que se debía evaluar la afectación de otros derechos y el potencial efecto desproporcionado que la exclusión de estos procedimientos puede generar sobre personas de escasos recursos económicos que desean procrear de manera natural. En este orden de ideas, consideró que las sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015 constituían la jurisprudencia en vigor aplicable al asunto[175]. Por último, reiteró el llamado al Gobierno Nacional para que revisara la situación de las personas con infertilidad que carecen de recursos económicos[176].

57. Poco después, a través del fallo T-398 de 2016, esta Corporación estudió dos acciones de tutela interpuestas por mujeres que requerían un tratamiento de fertilización in vitro como única alternativa para poder procrear hijos de forma natural. En esta oportunidad, retomó la postura de sentencias anteriores y negó la autorización de los tratamientos por estar excluidos del POS y al estimar que un cambio encaminado a establecer como regla la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en el Sistema de Seguridad Social “es, prima facie, del resorte del Legislador”. Además, adujo que dadas las consecuencias jurídicas y presupuestales que podía suscitar la inclusión de dichas técnicas de reproducción asistida en los planes obligatorios de salud, no resultaba conveniente que las Salas de Revisión de la Corte, al resolver casos concretos, “expidan órdenes de alcance general que modifiquen la política pública y decidan, por anticipado, todas las posibles controversias sobre un punto en particular sin que medie una discusión abierta o se aborden en toda su magnitud distintos temas asociados a la fertilización in vitro y a las técnicas de reproducción asistida en general, respecto de los cuales, incluso, existe un vacío legal en el ordenamiento interno”[177].

58. Con fundamento en el anterior recuento jurisprudencial, la Sala Plena encuentra que las Salas de Revisión de esta Corporación, por regla general, han negado la garantía de tratamientos de fertilidad en la medida en que dichos procedimientos se encuentren excluidos de los planes obligatorios de salud.

Sin embargo, también ha admitido que, excepcionalmente, se garanticen los tratamientos de fertilidad cuando se presentan las siguientes circunstancias particulares: i) se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; ii) de la práctica del procedimiento de fertilidad, dependen los derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad personal del paciente, supuesto que a su vez se ha concretado en tres casos: a) en la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; b) para el suministro de medicamentos; y c) cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades, en los términos explicados en los párrafos anteriores; y iii) cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una afectación de tales derechos fundamentales.

59. Ahora bien, específicamente en relación con los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (es decir, procedimientos de fertilización in vitro), se observa que las Salas de Revisión de esta Corporación hasta el año 2015 negaron invariablemente su autorización[178] salvo en los casos en los que se tenía como propósito la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud[179]. Sin embargo, a partir de la sentencia T-274 de 2015[180], se han autorizado técnicas de reproducción asistida con base en la posible afectación de derechos fundamentales distintos de la salud (entendida como la simple curación de una patología) como la libertad, la vida privada y familiar, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y los derechos reproductivos, entre otros (salvo en la sentencia T-398 de 2016 según se expuso).

De este modo, la mayoría de los pronunciamientos recientes de esta Corporación han enfatizado en la necesidad de proteger tales garantías siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones y requisitos, en el marco del respeto por los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud[181]. Así mismo, en tales fallos se ha exigido

que los accionantes realicen un aporte económico para contribuir a la financiación de los tratamientos de reproducción asistida que solicitan.

Se trata entonces de una evolución jurisprudencial, donde el principio de progresividad ha sido determinante en la ampliación de la protección de los derechos fundamentales, inicialmente solo el derecho a la salud y, paulatinamente, los derechos a la vida privada y familiar, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, y los sexuales y reproductivos.

60. Con todo, los derechos reproductivos, en tanto derechos fundamentales, tienen una faceta de carácter inmediata y una faceta prestacional que se encuentra sujeta a las reglas de la progresividad, las cuales son aplicables, entre otras, a la garantía de técnicas de reproducción asistida para la procreación de hijos biológicos. Por lo tanto, la garantía de la dimensión esencial del derecho a la procreación por medio de asistencia científica implica una obligación de no interferencia a su acceso, que tiene un carácter inmediato, es decir, la imposibilidad de prohibir ese tipo de técnicas. No obstante, no sucede lo mismo con la garantía de este servicio o su acceso con cargo al SGSSS, puesto que esa dimensión tiene un carácter prestacional y está sujeta al principio de progresividad.

Examen material de las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional

Problemas jurídicos

61. Así las cosas, corresponde a la Sala pronunciarse de fondo acerca de las objeciones planteadas por el Gobierno sobre el proyecto de ley número 123 de 2016 Senado – 082 de 2015 Cámara, fundamentadas en el posible desconocimiento de los artículos 1º y 2º, así como los artículos 5, 6 y 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y el artículo 7 de la Ley Orgánica 819 de 2003.

En esa medida, esta Corporación resolverá los siguientes problemas jurídicos frente al mandato referido a ordenar la reglamentación del acceso a las TRA con cargo a dineros del Estado:

i) En relación con la primera objeción se verificará si aquel precepto constituye una ampliación puntual del plan de beneficios y si, en tal sentido, infringe las competencias

estatutarias para la fijación del régimen de exclusiones.

Además, se analizará el dicho precepto, a la luz del principio de participación democrática, en aras de determinar su posible desconocimiento.

Finalmente, se revisará la modalidad de financiación de la que debe ser objeto la prestación autorizada en la norma objetada.

ii) Respecto de la segunda objeción se examinará si la incorporación de dicha normativa conculca el criterio de sostenibilidad fiscal debido al alto impacto fiscal que puede tener según el criterio del Gobierno Nacional.

Aunado a ello, se establecerá si se desconocieron las reglas de carácter orgánico que deben acatarse en materia de ordenamiento de gasto.

iii) En torno de la tercera objeción se constatará si la disposición sub examine transgrede el principio de eficiencia frente a la presunta baja efectividad de las TRA.

Por último, se estudiará si la referida norma vulnera el principio de equidad pues según el Gobierno se dirigen recursos a una minoría de la población beneficiaria de las terapias de reproducción asistida, desprotegiendo así a la totalidad de la población afiliada al sistema, en especial a las personas de menores recursos y enfermedades de mayor complejidad.

Para tal efecto, la Corte abordará i) el bloque de constitucionalidad de cara a determinar si las normas referidas por el Gobierno pueden fungir como parámetro de control del proyecto de ley bajo estudio; ii) el contexto en el que se inserta el proyecto de ley objetado y finalmente iii) la solución de cada uno de los problemas jurídicos propuestos en relación con las tres objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno.

El bloque de constitucionalidad como parámetro de validez en las objeciones gubernamentales

62. Este Tribunal ha indicado que “la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, puesto que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también hacen parte del mismo”[182].

Al respecto, es importante recordar la sentencia C-225 de 1995, “el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

Así, la Corte consideró que el ordenamiento superior está conformado por otras disposiciones que no se encuentran contenidas expresamente en la Carta, debido a que son verdaderos “principios y reglas de valor constitucional”[183] o “bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias”[184].

En consecuencia, “el parámetro del control de constitucionalidad de las leyes no sólo comprende la Constitución sino también un conjunto de principios, normas y reglas que provienen de otras fuentes y que tienen la misma jerarquía que ésta. Lo anterior, hace que la normativa Superior sea mucho más amplia que el texto constitucional”[185].

Esta noción inicialmente se refirió a los instrumentos internacionales ratificados por Colombia en lo concerniente al contenido de derechos humanos que aquellos incorporen[186], lo cual fue denominado por la jurisprudencia como bloque de constitucionalidad en sentido estricto[187].

63. Con posterioridad, en la sentencia C-578 de 1995 fue adoptada otra categoría designada como bloque de constitucionalidad en sentido lato, que según este Tribunal está conformada por “aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación”[188].

Sobre el particular, esta Corporación ha reconocido que “algunas leyes pueden integrar el mencionado bloque de constitucionalidad en sentido lato, siempre que la propia Carta lo haya ordenado, en forma directa y específica, de manera que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias y logren instituirse como parámetros de un control de constitucionalidad sobre las mismas”[189]. Tal es el caso de las leyes orgánicas (artículo

151 C. Pol.)[190] y las disposiciones de contenido estatutario consagradas en las leyes estatutarias (artículo 152 C. Pol.)[191], “pues debe insistirse en que no todo el contenido de una ley estatutaria es apto para ostentar esa condición, sólo es viable a través de un mandato expreso del Constituyente de 1991 que apunte hacia esa dirección”[192].

De tal forma, la jurisprudencia constitucional ha conceptualizado que las normas integrantes del bloque de constitucionalidad en sentido lato se caracterizan por: “(1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.”[193]

64. En esa medida, se colige que el bloque de constitucionalidad incorpora un parámetro de control constitucional adicional al texto insertado en la Carta, compuesto por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (sentido estricto) y por un contenido suprallegal de las disposiciones de carácter orgánico o estatutario (sentido lato). Por ello, teniendo en cuenta que las normas orgánicas y estatutarias son verdaderos parámetros de validez constitucional, son susceptibles de ser invocadas como sustento de las objeciones gubernamentales.

Contextualización del proyecto de ley objetado

65. El proyecto de ley número 123 de 2016 Senado – 082 de 2015 Cámara objetado por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia por parte del Gobierno Nacional, tiene como finalidad “establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”[194],

El proyecto está conformado por 8 artículos que de manera general abordan la definición de la infertilidad como una enfermedad, que afecta el sistema reproductivo y el concepto de las técnicas de reproducción humana asistida (art. 2). Además, se consagra la creación de una política pública de infertilidad para garantizar el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos a través del SGSSS, la cual debe desarrollar los componentes

investigativo, preventivo, educativo, de diagnóstico y tratamiento oportuno, así como de adopción (art. 3).

Con posterioridad, ordena la reglamentación del acceso a los tratamientos de infertilidad bajo lineamientos técnicos determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social, con cargo a los recursos del Estado (art. 4). Igualmente, se dispone la promoción de proyectos de investigación sobre la caracterización de la infertilidad y los índices de morbilidad en el territorio nacional (art. 5) y la creación de un registro único de prestadores para este tipo de servicios (art. 6). Finalmente, se establece la posibilidad de materializar el contenido del proyecto mediante asociaciones público privadas (art. 7) y se precisa la vigencia de la norma (art. 8).

66. Según la exposición de motivos[195], el proyecto de ley objetado se fundamenta en el concepto de salud adoptado por la Organización Mundial de la Salud[196] y se alude al artículo 48 de la Constitución. Allí, se destacó que en virtud del ordenamiento superior, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de esta Corporación “los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación. Con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva”.

Se resaltó que Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y México, países de la región con similares condiciones económicas, sociales y políticas a Colombia “han avanzado en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida, y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales”. A su juicio, con ello se favorece que el regulador “revise la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas”.

Así mismo, se reconoció que “la ampliación progresiva del plan de beneficios debe sopesar el contraargumento del equilibrio financiero del sistema de salud”, por tanto debe darse lugar a un avance progresivo sin que se puedan paralizar las extensiones de dicho plan.

En la misma exposición, se hizo referencia a la sentencia T-595 de 2002 en la cual se consideró necesario que los órganos competentes adelantaran un proceso decisorio racional en torno a la creación de una política pública que sea efectivamente implementada, pues de su consagración legal depende la posibilidad de que los ciudadanos exijan su cumplimiento por vía judicial. En esa providencia se consideró que ante “la insuficiencia de regulación existente en lo que tiene que ver con la exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad, que precisa ser superada, la Sala exhortará al Gobierno nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas”.

En materia de sostenibilidad fiscal, se reiteró la sentencia C-502 de 2007, concluyendo que “el hecho de que no se encuentren estipulados cálculos sobre el impacto fiscal de la iniciativa, no implica una razón para desvirtuar el proyecto o emitir veto sobre el mismo, sino que según la jurisprudencia de la Corte, es tarea del citado Ministerio [Hacienda] demostrar la inconveniencia fiscal de la iniciativa, si es que ella existe”.

Finalmente, se abordó el exhorto contenido en la sentencia T-528 de 2014, para que el Gobierno iniciara una discusión pública dirigida a incluir en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a las técnicas de reproducción asistida.

67. Con fundamento en lo anterior, la Sala colige que, si bien las objeciones gubernamentales formuladas sobre el proyecto de ley número 123 de 2016 Senado – 82 de 2015 Cámara, se propusieron como unas objeciones totales, es decir, contra todo el articulado propuesto, analizado su contenido se advierte que las mismas se centraron en el artículo 4º que dispone la reglamentación del acceso a las terapias de reproducción asistida

con cargo a recursos públicos, teniendo en cuenta que la argumentación del Ejecutivo respecto de la inconstitucionalidad de la norma no se dirigió contra la creación de la política pública de infertilidad para el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

i) Primera objeción de inconstitucionalidad por violación del artículo 15 de la LES y del principio de democracia participativa (art. 1º y 2º C. Pol.)

68. Previo a abordar el análisis de la primera objeción, es pertinente realizar una aclaración conceptual sobre los mecanismos de financiación existentes en el sistema de salud, así como del alcance del plan de beneficios en salud (PBS) fijado en el artículo 15 de la LES, comoquiera que estos aspectos tienen relación directa con los argumentos invocados por el Gobierno.

Mecanismos de financiamiento de servicios de salud

69. En primer lugar, corresponde diferenciar el mecanismo de financiamiento de los servicios cubiertos en el PBS (mecanismo de cobertura colectiva), esto es, la unidad de pago por capitación -UPC-, de los servicios que no son sufragados por dicha prima de aseguramiento al estar excluidos del referido plan, pero que eventualmente pueden ser asumidos por el Estado mediante la modalidad de recobro (mecanismo de cobertura individual). Para ambos casos, el legislador creó el Fondo de Garantía y Solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud[197], cuya administración se le encargó a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres) con ocasión de la expedición de la Ley 1753 de 2015[198].

Puntualmente, el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 consagró la UPC con el fin de garantizar el suministro de los servicios integrados al plan, en los siguientes términos:

“Artículo 182. De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago

por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.”

Sobre el particular, esta Corporación ha definido la UPC como “la prima del seguro en el Sistema de Seguridad Social en Salud, esto es, el monto percibido anualmente por las Empresas Promotoras de Salud (EPS) como un valor fijo por cada afiliado, con un ajuste según edad, género y ubicación geográfica y que además es complementado con las cuotas moderadoras y los copagos de los afiliados. La finalidad de la UPC es garantizar que esas entidades cuenten con los recursos necesarios para la prestación y administración de los servicios definidos en el POS[199]”[200].

En la actualidad, el pago de la prima de aseguramiento se encuentra a cargo del Adres, por mandato del literal a, inciso 2º, artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, que dispone:

“Artículo 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

(...) Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades”.

Entonces, queda claro que la UPC es la prima mediante la cual el Estado garantiza que los afiliados reciban la atención en salud cubierta por el catálogo de servicios (PBS) vigente en el país.

70. Si bien la jurisprudencia ha reiterado que las EPS están obligadas a garantizar el

contenido del plan de beneficios -anteriormente plan obligatorio de salud- por mandato de la ley[201], también ha reconocido que lo que no estuviere incluido en dicho listado, no debe ser costado por parte de las entidades promotoras de salud en tanto excede el ámbito de la prima de aseguramiento y no hace parte de las obligaciones a ellas impartidas en la ley y en reglamento, en los siguientes términos:

“La sentencia SU-480 de 1997[202] fue la primera sentencia de unificación en la cual se estableció la posibilidad de que las Entidades Prestadoras de Salud recobraran específicamente ante el FOSYGA por los servicios prestados cuyo costo no estuvieran legal ni reglamentariamente obligados a asumir. El problema jurídico planteado en esa ocasión era si ‘(...) se pueden recetar o no medicamentos que no figuran en el listado oficial y, en el evento de hacerse, si las EPS pueden posteriormente repetir contra el Estado’. Después de reiterar la jurisprudencia acerca de la obligación de las EPS de prestar servicios no incluidos en el POS cuando estuviera en riesgo la vida o la salud del paciente, la Corte afirmó que ‘(...) como se trata de una relación contractual, 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.’.”[203]

En ese escenario, surge el recobro de las prestaciones que no hacen parte del plan de beneficios, pues es obligación del Estado devolver a las aseguradoras los recursos gastados en servicios que si bien, están por fuera del catálogo, en virtud de un fallo de tutela[204] o de la determinación adoptada por el mecanismo de autorización directa creado por el Ministerio de Salud[205], deben suministrarse al paciente. Así, en la sentencia T-760 de 2008, este Tribunal indicó que “las entidades promotoras de salud, EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC)”.

En la actualidad, su reconocimiento y pago también se encuentra encomendado al Adres de conformidad con lo establecido en el literal h, inciso 2º, artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, que establece:

“Artículo 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

(...) Estos recursos se destinarán a: (...)

En atención a lo expuesto, conforme al modelo excluyente de cobertura vigente actualmente, el recobro se concibe como el mecanismo mediante el cual el Estado reembolsa el costo de una tecnología excluida explícitamente a la EPS que la suministró pese a no estar legal ni reglamentariamente obligada a hacerlo, pero que mediante decisión judicial u orden de los mecanismos de prescripción determinados por el Ministerio de Salud fueron autorizadas a un usuario.

71. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala colige que el financiamiento de una prestación por parte del sistema de salud, se puede dar de dos formas: la primera, mediante la UPC que garantiza el acceso a todos los afiliados a los servicios propios del plan de beneficios; y, la segunda, a través del recobro individual de las tecnologías excluidas otorgadas mediante decisión judicial u orden del mecanismo de prescripción del Sistema.

Si bien se encuentran administradas por la misma entidad, es decir el Adres, son fuentes de financiamiento independientes en tanto están dirigidas a servicios completamente diferentes, por una parte, lo cubierto por el PBS para toda la población (protección colectiva) y, por otra, lo que aun no estando incluido, debe garantizarse al paciente en el caso particular y concreto (protección individual).

Alcance del plan de beneficios excluyente al tenor de la LES

72. El artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 dispuso el nuevo esquema de cobertura del plan de beneficios, así se avanzó del modelo mixto (incluyente y excluyente) consagrado en la Ley 100 de 1993 y se materializó con el antiguo plan obligatorio de salud[206], hacia un plan de beneficios excluyente en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 15. PRESTACIONES DE SALUD. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, para definir las prestaciones de salud cubiertas por el Sistema.

PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

PARÁGRAFO 3o. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.”

73. Sobre el particular, la sentencia C-313 de 2014 señaló que el artículo 15 de la LES tiene claramente un contenido estatutario debido a que incorpora importantes restricciones de acceso al derecho a la salud. De igual forma, la Corte aclaró que el régimen de exclusiones fijado en la LES estaba acorde con el ordenamiento superior:

“Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas. (...)

En cuanto al inciso 4º que incorpora un mecanismo para definir las prestaciones de salud cubiertas, considera la Corte que al especificarse como finalidad la anotada, resulta manifiestamente opuesto a lo considerado en esta providencia, pues, parte del inaceptable presupuesto de servicios y tecnologías no cubiertos por el sistema pero que tampoco corresponden a las limitaciones taxativamente señaladas por el legislador. La presencia de esta finalidad comporta una restricción indeterminada al acceso a los servicios y tecnologías en materia de salud, lo cual ya ha sido objeto de consideración y estimación en otros enunciados del proyecto como el caso de los incisos 2º y 3º del artículo 8º.

Para la Sala, la configuración por el legislador ordinario de un mecanismo técnico-científico,

de carácter público, colectivo, participativo y transparente para el logro progresivo de beneficios no resulta inconstitucional, lo que resulta inconstitucional es que el proyecto estime que se deben definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema, cuando, en el mismo artículo 15 se ha establecido un régimen taxativo de exclusiones. Por ello, en aras del goce efectivo del derecho y, atendiendo que salvo lo excluido, lo demás está cubierto, se impone, excluir del ordenamiento jurídico la expresión ‘para definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema’. Con ello, se preserva un mecanismo ajustado a la constitución y se retira del proyecto un telos que no se corresponde con lo dispuesto en los artículos 2º y 49 de la Carta.” (Negrilla fuera de texto original)

En esos términos, la Corte encontró ajustado a la Constitución el mandato legal que incorporó el plan de beneficios excluyente en el modelo de atención en salud colombiano, a partir del cual todos los tratamientos, tecnologías y otros servicios, que no estuvieren expresamente excluidos, se entenderían incluidos dentro de la cobertura que brinda el SGSSS mediante las EPS. Por tal motivo, se avaló que las exclusiones explícitas efectuadas a partir de los 6 criterios determinados en la LES no fueran sufragadas con recursos del Estado, entendiendo ello como una restricción al derecho fundamental a la salud conforme con la Constitución.

De igual modo, se declaró inexequible el aparte referido a que el mecanismo participativo serviría para definir las prestaciones cubiertas por el sistema al considerar dicho mandato opuesto a la filosofía del PBS excluyente. Lo anterior con fundamento en que la cobertura se puede ampliar siempre que esté acorde con el esquema del plan de beneficios excluyente, pero en ningún caso puede ampliarse definiendo puntualmente inclusiones expresas en ese catálogo.

74. Sin embargo, este Tribunal reconoció que no se trata de una limitación absoluta pues, como se ha reiterado desde la sentencia SU-480 de 1997, existen unos presupuestos para inaplicar las normas que contienen las referidas exclusiones cuando la persona requiera el servicio, a saber:

“(…) el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurran las

siguientes condiciones:

- a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
- c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
- d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”

75. Ahora bien, este Tribunal en auto 410 de 2016 reiteró la referida sentencia, puntualmente frente a la consagración del PBS excluyente en la ley estatutaria, como se expone a continuación:

“... es importante reiterar que con la expedición de la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, se estableció una nueva forma de actualización del POS basado en un sistema de exclusiones, esto es, que en principio el sistema cubre todos los tratamientos y tecnologías en salud que no estén expresamente exceptuados dentro del plan de beneficios, de esta manera se pretende garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (art. 15).

En esta medida este nuevo esquema resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Es así como la Corte ha entendido que si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser

expresas y taxativas[207].”

76. En suma, de conformidad con lo consagrado en la Ley 1751 de 2015 y bajo la interpretación constitucionalmente avalada en la sentencia C-313 de 2014, en Colombia la cobertura en salud se materializa bajo un plan de beneficios excluyente, es decir, compuesto únicamente por un listado de exclusiones expresas y explícitas, bajo el entendido que todo el universo de servicios y tecnologías restantes se encuentra incluidos en el plan. Tal régimen de exclusiones también permite unas excepciones estatuidas por la jurisprudencia constitucional.

Este esquema de configuración del plan de beneficios proscribe cualquier posibilidad de realizar inclusiones explícitas, puntuales o individuales, so pena de regresar al modelo mixto anteriormente implementado por la Ley 100 de 1993, el cual propicia el surgimiento de la zona gris, esto es, la laguna normativa en la que residen las prestaciones respecto de las cuales no hay claridad ni certeza si se encuentran contenidas del plan de beneficios, pues no se advierten inscritas en el listado de inclusiones, ni en el de exclusiones[208].

Sobre los argumentos del Gobierno en la primera objeción

77. El argumento inicial del Gobierno indica que el artículo 4° del proyecto de ley número 123 de 2016 Senado – 082 de 2015 Cámara, “implica el desconocimiento de las reglas establecidas en la Ley 1751 de 2015 para delimitar el acceso al derecho fundamental a la salud, específicamente para establecer los beneficios de salud que deben garantizarse con los recursos públicos. Y es que a partir de las normas estatutarias incorporadas en dicha ley se desprende que el legislador ordinario carece de competencia para establecer de forma aislada y particular la ampliación de los beneficios referenciados”[209] (subrayas originales).

Al respecto, la Corte encuentra que el Gobierno está dando una interpretación al artículo 15 de la LES que se contrapone al análisis de constitucionalidad efectuado sobre el mismo en la sentencia C-313 de 2014, al afirmar que solo la Cartera de salud mediante los mecanismos participativos correspondientes, tiene la competencia para efectuar ampliaciones puntuales en el PBS. Con fundamento en lo transcrito (supra 82), no cabe duda que esta Corporación prohibió la ampliación puntual de cobertura de cara a la implementación del plan de beneficios excluyente, la cual no puede adelantarse con

listados de inclusiones expresas, pues ello contraviene la filosofía del PBS estatuido en dicha norma.

Recuérdese que en esa providencia se declaró inexecutable la expresión “para definir las prestaciones de salud cubiertas por el Sistema” del inciso 4º del artículo 15 ejusdem, al encontrar que tal aparte contravenía la finalidad del PBS excluyente y desnaturalizaba la configuración normativa adoptada por el legislador estatutario. Para la Corte, ello constituía una limitación indeterminada al acceso a los servicios y tecnologías en materia de salud pues, propiciaba la posibilidad de que algunas prestaciones no fueran cubiertas por el sistema, sin que hagan parte de las exclusiones expresas. Este Tribunal consideró que la creación de un mecanismo técnico científico para el logro progresivo de beneficios, es decir, avanzar en la ampliación de la cobertura, está acorde con el texto superior; sin embargo, declaró inconstitucional el precepto del proyecto de ley estatutaria dirigido a que se definieran los servicios asumidos por el sistema, frente a la consagración del régimen taxativo de exclusiones.

En esa medida, no es de recibo la argumentación desplegada por el Gobierno, puesto que la facultad cuya competencia se reclama exclusivamente para el Ministerio de Salud, fue extraída del texto definitivo de la ley estatutaria en razón de la decisión de inexecutable, por tanto no hace parte del ordenamiento jurídico ni tiene eficacia jurídica. En esos términos, no le es dable al legislador ordinario ni al Ejecutivo decretar inclusiones individuales y expresas en el catálogo de servicios, comoquiera que ello desatiende el contenido del artículo 15 de la LES y la interpretación constitucional que sobre el particular se dio en la sentencia C-313 de 2014.

En suma, se reitera que el plan de beneficios vigente a partir de la legislación estatutaria es de estirpe excluyente, por ello solo debe estar compuesto por exclusiones explícitas y no hay lugar a la adopción de listados de inclusiones expresas, debido a que se entiende cubierto todo aquello que no haga parte de los listados de exclusiones, los cuales en caso de existir infringen abiertamente el ordenamiento estatutario.

78. Sumado a ello, para el Gobierno “el proyecto de ley en cuestión resulta contrario a los mandatos del legislador estatutario definidos en el artículo 15 de la LES. Ciertamente, al ampliar directamente los beneficios en materia de infertilidad se desconocen las reglas

estatutarias sobre competencia y procedimiento en materia de exclusiones y ampliación de servicios y tecnologías en salud”[210]. No obstante, analizado el artículo 4º objetado este no incorpora una ampliación específica del PBS, pues, de su tenor literal se deriva una orden dirigida al Ministerio de Salud y Protección Social para que expida la reglamentación requerida en aras de garantizar el acceso a las terapias de reproducción asistida (TRA) con cargo a recursos del Estado, en la cual deberán desarrollarse los siguientes criterios:

“1. Determinación de Requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad.

2. Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad del servicio, y definición de la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio.

3. Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública.

En esa medida, se evidencia que la norma en cuestión constituye una habilitación al Gobierno con el fin de que reglamente los parámetros necesarios para que la prestación de las terapias de reproducción asistida se costee con cargo al Estado. Así, este Tribunal coincide con el Ministerio Público en que la disposición objetada no puede ser considerada como una ampliación puntual de beneficios, toda vez que su propósito esencial es indicar los lineamientos para adelantar una política pública en materia de prevención y tratamiento de la infertilidad que, como cualquier otra enfermedad, requiere de la atención del Estado, en este caso bajo especialísimas condiciones.

Así, visto el contexto del proyecto de ley, este artículo busca materializar la financiación de uno de los elementos que se deben desarrollar al momento de la creación de la política pública de infertilidad, esto es, el suministro de las terapias de reproducción asistida. Empero, conforme a lo establecido en el artículo 3º del documento objetado, se advierte que los componentes que la integran no se reducen a tal prestación, sino que se extiende a aspectos como: i) el fomento de la investigación científica sobre las causas de la infertilidad y los tratamientos, ii) el desarrollo de estrategias de promoción y prevención de esa

enfermedad, iii) la educación sexual y reproductiva, iv) la determinación de esquemas de atención, diagnóstico y tratamiento oportuno de dicha patología, así como v) el establecimiento de lineamientos sociales y legales que involucren la adopción como una opción para las parejas infértiles.

De tal forma, el artículo 4º, entonces, no puede leerse aislado del contexto en el que se inserta, por lo cual no se puede tomar como una inclusión puntual en el plan de beneficios, cuando en verdad lo que pretende es la edificación de toda una política pública para la atención de la infertilidad y la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, lo cual conlleva la garantía de la prestación de las terapias de reproducción asistida cuando se adviertan cumplidos los requisitos que para tal efecto determine el ente regulador.

79. Aunado a ello, la Sala considera que a partir de la interpretación histórica de la norma se puede reafirmar que la misma no constituye una ampliación del plan de beneficios, en tanto el texto finalmente aprobado por el Congreso dista sustancialmente de la redacción original del artículo.

Así, el artículo 5º de la versión original del proyecto de ley señalaba:

“Artículo 5º. Inclusión en el plan de beneficios. Se incluirán en el plan de beneficios, dentro de la atención por parte del Estado y los particulares que participan del sistema de Salud, entre otros procedimientos y tratamientos: la inducción de ovulación; a estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente quedarán incluidos los procedimientos de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Parágrafo. El Ministerio de Salud en un plazo no mayor a seis meses a partir de la expedición de la presente ley, deberá reglamentar específicamente la atención para el tratamiento de la infertilidad dentro del Sistema de Salud.”

Efectuada una lectura de contraste respecto del contenido del artículo 4º del proyecto de ley que fue aprobado por el Congreso y posteriormente objetado por el Gobierno Nacional, se evidencia que se suprimieron los apartes referidos a la inclusión de aquellas tecnologías

en el plan de beneficios, de forma que no se puede efectuar una interpretación contraria a la voluntad del legislador. Este aspecto fue objeto de discusión al interior del órgano democrático y la determinación finalmente avalada se refirió a la garantía en la prestación de las TRA sin realizar su inclusión en el plan de beneficios.

80. Ahora bien, a juicio de la Corte el acceso a las terapias de reproducción asistida no puede ser tratado como una inclusión en el plan de beneficios y, en esa medida, no constituye la regla general, lo cual implica que no tiene eficacia directa sobre todos los afiliados.

Así pues, se aclara que los dineros dirigidos a la atención de las enfermedades catastróficas, huérfanas, crónicas y de las patologías en general que se brinda a la totalidad de la población afiliada las EPS a través del plan de beneficios no se pone en riesgo, ya que las partidas dirigidas a cubrir la prestación de las terapias de reproducción asistida deben ser diferentes a los rubros destinados a la UPC.

En efecto, como lo establece el artículo 4º objetado se otorgarán como mecanismo de protección individual únicamente cuando el usuario haya acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la regulación que se expida sobre el particular.

En tal sentido, corresponde al ente ministerial reglamentar en debida forma los requisitos como “edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad” y las demás que considere necesarias para el suministro a esos servicios, máxime teniendo en cuenta su financiación estatal.

81. Así mismo, al implementar las medidas de política pública de que trata el proyecto de ley objetado, el Gobierno debe determinar la fuente presupuestal que asumirá la prestación de las TRA, bajo las siguientes condiciones:

- i) No se puede afectar la unidad de pago por capitación -UPC- debido a que no se trata de un servicio incluido en el PBS.
- ii) Se debe garantizar el acceso a las terapias de reproducción asistida siempre que se

cumplan con los requerimientos estatuidos por el Gobierno para tal efecto.

iii) Solo se aplicará a las terapias de reproducción asistida de alta y baja complejidad derivadas del artículo 4º del proyecto de ley objetado, de forma que no tiene incidencia sobre los medicamentos, tratamientos y demás servicios para la atención de la infertilidad que en la actualidad hacen parte del PBS, los cuales continuarán con las fuentes presupuestales propias del plan de beneficios.

82. De esta manera, el acceso a los tratamientos de fertilidad es una consecuencia lógica de la política pública prevista en el proyecto de ley y, en todo caso, limitada a circunstancias excepcionales en cuanto a los beneficiarios, los tratamientos y las condiciones de acceso, por lo que también resulta congruente con el artículo 15 de la LES, en concordancia con la sentencia C-313 de 2014, en cuanto atribuye la facultad reglamentaria en materia de tratamientos de infertilidad con cargo a recursos públicos al órgano competente para ampliar los beneficios del sistema, esto es, al Ministerio de Salud.

Aunado a ello, la norma objetada reitera los lineamientos para la asignación de recursos públicos a la salud dispuestos en el artículo 15 de la LES, pues, no se afecta la UPC sino que se incorpora como un mecanismo de cobertura individual que debe ser costeadado por las fuentes que para tal efecto determine el Estado.

83. Ahora bien, lo dispuesto en la disposición objeto de revisión no transgrede la garantía de participación de la comunidad médica y de usuarios en las decisiones que les competen, consagrada por el artículo 15 de la LES. Lo anterior en razón a que el órgano de representación democrática, esto es, el Congreso de la República, es precisamente el escenario que por excelencia garantiza los principios de participación y pluralismo consagrados en el texto constitucional.

Sobre el particular, la Corte ha reiterado que “[l]a naturaleza participativa del ordenamiento constitucional supone entonces la obligación de promover, en cuanto resulte posible, la manifestación de formas democráticas de decisión y de control y, en cuanto sea necesario, la expresión de sus dimensiones representativas. Este criterio de interpretación se apoya, de una parte, en el reconocimiento que la Carta hace de las instituciones propias de la democracia representativa y, de otra, en la pretensión reconocida en el artículo 2º de la

Constitución de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. De acuerdo con lo anterior, el legislador debe identificar, en el marco definido por la Carta, el alcance de cada una de estas expresiones de la democracia encontrándose obligado a diseñar e instrumentar medidas que permitan que los mecanismos de participación sean realmente efectivos.”[211]

De este modo, la jurisprudencia ha aclarado que la diferenciación de las expresiones de democracia participativa y representativa depende de la noción de soberanía que funda cada una, así “[e]l artículo 3º de la Constitución reconoce que la soberanía está radicada en el pueblo y se constituye por la suma de todas las voluntades individuales (soberanía popular). A su vez, ha sostenido que en la democracia representativa -que se sustenta en el concepto de soberanía nacional- ‘los funcionarios públicos elegidos democráticamente representan a la nación entera y no a sus electores individualmente considerados’[212] al paso que en el modelo de la democracia participativa, ‘los elegidos representan la voluntad del pueblo y reciben un mandato imperativo’[213].”[214]

En materia de salud, la ley estatutaria y la jurisprudencia constitucional han resaltado la relevancia de la participación ciudadana en las decisiones del sector. Puntualmente, en la sentencia C-313 de 2014 esta Corporación manifestó que “la participación a la que se refiere el Art. 12 debe entenderse en consonancia con el Texto Superior, lo que implica también participar, además, respecto de las decisiones que se adoptarán por los agentes del sistema de salud, de tal modo que su participación en el marco del modelo democrático pueda ser efectiva, continua, activa y, pueda en efecto, como lo menciona la norma, participar en la formulación de la política de salud y en los planes para su implementación, fijar prioridades, evaluar resultados, participar en las decisiones sobre exclusión de servicios y tecnologías, participar en decisiones que puedan significar una limitación o restricción en las condiciones de acceso a establecimientos de salud y, en fin, involucrarse ciertamente en los programas y estrategias propias del mencionado derecho.” (negritas originales).

Bajo tales precisiones, la Sala colige que el mecanismo técnico, científico, participativo, público y transparente es una manifestación de la democracia representativa mediante la cual el legislador estatutario pretendía asegurar que la comunidad en general pudiera ser escuchada y tenida en cuenta al momento de adoptar determinaciones sobre el PBS y, en

general, en materia de salud.

Ahora bien, según expresó este Tribunal, al examinar la constitucionalidad del artículo 12 de la LES que incorporaba el mecanismo técnico - científico, la teleología de tal herramienta era “sin duda significativo hallar en el pueblo[215], en su actitud, accionar y en su disposición a participar en la adopción y ejecución de las decisiones más trascendentes al interior de la comunidad política, esos signos distintivos que marcarían, en principio, una inclinación hacia la democracia. También, es trascendente atender el peso y significado de la regla de las mayorías en la adopción de decisiones, así como los límites que a tales mayorías pueden oponerse. Igualmente, es preciso asumir que el ejercicio participativo se hace de manera voluntaria por quienes ostentan la condición de ciudadanos. \ Es esa participación ciudadana, su formación e incidencia de su opinión pública, un lugar común que, si bien puede no agotar el concepto mismo de democracia, al menos pretende concretar ese valor tan peculiar que tiene la democracia participativa en el Estado Social de Derecho.”[216]

En consonancia con lo expuesto, se colige que el mecanismo técnico - científico representaba un mínimo de participación exigida por el legislador estatuario al momento de adelantar la regulación por el Gobierno. En tal sentido, la decisión del legislador referida a la prestación de las TRA con cargo a recursos del Estado, al ser consecuencia del ejercicio directo de la democracia -participativa- cuenta con la legitimidad necesaria y garantiza el imperativo de intervención de los interesados en las decisiones en salud, consagrado por el artículo 15 de la LES, acorde con la jurisprudencia constitucional[217] y la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[218].

Sin perjuicio de lo anterior, el Gobierno se conserva su potestad sobre la ampliación progresiva de los derechos la cual permite que se pueda avanzar hacia decisiones que determinen, incluso, la cobertura general de las terapias de reproducción asistida por el plan de beneficios en salud, la consecución de nuevas fuentes de financiación u otras medidas que cuenten con el aval gubernamental, siempre que observe la garantía de no regresividad.

84. En esos términos, contrario a lo estimado en la objeción gubernamental la financiación con recursos públicos de las terapias de reproducción asistida cuya solicitud observe los

requerimientos que fijará normativamente el Ministerio de Salud, no infringe el artículo 15 de la LES, puesto que no se afecta el núcleo esencial del plan de beneficios y, como el propio artículo 4º de proyecto objetado dispone, se le dará tratamiento de mecanismo de cobertura individual. Además, no se limita el principio de participación ciudadana en la toma de decisiones en materia de salud, por lo que no se advierte afectado el principio de participación democrática consagrado en los artículos 1º y 2º superiores. Por consiguiente, este Tribunal no encuentra conculcado el ordenamiento superior ni las normas del bloque de constitucionalidad en sentido lato invocadas por el Gobierno y en esa medida, la primera objeción se declarará infundada.

ii) Segunda objeción de inconstitucionalidad por violación del criterio de sostenibilidad fiscal

85. Según el Gobierno el artículo 4 del proyecto de ley contraría el artículo 334 de la Constitución, así como los artículos 5 y 6 de la LES debido a que afecta la sostenibilidad fiscal del sistema de salud pues, según estudios adelantados, el impacto fiscal de las TRA puede oscilar entre \$3 billones para la población estrato 1 y \$13 billones para todos los beneficiarios. En su criterio, es evidente la afectación de la sostenibilidad de las finanzas del sector, máxime si se tiene en cuenta que no está probada su efectividad. Así se manifestó en la objeción:

“El esfuerzo fiscal total para el SGSSS de incluir los tratamientos de infertilidad IIU (baja complejidad) y FIV/ICSI (alta complejidad), al sumar lo expuesto en los dos numerales anteriores, sería de \$1.004.464.millones, en pesos de 2015 en un solo ciclo. El 98% de este monto estaría asociado a los tratamientos de alta complejidad. No obstante, por término medio en un tratamiento IIU se llevan cabo tres a cuatro ciclos de inseminación debido a que la mayoría de los embarazos ocurren dentro de los primeros 4 ciclos de tratamiento y, en ese sentido, se intentan 3 a 4 ciclos de inseminación con inducción ovulatoria. Por consiguiente, si se considera la política de cubrir 3 ciclos por tratamiento, escenario que aplica tanto en procedimientos de alta como en baja complejidad, el esfuerzo fiscal para el SGSSS sería de \$3.013.392.millones (\$3 billones).

Cabe aclarar que estos resultados del estudio del IETS sólo tienen en cuenta el efecto sobre una población estimada de estrato uno (52.609 parejas). No obstante, el mismo estudio

señala que el número de parejas infértiles podría llegar a 235.914, lo cual incrementaría en alrededor de 4.5 veces el impacto fiscal calculado de la inclusión de este tipo de tratamientos de medicina reproductiva si se asume que, tal como lo estipula el proyecto de ley, toda la población tendría acceso al SGSSS para este tipo de tratamientos. En un escenario como este, el costo superaría los \$13 billones.”[219]

De cara a los argumentos de un posible impacto fiscal de \$3 billones solamente estimados para la población posiblemente destinataria de las TRA en estrato 1, los cuales según el Gobierno se pueden extender a 13 billones al incluir a los demás sectores socioeconómicos, la Corte estima que una vez el regulador cumpla la disposición de reglamentación que comporta la norma objetada, y se determinen a profundidad los requisitos para el acceso a las terapias de reproducción asistida, dicha información puede variar sustancialmente.

Lo anterior con fundamento en que la nueva regulación no se centrará únicamente en la evaluación de la capacidad financiera de las parejas, sino que se deben fijar otros parámetros para tal efecto como la edad, la condición de salud de la pareja infértil, el número de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, el nivel de Sisbén, la frecuencia, el tipo de infertilidad y los demás que el Ministerio considere “necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública”.

Debe aclararse que dicha facultad no es totalmente discrecional; y ello por cuanto no puede olvidarse el gobierno que se trata de un derecho de carácter fundamental (derechos sexuales y reproductivos), mismos que a tono con la evolución de la jurisprudencia de esta Corporación y de los lineamientos referidos en el proyecto de ley, no pueden llevar a la postre a anular por medio del reglamento, la posibilidad de acceder a las terapias de reproducción asistida; al contrario, la competencia del Ejecutivo se circunscribe a delimitar los presupuestos para ser beneficiario de dicha atención.

Bajo tal entendido, el universo de la población sobre la cual se efectuaron los estudios y se hizo la estimación del gasto no es en modo alguno exacto, en razón a que no se tuvieron en cuenta las variables que tendrá que establecer el ente ministerial y por ende el posible costo solo será determinable cuando todo ello se incluya en los cálculos, para ser gestionado por dicho órgano en el presupuesto nacional.

En tal sentido, las cuentas que se han efectuado, al no incorporar ninguna de las variables aquí anotadas, resulta no solo exacerbada sino además especulativa. Pero a ello –por si no fuere bastante– debe agregarse además un argumento de enorme trascendencia, y es que la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales en virtud de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 334 constitucional, lo cual en el presente caso es aplicable a los mentados derechos reproductivos, de carácter fundamental, y bajo las condiciones anotadas en la presente providencia.

86. Sumado a lo expuesto, las cifras arrojadas por el estudio presentado por el IETS en 2015 tienen otras deficiencias que impiden que el mismo sea concluyente para soportar la ausencia de sostenibilidad fiscal en el caso concreto a saber:

i) Tiene como premisa que los tratamientos de reproducción asistida se van a incluir en el plan de beneficios, situación que como se explicó de manera precedente no tiene asidero jurídico en la norma objeto de examen.

ii) No responde a una lógica de acceso progresivo a estas tecnologías, pues parte de la base de que los tratamientos se van a requerir y a sufragar para las 52.609 parejas beneficiarias según el estudio, en un mismo momento.

iii) Supone que los costos son asumidos totalmente por el Estado, pretermitiendo que la jurisprudencia constitucional ha señalado la obligación de contribución mínima del afiliado.

iv) Únicamente se centra en las parejas infértiles, por lo que se excluye a las mujeres solteras diagnosticadas con infertilidad que pretendan favorecerse de este tratamiento.

87. Además, el Gobierno consideró que también se contravienen algunas disposiciones orgánicas y estatutarias sobre impacto fiscal, como el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, norma que exige que el impacto fiscal de todo proyecto de ley debe hacerse explícito y compatible con el marco fiscal de mediano plazo, por lo cual en la exposición de motivos debe incluirse el costo estimado y la fuente de ingreso adicional para su financiamiento, en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 (norma orgánica), los proyectos de ley que generen gastos deben incluir un análisis de impacto fiscal y la fuente de ingreso adicional para el financiamiento de dicho costo (...) En el trámite del Proyecto de Ley 082 de 2015 Cámara, 123 de 2016 Senado, no se atendió esta premisa, en tanto el Congreso durante el trámite del proyecto de ley, pese a que se explicitó por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el costo de dichas inclusiones a través de los conceptos publicados en las Gacetas del Congreso 173/16, 692/16, 874/16, 1077/16 y 437/17, se limitó a reconocer la existencia de un impacto fiscal sin que hubiera previsto en el texto de la ley las fuentes adicionales que garantizarán el financiamiento del gasto que dicha ley establece”[220].

En relación con lo objetado, la Corte advierte que en el texto del proyecto de ley no se establece un gasto público que debe incluirse en el presupuesto, caso en el cual deberían haberse previsto los artículos 345 y 346 superiores, sino que se incorpora una orden dirigida al Ministerio de Salud para que reglamente las condiciones de acceso a los tratamientos de reproducción asistida con observancia del Plan Decenal de Salud Pública y la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, sobre el mandato orgánico contenido en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, este Tribunal ha considerado que funge como “parámetro de racionalidad legislativa, que está encaminado a cumplir propósitos constitucionalmente valiosos, entre ellos el orden de las finanzas públicas, la estabilidad macroeconómica y la aplicación efectiva de las leyes. Esto último en tanto un estudio previo de la compatibilidad entre el contenido del proyecto de ley y las proyecciones de la política económica, disminuye el margen de incertidumbre respecto de la ejecución material de las previsiones legislativas”[221].

Al respecto, esta Corporación ha reconocido que aquellos casos en los cuales no se impone al Gobierno la orden de realizar un gasto si no que se establece una habilitación o autorización legal para incluirlo en el correspondiente presupuesto no se afecta, *primaefacie*, la constitucionalidad de la ley por no cumplir los requerimientos establecidos en el referido artículo, como lo ha manifestado la jurisprudencia constitucional[222]:

“No puede existir entonces reparo de inconstitucionalidad en contra de normas que se limiten a autorizar al Gobierno Nacional para incluir un gasto, sin que le impongan hacerlo.

En estos eventos, no se desconoce la Ley Orgánica del Presupuesto, en tanto el Gobierno conserva la potestad para decidir si incluye o no dentro de sus prioridades y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, los gastos incorporados y autorizados en la ley.”[223]

En el presente asunto, es claro que al tratarse de una autorización o habilitación para una posterior determinación del gasto público, conforme a lo citado anteriormente, se prescinde de la obligación de deliberación y financiamiento adicional a que hace referencia en el artículo 7[224] de la Ley 819 de 2003 y, por tanto, no es de recibo este argumento del Gobierno Nacional.

88. En consonancia con lo anterior, se declarará infundada la segunda objeción de inconstitucionalidad toda vez que el artículo 4º no implica por sí mismo una orden de gastos sino de reglamentación para el Gobierno Nacional, bajo los criterios establecidos en el proyecto de ley y en el ordenamiento jurídico, en esos términos no infringe el ordenamiento superior ni las normas orgánicas bajo cita.

iii) Tercera objeción de inconstitucionalidad por violación de los principios de eficiencia y equidad

89. En criterio del Gobierno Nacional, el proyecto de ley de la referencia desconoce los principios de eficiencia y equidad estatuidos en los artículos 48 de la Constitución y 6 de la LES, comoquiera que se pone en riesgo la prestación del servicio de salud a la mayoría de la población –a pesar de que la efectividad de los TRA es muy limitada– y afecta a los usuarios con menor capacidad de pago, lo cual fue manifestado en los siguientes términos:

“Dicho lo anterior, cabe señalar que el proyecto de ley contraviene el principio de eficiencia del Sistema de Salud, pues- aproximadamente- entre el 7,5% (\$3 billones) al 32,5% (\$13 billones) de los recursos disponibles para financiar la atención en salud de toda la población colombiana (\$40 billones) deberá utilizarse para financiar tratamientos de infertilidad para un grupo pequeño de la población (235.914 parejas), en donde las tasas de éxito de los tratamientos no son representativas”.

Inicialmente, frente al argumento sobre la existencia de múltiples necesidades en materia de salud y recursos limitados para el sector, este Tribunal considera que no se contraviene

el principio de eficiencia, puesto que no se trata de un costo irracional para el sistema, sino del tratamiento a la infertilidad que como enfermedad requiere terapias de reproducción asistida circunscritas al carácter prestacional y progresivo del derecho a la salud.

Como se explicó, al sufragarse estos costos bajo la fuente presupuestal que asigne el Gobierno, no se afecta la garantía de universalidad y calidad en la atención. Tampoco se transgrede el acceso a los servicios de salud por parte de la mayoría de afiliados, debido a que su financiación no se da por medio de la UPC, de forma que lo cubierto en el plan de beneficios se mantiene incólume y no se pone en riesgo su financiación.

Ahora bien, según el Gobierno los estudios realizados evidencian porcentajes bajos de efectividad, empero para la Corte estos no son argumentos constitucionalmente admisibles para negar el tratamiento de la infertilidad, por lo que en aras de garantizar los derechos reproductivos de la población que lo requiera, el Estado deberá financiar el costo de las TRA. Con ello, se busca materializar el principio de acceso a la prestación del servicio contenido en el artículo 6 de la ley estatutaria, amparando así el disfrute del nivel más alto de salud como lo dispone la Observación General 14 del Comité DESC. Debe la Sala enfatizar en que argumentar razones de eficacia probable de un tratamiento, para la garantía de un derecho fundamental, lesiona la dignidad de la persona, pues, de ser ello correcto, podría también decirse que no vale la pena –por ejemplo– emprender un costoso tratamiento o importar un medicamento de altísimo costo, con destino a un paciente de 90 años cuya expectativa de vida es muy baja.

Aunado lo anterior, los parámetros que deberá fijar el Ministerio de Salud también pretenden racionalizar el suministro de las terapias de reproducción asistida bajo condiciones objetivas comprobables, criterios a partir de los cuales se debe velar por una mayor efectividad.

Este Tribunal considera entonces que el artículo 4º es consonante con los principios de universalización y solidaridad (art. 48 y 49 superiores), particularmente en materia de acceso a la prestación del servicio (art. 6 Ley Estatutaria de la Salud), que conforme a los principios de eficiencia y sostenibilidad financiera del sistema, deben observarse bajo lineamientos excepcionales determinados por el propio proyecto de ley, así como lo dispuesto en el artículo 15 de la LES y en la sentencia C-313 de 2014.

90. El Gobierno sustenta que “[e]l impacto del déficit financiero que producirá la expedición del proyecto de ley materia de objeción no afecta en igual medida a toda la población afiliada al Sistema. Amenaza en mayor medida a la población con menor capacidad de pago o con enfermedades cuya atención implica costos más altos para el Sistema que no pueden ser sufragados por el paciente. Esto, naturalmente, constituye una violación del principio de equidad. El impacto financiero del proyecto se traduce en la desfinanciación de los servicios que actualmente presta el Sistema, toda vez que no se ha previsto una fuente adicional de recursos para su realización. Ello implica la desprotección de la población más necesitada, cuya atención en salud depende directamente de la provisión de servicios por parte del Sistema, pues su capacidad de pago le restringe la posibilidad de acceder a los servicios requeridos con recursos propios.”[225]

En torno a las afirmaciones dirigidas a demostrar la violación del principio de equidad, la Corte encuentra que el proyecto objetado no afectará en mayor proporción a la población con menos capacidad de pago o enfermedades más costosas pues, como se indicó, al incorporarse una fuente de financiación distinta a la UPC, no se desfinanciaron los servicios que actualmente presta el sistema.

Entonces, corresponde al Gobierno al momento de realizar la reglamentación, la consecución de las fuentes adicionales de recursos sin que en ningún momento ello implique la reducción de recursos para sufragar el costo del plan de beneficios, ni una desprotección para la población afiliada al sistema de salud.

91. Por último, el Gobierno señaló que la precariedad de la información que reposa en el sistema, impide verificar la situación económica de las parejas que pretendan acceder a dichos servicios, bajo el siguiente argumento “los mecanismos de discriminación por ingresos previstos en el complejo andamiaje administrativo del Sistema de Salud no están en condiciones de establecer con certeza la capacidad económica de la pareja a tratar, de tal forma que sea posible negar la prestación de servicios por este concepto, lo cual implicaría que toda la población afiliada al Sistema con dificultades en materia de infertilidad terminaría demandando el acceso a estos tratamientos.”[226]

Cuando el Ejecutivo afirma que no está en condiciones de establecer con certeza la capacidad económica de la pareja, reconoce una falencia en el sistema de información al

interior del sector salud que no puede ser opuesta como argumento de inconstitucionalidad del proyecto de ley.

Primero, por cuanto no es una razón de orden constitucional, ni siquiera normativa, sino una falencia operativa atribuible al propio Ejecutivo. En efecto, existen normas que han encargado la creación de un sistema de información al Ministerio de Salud como el Decreto Ley 1281 de 2002[227] y la Ley 1438 de 2011[228]. Además en la sentencia C-313 de 2014, esta Corporación analizó los artículos 19 y 21 de la LES “referidos a la implementación de determinaciones generales que incluyan un sistema único de datos en salud y la obligación del Estado de promover la divulgación de la información, este Tribunal consideró que tales normas se armonizan con la garantía superior de recibir información veraz e imparcial (art. 20 C.P.) y con el principio de publicidad de la función administrativa (art. 209 C.P.).”[229]

Segundo, porque el criterio de capacidad económica no será el único que debe incorporar la regulación que se expida por el ente ministerial, de manera que si en gracia de discusión el sistema no pudiere brindar de manera exacta dicha información, se contará con otras variables que permitirán determinar si la pareja debe ser beneficiaria del suministro de las TRA con cargo a los recursos del Estado. Lo anterior no es óbice para que el Gobierno avance decididamente en la configuración de sistemas de información actualizados y confiables, donde reposen los datos de los afiliados dada su utilidad para el SGSSS, como ha reiterado esta Corporación. En esos términos esta objeción tampoco se encuentra fundada por lo expuesto en este considerando.

Síntesis de la decisión

92. La Sala abordó el estudio de tres objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno frente al proyecto de ley número 123 de 2016 Senado - 082 de 2015 Cámara, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”, puntualmente en relación con el artículo 4º que ordena al Ministerio de Salud reglamentar las condiciones de acceso a terapias de reproducción asistida con cargo al erario público.

La cuarta objeción que solo refería a motivos de conveniencia no fue estudiada por este

Tribunal, comoquiera que no cuenta con competencia para ello de conformidad con el texto superior.

93. De manera preliminar, se resolvió la solicitud del Ministerio sobre la devolución del proyecto de ley para que el Congreso se pronunciara respecto de la objeción de inconstitucionalidad por violación del criterio de sostenibilidad fiscal, pues en su criterio el legislativo no había insistido en dicha objeción. Analizado el contexto, la Corte coligió que la discusión legislativa se abordó desde el contenido del texto superior, por lo que las cámaras cumplieron con la carga de sustentar por inconstitucionalidad y no solo inconveniencia, su insistencia en la sanción del proyecto de ley.

Por lo anterior, se estimaron cumplidas las condiciones necesarias que activan la competencia de la Corte para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del proyecto de ley objetado por el Gobierno Nacional.

94. A continuación, se revisó el procedimiento de aprobación de las objeciones gubernamentales, puntualmente la oportunidad y requisitos de su formulación, publicación del escrito en la Gaceta del Congreso, la conformación de la Comisión Accidental y elaboración y publicación del informe, el anuncio previo a la votación, el quorum, las mayorías exigidas y la votación nominal y pública. La Corte encontró que el trámite de las objeciones se llevó a cabo en forma adecuada, lo que habilitó a esta Corporación a pronunciarse de fondo sobre la controversia constitucional suscitada entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

95. Se reiteró que desde el año 2006, este Tribunal ha reconocido el carácter fundamental de los derechos reproductivos que, como todo derecho que ostenta esa característica, tienen una faceta de carácter inmediata y una faceta prestacional. La primera, hace referencia a la dimensión esencial del derecho a la procreación por medio de asistencia científica, que tiene un carácter inmediato, e implica la obligación de no interferencia en su acceso, así como el deber de protección del derecho a contar con los servicios de salud reproductiva. La segunda, por tu parte, tiene que ver con su acceso con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), es decir, la dimensión prestacional, está sujeta al principio de progresividad, como sucede con las terapias de reproducción asistida de alta complejidad, esto es, el procedimiento la fertilización in vitro.

Adicionalmente, se desarrolló la evolución de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el amparo de los derechos sexuales y reproductivos.

96. Con posterioridad, no se encontró fundada la primera objeción, referida a la presunta violación del artículo 15 de la LES, así como al principio de democracia participativa contenido en los artículos 1º y 2º constitucionales. La Corte aclaró que no le es dable al legislador ordinario ni al Ejecutivo decretar inclusiones individuales y expresas en el catálogo de servicios, lo cual infringe el artículo 15 de la LES y la sentencia C-313 de 2014, puesto que a partir de la legislación estatutaria el plan de beneficio es excluyente, es decir, se entiende cubierto todo aquello que no haga parte de los listados de exclusiones, los cuales en caso de existir infringen abiertamente el ordenamiento superior.

Sobre el contenido del artículo 4º del proyecto de ley, se indicó que constituye una habilitación al Gobierno con el fin de que reglamente los parámetros necesarios para que las terapias de reproducción asistida se sufraguen con recursos públicos y, por tanto, no puede ser considerada como una ampliación puntual de beneficios. Se reiteró que ese artículo incorpora la garantía de la prestación de las TRA cuando se adviertan cumplidos los requisitos que para tal efecto determine el ente regulador.

Lo anterior fue corroborado con la interpretación histórica de la norma puesto que el texto original presentado a consideración del Congreso en el inicio del trámite legislativo incorporaba expresamente la inclusión de tales servicios en el PBS; sin embargo, el literal finalmente aprobado suprimió esos apartes y se refirió a la garantía en el acceso a las TRA sin realizar su inclusión en el plan de beneficios.

Bajo tal contexto, el Ejecutivo debe establecer la fuente presupuestal que asumirá esos costos, con observancia de las siguientes condiciones: i) no se puede afectar la UPC; ii) se debe garantizar el acceso a las TRA cuando se adviertan cumplidos los requisitos para tal efecto determinados por el Gobierno; iii) el contenido de esta norma solo se refiere a las TRA, de manera que los medicamentos, tratamientos y demás servicios para la atención de la infertilidad que hacen parte del PBS continuarán con las fuentes presupuestales propias del plan de beneficios.

97. También se advirtió que la disposición objeto de revisión no transgrede la garantía de participación debido a que el órgano de representación democrática, esto es, el Congreso

de la República, es precisamente el escenario que por excelencia garantiza los principios de participación y pluralismo consagrados en el texto constitucional. Lo anterior, al ser consecuencia del ejercicio directo de la democracia -participativa- cuenta con la legitimidad necesaria y garantiza el imperativo de intervención de los interesados en las decisiones en salud, consagrado por el artículo 15 de la LES, acorde con la jurisprudencia constitucional y la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ello no es óbice para que el Gobierno avance en la ampliación progresiva de los derechos, de manera que pueda consagrar, incluso, la cobertura general de las terapias de reproducción asistida por el plan de beneficios en salud, la consecución de nuevas fuentes de financiación u otras medidas que cuenten con el aval gubernamental, siempre que observe la garantía de no regresividad.

98. La Sala tampoco observó fundada la segunda objeción, relacionada con el desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal y las normas orgánicas de gasto.

Para la Corte, las cifras arrojadas por el estudio presentado por el IETS en 2015, no son susceptibles de soportar la violación del mentado criterio pues el universo de la población estudiado sobre el cual se hizo la estimación del gasto no es en modo alguno exacto, en razón a que no se tuvieron en cuenta las variables que tendrá que establecer el ente ministerial y por ende el posible costo solo será determinable cuando todo ello se incluya en los cálculos, para ser gestionado por dicho órgano en el presupuesto nacional. Esta Corporación consideró que las cuentas que se han efectuado, al no incorporar ninguna de las variables aquí anotadas, resulta no solo exacerbada sino además especulativa, lo cual reviste mayor trascendencia comoquiera que la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales.

Adicionalmente, los referidos estudios parten de premisas erróneas como asumir que las TRA se incluirían en el PBS, suponen que las 52.609 parejas beneficiarias van a acceder a ese servicio en un mismo momento, pretermiten que el afiliado debe contribuir siquiera mínimamente con los costos de la tecnología y solo se centra en las parejas infértiles, excluyendo mujeres solteras diagnosticadas con infertilidad.

99. Respecto de los mandatos orgánicos de disposición de gastos públicos mediante ley, se

indicó que la norma analizada es una autorización o habilitación para una posterior determinación del gasto público, por lo que se prescinde de la obligación de deliberación y financiamiento adicional a que hace referencia en el artículo 7[230] de la Ley 819 de 2003 y, por tanto, no es de recibo este argumento del Gobierno Nacional.

100. Finalmente, se declaró infundada la tercera objeción de inconstitucionalidad sobre el desconocimiento de los principios de eficiencia y equidad. Para la Corte, al sufragarse estos costos con cargo a los recursos asignados a los recobros, provisionalmente, y de manera definitiva bajo la fuente presupuestal que asigne el Gobierno, no se afecta la garantía de universalidad y calidad en la atención. Tampoco sea transgrede el acceso a los servicios de salud por parte de la mayoría de afiliados, debido a que su financiación no se da por medio de la UPC, de forma que lo cubierto en el plan de beneficios se mantiene incólume y no se pone en riesgo su financiación.

Aunado lo anterior, este Tribunal consideró que el artículo 4º es consonante con los principios de universalización y solidaridad (art. 48 y 49 superiores), particularmente en materia de acceso a la prestación del servicio (art. 6 Ley Estatutaria de la Salud), que conforme a los principios de eficiencia y sostenibilidad financiera del sistema, deben observarse bajo lineamientos excepcionales determinados por el propio proyecto de ley, así como lo dispuesto en el artículo 15 de la LES y en la sentencia C-313 de 2014.

Finalmente, la Corte advirtió que el proyecto objetado no afectaría en mayor proporción a la población con menos capacidad de pago o enfermedades más costosas pues, como se indicó, al incorporarse una fuente de financiación distinta a la UPC, no se desfinanciaron los servicios que actualmente presta el sistema. Por ende, el Gobierno debe conseguir la fuente de financiación idónea sin que en ningún momento ello implique la reducción de recursos para sufragar el costo del plan de beneficios, ni una desprotección para la población afiliada al sistema de salud.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar INFUNDADAS las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional, al proyecto de ley número 123 de 2016 Senado – 082 de 2015 Cámara, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”. En consecuencia, se declara su EXEQUIBILIDAD en relación con los cargos propuestos.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con impedimento aceptado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-093/18

TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Jurisprudencia pacífica, reiterada y constante (Salvamento de voto)

PROYECTO DE LEY SOBRE TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Vulnera Ley Estatutaria de Salud en materia de ampliación y exclusión de servicios y tecnologías en salud (Salvamento de voto)

INCLUSION O EXCLUSION DE UN SERVICIO O TECNOLOGIA DEL PLAN DE BENEFICIOS-Debe ser una decisión técnica (Salvamento de voto)

OBJECIONES GUBERNAMENTALES A PROYECTO DE LEY SOBRE TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Si se encuentran fundadas (Salvamento de voto)

Ref.: Expediente OG-159

Magistrados Sustanciadores:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, salvo mi voto en el asunto de la referencia, por las siguientes razones:

1. El fundamento esencial de la controversia entre el Gobierno Nacional y el Congreso de la República en relación con la sanción del proyecto de ley de la referencia estriba en que el artículo 4 de la iniciativa establece que los tratamientos de fertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (en adelante TRA) se garantizarán con recursos públicos. Los argumentos planteados para soportar las tres objeciones gubernamentales formuladas, así como la insistencia del Congreso, giran alrededor de si esta disposición se ajusta o no la Constitución y a la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 (en adelante LES).

2. En primer lugar, el Congreso señaló, entre otros argumentos, que el proyecto de ley incorpora los criterios jurisprudenciales definidos por la Corte Constitucional para permitir el acceso a las TRA, particularmente en las sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015.

2.1 No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia pacífica, reiterada y constante de esta Corporación sobre el tema precisa que la exclusión de los tratamientos de fertilidad, específicamente de las TRA, del Plan de Beneficios en Salud –antes Plan Obligatorio de Salud– se sustenta en importantes razones de naturaleza constitucional, relacionadas principalmente con la escasez de recursos que obliga a determinar razonablemente las prioridades en materia de gasto y la necesidad de que el legislador estatutario previamente resuelva controversias de hondo calado en torno a las TRA.

Dado que antes de la expedición de la LES tales tratamientos se encontraban explícitamente excluidos de los planes obligatorios de salud, por regla general, y en virtud de los principios de eficiencia y solidaridad que rigen la prestación del servicio de salud, las salas de Revisión confirmaron la decisión de los jueces de instancia de negar el amparo invocado, al estimar que la exclusión que de dichos tratamientos se ha hecho constituye el

legítimo desarrollo de la facultad de configuración normativa y que tal decisión es coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que satisfaga el principio de universalidad[231].

Para soportar su decisión, la Corte ha considerado diferentes argumentos. Principalmente, ha sostenido que (i) la omisión respecto del suministro de estas prestaciones no lesiona los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna; (ii) que el derecho a la procreación implica un deber de abstención estatal y, por tanto, que no se puede constreñir a la administración a garantizar un embarazo; (iii) que quienes padecen infertilidad pueden acudir a la adopción como medio para satisfacer su derecho de conformar una familia; (iv) que la escasez de recursos obliga a determinar razonablemente las prioridades en materia de gasto, elemento indispensable para garantizar la efectividad del derecho a la salud de toda la población; y (v) más recientemente, que antes de autorizar de forma general la inclusión de los tratamientos de fertilidad en los planes de beneficios, específicamente de tratamientos como la fecundación in vitro, el legislador debe regular asuntos tan importantes como la donación de óvulos, la congelación de embriones sobrantes, la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres, entre otros temas.

Aunque a lo largo de los años las salas de Revisión han introducido algunos matices para acceder a la solicitud de tutela, lo cierto es que a la fecha la regla general sigue siendo la anotada en precedencia, de suerte que las excepciones planteadas por la jurisprudencia han buscado atender las particularidades de cada caso. Tales excepciones, casi siempre, han tenido una relación directa con factores diferentes o adicionales a la sola incapacidad biológica para procrear, –como es el caso de la existencia de una enfermedad de base–, así como a la aplicación de subreglas definidas previamente para resolver problemas recurrentes del Sistema de Salud –como por ejemplo la falta de diagnóstico y la interrupción de los tratamientos–, y no solicitudes relacionadas con la autorización de tratamientos de fertilidad mediante la acción de tutela.

Las excepciones anunciadas anteriormente, desarrolladas y reiteradas de manera constante por las Salas de Revisión, son solo tres: (i) la acción de tutela es el medio idóneo para garantizar la continuidad de tratamientos de fertilidad ya iniciados, cuando estos son suspendidos arbitrariamente por las EPS[232]; (ii) los prestadores de salud tienen el deber

de practicarle a los pacientes los exámenes médicos ordenados por los médicos tratantes para determinar la causa de la infertilidad, pues el diagnóstico es un componente esencial del derecho a la salud[233]; y (iii) la acción de tutela es procedente para permitir el acceso a procedimientos médicos y a medicamentos cuando está demostrado que el accionante no padece un problema de infertilidad primaria u originaria, sino una enfermedad que de manera indirecta produce incapacidad para procrear, pero que, esencialmente, afecta su calidad de vida y su salud[234].

En este sentido, es claro que existe una línea jurisprudencial consolidada, cuya ratio decidendi precisa que de manera excepcional una persona puede acceder a tratamientos de fertilidad con cargo a los recursos del Sistema de Salud para proteger su derecho a la continuidad de los tratamientos médicos en curso o su derecho al diagnóstico, y cuando padece una infertilidad derivada o secundaria a otra patología o enfermedad, que debe ser tratada para proteger sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, pero no para materializar directamente su deseo de procrear.

2.2 Ahora bien, según lo indicado por el Congreso en su respuesta a las objeciones planteadas por el Gobierno y en la sentencia de la referencia, a partir de la aprobación de la sentencia T-528 de 2014, la Corte Constitucional varió de manera sustancial su posición en este tema. Como se demostrará a continuación, esta afirmación no es cierta.

2.2.1 Como se indicó en la sentencia C-093 de 2018, en la citada sentencia T-528 de 2014, la Sala Primera de Revisión se ocupó del caso de un paciente que padecía «una disminución importante en el número de espermatozoides en el semen, en asocio con una alteración en el movimiento y forma de los mismos». La EPS a la cual se encontraba afiliado le negó a él y a su pareja un procedimiento de fecundación in vitro al constatar que el mismo estaba excluido del POS. La Sala concluyó que si bien la negativa de autorizar el tratamiento ordenado por el médico tratante, como única alternativa para procrear, no vulneraba los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad del actor, debido a que este servicio está legítimamente excluido del POS, la EPS sí había lesionado su derecho fundamental a la salud en la faceta de información, guía y acompañamiento, pues la entidad no lo había orientado de forma clara, concreta y eficiente acerca de la discapacidad reproductiva que lo afectaba.

Como consideración adicional, es decir, no fundamental para resolver el caso concreto, al constatar que «la salud reproductiva es un aspecto del derecho a la salud en el que puede reconocerse una insuficiencia de regulación», y con el objeto de permitir la inclusión de las TRA en el POS, la Sala exhortó al Gobierno Nacional para que realizara la revisión de la situación de las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear las TRA, entre ellas, la fecundación in vitro, e iniciara una discusión «de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas».

2.2.2 Posteriormente, en la sentencia T-274 de 2015[235], la Sala Sexta de Revisión resolvió el caso de cuatro mujeres que solicitaron la autorización de tratamientos de fecundación in vitro, según dijo la Sala, a la luz de subreglas diferentes a las definidas por esta Corporación.

No obstante, para resolver el primer caso, la Sala confirmó las decisiones proferidas por los jueces de instancia que negaron la tutela interpuesta, por constatar que la EPS ya había asumido la responsabilidad del tratamiento requerido por la accionante, por lo que había realizado dos intentos o ciclos, sin que los mismos fueran exitosos.

En el segundo caso, la Sala revocó la decisión proferida por el juez de conocimiento, y aunque en la parte resolutive ordenó los ciclos de fecundación in vitro, condicionó la orden a la «conformación de un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento solicitado», en tanto se trataba de una persona próxima a cumplir 38 años de edad.

Frente al tercer caso, la Sala concedió la protección de los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la vida privada y familiar, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, pero también sujetó la autorización del procedimiento de fecundación in vitro a la conformación por parte de la EPS de un grupo interdisciplinario de médicos que determinaran la viabilidad de dicho procedimiento, pues la accionante estaba próxima a cumplir 48 años de edad y el tratamiento había sido prescrito por un médico no adscrito a la EPS a la cual se encontraba afiliada.

En el último caso, por tratarse de una mujer de 43 años cuyo médico particular le había prescrito el tratamiento de fecundación in vitro, la Sala aplicó el esquema de solución

anterior.

2.2.3 En la misma línea de la sentencia T-274 de 2015, en la sentencia T-306 de 2016[236], la Sala Cuarta de Revisión amparó los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de una mujer a quien su EPS le había negado un tratamiento médico denominado terapia de inmunización con leucocitos paternos, como única alternativa para llevar a cabo un embarazo completo. La EPS demandada se negó a realizar los exámenes de diagnóstico necesarios, por considerar que se trataba de una prestación asociada a problemas de infertilidad y, por tanto, excluida del POS. Si bien la Sala dijo reiterar el criterio jurisprudencial desarrollado en las sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015, accedió a las pretensiones de tutela pero con fundamento en el principio de continuidad del servicio[237].

2.2.4 El mismo año, en la sentencia T-375, la misma Sala de Revisión concedió la tutela de los derechos fundamentales de una mujer que solicitó a su EPS la autorización del tratamiento de fecundación in vitro con lavado especial de espermatozoides, pues su compañero había sido diagnosticado con VIH positivo. De acuerdo con lo indicado por el personal médico de su EPS, aunque ni la actora ni su pareja padecían problemas de infertilidad, este procedimiento era la única forma de disminuir el riesgo de contagio para el bebé y la madre. En esta oportunidad, dadas las extraordinarias circunstancias en que se encontraban la actora y su pareja, y en atención a la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación entorno al deber de protección especial que el Estado debe prodigar a las personas diagnosticadas con VIH positivo, la Sala ordenó a la EPS autorizar, por una sola vez, el tratamiento anotado, así como suministrar a la accionante información relacionada con los riesgos del procedimiento y la existencia de otras opciones y tratamientos de fertilidad[238].

2.2.5 Finalmente, en la sentencia T-126 de 2017, la Sala Novena de Revisión se ocupó de la acción de tutela interpuesta por una mujer con diagnóstico de infertilidad, por lo que su médica tratante adscrita a la EPS le prescribió un tratamiento de fecundación in vitro con inyección intracitoplasmática de espermatozoides. No obstante la Sala confirmó el fallo de segunda instancia que ordenó practicar cuatro ciclos de dicho tratamiento y adicionalmente dispuso que la EPS debía «indagar por la capacidad económica del accionante para lo cual [esta] deberá informar cuál es su situación económica actual, especificando sus ingresos y

egresos mensuales, y allegando los documentos que permitan acreditar lo informado en respuesta a este proveído». Esto, con el objeto de determinar el monto de la cuota moderadora o el copago que la actora debía sufragar «como aporte en aras de la solidaridad al sistema general de seguridad social en salud»[239].

2.3 De conformidad con el recuento efectuado anteriormente, es claro que hasta la fecha únicamente en las sentencias T-375 de 2016 y T-126 de 2017 las salas de Revisión han ordenado la autorización de TRA, puntualmente de procedimientos de fecundación in vitro, al margen de la jurisprudencia sostenida, uniforme y pacífica de este Tribunal en relación con este tema. Si bien fue en la sentencia T-274 de 2015 que se indicaron nuevas subreglas para resolver solicitudes de tratamientos de fertilidad en sede de tutela, lo cierto es que al resolver los casos concretos la Sala condicionó la orden de autorización de los tratamientos al dictamen de un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas sobre la viabilidad científica del procedimiento. Este condicionamiento, de conformidad con las reglas de análisis del precedente establecidas por esta Corporación, tiene claras repercusiones que menguan el alcance de las consideraciones desarrolladas en dicha oportunidad.

Por su parte, en la sentencia T-306 de 2016, aunque la Sala dijo reiterar lo sostenido en la sentencia T-274 de 2015, para resolver el caso dio aplicación al principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, y no a dichas subreglas.

En concordancia con la jurisprudencia constitucional sobre precedente, la *ratio decidendi* o razón de la decisión de una sentencia es la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados. En consecuencia, dado que constituye la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, debe ser acatada por los operadores jurídicos en casos análogos. Todo aquello que no guarde relación con el *decisum* de esta sentencia, ha dicho esta Corporación, no constituye *ratio decidendi*, por lo que ha de ser considerado como *obiter dictum*[240].

De este modo, se ha de concluir que la jurisprudencia en vigor precisa que la exclusión de los tratamientos de fertilidad, específicamente de las TRA, del POS o del Plan de Beneficios se fundamenta en razones constitucionalmente aceptables. Entre los argumentos que continúan incólumes hasta hoy figuran dos por su importancia y trascendencia.

Y, en segundo lugar, la necesidad de que el legislador decida previamente distintas

controversias en torno a las TRA, relacionadas, entre otros temas, con la disposición, el uso, la conservación y la manipulación del material biológico que resulta de estas técnicas o que se requiere para las mismas.

3. De otro lado, en su escrito de objeciones, el Gobierno Nacional afirmó que el artículo 4 del proyecto de ley, al establecer que los tratamientos de fertilidad mediante TRA se financiarán con recursos públicos, vulnera las reglas previstas en el artículo 15 de la LES que definen (i) el procedimiento de inclusión de servicios y tecnologías en el Plan de Beneficios en Salud –específicamente la exigencia de que la inclusión esté precedida por el agotamiento de «un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente»– y (ii) la competencia del Ministerio de Salud y Protección Social para excluir las TRA de dicho plan, así como el procedimiento previsto para el efecto.

3.1 La determinación de las características y del alcance del derecho fundamental a la salud es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo que culminó con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza de este derecho fungieron como sustento jurídico de esta ley y son el origen de varios de sus artículos[241].

Los artículos 1 y 2 de la LES establecieron la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y reconocieron, explícitamente, su doble connotación: como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud; y como servicio público esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la responsabilidad del Estado[242].

La nueva consideración sobre la naturaleza dual del derecho a la salud y, por tanto, las exigencias que devienen de tal condición para el Estado sirvieron de fundamento para erigir una nueva concepción en materia de acceso a los servicios de salud. Bajo esta lógica, según afirmó la Corte en la sentencia C-313 de 2014, mediante la cual esta Corporación ejerció el control previo de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria, desde las ponencias iniciales que culminaron con la sanción de la LES tuvo cabida una concepción cercana a comprender la inclusión de todas las prestaciones requeridas en materia de salud, salvo

aquellas que estuviesen explícitamente excluidas, con el objeto de garantizar la integralidad de los servicios[243]. En consecuencia, dijo la Corte, el diseño institucional que define la LES en esta materia está orientado por la premisa en virtud de la cual la inclusión de las prestaciones es la regla y la exclusión es la excepción.

Dicha regla fue recogida en el artículo 15 de la Ley 1751, norma que «al establecer importantes restricciones al acceso a un derecho fundamental, claramente es propia del resorte del legislador estatutario»[244]. Aunque este artículo en su primer inciso dispone que el Sistema de Salud garantizará el derecho fundamental a la salud mediante la prestación de servicios y tecnologías[245], estructurados sobre una concepción integral de la salud, el inciso y literales siguientes establecen un límite a la faceta prestacional del derecho, que se refleja en la definición de seis criterios de exclusión que impiden que un servicio o una tecnología sea financiado con recursos públicos, a saber: a) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) que se encuentren en fase de experimentación; y f) que tengan que ser prestados en el exterior.

Así, no obstante el artículo 15 señala que el derecho a la salud será garantizado a través de la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral, también precisa que estos deben estar limitados por una serie de criterios que permiten racionalizar la destinación de los recursos públicos para financiar el Sistema.

3.2 En este orden de ideas, el inciso 3 del artículo 15 de la LES prevé cinco reglas para determinar la exclusión de un servicio o tecnología del Plan de Beneficios en Salud: (i) el servicio excluido debe cumplir con alguno de los criterios referidos anteriormente; (ii) la autoridad competente para decidir la exclusión es el Ministerio de Salud y Protección Social o aquella que determine una ley ordinaria; (iii) la decisión de exclusión debe ser explícita; (iv) para adoptar tal decisión antes se debe agotar «un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente», así como «evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la

decisión de exclusión»; y (vi) las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Al respecto, en la ya citada sentencia C-313 de 2014, este Tribunal únicamente se pronunció sobre la exigencia de que el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente determine las exclusiones, previo el agotamiento de un procedimiento participativo. Al respecto, señaló que tal exigencia se ajusta a la Carta, pues el fundamento esencial del derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones concernientes con el derecho a la salud –principalmente reconocido en el artículo 12 de la LES[246]– se encuentra en la fórmula política del Estado Social de Derecho, la cual otorga un papel preponderante a la democracia participativa. Adicionalmente, destacó que tal prerrogativa también se sustenta en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a cuyo tenor los Estados deben abstenerse de «impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud». Finalmente, la Sala recordó que en la sentencia T-760 de 2008 se precisó que toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional debe garantizar que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la misma permitan la participación democrática.

De este modo, la Corte concluyó que el derecho a la participación ciudadana en los términos del artículo 15 de la LES «quiere significar que las personas están llamadas a incidir en asuntos tan capitales como los que hacen relación a los criterios de exclusión, lo cual comporta de contera decisiones de inclusión».

3.3 Con fundamento en lo anterior, y bajo la nueva concepción, mediante la Resolución 330 de 2017, modificada por la Resolución 687 de 2018, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud. De acuerdo con esta normativa, tal procedimiento se desarrolla en las siguientes cuatro etapas o fases: (i) Fase de nominación y priorización[247], (ii) Fase de análisis técnico científico[248], (iii) Fase de consulta a pacientes potencialmente afectados[249] y (iv) Fase de adopción y publicación de las decisiones[250].

Producto de la aplicación de esta metodología, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 5267 de 2017, adoptó el primer listado de 43 servicios y tecnologías excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. Según se lee en la mencionada resolución, estas exclusiones estuvieron precedidas por 75 nominaciones y contaron con concepto y recomendación de exclusión por parte del IETS, del Grupo de Análisis Técnico-Científico, de los pacientes potencialmente afectados y de la ciudadanía.

3.4 Ahora bien, de acuerdo con la regla en virtud de la cual en el nuevo esquema de acceso a los servicios de salud la inclusión de las prestaciones es implícita y la exclusión es explícita, en la ya referida sentencia C-313 de 2014, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el inciso 4 del artículo 15 de la LES, que disponía el diseño de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente por parte del legislador ordinario, «para definir las prestaciones de salud cubiertas por el Sistema». Sobre el particular, la Sala manifestó:

«Para la Sala, la configuración por el legislador ordinario de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente para el logro progresivo de beneficios no resulta inconstitucional, lo que resulta inconstitucional es que el proyecto estime que se deben definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema, cuando, en el mismo artículo 15 se ha establecido un régimen taxativo de exclusiones» (negrilla fuera del texto).

Conforme a la decisión de la Corte, en la actualidad, según lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 15 de la LES, la regla para incluir servicios y tecnologías en el Plan de Beneficios dispone que «[p]ara ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente».

En todo caso, esta consideración respecto del procedimiento previsto en la versión original del proyecto de ley para la ampliación de las prestaciones, aunada al carácter fundamental del derecho a la salud, restó protagonismo a la idea de garantizar la efectividad del derecho mediante un plan de beneficios, para, en su lugar, avanzar en la construcción de mecanismos de protección que permitieran el suministro de todos los servicios y tecnologías disponibles en el país, con base en diversas fuentes de financiación.

Lo anterior se tradujo en el diseño de dos esquemas de aseguramiento denominados Mecanismo de protección colectiva y Mecanismo de protección individual.

El primero fue desarrollado en la Resolución 5269 de 2017 y se ejecuta mediante la definición de un Plan de Beneficios en Salud, cuyos servicios y tecnologías son prestados por cada Empresa Promotora de Salud (EPS) o por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) –cuando el giro se hace directo–, con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) o valor que el Sistema de Salud reconoce a las EPS por cada persona afiliada y que se calcula en relación con la edad y el sexo de los usuarios[251].

Por su parte, el Mecanismo de protección individual fue recogido en las resoluciones 3951 de 2016, y 1885 y 2438 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, las cuales disponen el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y servicios complementarios, tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado[252]. Este esquema se activa cuando el profesional de la salud constata que el servicio o la tecnología que requiere un paciente en particular no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios y, por tanto, es necesario acudir a fuentes de financiación diferentes a la UPC[253].

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la citada Resolución 3951 de 2016, la prescripción de servicios y tecnologías bajo esta modalidad de atención no requiere la aprobación de un comité técnico científico[254], pero sí está sujeta a determinados requisitos[255], entre ellos la exigencia de que la misma se efectúe a través de una herramienta tecnológica llamada Mi Prescripción (Mipres) –en el caso del Régimen Contributivo–[256].

3.5 A mi juicio, en virtud de lo expuesto anteriormente, es claro que el artículo 4 del proyecto sí vulnera el artículo 15 de la LES porque desconoce las reglas estatutarias sobre procedimiento y competencia en materia de ampliación y exclusión de servicios y tecnologías en salud.

Lo anterior, porque a diferencia de lo sostenido en la sentencia de la que ahora me aparto, el artículo 4 del proyecto de ley sí prevé la inclusión de las TRA en el Plan de Beneficios en Salud y, por tanto, que las mismas serán suministradas con cargo a la UPC. En efecto, en el

curso del proceso, el Ministerio de Salud y Protección Social informó que, en la actualidad las TRA, los procedimientos de inseminación artificial y de fecundación in vitro con y sin inyección intracitoplasmática de espermatozoides son suministrados a los usuarios del Sistema con cargo a los recursos públicos con los cuales se financia el mecanismo individual de protección[257].

Es claro que en aplicación del principio hermenéutico del efecto útil, el cual implica elegir aquella interpretación que dote de consecuencias jurídicas al ordenamiento, y desechar aquellas que tengan el resultado contrario[258], y en razón de las características y contornos de los dos esquemas de aseguramiento en salud –mecanismos colectivo e individual de protección– desarrollados por el Ministerio de Salud y Protección Social con fundamento en las reglas definidas en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, se debe concluir que el artículo 4 del proyecto de ley dispone que el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA) se financiará con cargo al Unidad de Pago de Capitación (UPC) y, en consecuencia, por medio de la inclusión de dichas técnicas en el Plan de Beneficios.

Considerar lo contrario sería tanto como admitir que la norma acusada es inocua, pues hoy en día las TRA ya son financiadas con recursos públicos, pero en el marco del mecanismo individual de protección, es decir, con cargo a recursos públicos diferentes a la UPC. La única alternativa de interpretación posible, entonces, es que la norma objetada dispone la financiación de las TRA en el mecanismo de protección colectiva, es decir, mediante su inclusión en el Plan de Beneficios en Salud y su suministro con los recursos de la UPC.

En este sentido, carece de toda lógica sostener, como lo hace la sentencia C-093 de 2018, que el artículo 4 del proyecto de ley no dispone la inclusión de las TRA en el Plan de Beneficios, ni mucho menos que su costo debe ser cubierto con cargo a la UPC, pues esto implicaría aceptar que el proyecto de ley solo está reconociendo la situación actual de tales terapias en el Sistema de Salud y, de hecho, que estaría vetando la posibilidad de que, previo el cumplimiento de la normativa ya señalada, en el futuro su prestación fuera cubierta con la UPC.

Ahora bien, es evidente que de conformidad con el diseño institucional que contiene el artículo 15 estatutario, un servicio o tecnología que sea incorporado en el listado de

exclusiones no podrá formar parte de los beneficios en salud que se amplíen, así como la ampliación de determinado servicio o tecnología en salud por el legislador ordinario impediría su inclusión en el listado de exclusiones.

Desde esta perspectiva, toda decisión que se adopte en materia de inclusión de un beneficio comporta necesariamente, de forma tácita, una decisión sobre la exclusión del mismo y viceversa. Lo anterior implica que la relación que existe entre las reglas que se deben seguir para la inclusión y la exclusión de un servicio o tecnología del Plan de Beneficios es inescindible, pues el nuevo modelo de acceso a las prestaciones funciona bajo una concepción integral de la salud.

Como ya se señaló, la fórmula recogida en el artículo 15 de la LES está orientada bajo la premisa de que las inclusiones son tácitas y las exclusiones son expresas. En este sentido, la determinación de las exclusiones mediante el procedimiento esbozado en la LES y desarrollado por el Ministerio de Salud y Protección Social adquiere especial relevancia, pues permite garantizar, por un lado, la efectividad de los criterios definidos en el citado artículo que impiden que un servicio o una tecnología sea financiado con recursos públicos y, por otro, racionalizar y priorizar el gasto en salud para atender las necesidades más apremiantes de toda la población.

En esta medida, la aplicación de tal procedimiento resulta fundamental para establecer si los servicios y tecnologías disponibles en el país cumplen o no con los criterios de exclusión fijados en la norma estatutaria y, de esta forma, si pueden o no ser cubiertos con cargo a la Unidad de Pago por Capitación.

Visto lo anterior, se debe concluir que la decisión de inclusión de las TRA en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, adoptada mediante el artículo 4 del proyecto de ley de la referencia, pretermitió los mandatos previstos en el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud. Esto, porque ignoró que en concordancia con dicha norma el Ministerio de Salud y Protección Social, como líder de la política pública en salud, es la autoridad competente para establecer, luego de haber agotado el procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente –hoy desarrollado en la Resolución 330 de 2017–, si un servicio o tecnología, en este caso las TRA, debe ser expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud por cumplir alguno de los criterios previstos por el legislador

estatutario.

Al respecto, corresponde recordar que el artículo 15 de la LES dispone que no se podrán financiar con recursos asignados a la salud los servicios y tecnologías sobre los cuales la evidencia científica demuestre que no hay suficiente efectividad. De acuerdo con la literatura médica disponible[259], las probabilidades de éxito de las TRA cuando menos es controvertida y en el mejor de los casos solo llega al 40%[260]. De hecho, por esta misma razón, según informó el Ministerio de Salud y Protección Social en respuesta a la prueba decretada por la suscrita magistrada, los procedimientos de fecundación in vitro e inseminación artificial fueron nominados para ser sometidos al mecanismo de exclusiones[261].

El acatamiento de estas reglas procedimentales y de competencia y, por tanto, del mantenimiento de las fuentes de financiación de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios, es esencial para alcanzar el equilibrio que debe existir entre las facetas individual y colectiva del derecho a la salud, en la medida en que, dada la escasez de recursos, el suministro de determinados servicios y tecnologías debe hacerse con base en el principio de eficiencia –es decir, con el objeto de procurar la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población– y de manera progresiva, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para proteger este derecho[262].

Así, el proceso de exclusión o inclusión de las TRA del Plan de Beneficios en Salud no solo se debe desarrollar en el marco de un proceso de planeación y gerencia de recursos públicos que sea coherente con los principios y valores constitucionales sobre los que se ha edificado el Sistema de Salud, sino que además, en atención a la voluntad del legislador estatutario, dicho proceso debe estar precedido de la participación, no solo de la ciudadanía, sino de la comunidad técnica y científica, de forma que se logre establecer con mayor legitimidad los posibles beneficios, riesgos y la efectividad de los tratamientos.

Sobre el particular, como ya se tuvo la oportunidad de explicar, el nuevo régimen legal incorpora la participación de la comunidad científica como fundamento de las decisiones por parte de los agentes del Sistema de Salud. Por esa razón, el legislador estableció un procedimiento que debe ser técnico-científico, público, participativo, colectivo y

transparente, mediante el cual se debe evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serán potencialmente afectados con las decisiones en materia de inclusión y exclusión. En efecto, el propio Ministerio de Salud y Protección Social desarrolló una estrategia de participación para articular el ejercicio de los derechos y deberes de la ciudadanía, de los expertos y el Estado, con el fin de incidir en la toma de decisiones relacionadas con las exclusiones e inclusiones de servicios y tecnologías ofrecidas por el Sistema.

Esta característica esencial del nuevo modelo de acceso a los servicios y tecnologías en salud, especialmente la condición de que el mecanismo tanto para ampliar progresivamente los beneficios como para excluir prestaciones debe ser técnico y científico y considerar el criterio de expertos y de asociaciones profesionales, no fue tomada en cuenta por el legislador ordinario. Si bien en su insistencia el Congreso señaló que durante el trámite legislativo se celebró una audiencia pública con distintos sectores, con el fin de debatir la posibilidad de incluir las TRA en los beneficios del Sistema de Salud, esto no suple la exigencia de que la decisión de inclusión esté soportada en el análisis técnico y científico correspondiente.

Lo anterior es de la mayor importancia porque, en todo caso, la inclusión o exclusión de un servicio o tecnología del Plan de Beneficios debe ser una decisión técnica y no política. En efecto, cuando se trata de garantizar la faceta prestacional de los derechos fundamentales, las medidas que se han de tomar deben comprender necesariamente la adecuada gerencia de los recursos disponibles, generalmente escasos, bajo el imperio de los principios de universalidad y solidaridad, que obligan a considerar de manera racional la prestación de aquellos servicios que, por tener un costo económico considerablemente alto, podrían afectar la estabilidad del mismo. Lo anterior es coherente con la existencia del mecanismo colectivo de protección, bajo el cual el aseguramiento de las enfermedades más recurrentes se fundamenta en aspectos técnicos que sobrepasan el ámbito de la política y que requieren decisiones a largo plazo en relación con las prioridades de atención, definidas técnicamente, y las condiciones financieras del Sistema.

3.6 Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, encuentro que la objeción de inconstitucionalidad formulada en contra del artículo 4 del proyecto de ley por

violación del artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 sí es fundada, por cuanto desconoce las reglas procedimentales y de competencia para incluir y excluir servicios y tecnologías del Plan de Beneficios en Salud.

Aunque esta objeción tiene la entidad suficiente para sustentar la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 4 proyecto del proyecto de ley, me referiré sucintamente a las demás objeciones presentadas.

4. Como argumento de inconstitucionalidad e inconveniencia, el Gobierno Nacional sostuvo que el suministro de TRA con cargo a recursos públicos desconoce los artículos 334 de la Constitución y 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES, que desarrollan el criterio de sostenibilidad fiscal, pues financiar tales tratamientos para la población de estrato 1 tendría un costo cercano a los \$3 billones de pesos –cifra que podría llegar a los \$13 billones de pesos si se financian estos tratamientos a todas las parejas que podrían tener problemas de infertilidad–. Al respecto, agregó que la norma también resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 819 de 2003, en la medida en que no atiende a la exigencia relativa a que los proyectos de ley que generen un impacto fiscal establezcan la fuente de ingreso adicional para su financiamiento.

4.1 El artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo en el artículo 334 de la Constitución el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal. En concordancia con esta disposición, la sostenibilidad fiscal debe guiar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. Así mismo, el citado artículo preceptúa que bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En este marco, dijo la Corte en la reciente sentencia C-051 de 2018, «obligaciones como la prevista en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, ya no recaen de forma principal solo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como inicialmente se consideraba[263]. Dado que las ramas y órganos del poder público tienen el deber de asumir la sostenibilidad fiscal como herramienta orientadora, también a todos corresponde la obligación, en el marco de sus funciones y competencias, de contribuir a prever la incidencia presupuestal de las iniciativas de leyes, ordenanzas o acuerdos y contribuir a asegurar la correspondiente

sostenibilidad fiscal».

Con base en lo preceptuado en la norma constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal fue recogido en los artículos 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES. Conforme a estas normas, el Estado deberá, por un lado, «[a]doptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población» y, por otro, disponer, «por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal».

Sobre el particular, en la ya tantas veces citada sentencia C-313 de 2014, la Corte declaró la constitucionalidad de los literales mencionados. Al respecto, la Sala precisó que «resulta suficientemente claro que la sostenibilidad financiera no es solo una condición que permite el mantenimiento de la oportuna y adecuada prestación del servicio. Los efectos de la sostenibilidad pasan por aspectos tan significativos en la prestación del servicio como la cobertura. Una dificultad en la disponibilidad de recursos contrae la posibilidad de extender el servicio y/o mejorar la prestación del mismo para más personas».

Por consiguiente, la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en el Estado Social de Derecho, sí «puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales[264], se advierta que la respuesta de las autoridades (...) compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado»[265].

De este modo, la sostenibilidad fiscal obliga a considerar que ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer los derechos fundamentales, es necesario garantizar que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo, para el logro de importantes objetivos públicos.

4.2 En atención a lo expuesto, es evidente que el artículo 4 del proyecto de ley impacta seriamente la viabilidad del Sistema de Salud, lo que en el futuro puede limitar de manera

importante el acceso de la población a los servicios y a la ampliación de la cobertura.

En efecto, según lo sostenido por el Gobierno Nacional con fundamento en el mencionado estudio realizado por el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS), financiar los tratamientos de fertilidad de inseminación artificial –bien sea con semen de la pareja o bien con semen de donante– y de fecundación in vitro con o sin inyección intracitoplasmática de espermatozoides solo para la población de estrato 1 tendría un costo cercano a los \$3 billones de pesos, si se realizan 3 ciclos de tratamiento.

En un escenario más amplio, y de plena protección del derecho a la igualdad, financiar estos tratamientos para todas las parejas que podrían tener problemas de infertilidad tendría un costo que podría superar los \$13 billones de pesos, lo que incrementaría 4.5 veces el impacto fiscal de la medida.

Lo dicho hasta aquí contrasta con los recursos que anualmente destina el Estado para la financiación total del Sistema, el cual tiene un costo aproximado de \$40 billones de pesos –tanto para los servicios y tecnologías que se suministran con cargo a la UPC como para aquellos cubiertos por el mecanismo individual de protección–. Con este monto se financia el aseguramiento de alrededor de 44.5 millones de afiliados, para un gasto per cápita de \$800 mil pesos aproximadamente. Esto significa que para el año 2017, si se hubiese sancionado el proyecto de ley en ese año, la financiación de los tratamientos de infertilidad de la población de estrato 1 hubiera representado el 7.5% (\$3 billones de pesos) del total de lo que cuesta el Sistema de Salud, cifra que habría podido ascender al 32.5% (\$13 billones de pesos), en caso de que dichos tratamientos se hubieran suministrado a toda la población con problemas de infertilidad.

De acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 5268 de 2017[266], expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, para el año 2018 la UPC se fijó en la suma de \$804.463,20. Esto evidencia el impacto negativo de la medida, si se considera que el costo promedio por pareja de un tratamiento de fertilidad de tres a cuatro ciclos oscila entre \$21 y \$64 millones de pesos, según la información consignada en la objeción gubernamental.

En consecuencia, en mi opinión está suficientemente demostrado que el financiamiento de las TRA con cargo a la UPC afecta gravemente la viabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Salud.

4.3 Todo lo anterior genera, además, un incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, que establece que en los proyectos de ley que generen gastos se debe incluir un análisis de impacto fiscal y la fuente de ingreso adicional para el financiamiento de dicho costo. En efecto, en el trámite del proyecto, pese a las múltiples advertencias del Ministro de Hacienda sobre el grave impacto de su contenido en relación con el financiamiento del Sistema de Salud[267], no se establecieron las fuentes adicionales de financiamiento de la iniciativa.

Tal exigencia es aplicable en el presente caso, pues, como se indicó líneas arriba, con este proyecto de ley las TRA serán suministradas con cargo a la UPC, siendo este el valor que el Sistema de Salud reconoce a las EPS por cada persona afiliada. Dado que el proyecto de ley no dice nada sobre el particular, se ha inferir que los recursos faltantes para cubrir el monto de las TRA deberán ser aportados por el presupuesto nacional. Esto significa que el artículo 4 del proyecto de ley sí contiene un mandato imperativo al Gobierno Nacional para la ejecución de gasto público, lo cual configura una extralimitación de la competencia del Congreso en el proceso presupuestal[268].

En este sentido, debe recordarse que el criterio de sostenibilidad fiscal es una herramienta que involucra a las demás ramas de poder público con el fin de cumplir los fines del Estado Social de Derecho.

En el trámite del presente proyecto de ley no se atendió esta premisa, en tanto el Congreso, pese a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicó el impacto para las finanzas del Sistema, se limitó a reconocer la existencia de un impacto fiscal sin que hubiera previsto en el texto de la ley las fuentes adicionales que garantizarán el financiamiento del gasto que dicha ley decreta. Con lo anterior, se incumple el deber que tiene el legislador de garantizar la financiación sostenible de los servicios, tal como lo dispone el artículo 334 Constitucional y los artículos 5 y 6 de la Ley Estatutaria de Salud.

5. Los alarmantes cálculos sobre el costo de la medida implican considerar que la financiación de las TRA con cargo a la UPC también podría poner en riesgo la garantía del derecho a la salud, no solo de los mismos pacientes con problemas de infertilidad, sino de todos los afiliados. Desde esta perspectiva, el impacto que el artículo 4 del proyecto de ley genera sobre las finanzas del Sistema de Salud, sin duda, lesiona los principios de eficiencia

y equidad, pues se materializa en la destinación de los escasos y limitados recursos disponibles para financiar tratamientos cuya efectividad es muy limitada, a pesar de su alto costo. Esto, en últimas, afecta a los usuarios más pobres, por ser quienes demandan con más necesidad y frecuencia los servicios del Sistema.

6. Conforme a lo expuesto, estimo que las objeciones de inconstitucionalidad formuladas en contra del artículo 4 del proyecto de ley por violación de los artículos 334 de la Constitución y 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES, que desarrollan el criterio de sostenibilidad fiscal; y 48 Superior y 6, inciso 2, literales c) y k), de la Ley 1751, que se refieren a los principios del derecho a la salud de equidad y eficiencia, también son fundadas.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

[1] El expediente fue originalmente repartido a la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, pero su ponencia no fue acogida por la mayoría de la Sala Plena. Por tanto, el nuevo reparto correspondió a los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Gloria Stella Ortiz Delgado.

[2] Folios 494 a 510, cuaderno legislativo.

[3] Folio 495, cuaderno legislativo.

[4] Ibídem.

[5] Ibídem.

[6] Folio 496, cuaderno legislativo.

[7] Ibídem.

[8] Folio 497, cuaderno legislativo.

[9] Folio 499, cuaderno legislativo.

[10] Ibídem.

[11] Ibídem.

[12] Ibídem.

[13] Informe sobre la salud en el mundo 2013 – Investigaciones para una cobertura universal. Capítulo 3: Participación de la comunidad en la salud pública.

[14] Observación General Nº 14 de 2000 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”.

[15] Folio 500, cuaderno legislativo.

[16] Ibídem.

[17] Folio 500, cuaderno legislativo.

[18] Folio 502, cuaderno legislativo.

[19] Ibídem.

[20] Folio 503, cuaderno legislativo.

[22] Inseminación artificial intrauterina.

[23] Fertilización in vitro con inyección intracitoplasmática.

[24] A partir del Índice de precios al Consumidor, el impacto fiscal a precios de 2017 sería entre \$1.134.274 millones (para un ciclo) y \$3.402.822. millones (para 3 ciclos).

[25] Folio 506, cuaderno legislativo.

[26] Folio 507, cuaderno legislativo.

[27] Folio 508, cuaderno legislativo.

[28] *Ibídem*.

[29] El SGSSS contempla dos mecanismos para la discriminación positiva de los afiliados por condición socioeconómica: i) el IBC para la determinación del aporte de salud a pagar, y ii) las tarifas diferenciadas para el pago de cuotas moderadoras y copagos, que se basan a su vez en el IBC del aportante. Así el criterio de discriminación se fija ex ante a la necesidad del servicio y no ex post. En consecuencia, la inclusión del criterio descrito en el numeral 1 del artículo 4 del proyecto de Ley, implica imponer al sistema la carga administrativa de aplicar un criterio ex post y por lo mismo de crear en términos prácticos, dos planes diferenciados de beneficios; uno que provee servicios de reproducción asistida para las personas que cumplan criterios de baja capacidad económica y nivel de SISBEN, y otro que no incluiría este tipo de servicios para personas con capacidad de pago.

[30] Folio 509, cuaderno legislativo.

[31] *Ibídem*.

[32] *Ibídem*.

[33] Folio 561, cuaderno legislativo.

[34] Folio 563, cuaderno legislativo.

[35] *Ibídem*.

[36] Folio 568, cuaderno legislativo.

[37] *Ibídem*.

[38] Citó la sentencia T-750 de 2008.

[39] Folio 570, cuaderno legislativo.

[40] Folio 572, cuaderno legislativo.

[41] Folio 573, cuaderno legislativo.

[42] Folio 573, cuaderno legislativo.

[43] Folio 571, cuaderno legislativo.

[44] Folios 64 a 67, cuaderno principal.

[45] Folio 88, cuaderno principal.

[47] Folios 89 y 90, cuaderno principal.

[48] Folio 99, cuaderno principal.

[49] Folio 101, cuaderno principal.

[50] Folio 27, cuaderno principal.

[51] *Ibíd.*

[52] Folio 32, cuaderno principal.

[53] Sentencia C-634 de 2015.

[54] Sentencias C-1183 de 2008, C-321 de 2009, C-593 de 2010, C-767 de 2010, C-284 de 2016.

[55] En la sentencia C-323 de 2009, la Corte consideró que “cuando no se cumpla alguna de las exigencias de procedibilidad (presentación oportuna por el Gobierno e insistencia en tiempo del Congreso), la Corte debe abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo respecto de las objeciones formuladas”.

[56] Artículos 167 y 241.8 de la Constitución.

[57] Artículo 167 de la Constitución.

[58] Constitución Política, artículo 241.8.

[59] Sobre esta posibilidad, en la citada sentencia C-805 de 2001, se expuso que: “encuentra la Corte que comoquiera que las modificaciones que se introduzcan por las

cámaras se originan en las objeciones del Gobierno y no pueden tener alcance distinto que el de tratar de subsanarlas, debe entenderse que hay una insistencia en los términos del artículo 167 y que corresponde a la Corte Constitucional decidir con carácter definitivo las diferencias. Es necesario precisar que en esta instancia no es posible introducir materias nuevas, las cuales serían inconstitucionales por ese solo hecho, y que por consiguiente el debate de constitucionalidad se plantea en los términos de las objeciones inicialmente formuladas por el Gobierno, y en el examen de si las modificaciones fueron suficientes para superarlas” Énfasis por fuera del texto original.

[60] La objeción, en cuanto a su alcance, puede ser total o parcial. Es total cuando implica la oposición frente a la integridad de la iniciativa y parcial cuando se limita a atacar uno o varios de sus artículos.

[61] Ley 5ª de 1992, artículo 186.

[62] Publicado en la Gaceta 599 de 2017. Consúltase a folios 514 a 529 del cuaderno legislativo y CD a folio 18 del cuaderno principal.

[63] Publicado en las Gacetas 1041 y 1064 de 2017, obra a folios 577 a 585, cuaderno legislativo.

[64] Publicada en la Gaceta del Congreso 474 de 2018, consúltase en CD anexo a folio 172 del cuaderno principal.

[65] CD a folio 18 del cuaderno principal.

[66] Sentencias C-290 de 2009 y C-398 de 2010.

[67] De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913 que reza “en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”. Sobre el particular, consúltense las sentencias C-625 de 2010, C-321 de 2009, C-452 de 2006, C-579 de 2002 y C-380 de 1995, entre otras.

[68] Publicada en la Gaceta del Congreso n.º 685 del 10 de agosto de 2017 (CD que se

encuentra en el folio 18 del cuaderno principal).

[69] Publicada en la Gaceta del Congreso n.º 46 del 12 de febrero de 2018 (CD que se encuentra en el folio 18 del cuaderno principal).

[70] Folios 488 a 490, cuaderno legislativo.

[71] Folios 494 a 410, cuaderno legislativo.

[72] El inciso 2 del artículo 166 de la Constitución establece que si las cámaras entran en receso dentro de los términos para objetar, “el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado dentro de aquellos plazos”.

[73] Respecto de la publicación del escrito de objeciones en el Diario Oficial, se pueden consultar las sentencias C-838 de 2008 y C-1040 de 2007. En relación con este punto, en el Auto 119 de 2004, por el cual se declaró la nulidad de la sentencia C-700 de 2004, la Corte concluyó: “En este caso, el término para la sanción del proyecto o la presentación de objeciones por parte del Gobierno transcurrió y tuvo vencimiento cuando las cámaras se encontraban en receso. Ello no quiere decir, que en este caso, el término previsto por la Constitución para los efectos de la presentación de objeciones pudiera extenderse hasta que el Congreso iniciara nuevamente su período de sesiones ordinarias, pues de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del artículo 197 de la Ley 5ª de 1992 -Reglamento Interno del Congreso-, ‘Si las cámaras han entrado en receso, deberá el Presidente de la República publicar el proyecto objetado dentro de los términos constitucionales’”.

[74] Folios 1 a 21, cuaderno legislativo.

[75] Constitución Política, artículo 115, inciso 2: “el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”.

[76] Ley 1431 de 2011, artículo 2, inciso 5: “las actas de las sesiones plenarias, comisiones, los proyectos de acto legislativo, los proyectos de ley, las ponencias y demás información que tenga que ver con el trámite legislativo deberán ser publicados en la Gaceta del Congreso, órgano de publicación de la rama legislativa, la cual se publicarán en la página

web de cada cámara; con esta publicación se dará por cumplido el requisito de publicidad”.

[77] Folios 514 a 529, cuaderno legislativo. También obra en CD que se encuentra en el folio 18 del cuaderno principal.

[78] Sentencias C-313 de 2014, C-076 de 2012 y C-730 de 2011.

[79] Cfr. sentencia C-737 de 2002

[80] [Sentencia] C-473 de 2004 ya referida.

[81] Sentencia C-240 de 2012.

[82] Cfr. [Sentencia] C-737 de 2001, ya referida.

[83] Sentencia C-240 de 2012.

[84] Folios 511 y 512, cuaderno legislativo. También fue designado el senador Jorge Iván Ospina Correa, sin embargo el informe de conciliación no fue firmado por él, dado que cuenta con impedimento aceptado respecto del proyecto de ley de la referencia (folio 375 a 377, cuaderno legislativo).

[85] Perteneciente al Partido Centro Democrático.

[86] Perteneciente al Partido Conservador Colombiano.

[87] Perteneciente al Partido Opción Ciudadana.

[88] Perteneciente al Partido Conservador Colombiano.

[90] Constitución Política, artículo 161.

[91] Ley 5ª de 1992, artículo 187.

[92] Ibídem.

[93] Constitución Política, artículo 161.

[94] Ibídem.

[95] Sentencia C-406 de 2013.

[96] Folios 531 a 548, cuaderno legislativo.

[97] Ley 5ª de 1992, artículo 187: “Composición. Estas Comisiones estarán integradas por miembros de las respectivas Comisiones Permanentes que participaron en la discusión de los proyectos, así como por sus autores y ponentes y quienes hayan formulado reparos, observaciones o propuestas en las Plenarias. (...)” (negrilla fuera de texto original).

[98] Folio 181, cuaderno legislativo.

[99] Folio 423, cuaderno legislativo.

[100] Ley 5ª de 1992, artículo 187: “Composición. (...)En todo caso las Mesas Directivas asegurarán la representación de las bancadas en tales Comisiones.”

[101] Folios 577 a 585, cuaderno legislativo.

[102] Constitución Política, artículo 161: “(...) Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto”.

[103] Folios 549 a 557, cuaderno legislativo.

[104] Folios 577 a 585, cuaderno legislativo.

[105] Acta N° 47, publicada en la Gaceta 474 del 26 de junio de 2018.

[106] Acta N° 278, publicada en la Gaceta 226 del 8 de mayo de 2018.

[107] CD anexo folio 172, cuaderno principal.

[108] CD anexo folio 127, cuaderno principal.

[109] CD anexo folio 18, cuaderno principal.

[110] Ibídem.

[111] CD anexo folio 172, cuaderno principal.

[112] CD anexo folio 18, cuaderno principal.

[113] Sobre este punto, en la sentencia C-885 de 2004, la Corte afirmó: “de conformidad con el artículo 162 superior las objeciones presidenciales aun proyecto de ley deben estimarse o desestimarse por el Congreso dentro de dos legislaturas. Término que debe computarse en forma adicional al de las dos primeras legislaturas que tuvo el Congreso para expedir el texto que fue objetado por el Presidente. En síntesis, una interpretación extensiva del artículo 162 de la Constitución permite afirmar que el Congreso tiene como máximo dos legislaturas para hacer una ley, y máximo dos legislaturas adicionales para pronunciarse sobre las objeciones que formule el Gobierno Nacional”.

[114] Acta N° 47 publicada en la Gaceta del Congreso 474 de 2018.

[115] Acta N° 278 publicada en la Gaceta del Congreso 226 de 2018.

[116] En Auto 476 de 2017 se señaló “Del trámite dado a las objeciones gubernamentales, es necesario examinar dos aspectos que podrían materializar vicios en el procedimiento: (a) la falta de congruencia entre el contenido normativo enviado a sanción presidencial y el tomado en consideración en el informe de las objeciones discutido y aprobado por el Congreso y, (b) la regularidad de la decisión de levantar la sesión plenaria en la Cámara de Representantes, una vez abierta la votación del informe respecto de las objeciones gubernamentales”.

[117] Sentencia T-274 de 2015.

[118] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas. Artículos 1 y 16. Ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987.

[119] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. artículos 7 y 17. Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

[120] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. En esta decisión la Corte determinó que los artículos 11 y 17 de la CADH protegen el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo que también involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

[121] Cfr. Sentencia C-355 de 2006.

[122] Ibídem.

[123] Sentencia T-1104 de 2000.

[124] Véanse, entre otras las sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, C-355 de 2006, T-605 de 2007, T-636 de 2007, T-732 de 2009, T-226 de 2010, T-627 de 2012, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-697 de 2016.

[125] Sentencia T-697 de 2016. Reiterada en la sentencia T-665 de 2017.

[126] Sentencias T-627 de 2012, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-697 de 2016.

[127] Sentencias T-732 de 2009, T-627 de 2012, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-697 de 2016.

[128] Sentencia T-627 de 2012. Reiterada en la sentencia T-274 de 2015.

[129] Sentencia T-697 de 2016.

[131] Sentencia T-697 de 2016.

[132] Esta Corte ha rechazado sistemáticamente esta práctica. Ver, entre otras, las sentencias T-1002 de 1999, T-472 de 2002, T-873 de 2005 y T-071 de 2007, entre otras.

[133] Sentencia T-627 de 2012.

[134] Ver la sentencia T-627 de 2012.

[135] Párrafo 1.

[136] Párrafo 11. Cfr. Sentencia T-627 de 2012.

[137] Párrafo 31.

[138] Párrafo 34.

[139] Párrafo 22.

[140] Párrafo 35.

[141] Cfr. Sentencia T-627 de 2012.

[142] Ibídem.

[143] “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

[144] “1. 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” (subrayado fuera de texto).

[145] Sentencia T-627 de 2012.

[146] Sentencias T-585 de 2010 y T-841 de 2011.

[147] Al respecto, ver CIDH, “Acceso A Servicios De Salud Materna Desde Una Perspectiva De Derechos Humanos”, 7 junio 2010.

[148] En la sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una “cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio

y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así mismo, en la sentencia T-636 de 2007, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado “cariotipo materno” con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos espontáneos.

[149] Párrafo 16.

[150] Párrafo 11.

[151] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

[152] Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 205 y 206, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 250.

[154] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 288 a 293: “288. La Corte toma nota que la Organización Mundial por la Salud (en adelante “OMS”) ha definido la infertilidad como ‘una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas’ (supra párr. 62). Según el perito Zegers-Hochschild, ‘la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso [...]. [G]enera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares’. La perita Garza testificó que ‘[e]s más exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto...dificultando el funcionamiento de la infertilidad, pero también causando, tanto a corto como a largo plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer’. En sentido similar, la Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas ‘difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda

médica no siempre se considera una enfermedad. Aun cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico’’. The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006, disponible en: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [Traducción de la Secretaría de la Corte]. Declaración citada en el informe de fondo de la Comisión Interamericana (expediente de fondo, tomo I, nota de pie 36) y en la contestación de la demanda (expediente de fondo, tomo III, folio 1086). Cfr. Sentencia T-275 de 2015.

[155] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 381. Puntos resolutivos.

[156] Ibídem

[157] Ibídem.

[158] Sentencia T-539 de 2013. Cfr. Sentencia T-883 de 2003, entre muchas otras.

[159] A saber: i) la falta del medicamento o tratamiento excluido vulnere o ponga en riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal; ii) se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad; iii) el paciente no tenga capacidad económica para sufragar su costo y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; iv) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios, y no la descarte con base en criterios médico-científicos.

[160] En esa oportunidad, el juez de primera instancia concedió el amparo aduciendo que la no inclusión de tratamientos de fertilidad negaba la prestación del servicio de salud y

limita el derecho a la maternidad de la actora. Esta decisión fue revocada por el ad quem que negó la acción de tutela, tras considerar que el derecho a la salud solo podía hacerse exigible por esta vía cuando se constatará la existencia de un riesgo real e inminente para la vida e integridad personal del accionante.

[161] Al respecto, sostuvo que si bien la Constitución dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer ha de ser objeto de la especial asistencia y protección del Estado, ese deber “opera siempre que la procreación sea posible y solo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear”.

[162] Más adelante, La Corte profirió la sentencia T-946 de 2002 al analizar el caso de una mujer diagnosticada con diversas enfermedades que le impedían procrear. La Corte revocó la decisión de segunda instancia que concedió el amparo y, en su lugar, negó la tutela reiterando los argumentos expuestos en la sentencia T-689 de 2001 y señalando, además, que para alcanzar la finalidad de la procreación y configuración de un núcleo familiar existe el procedimiento de adopción regulado, para ese momento, por el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989. Por lo tanto, concluyó 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”. Estas consideraciones fueron reiteradas tiempo después, cuando la Corte profirió la sentencia T-752 de 2007 con ocasión de una acción de tutela interpuesta por una paciente afiliada al régimen subsidiado que solicitó la autorización para la práctica del procedimiento de fertilización in vitro como última esperanza para concebir, el cual fue negado por la Secretaría de Salud Departamental por estar excluido del POS. Los jueces de instancia negaron el amparo invocado, decisiones que fueron confirmadas por la Corte, al constatar que con el problema de infertilidad no se atentaba en forma grave contra la vida o la integridad de la peticionaria. Además, reiteró lo señalado en la sentencia T-946 de 2002, sobre la posibilidad de adelantar un proceso de adopción como alternativa ofrecida por la ley para conformar una familia.

[163] El criterio de continuidad fue aplicado nuevamente en la sentencia T-644 de 2010, luego de analizar la acción de tutela instaurada por una señora a quien una entidad le autorizó un tratamiento de fertilización in vitro, que al final no resultó exitoso porque no fueron autorizados los medicamentos esenciales para el sostenimiento del embrión. En esa oportunidad, esta Corporación concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud

y a la vida en condiciones dignas, en tanto halló acreditado que la infertilidad podía ser la consecuencia directa de las enfermedades que quejaban a la accionante, al punto de incidir negativamente en su bienestar, en su relación de pareja y en el disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos. De otra parte, encontró que la falta de autorización de los medicamentos para el sostenimiento del embrión desconoció el principio de integralidad que rige la prestación de los servicios de salud, pues la entidad responsable “si bien autorizó una parte del tratamiento denominado fertilización in vitro con óvulo donado, fraccionó, separó y suspendió abruptamente el procedimiento (...) al ser interrumpido súbitamente, violó el principio de continuidad en la prestación del servicio y trajo como consecuencia directa la muerte del embrión implantado y que la actora tuviera que someterse a un legrado, ello sin contar las nefastas implicaciones psicológicas y familiares que acarreó el suceso”.

[164] Las mismas consideraciones fueron presentadas en reciente jurisprudencia cuando analizó el caso de una mujer de 38 años que acudió a la acción de tutela luego de que la entidad accionada se negara a realizar el procedimiento de fecundación in vitro. La paciente tuvo un embarazo ectópico tubárico izquierdo en el año 2009, por lo que se le practicó la cirugía de urgencia correspondiente y la extirpación de la trompa de Falopio afectada, a raíz de lo cual fue diagnosticada con “esterilidad primaria por daño severo e irreversible bilateral de las trompas de Falopio. En la sentencia T-377 de 2018, la Corte confirmó las decisiones de los jueces de instancia que negaron el amparo invocado. La Sala que estudió el asunto encontró que la imposibilidad de la actora de procrear naturalmente no era producto de otra patología, ni estaba asociada al desarrollo de una enfermedad, pues la disfunción reproductiva se debía a un problema físico originario, que carecía de consecuencias adversas o peligrosas para su salud. En consecuencia, dado que el procedimiento de fertilización in vitro no emergía del deber de preservar o recuperar su salud, sino del específico deseo de procrear, reiteró “la posición desarrollada por esta Corporación, al no cumplirse con los requisitos exigidos para el excepcional reconocimiento del procedimiento que se solicita en esta oportunidad”.

[165] Un esquema similar de decisión fue aplicado recientemente en la sentencia T-316 de 2018, oportunidad en la que revisó la acción de tutela interpuesta por una paciente que diagnosticada con “infertilidad primaria de pareja por factor ovulatorio”, a quien le fueron extirpados quirúrgicamente los ovarios. Con el fin de mejorar su calidad de vida y reducir

los efectos secundarios causados por el tratamiento con estrógenos que su médico tratante le prescribió, la accionante solicitó la autorización del procedimiento de fertilización in vitro. La Corte advirtió que lo pretendido por la accionante era utilizar el procedimiento de fecundación in vitro como un medio para garantizar la procreación y mejorar su salud y su calidad de vida al disminuir o contrarrestar los efectos secundarios que padecía a causa de la operación a la que fue sometida y del tratamiento hormonal que recibía. En consecuencia, concluyó que: i) no se buscaba garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio salud; ii) la infertilidad que padecía la accionante era primaria, según concepto médico; y iii) el procedimiento de fecundación in vitro se pretendía como un medio para lograr la procreación.

[166] A través de la sentencia T-946 de 2007 habló nuevamente del derecho al diagnóstico. Esta vez, concedió el amparo solicitado por una paciente a quien le fueron ordenados algunos exámenes de diagnóstico, entre estos, una “laparoscopia operatoria” ante la “alta sospecha de endometriosis”. La Corte cuestionó la valoración efectuada por el juez de instancia, pues desde un principio analizó el asunto bajo el supuesto de tratarse exclusivamente de la solicitud de un tratamiento de fertilidad, sin tener en cuenta otras circunstancias. Por eso, a su juicio, lo que debía determinarse era si la negativa a practicar un procedimiento, que tiene carácter diagnóstico y terapéutico a la vez para el tratamiento de una enfermedad que generaba diversas afecciones, entre ellas, probablemente la infertilidad, vulneraba los derechos a la salud, al diagnóstico y la seguridad social en conexidad con la vida digna de la peticionaria, concluyendo que la respuesta era afirmativa.

[167] Un pronunciamiento similar tuvo lugar cuando la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por una señora a quien le fue ordenada una cirugía dirigida a contrarrestar la infertilidad que la aquejaba, negada por la EPS por estar excluida del POS. A través de la sentencia T-890 de 2009, este Tribunal concedió la protección de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, inaplicó por inconstitucional para el caso en concreto las disposiciones reglamentarias que fundamentaron la negativa de la EPS, y ordenó a la entidad autorizar el procedimiento solicitado. Lo anterior, porque la tutela era procedente para autorizar únicamente el procedimiento quirúrgico en procura de mejorar la calidad de vida y lograr el más alto nivel de salud en la actora, pero no para acceder a 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”.

[168] Algo similar sucedió poco después cuando revisó el caso de un paciente con problemas de fertilidad quien solicitó por medio de la acción de tutela la autorización de un tratamiento de “fertilización in vitro con ICSI”. En la sentencia T-311 de 2010, la Corte declaró la carencia actual de objeto superado porque el tratamiento se había iniciado a raíz de la orden del juez de instancia. Sin embargo, recordó que “en principio no procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del POS a un servicio que se encuentra excluido de él. Dicha exclusión es el fundamento legal que justifica la negativa de la entidad accionada, en plena coherencia con la limitada cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

De igual forma, en la sentencia T-009 de 2014, esta Corporación abordó el caso de una paciente que solicitó a la EPS accionada un procedimiento de fertilización in vitro, con el fin de tratar su infertilidad de origen tubárico. Para la Sala que estudió el asunto, ni siquiera la existencia de una orden del médico tratante adscrito a la EPS respectiva tornaban procedente la tutela para reclamar tratamientos como el requerido, puesto que “el derecho a ser madre y la maternidad asistida, tienen límites razonables, justificados constitucionalmente”. Así, la Corte confirmó la decisión de los jueces de instancia que negaron el amparo invocado, aduciendo que “la pretensión de la demandante tiene como última finalidad procrear y acrecer el núcleo familiar, instando una asistencia científica cuyo costo probablemente exceda la posibilidad de cubrimiento con recursos propios de la pareja aspirante, pero que tampoco puede cargarse al sistema comunitario, existiendo la valiosa alternativa de la adopción”.

[169] En igual sentido se pronunció cuando estudió dos casos acumulados, el de un paciente diagnosticado con “esterilidad de varón” y el de una mujer con “infertilidad secundaria”, a quienes les fue negado el tratamiento de fertilización in vitro ordenado por sus médicos tratantes. A través de la sentencia T-633 de 2010 la Corte revocó las decisiones de los jueces de instancia que habían concedido los amparos solicitados, reiterando que una entidad de salud no está obligada a autorizar la práctica de un tratamiento excluido del POS que no sea necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal del afiliado, como era el caso de los accionantes.

[170] En la citada decisión, pese a haberse configurado un hecho superado consistente en que la accionante ya tenía varias semanas de gestación debido a la orden proferida por el juez de segunda instancia, la Sala optó por revocar dicho fallo.

[171] La Sala destacó que las accionantes tenían para esa época 38, 43 y 48 años, razón por la cual consideró necesario que un grupo interdisciplinario de la EPS accionada en cada asunto estudiara la viabilidad de los tratamientos.

[172] Sentencia T-274 de 2015. De este modo, se ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social que “inicie las actuaciones pertinentes que conduzcan a (i) promover la investigación en materia de salud, en los sectores público y privado, sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían coadyuvar a prevenirla, tratarla y curarla; (ii) ofrecer a la población el acceso oportuno a la información relacionada con la prevención de la infertilidad; (iii) fomentar la formación de los profesionales de la salud en el área de la infertilidad, desde una perspectiva integral; y (iv) impulsar campañas dirigidas a la población, relativa al problema de la infertilidad y su abordaje terapéutico por parte del sistema de salud, en temas como: hábitos de vida saludables que actúan como factores protectores de la infertilidad sobreviniente; la relación entre las causas de la infertilidad y otras patologías asociadas; los programas y tratamientos de infertilidad; y otros temas relevantes para la atención integral de esta enfermedad.”

[173] Mediante la sentencia T-126 de 2017, este Tribunal se ocupó del caso de una mujer a quien le fue negado el tratamiento de fertilización in vitro con técnica ICSI. La Corte reiteró las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia T-274 de 2015 y las aplicó al caso concreto. Consideró que la falta de tratamiento afectaba el bienestar psicológico y social de la peticionaria así como su salud mental, toda vez que fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar. Por ende, confirmó la providencia de segunda instancia que autorizó la realización del procedimiento de reproducción asistida; no obstante, advirtió que el ad quem omitió analizar la capacidad económica de la accionante y no dictó ninguna orden en relación con el aporte que ella debía realizar para sufragar parcialmente el costo del tratamiento. Por tanto, ordenó a la EPS indagar sobre la capacidad económica y, a través de los copagos y cuotas moderadoras a las que hubiera lugar, fijar un monto adecuado para la financiación del tratamiento sin afectar el mínimo vital de la peticionaria.

[174] También conminó a la accionada a acompañar a la mujer durante y después de la realización del proceso, en consideración a los potenciales efectos psicológicos que podrían derivarse de la imposibilidad de concebir

[175] En esta decisión, se retomó el criterio de continuidad señalando que la EPS accionada había realizado los exámenes diagnósticos previos y necesarios, faltando únicamente la realización de la inmunoterapia recomendada. Al respecto, resaltó que “escindir el tratamiento o interrumpirlo estando en curso y a esa altura de lo ya ganado en diagnósticos y pronósticos médicos, atenta claramente contra el derecho a la salud de la peticionaria en su faceta reproductiva y en la arista de continuidad del servicio de salud. El concepto de continuidad en los tratamientos de esterilidad, demanda una mirada más integradora, teniendo en cuenta que se trata de medidas clínicas y terapéuticas escalonadas cuya piedra angular es el diagnóstico inicial, conformado para este caso con los estudios previos realizados a la pareja”.

[176] En la sentencia T-375 de 2016, este Tribunal conoció del caso de una persona que solicitó un procedimiento de “fecundación in vitro con lavado previo de semen”, toda vez que su compañero permanente fue diagnosticado con VIH y ambos deseaban procrear un hijo. En este caso, pese a no presentarse un supuesto de infertilidad, aplicó las reglas jurisprudenciales definidas en las sentencias T-528 de 2014, T-274 de 2015 y T-306 de 2016, y mencionó que dichas providencias habían modificado “la postura acogida durante años por la Corte Constitucional”. Con base en ello, dividió la jurisprudencia en dos líneas: i) una temprana, que establecía la improcedencia de tutela para reclamar tratamientos de fertilidad excluidos del POS y ii) una vigente, de acuerdo con la cual se amplía el espectro de los derechos reproductivos mediante la garantía de dichos tratamientos en ciertos supuestos. La Sala halló acreditado que la referida técnica de reproducción asistida cuenta con una efectividad comprobada para disminuir significativamente el riesgo de transmisión del virus para la madre y el feto. Con fundamento en la jurisprudencia citada y en la especial protección constitucional de la que son titulares las personas con VIH, amparó los derechos fundamentales invocados por la accionante.

[177] La Corte aplicó las reglas jurisprudenciales consolidadas hasta el año 2014 y negó el procedimiento solicitado, pues consideró que se pretendía dicho tratamiento únicamente para permitir la procreación y enfrentar la infertilidad, por lo cual no se dirigía a tratar una

enfermedad que afectara la salud, la vida o la integridad de las peticionarias

[178] Véase, entre otras las sentencias T-946 de 2002; T-752 de 2007; T-424 de 2009; T-311 de 2010; T-226 de 2010; T-550 de 2010; T-935 de 2010 y T-009 de 2014.

[179] Véase, entre otras: sentencias T-424 de 2009; T-644 de 2010 y T-311 de 2010.

[180] Como fue indicado anteriormente, es indispensable destacar las sentencias T-341 de 1994 y T-528 de 2014 como antecedentes jurisprudenciales de la postura expuesta en la citada decisión.

[181] Sentencias T-375 de 2016; T-306 de 2016; T-274 de 2015. En contra de esta postura: Sentencia T-398 de 2016.

[183] Sentencia C-358 de 1997.

[184] Ibídem.

[185] Sentencia C-327 de 2016.

[186] Sentencias C-295 de 1993, C-179 de 1994, C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-327 de 1997, entre otras.

[187] Al respecto, en sentencia C-028 de 2006 se consideró que el contenido de los tratados internacionales que integra el bloque debe interpretarse armónica y sistemáticamente con el texto constitucional, en los siguientes términos: “La Corte considera que, así como los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática y armónica, en el entendido de que el derecho internacional público debe ser considerado como un todo coherente y armónico, otro tanto sucede entre aquéllos y la Constitución. \ En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. \ Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las

cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador.”

[188] Sentencia C-191 de 1998.

[189] Sentencia C-708 de 1999.

[190] Sentencias C-600A de 1995 y C-287 de 1997.

[191] Sentencias C-578 de 1995 y C-358 de 1997.

[192] Sentencia C-708 de 1999.

[193] Sentencia C-191 de 1998 citada en sentencia C-708 de 1999.

[194] Artículo 1º.

[195] Gaceta 611 de 2015.

[196] “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. || El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.”

[197] Ley 100 de 1993, artículo 153, literal I: “Existirá un Fondo de Solidaridad y Garantía que tendrá por objeto, de acuerdo con las disposiciones de esta ley, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y

los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta Ley”.

[198] Artículo 66: “DEL MANEJO UNIFICADO DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de

Seguridad Social en Salud (SGSSS). La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. (...)

La Entidad tendrá como objeto administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. En ningún caso la Entidad asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud. (...)”

[199] Informe del 12 de mayo de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social. “Restrepo Zea, Jairo Humberto – Mejía Mejía, Aurelio E. Grupo de Economía de la Salud Centro de Investigaciones Económicas Universidad de Antioquia”. Cfr.AZ XXII F, folios 2268 a 2380.

[200] Auto 411 de 2016.

[201] En auto 411 de 2015, este Tribunal afirmó que “por disposición legal los servicios contenidos en el catálogo de beneficios se encuentran financiados por la unidad de pago por capitación, mecanismo establecido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para costear exclusivamente esta clase de prestaciones”.

[202] Sentencia SU-480 de 1997 (...), en la cual la Corte estudia el caso de un grupo de enfermos de SIDA a quienes no se les prestaban los tratamientos ordenados por los médicos tratantes por estar excluidos del POS.

[203] Sentencia T-760 de 2008.

[204] Desde la sentencia T-286 de 1998, la Corte estableció unas subreglas jurisprudenciales para la autorización de prestaciones no incluidas o expresamente excluidas del plan de beneficios (con anterioridad plan obligatorio de salud), 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 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 garantizada de la prestación está autorizada a cobrar.”

[205] Anteriormente comité técnico científico (CTC), en la actualidad Mipres. Este último mecanismo “es una herramienta tecnológica que permite a los profesionales de salud reportar la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios” consultado en <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Mipres.aspx>.

[206] Resolución 5261 de 1991, Acuerdo 08 de 2009, Acuerdo 29 de 2011, resoluciones 5521 de 2013, 5592 de 2015 y 6408 de 2016.

[207] Sentencia C-313 de 2014.

[208] Este problema fue abordado en la sentencia T-760 de 2008, en la cual se impartieron las órdenes décima sexta, décima séptima y décima octava con la finalidad de conjurar la incertidumbre que aquejaba al catálogo de servicios. En esa oportunidad, se consideró que “... no existe certeza acerca de qué insumos para los procedimientos e intervenciones se encuentra incluidos y cuáles no. La ausencia de certeza acerca de la inclusión del lente intraocular en el POS se ha manifestado también en múltiples casos resueltos por la Corte Constitucional en situaciones en las que se ordena el procedimiento, pero se niega el insumo bajo el argumento de que no se encuentra expresamente incluido. En estos casos, de los cuales hay nueve acumulados en el presente proceso, la Corte ha aplicado la siguiente regla: si bien el lente intraocular no se encuentra expresamente incluido como una prótesis en el artículo 12, lo cierto es que en la parte especial relativa a las

intervenciones quirúrgicas de oftalmología encuentra expresa consagración y por tanto, debe ser suministrado por las EPS sin excusa alguna. Esta conclusión deviene, entre otros, de la aplicación de un criterio finalista y el deber de dar una prevalencia a las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales.\ El Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la regulación, no prevé un mecanismo específico, ni unos criterios de interpretación, salvo alguna excepción como la indicada, y otras que serán señaladas más adelante, para resolver las dudas acerca de si un servicio de salud se encuentra incluido, no incluido o excluido. Por su parte, la jurisprudencia, a partir de este vacío regulativo y de la necesidad de resolver casos concretos en los cuales se presentaban desacuerdos acerca de la inclusión o no de un servicio de salud en el POS, ha ido señalando algunos criterios de interpretación que se deben tener en cuenta en estos casos.”

[209] Folio 495, cuaderno legislativo.

[210] Folio 499, cuaderno legislativo.

[211] Sentencia C-150 de 2015.

[212] Sentencia C-179 de 2002.

[213] Sentencia C-179 de 2002.

[214] Sentencia C-150 de 2015.

[215] A propósito de una definición de pueblo, afirma Adela Cortina: “Entendemos por “pueblo”...un conjunto de ciudadanos, que discrepan desde el punto de vista de sus intereses, de sus preferencias o de sus cosmovisiones, pero están unidos por el diálogo racional, por su empeño en intentar pensar y razonar conjuntamente.” Las raíces éticas de la democracia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, p. 31

[216] Sentencia C-313 de 2014.

[217] Reiterada en sentencias C-252 de 2010 y C-313 de 2014. Sobre el particular en el auto 410 de 2016 se consideró que “la participación directa y efectiva que exige la Corte en la orden décima séptima de la Sentencia T-760 de 2008, impone al rector de la política pública en salud la obligación de crear ambientes para que la población pueda intervenir en

la adopción de las determinaciones. Esta apertura de espacios participativos debe ir acompañada de un proceso de difusión diferenciado que permita el acceso a la convocatoria para tener una representación real, en la que además se brinde la documentación y las herramientas sobre los temas que se vayan a discutir. Así, atendiendo lo expuesto, para que se cumpla con el requisito que se está abordando en este numeral, se deberán acreditar, cuando menos, los siguientes elementos: (i) información, (ii) consulta directa; (iii) deliberación; y (iv) correspondencia.”

[218] Párrafo 34: “(...) los Estados deben abstenerse de (...) censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, (...) y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud’ y en el párrafo 54 ha expuesto que: ‘Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud.”

[219] Folio 506, cuaderno legislativo.

[220] Folio 503, cuaderno legislativo.

[221] Sentencia C-315 de 2008.

[222] Sentencias C-473 de 2005, C-274 de 2009, C-767 de 2010, C-490 de 2011, C-026 de 2018, entre otras.

[223] Sentencia C-1197 de 2008.

[224] “ARTÍCULO 7o. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del

Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.”

[225] Folio 508, cuaderno legislativo.

[226] Ibídem.

[227] Decreto Ley 1281 de 2002, art. 5: “... Corresponde al Ministerio de Salud definir las características del Sistema de Información necesarias para el adecuado control y gestión de los recursos del sector salud y a la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con tales definiciones, impartir las instrucciones de carácter particular o general que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control...”

[228] Ley 1438 de 2011, art. 113: “El entonces Ministerio de la Protección Social junto con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá y contratará un plan para que en un periodo menor a 3 años se garantice la conectividad de las instituciones vinculadas con el sector de salud en el marco del Plan Nacional de Tecnologías de Información y Comunicaciones – TIC.”

[230] “ARTÍCULO 7o. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. Los

proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.”

[231] Sentencias T-316 de 2018, T-398 de 2016, T-009 de 2014, T-935, T-663, T-550, T-415 y T-226 de 2010, T-857 de 2009, T-760 de 2008, T-752 de 2007, T-512 de 2003, T-946 de 2002, T-689 de 2001 y T-1104 de 2000.

[232] Sentencias T-644 de 2010 y T-572 de 2002.

[233] Sentencias T-924 de 2013, T-636 de 2007 y T-457 de 2001.

[234] Sentencias T-899 de 2012, T-525 de 2011, T-890 de 2009, T-870 de 2008, T-946 de 2007, T-605 de 2007 y T-901 de 2004.

[235] Con salvamento de voto de la magistrada (E) Martha Victoria Sáchica Méndez.

[236] Con aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

[237] Así lo indicó la Sala: «En virtud de los principios de confianza legítima y de continuidad en la prestación del servicio de salud, no era permitido a la EPS suspender el tratamiento de fertilidad ya iniciado a la accionante a pesar de que no tuviera la obligación de suministrarlo».

[238] Con posterioridad a esta sentencia, la Sala Segunda de Revisión profirió la ya citada sentencia T-398 de 2016 (Supra nº 1), la cual confirmó las sentencias que negaron la solicitud de tutela de dos mujeres que deseaban someterse a un tratamiento de fecundación in vitro. En esta oportunidad, la sala planteó reservas a la sentencia T-274 de 2015, en cuanto esta propuso la mutación y adición de las subreglas adoptadas por esta Corporación, y reiteradas de manera uniforme, constante y pacífica por todas las salas de Revisión, para autorizar tratamientos de fertilidad mediante la acción de tutela. Además del argumento relativo a que establecer como regla la inclusión de las TRA en el Plan de Beneficios, mediante órdenes de tutela, desconoce la necesidad de que el legislador decida

previamente distintas controversias en torno a dicho tema, la Sala recordó que los recursos del Sistema de Salud son limitados y su destinación debe estar guiada por criterios de racionalización y priorización, lo cual, en principio, ha determinado válidamente la exclusión de los tratamientos para la infertilidad de los planes de beneficios de salud. Así, aunque el derecho a la salud se halla directa e inmediatamente vinculado con el derecho a la libertad reproductiva y a la integridad física y psicológica, de ello no se deriva que con cargo a los recursos públicos se deban satisfacer todas aquellas prestaciones, tecnologías, servicios o insumos que se puedan derivar o exigir con ocasión de dicha interdependencia, relación o conexión, pues una exigencia de estas características terminaría por desfinanciar completamente el Sistema». Sobre el particular, advirtió que «el criterio fundamental para evaluar la inclusión de tecnologías dentro del POS es la mayor efectividad en la utilización de los recursos y eficacia en términos de los resultados deseados a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía, con el fin de que dicho Plan incluya los servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad». Por lo anterior, dijo la Sala, la sentencia T-274 de 2015 incurre en un error al considerar que en casos como el sub judice al juez constitucional no le corresponde hacer una valoración de las prioridades financieras del Sistema de Salud. Por el contrario, en virtud del principio de progresividad, el juez constitucional está llamado a considerar que el Estado tiene la obligación de crear y consolidar condiciones que, de acuerdo con los recursos o insumos disponibles y mediante los medios apropiados, le permitan avanzar gradual y constantemente hacia el disfrute del más alto nivel posible de salud. Para el cumplimiento de esta tarea es razonable que el Estado tenga que priorizar los recursos disponibles, de manera que pueda cubrir, en primer lugar, la más básica realización del derecho y, luego, de ser el caso, avanzar gradual y escalonadamente en otros ámbitos de protección.

[239] Este argumento fue inicialmente expuesto en la sentencia T-274 de 2015.

[240] Entre otras, se pueden consultar las sentencias T-292 de 2006 y SU-047 de 1999.

[241] La exposición de motivos señala expresamente: «2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: (...) la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003». Gaceta

del Congreso de la República n.º 116 de 2013.

[242] El artículo 1 de la ley en cita establece que: «la presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección». Por su parte, el artículo 2 dispone: «El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. || Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado».

[243] LES, artículo 8: «La Integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. || No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada».

[244] Sentencia C-313 de 2014.

[245] Sobre la expresión servicios y tecnologías para garantizar el acceso a la salud, en la sentencia C-313 de 2014, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: «Reiteradamente se ha indicado en esta providencia que los medios integrantes del conjunto de elementos de acceso al servicio, implican las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud, por ende, la interpretación amplia y a favor del goce efectivo del derecho fundamental tiene también lugar en este contenido del artículo 15».

[246] LES, artículo 12: «Participación en las decisiones del sistema de salud. El derecho

fundamental a la salud comprende el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del sistema de salud que la afectan o interesan. Este derecho incluye: || a) Participar en la formulación de la política de salud así como en los planes para su implementación; || b) Participar en las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del Sistema; || c) Participar en los programas de promoción y prevención que sean establecidos; || d) Participar en las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías; || e) Participar en los procesos de definición de prioridades de salud; || f) Participar en decisiones que puedan significar una limitación o restricción en las condiciones de acceso a establecimientos de salud; || g) Participar en la evaluación de los resultados de las políticas de salud».

[247] Consiste en la nominación por parte de los actores del Sistema (artículo 3) de las tecnologías y servicios que respondan a alguno de los criterios de exclusión señalados en el artículo 15 de la LES (artículo 9). Una vez se publica el listado de nominaciones, los interesados pueden presentar objeciones, observaciones o aportes a dichas nominaciones (artículo 12), por lo que, con base las mismas, la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud del Ministerio de Salud «procederá a priorizar y ordenar las tecnologías nominadas considerando como mínimo el criterio de exclusión, el interés en salud pública, la población afectada y el impacto fiscal, entre otros» (artículo 14).

[248] Esta fase inicia con la revisión de la evidencia y la emisión del concepto técnico por parte del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (artículo 17). Posteriormente, se conforma un Grupo de Análisis Técnico-Científico por miembros expertos independientes (artículo 18), el cual emite un concepto y mediante consenso recomiendan excluir o no un servicio o tecnología (artículo 23).

[249] Esta fase tiene como objetivo consultar la opinión de la ciudadanía y de las asociaciones de pacientes potencialmente afectados, que se encuentren debidamente registrados según lo establecido en la Circular 060 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, acerca de la conveniencia de declarar la tecnología nominada como una exclusión, con base en la información suministrada en las fases 1 y 2 del procedimiento (artículo 25).

[250] Una vez recibido el consolidado de las opiniones de las asociaciones de usuarios y pacientes potencialmente afectados y los conceptos y las recomendaciones del Grupo de Análisis Técnico-Científico, el Ministerio de Salud y Protección Social adopta la decisión frente a la exclusión de cada una de las tecnologías según corresponda, mediante acto administrativo debidamente motivado.

[251] En la actualidad, el Plan de Beneficios en Salud incorpora el 86% de los procedimientos en salud –incluidos el 100% de los dispositivos médicos e insumos que se requieran para dichos procedimientos–, y el 54% de los medicamentos registrados en el Invima (información suministrada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante memorial del 24 de agosto de 2018 –folios 180 a 200 del cuaderno principal–).

Según se lee en la citada resolución, este Plan está diseñado para garantizar el cubrimiento de los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del Sistema para la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas, por lo que es actualizado cada dos años por el Ministerio de Salud y Protección Social (artículos 25 de la Ley 1438 de 2011 y 2 del Decreto Ley 4107 de 2011, modificado y adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012), con base en determinados referentes (artículo 4 de la Resolución 5269 de 2017) y en las necesidades de la población en su conjunto. En ese sentido, su composición obedece a cambios relevantes en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la carga de enfermedad de la población, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del Sistema (artículo 162, parágrafo 2, de la Ley 100 de 1993).

[252] Mientras que en el Régimen Subsidiado los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y servicios complementarios se financian con recursos del Sistema General de Participaciones, de las rentas cedidas a los entes territoriales y del esfuerzo propio territorial; en el Régimen Contributivo se financian con los recursos que destina la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) al pago de la prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, que venían siendo financiadas con recursos del Fosyga.

[253] Por este mecanismo se financian el 10% de los procedimientos en salud disponibles en el país –incluidos el 100% de los dispositivos médicos e insumos que se requieran para

dichos procedimientos- y el 46% de los medicamentos registrados en el Invima (información suministrada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante memorial del 24 de agosto de 2018 -folios 180 a 200 del cuaderno principal-).

[254] Al respecto, es preciso tener en cuenta que para el caso de prescripciones de servicios o tecnologías complementarias, el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016 del MSPS establece que el profesional de la salud «deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud». Adicionalmente, para el caso del régimen subsidiado, corresponde señalar que mediante el artículo 46 de la Resolución 2438 de 2018, el Ministerio de Salud y Protección Social aclaró que «Mientras es activada la entidad territorial en el aplicativo, la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC los servicios complementarios deberán continuar surtiendo el trámite de aprobación ante el Comité Técnico Científico, de conformidad con lo establecido en el Título II de la Resolución 5395 de 2013».

[255] Resolución 3951 de 2016 del MSPS, artículo 9.

[256] Mediante la Resolución 2438 de 2018, el Ministerio de Salud y Protección Social dispuso la implementación de la herramienta tecnológica MIPRES para la prescripción y reporte de las tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC del Régimen Subsidiado y de los servicios complementario. Para el efecto, en el artículo 46 de la mencionada normativa, estableció como plazo el 1 de enero de 2019.

[257] Con el objeto de establecer la situación actual de las TRA en el esquema de aseguramiento en salud que prevé la LES y, específicamente conocer si el Ministerio de Salud y Protección Social ha impulsado alguna iniciativa para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 15 de la Ley 1751, a cuyo tenor «para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente», mediante auto del 10 de agosto de 2018 la suscrita magistrada procedió a interrogar a esa Cartera sobre estas materias.

En escrito recibido en el despacho el día 27 del mismo mes (folios 180 a 200 del cuaderno principal), el Ministerio respondió que los procedimientos de fecundación in vitro con inyección intracitoplasmática de espermatozoides, fecundación in vitro sin inyección

intracitoplasmática de espermatozoides e inseminación artificial fueron nominados por esa entidad para ser sometidos al mecanismo de exclusiones regulado en la Resolución 330 de 2017, en virtud de que la evidencia científica demuestra que no tienen suficiente efectividad.

Por esto, «hasta tanto no se surta todo el procedimiento técnico-científico y participativo de exclusiones seguirán siendo financiados a través del mecanismo de protección individual».

Igualmente, el Ministerio precisó que para el efecto, en las resoluciones 5171 de 2017 y 483 de 2018, actualizó la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS), con el fin de incorporar en el listado respectivo los procedimientos de inseminación artificial y de fecundación in vitro, como condición necesaria para su prescripción a través de la plataforma virtual Mipres y, por tanto, para su financiación por medio del mecanismo de protección individual. No obstante, aclaró que en la Resolución 5269 de 2017, «Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)», se encuentran previstos varios servicios y tecnologías, así como procedimientos de laboratorio clínico, para el tratamiento de la infertilidad y sus patologías asociadas.

Por último, el Ministerio de Salud y Protección Social insistió en la inconstitucionalidad del artículo 4 del proyecto de ley, comoquiera que «pretende garantizar a todos los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los tratamientos de fertilidad a través de técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA) financiadas con recursos públicos, sin que se haya evaluado si los mismos cumplen o no con los criterios de exclusión contenidos en el inciso 2 [del artículo 15 de la LES] y en consecuencia sin que se haya aplicado el mecanismo de exclusiones ordenado en la mencionada ley y desarrollado por el Ministerio de Salud y Protección Social para la determinación de las mismas».

[258] Sentencias C-583 de 2016, C-154 de 2016 y C-784 de 2014, entre otras.

[259] Ver Sociedad Española de Fertilidad, Fertilidad y Reproducción Asistida, p. 36, 39 y 45.

[260] De manera general, los factores que aumentan las posibilidades de éxito de embarazo con la TRA son la edad de la mujer, la causa de la infertilidad, el estado de las trompas de Falopio y el número y calidad de los embriones transferidos, en el caso de la fecundación in vitro. Según la Sociedad Española de Fertilidad, las probabilidades de éxito de la inseminación artificial con semen de la pareja por cada ciclo realizado son de un 10% a un 15%, por lo que normalmente se requiere de tres a cuatro ciclos consecutivos. La inseminación artificial tiene una tasa de éxito que puede alcanzar el 20%, cuando la mujer no presenta ninguna patología y se realiza un número adecuado de ciclos, esto es, alrededor de seis. Por su parte, en la fecundación in vitro, la media de embarazo por ciclo iniciado se encuentra entre el 29% y el 35%, aunque este porcentaje puede variar entre el 10 y el 40% según las circunstancias concretas de los pacientes. Sociedad Española de Fertilidad. Fertilidad y Reproducción Asistida. Madrid, 2012, p. 36, 39 y 45. Disponible en: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf.

[261] Folios 180 a 200 del cuaderno principal.

[262] Sentencia T- 760 de 2008

[263] Ver las sentencias C-1197 de 2008, C-315 de 2008 y C-502 de 2007.

[264] Sentencia C-288 de 2012.

[265] Sentencia T-032 de 2016.

[266] «Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) para el Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para la vigencia 2018 y se dictan otras disposiciones».

[267] De acuerdo con la información que obra en el expediente legislativo, el 19 de abril de 2016, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó sus consideraciones frente al informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley n.º 082 Cámara (folios 123 a 127), las cuales fueron publicadas en la Gaceta del Congreso n.º 692 del 31 de agosto de 2016. El 10 de octubre de 2016, nuevamente rindió concepto, el cual se publicó en la Gaceta del Congreso n.º 874 del 12 de octubre de 2016. Posteriormente, el 29 de noviembre del mismo año, el Ministerio presentó concepto frente al informe de ponencia

para tercer debate y el mismo se publicó en la Gaceta del Congreso n.º 1077 del 1 de diciembre de 2016. Por último, el 23 de mayo de 2017, el Ministerio de presentó observaciones al informe de ponencia para segundo debate en el Senado, las cuales se publicaron en la Gaceta del Congreso n.º 437 de 2017.