

Sentencia SU074/20

DERECHO A LA FINANCIACION EXCEPCIONAL Y PARCIAL DE TRATAMIENTOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD -FERTILIZACION IN VITRO- CON CARGO A RECURSOS PUBLICOS-Requisitos Ley 1953/19

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Caso en que EPS no autoriza procedimiento de fertilización in vitro

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE FERTILIDAD-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia excepcional en los casos establecidos por la Corte Constitucional

TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Evolución jurisprudencial

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. 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

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Derecho a la autonomía reproductiva

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Carácter inmediato y prestacional

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance y contenido

(i) Educación e información sobre todos los métodos anticonceptivos disponibles, acceso a los mismos y la posibilidad de elegir el que sea de su preferencia. (ii) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y de calidad en aquellos casos en que no es una conducta punible de conformidad con la Sentencia C-355 de 2006. (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, es decir, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia. (iv) La prevención y

tratamiento de las enfermedades del sistema reproductivo femenino y masculino. En este sentido, la Observación General 14, 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 la salud genésica 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”. (v) El acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimientos de reproducción asistida, entre los cuales se encuentran los tratamientos de fertilización in vitro

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA CONSTITUCION POLITICA Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

DERECHO A LA SALUD-Aplicación del principio de progresividad y no regresividad

El principio de progresividad consta de dos obligaciones: la primera, avanzar y ampliar cada vez más el ámbito de realización del derecho; y, la segunda, no disminuir el nivel de satisfacción alcanzado con anterioridad. Esta imposibilidad de revertir las medidas que logran la protección de los derechos es conocida como principio de no regresividad o mandato de no retroceso, según el cual existe una prohibición prima facie de regresión, que tiene un margen de habilitación cuando dichas disposiciones puedan justificarse de manera estricta

DERECHO COMPARADO EN RELACION CON TECNICAS Y TRATAMIENTOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA E INCLUSION EN SISTEMA PUBLICO DE SALUD

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-La accionante tienen derecho a que se verifique el cumplimiento de los requisitos previstos legalmente y, eventualmente, a acceder a la financiación excepcional y parcial de la fertilización in vitro

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Desarrollo jurisprudencial de los requisitos contenidos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Déficit de protección de los derechos por imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos

de fertilización in vitro

Déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos debido a la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de fertilización in vitro. Al respecto, consideró que el derecho reproductivo al acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos presenta una dimensión de exigibilidad inmediata y otra de cumplimiento progresivo. En cuanto a la primera faceta, las obligaciones estatales implican la no interferencia en la práctica de tales tratamientos y suponen, así mismo, el acceso al diagnóstico y el tratamiento para la infertilidad en sentido general. A su turno, en relación con la segunda, el Estado tiene una serie de deberes en el marco de las reglas aplicables al principio de progresividad

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Orden de practicar el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante, a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos

Referencia: Expedientes acumulados:

(i) T-5.761.833 (Acción de tutela interpuesta por Laura y Roberto contra COOMEVA EPS).

(ii) T-5.861.646 (Acción de tutela interpuesta por Alejandra contra Salud Total EPS).

(iii) T-5.868.783 (Acción de tutela interpuesta por Teresa contra COOMEVA EPS).

(iv) T-5.884.541 (Acción de tutela interpuesta por Paula contra Cruz Blanca EPS).

(v) T-5.931.125 (Acción de tutela interpuesta por Andrea contra Cafesalud EPS (en liquidación) - Medimás EPS)

Asunto: Garantía de los derechos reproductivos. Acceso a la financiación excepcional y parcial de tratamientos de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos, en virtud de lo previsto por la Ley 1953 de 2019.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Alberto Rojas Ríos, quien la preside, y los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos dictados por los respectivos jueces de instancia, dentro de los asuntos de la referencia.

El 27 de septiembre de 2016, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional escogió el expediente T-5.761.833 para su revisión y lo repartió a la Magistrada Ponente.

Igualmente, en sesión celebrada el 23 de noviembre de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional asumió el conocimiento del referido proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 61, inciso primero, del Acuerdo 02 de 2015. Así, en virtud de lo establecido en los artículos 59 y 61 del Reglamento Interno de este Tribunal, se declaró la suspensión de términos del proceso de la referencia.

De igual modo, el 25 de noviembre de 2016, la Sala de Selección Número Once de esta Corporación resolvió seleccionar para revisión los expedientes T-5.861.646, T-5.868.783 y T-5.884.541, y ordenó acumularlos al expediente T-5.761.833, por presentar unidad de materia. También, mediante auto de 27 de enero de 2017, el expediente T-5.931.125 fue escogido por la Sala de Selección Número Uno y acumulado al expediente T-5.761.833 por abordar un asunto similar.

El 20 de abril de 2017, la Magistrada Sustanciadora registró proyecto de fallo para su discusión en la Sala Plena. Sin embargo, en la sesión del 11 de mayo de 2017 se registró un empate al momento de la votación, por lo cual se designó a una conjuez para participar en el debate.

Posteriormente, debido al cambio de conformación de la Corte Constitucional y dado que la conjuetz designada aún no había tomado posesión de su cargo, no se requirió la participación de conjuetes. En consecuencia, la Magistrada Sustanciadora registró nuevamente proyecto de fallo para su discusión en Sala Plena el 18 de julio de 2017. No obstante, el término para decidir se suspendió con ocasión de la manifestación de impedimento formulada por el Magistrado Carlos Bernal Pulido.

ADVERTENCIA PRELIMINAR:

Dado que el presente proceso se basa en datos especialmente sensibles de la salud y la vida privada de las solicitantes, la Sala modificará sus nombres en la versión pública de esta providencia como medida de protección de su derecho fundamental a la intimidad. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de esta Corporación y a las autoridades judiciales de instancia, guardar estricta reserva respecto a la identificación de los actores.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena procede a dictar la sentencia correspondiente, con fundamento en los siguientes

I. ANTECEDENTES

En la presente sentencia, se revisan los fallos de tutela que decidieron sobre cinco solicitudes de acceso a procedimientos de fertilización in vitro formuladas por mujeres que: (i) fueron diagnosticadas con diversas patologías cuya consecuencia es la infertilidad; y (ii) afirman que el tratamiento de fertilización in vitro es el indicado para procrear hijos. En algunos casos, las accionantes cuentan con órdenes de profesionales de la salud particulares, que no se encuentran adscritos a la red de prestadores de las EPS accionadas.

Todas las tutelantes reclaman la violación de sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, al derecho a ser “padres” o “madres”. Así mismo, en la totalidad de los casos se alega falta de capacidad económica para asumir el tratamiento.

En cuatro de los cinco casos acumulados, las acciones fueron negadas o declaradas improcedentes por los jueces de instancia, por considerar que: (i) el procedimiento de

fertilización in vitro no constituye un servicio de salud; (ii) no se trata de patologías que amenacen la vida o integridad de las actoras; (iii) el procedimiento se encuentra excluido del Plan de Beneficios en salud debido a su alto costo, razón por la cual las EPS no tienen el deber de garantizarlo al no existir un riesgo para la vida o la salud; y (iv) las personas y parejas que pretenden procrear hijos mediante los tratamientos de reproducción asistida pueden acudir a la adopción como alternativa. No obstante, en uno de los expedientes se concedió la acción de tutela, por estimar que la continuidad del tratamiento resultaba amenazada con la negativa de garantizar el procedimiento de fertilización in vitro.

Los detalles de cada uno de los asuntos se encuentran en el Anexo No. 1 de la presente sentencia. No obstante, a continuación la Sala presenta un resumen de las principales circunstancias expuestas por las partes, así como de los fallos de instancia objeto de revisión.

Cuadro No. 1. Resumen de los aspectos más relevantes expuestos por las actoras

Expediente

Hechos y argumentos presentados en la acción de tutela

1) T-5.761.833

Laura y Roberto

vs.

COOMEVA EPS

* La actora, de 33 años de edad, desde 2013 presenta problemas de salud relacionados con infertilidad. Ha sido diagnosticada con varias enfermedades de su sistema reproductivo.

* Los médicos tratantes concluyeron que la accionante requiere fertilización in vitro para procrear hijos y que dicho tratamiento no está incluido en el POS.

* Ante la inconformidad de la atención suministrada por la EPS, los tutelantes acudieron a una IPS privada no adscrita a dicha entidad. Allí, los médicos indicaron que “sólo a través de ciclos de fertilización in vitro se logrará el embarazo deseado”.

2) T-5.861.646

Alejandra

vs.

Salud Total EPS

□ La accionante, de 33 años de edad, desde 2009 presenta diferentes patologías en su sistema reproductivo, las cuales le han ocasionado problemas de fertilidad.

□ La EPS accionada ha practicado varios procedimientos médicos pero estos han sido insuficientes para permitir un embarazo.

□ Un especialista particular le prescribió el tratamiento de fertilización in vitro.

□ La omisión en la práctica del procedimiento médico le ha ocasionado graves inconvenientes psicológicos y en su relación de pareja.

3) T-5.861.646

Teresa

vs.

COOMEVA EPS

□ La accionante, de 39 años de edad, ha padecido endometriosis severa desde sus 22 años. Afirma que, desde los 36, los dolores se tornaron insoportables y que “le recomendaron quedar en embarazo como solución a su problema de salud”. Añade que ha sido diagnosticada con múltiples patologías asociadas a la infertilidad.

□ Ante la demora de la EPS accionada en programar una cita con ginecología, acudió a un médico particular quien le prescribió un procedimiento de fertilización in vitro con técnica ICSI.

□ Solicitó al Comité Técnico Científico (CTC) de la EPS accionada la autorización para el mencionado tratamiento pero fue negada por estimar que el procedimiento estaba

expresamente excluido del POS y la patología no ponía en riesgo su vida ni su integridad.

□ Esta decisión, en su criterio, afecta su salud y su proyecto de vida familiar con su compañero permanente.

4) T-5.884.441

Paula

vs.

Cruz Blanca EPS

□ La actora, de 31 años de edad, desde 2010 ha presentado diferentes patologías en su sistema reproductivo, las cuales le han ocasionado problemas de fertilidad.

□ Los profesionales adscritos a la EPS accionada se han negado a prescribir tratamientos de fertilidad por considerar que estaban excluidos del POS.

□ En una clínica privada de fertilidad le diagnosticaron varias patologías, relacionadas con su sistema reproductivo.

□ De acuerdo con los médicos, el procedimiento que requiere se denomina “estimulación de la donante, fertilización in vitro con donación de óvulos”.

□ Carece de capacidad económica para el tratamiento y que, debido a la falta de un hijo, se pone en riesgo su matrimonio.

5) T-5.884.441

Andrea

vs.

Cafesalud EPS (actualmente Medimás EPS).

□ La accionante, de 31 años de edad, ha tenido dos embarazos ectópicos. Por esa razón, el tratamiento de fertilización in vitro es el único medio para lograr un embarazo.

□ La EPS demandada no accedió a garantizar el procedimiento requerido con fundamento en que se encontraba excluido del POS. Esta negativa pone en riesgo su salud mental y su derecho a conformar una familia.

□ Carece de capacidad económica para costear el tratamiento.

Cuadro No. 2. Resumen de las sentencias de tutela de instancia

Expediente

Primera instancia

Segunda instancia

1) T-5.761.833

Laura y Roberto

vs.

COOMEVA EPS

El Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali “negó por improcedente” la acción de tutela, por los siguientes motivos:

□ No se demostró la vulneración de derechos fundamentales, pues el acceso a tratamientos de fertilización in vitro no tiene conexidad con derechos “de primera generación”. Por tanto, no se acreditó que la infertilidad pusiera en riesgo la vida o la integridad de la paciente.

□ No existe justificación para que el Estado asuma el costo del procedimiento de reproducción asistida solicitado, pues está excluido del POS.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali confirmó el fallo del a quo, con fundamento en lo siguiente:

□ La EPS no estaba obligada legalmente a garantizar el tratamiento de fertilización in vitro dado que no se encontraba incluido en el POS y no fue ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS

□ La negativa de la EPS se sustentó en información clara.

□ No existió vulneración del principio de continuidad, debido a que el tratamiento estaba excluido del POS.

□ La Corte Constitucional ha estimado que la tutela es improcedente para reconocer estos tratamientos.

2) T-5.861.646

Alejandra

vs.

Salud Total EPS

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla decidió “no tutelar” los derechos invocados por la accionante, por considerar que:

□ No existía una amenaza para la salud o la vida de la paciente.

□ No encontró demostrado que se hubiera iniciado algún tratamiento por parte de la EPS accionada, por lo cual no puede hablarse de continuidad.

□ La actora puede acudir a la adopción.

□ Generalizar el cubrimiento de estas intervenciones generaría un problema de sostenibilidad fiscal.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla confirmó la decisión de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

□ La tutelante no se pronunció sobre su capacidad económica.

□ La Corte Constitucional ha negado la procedencia de la tutela para garantizar tratamientos de fertilidad.

3) T-5.861.646

Teresa

vs.

COOMEVA EPS

El Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Oralidad de Cali declaró improcedente la tutela, por estimar que:

□ El derecho a la procreación implica únicamente un deber de abstención, de modo que no puede forzarse al Estado a garantizar la paternidad o maternidad cuando las condiciones genéticas o humanas no lo permiten.

□ El tratamiento de fertilización in vitro se encuentra excluido del POS y añadió que la jurisprudencia constitucional sólo lo ha admitido en tres supuestos, siempre que se cumplan las reglas para autorizar servicios no incluidos en el POS.

□ La negativa de la EPS respecto de la práctica de este procedimiento afectaba derechos fundamentales distintos de la salud. No obstante, no consideró probada la falta de capacidad económica, ya que la tutelante puede asumir el costo del procedimiento.

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali revocó la decisión de instancia y, en su lugar, concedió el amparo solicitado. Por consiguiente, ordenó a la demandada autorizar el tratamiento de fertilización in vitro con técnica ICSI y los exámenes diagnósticos y medicamentos que fueran requeridos. Fundamentó su decisión en que el procedimiento solicitado tiene por objeto la continuidad del tratamiento para la endometriosis que la tutelante inició, en la medida en que fue sometida a tres cirugías y un tratamiento farmacéutico por dicha causa.

4) T-5.884.441

Paula

vs.

Cruz Blanca EPS

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí denegó la acción de tutela, con fundamento en lo siguiente:

□ En el expediente no se evidenciaba que la EPS accionada se hubiera negado a realizar la intervención médica.

□ Sugirió la adopción como alternativa para la situación familiar informada por la actora.

El fallo de primera instancia no fue objeto de impugnación.

5) T-5.884.441

Andrea

vs.

Cafesalud EPS (actualmente Medimás EPS).

El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cúcuta negó la protección iusfundamental solicitada, por estimar que:

□ El deber del Estado consiste en no obstruir ni limitar el derecho de las personas a procrear, sin que ello implique que los recursos públicos dirigidos a la atención de problemas de salud realmente severos deban destinarse a satisfacer la intención de los padres de proyectarse genéticamente.

□ En el expediente no figuraba orden de un médico tratante, lo cual, a juicio del despacho, impedía verificar la existencia de un criterio profesional que acreditara la pertinencia del procedimiento en cuestión.

El Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta confirmó el fallo de primera instancia, con fundamento en los siguientes motivos:

□ Explicó que la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre la infertilidad primaria y la secundaria y que únicamente se ha otorgado protección mediante la tutela en este último caso.

□ Argumentó que la accionante no adjuntó las pruebas que demuestran los problemas de infertilidad que refirió en su escrito de tutela y no probó su estado médico siquiera sumariamente.

II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN

1. 1. Pruebas solicitadas de manera general para todos los casos analizados

En esta providencia, se solicitó al Instituto Nacional de Salud (INS) y a las áreas, grupos o departamentos de epidemiología clínica de varias universidades públicas y privadas, proferir un concepto médico acerca de la viabilidad de los tratamientos de fertilización o de fecundación in vitro respecto del diagnóstico de “infertilidad femenina no especificada”, originado en patologías como endometriosis y síndrome de ovario poliquístico. Del mismo modo, se pidió a dichas instituciones que determinaran si los ciclos de fertilización o fecundación in vitro son el único tratamiento posible para que la accionante pueda concebir hijos biológicos.

También, se invitó a las facultades o departamentos de psicología de varias universidades públicas y privadas a rendir un concepto acerca de la relación entre la imposibilidad de concebir hijos biológicos y la salud mental de las personas afectadas por problemas de fertilidad.

Finalmente, en dicha providencia se ofició a las áreas y departamentos de ginecología y de obstetricia de diversas universidades públicas y privadas para que proferieran un concepto médico acerca de: (i) las diferencias entre infertilidad primaria u originaria y secundaria o derivada; y (ii) las circunstancias en las cuales los ciclos de fertilización o fecundación in vitro son el único tratamiento posible para que una persona pueda concebir hijos biológicos. Cabe indicar que varias instituciones educativas declinaron su participación en el asunto de la referencia por diversas razones.

Respuesta del Instituto Nacional de Salud (INS)

La entidad señaló que la etiología del síndrome de ovario poliquístico es heterogénea, que existen causas genéticas y otras asociadas a desórdenes hormonales, a problemas en la producción de insulina e incluso a la obesidad.

Explicó que no existe una relación de causa y efecto “entre realizar la fertilización in vitro y lograr el embarazo en forma inequívoca” y que no siempre se logra un resultado satisfactorio porque el éxito del procedimiento depende de la etiología en primera instancia y de la condición subyacente de la paciente en aspectos emocionales, hormonales, metabólicos y demás condicionantes.

Adicionalmente, afirmó que los procedimientos de reproducción in vitro no son el único procedimiento para tratar la infertilidad y que su práctica no garantiza un embarazo en una paciente con ovario poliquístico. Para finalizar, aclaró que el INS no se ocupa de tratamientos de reproducción asistida y que el concepto emitido se presenta desde la actividad genética de la salud pública.

Respuesta del Departamento de Ginecología y Obstetricia de la Universidad del Valle

La institución de educación superior expresó que la diferencia entre la infertilidad primaria y secundaria es relevante e importante en la medida en que “en la primera la paciente no ha tenido la posibilidad de un embarazo. En la segunda la paciente ya ha logrado una gestación”.

Añadió que el concepto de inseminación artificial se diferencia del de fecundación in vitro y del de fertilización in vitro. Mientras que la primera de estas técnicas de reproducción asistida consiste en introducir, a través de catéteres, muestras de semen en el tracto genital femenino o en discos especiales de cultivo, la segunda y la tercera terapia implican que se produzca la fertilización y logro de embriones fuera del organismo de la mujer y el hombre. Así, dicho proceso consiste en la estimulación hormonal de la mujer para que produzca varios óvulos, los cuales son extraídos de la paciente e inseminados “in vitro” para que, una vez fecundados, sean transferidos los embriones a la paciente.

Por último, señaló que el tratamiento de fertilización in vitro es el indicado en patologías como daño de trompas, endometriosis severa, infertilidad inexplicada, factor masculino severo, entre otras. Además, expresó que su efectividad depende del diagnóstico y de la medida terapéutica y que los riesgos son “muy bajos, predecibles y controlables” .

Respuesta del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá)

El citado departamento sostuvo que la clasificación de la infertilidad, que la divide en primaria y secundaria, es la utilizada de manera regular para aludir al fenómeno de la disfunción reproductiva. Sin embargo, explicó que dicha distinción no está relacionada con que la infertilidad tenga una causa específica y únicamente, diferencia entre las personas o parejas infértiles que ya han tenido hijos (infertilidad secundaria) y aquellas que nunca los han concebido (infertilidad primaria).

Igualmente, resaltó que la diferencia entre infertilidad primaria y secundaria puede servir como una especie de “factor pronóstico”, en la medida en que la pareja ya ha tenido hijos pero que, en ambos casos, “deben estudiarse los mismos factores etiológicos, los cuales pueden ser congénitos u adquiridos y principalmente son: masculinos, tuboperitoneales, ovulatorios e inexplicados”.

Por lo tanto, consideró que la diferencia entre infertilidad primaria y secundaria no es aceptada por todos los médicos ni es relevante para determinar cuáles tratamientos deben estar cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). No obstante, estimó que “mejorar el potencial fértil de la pareja es una opción importante que el sistema debe ofrecer” lo cual no implica la obligación de suministrar técnicas avanzadas de reproducción asistida.

Así mismo, en cuanto a la diferencia entre las denominaciones de los tratamientos de inseminación artificial, fecundación in vitro y fertilización in vitro aseveró que el primer procedimiento se refiere a “colocar de manera directa el semen capacitado dentro de la cavidad uterina en un momento sincrónico con el período ovulatorio”. Por su parte, los dos procesos restantes son técnicas artificiales de reproducción asistida llevadas a cabo en el laboratorio (motivo por el cual se les otorga la denominación de in vitro, toda vez que no se desarrollan in vivo).

De este modo, la fecundación in vitro se refiere al proceso fisiológico de unión del gameto masculino y femenino en el tracto reproductivo de la mujer. En contraste, la fertilización implica mejorar el éxito reproductivo de la fecundación. Por ende, “la denominación más técnica, real y quizás la más utilizada es fertilización in vitro” .

Por otra parte, aseguró que el procedimiento de fertilización in vitro “tiene indicaciones para encontrar el éxito reproductivo en muchas parejas infértiles”. En tal sentido, enfatizó en que

dicha técnica se indica principalmente en casos de: (i) infertilidad con factor tuboperitoneal muy ostensible; (ii) infertilidad no explicada; y (iii) pacientes sometidas a más de cuatro tratamientos de inseminación artificial fallidos, debido a que en dichos supuestos resulta ser el único tratamiento disponible.

Para terminar, recalco que los riesgos del tratamiento de fertilización in vitro son: embarazo múltiple, síndrome de hiperestimulación ovárica y embarazo extrauterino.

Respuesta del Departamento de Psicología de la Universidad de Antioquia

La institución educativa sostuvo que la infertilidad es un fenómeno que resulta de la interacción de factores biológicos, psicológicos y sociales, que se concibe como un acontecimiento vital causante de estrés y que, “de acuerdo con la investigación científica, supone un impacto emocional elevado en la pareja que lo padece”.

A su vez, puso de presente que las causas de la infertilidad no siempre son exclusivas del ámbito orgánico, sino que también hay diversos aspectos psicológicos que intervienen tanto en su génesis como en su mantenimiento y en su posible resolución. En este orden de ideas, estados patológicos como altos grados de depresión, ansiedad, desórdenes psiquiátricos y estrés postraumático se enlistan entre las posibles causas de la infertilidad.

No obstante lo anterior, en la mayoría de los casos la infertilidad tiene un componente biológico concreto. En tales supuestos, “las alteraciones psicológicas son manifestaciones reactivas” que se explican en las respuestas “desadaptativas” del sujeto cuando se enfrenta a la realidad de no poder concebir. Dichas reacciones se acentúan debido a que la solución del problema y la efectividad del tratamiento son factores inciertos.

El referido Departamento de Psicología añadió que las intervenciones psicológicas grupales tienen un efecto positivo en la tasa de embarazo de las mujeres con infertilidad de entre 12 y 24 meses. Así mismo, resaltó que la psicoterapia de las pacientes dirigida al manejo de la ansiedad y el estrés es importante para aumentar las probabilidades de embarazo.

Destacó que la literatura científica es coherente en indicar que las alteraciones psicopatológicas o de salud mental aparecen generalmente como una reacción a la infertilidad y a los procedimientos infructuosos para su tratamiento. Por ende, concluyó que

un tratamiento de fertilidad exitoso puede incidir favorablemente en la salud mental de la persona tratada y en su relación de pareja. Sin embargo, anotó que un acompañamiento psicológico paralelo contribuye al éxito de las técnicas de reproducción asistida.

1.2. Auto de 18 de enero de 2017

A través de esta providencia, se solicitó a los Ministerios de Salud y Protección Social y de Hacienda y Crédito Público que suministraran información acerca del impacto que generaría en la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC). Igualmente, se pidió a ambas entidades que indicaran si existe una cifra exacta o aproximada del número de solicitudes anuales que se formulan a las EPS para que se autoricen los referidos tratamientos de fertilidad.

Adicionalmente, se consultó a varias instituciones prestadoras de salud (IPS) que ofrecen tratamientos de fertilidad y servicios de reproducción asistida acerca del costo aproximado (en promedio) de un tratamiento de fertilización in vitro, así como el rango de precios entre los cuales oscila el valor de los aludidos procedimientos. Del mismo modo, se indagó acerca de cuáles son las variables que inciden en el valor de esta clase de intervenciones clínicas.

Respuesta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Dicha cartera sostuvo que, en relación con las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, su participación se restringe al marco de la Comisión Asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud, pues la definición del contenido de los planes obligatorios de salud corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social. En tal sentido, la entidad manifestó que conoce de las tecnologías en salud cuando el Ministerio de Salud las pone en consideración de la aludida Comisión.

No obstante, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público adujo que llevaría a cabo el respectivo análisis de impacto fiscal, el cual podría derivar en la inclusión en el POS de los tratamientos de reproducción asistida, una vez se contara con los resultados del estudio contratado por el Ministerio de Salud y Protección Social con el Instituto de Evaluación

Tecnológica en Salud (IETS).

Para terminar, advirtió que “el impacto de la inclusión del tratamiento de fertilización o fecundación in vitro en el POS no se encuentra contemplado en el Marco Fiscal de Mediano Plazo”.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

De manera preliminar, la institución advirtió que, “frente a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, hoy Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”, resultaba posible distinguir dos períodos de desarrollo:

(i) Un primer período, anterior a la expedición de la Ley 1751 de 2015, en el cual los tratamientos de reproducción asistida (TRA) se encontraban expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS).

(ii) Un segundo período, posterior a la expedición de la Ley 1751 de 2015, en el cual se parte de una concepción integral de la salud, de conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la norma estatutaria.

En cuanto a la implementación de la Ley 1751 de 2015, el Ministerio de Salud destacó que, mediante la expedición de la Resolución 5592 de 2015, la entidad delimitó el universo de las tecnologías que son sufragadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y definió cuáles se hayan excluidas de esta forma de financiación. También, advirtió que las Resoluciones 3591 y 5584 de 2016 complementaron dicho acto administrativo.

Además, aclaró que las tecnologías que no se financian con cargo a la UPC no se consideran exclusiones pues estas se encuentran señaladas por el artículo 15, tal como fue expuesto anteriormente. De esta manera, sostuvo que tanto las tecnologías cuya subvención se realiza mediante el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC como aquellas que no son sufragadas a través de tales recursos, se encuentran dentro de los beneficios integrales que deben prestarse a todo usuario para lograr la promoción, prevención, atención y rehabilitación en salud de todos los colombianos.

Por consiguiente, el Ministerio de Salud y Protección Social precisó que los tratamientos de reproducción asistida, para ser financiados con recursos públicos asignados a la salud, deben

estar asociados a una condición de salud y, por tanto, no incurrir en alguno de los criterios de exclusión definidos por la ley. De igual forma, la institución informó que las coberturas actuales del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, en relación con los tratamientos de infertilidad, están contenidas en la Resolución 6408 de 2016, acto administrativo que debe leerse en concordancia con la Resolución 5975 de 2016.

Finalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social allegó el documento denominado “Análisis de impacto fiscal de las técnicas de reproducción asistida de inseminación artificial homóloga y heteróloga y fecundación in vitro/micro-inyección intracitoplasmática espermática para población infértil en Colombia” (en adelante AIF), elaborado por el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS). De este modo, para absolver las preguntas formuladas por la Magistrada Ponente, el Ministerio transcribió varios apartes de este informe técnico, “con el fin de integrar la contestación a las dos primeras preguntas”. A continuación se presenta su síntesis:

En primer lugar, se señala que la infertilidad puede ser tratada a través de tres tipos de mecanismos: (i) medicamentos, (ii) intervenciones quirúrgicas; y (iii) tratamientos de reproducción asistida (TRA), de los cuales se ocupa el referido AIF. A continuación, se describen las tecnologías que, en particular, serán objeto de evaluación, las cuales son: (i) la inseminación artificial/intrauterina (IIU) homóloga, esto es, con semen del cónyuge o de la pareja (IAC) o heteróloga, es decir, con semen de donante (IAD); y (ii) la fertilización in vitro (FIV), que puede incluir la técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

En segundo lugar, se enuncian y exponen los parámetros del modelo de impacto fiscal (población, tratamiento y costos) y se indican los hallazgos y estimaciones pertinentes sobre cada uno de estos aspectos:

(i) En relación con la población total, el estudio señala que la misma se compone de “parejas hombre y mujer en edad fértil” que, de acuerdo con el documento, son aquellas que se encuentren en un rango de entre 15 y 49 años. Del número total de dichas uniones, se descontaron las parejas esterilizadas y las que no desean tener hijos. Así, se calculó que el porcentaje de parejas infértiles corresponde a un promedio de entre el 8% y el 15% del total estimado de parejas de distinto sexo en Colombia (235.914 parejas). A partir de la cifra anterior, se tuvo en cuenta únicamente el percentil ubicado en el estrato socioeconómico

bajo-bajo y bajo, que corresponde al 22.3% del total de hogares en Colombia. En consecuencia, la población objeto de análisis se compone de 52.609 parejas, que son las uniones con problemas de fertilidad que habitan en el estrato socioeconómico 1.

(ii) En lo atinente a los tratamientos objeto de estudio, se describen de manera detallada las técnicas de reproducción asistida objeto del modelo: la IIU en sus dos modalidades: IAD e IAC, y la fertilización in vitro con y sin técnica ICSI.

(iii) Para finalizar, la metodología de costeo que se utilizó fue la construcción de casos tipo.

En tercer lugar, se explicó que la aplicación del modelo se llevó a cabo en cuatro escenarios distintos de política pública, de acuerdo con el número de ciclos de IIU y de FIV cubiertos en cada caso, tal como se expone en la siguiente tabla:

Fuente: AIF

Finalmente, el estudio arrojó la siguiente conclusión: “[e]l esfuerzo fiscal total para el SGSSS de incluir los tratamientos de infertilidad IIU y FIV/ICSI sería de COP\$1.004.073.776.297 de 2015. Si se considera la política de cubrir 3 ciclos por tratamiento tanto en alta como en baja complejidad, es una política promedio, el esfuerzo fiscal para el SGSSS \$3.013.392.291.188. El 98% de este monto estaría asociado a los tratamientos de alta complejidad.”

Por lo tanto, en un escenario de inclusión en el Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC), mediante la implementación de una política que subsidie completamente un tratamiento de tres ciclos de IIU y tres ciclos de FIV para 52.609 parejas que habitan en el estrato socioeconómico 1, tendría un impacto fiscal promedio de \$3.013.392.291.188 del año 2015.

Respuesta de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que ofrecen tratamientos de reproducción asistida

Profamilia indicó que el costo promedio del tratamiento de fertilización in vitro es de \$16.500.000. Así mismo, explicó que las variables que inciden en dicho valor se relacionan con “la necesidad de realizar el tratamiento con óvulos o semen donados (...), la cantidad y tipo de medicamentos requeridos que a su vez depende de la respuesta fisiológica de los pacientes.”

CECOLFES (Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad) estimó el valor del tratamiento requerido por cada una de las peticionarias y estableció que los costos, para estos casos, oscilan entre los \$14.300.000 y \$19.117.000. Sostuvo que uno de los factores que pueden modificar el costo presupuestado para estos tratamientos son los exámenes diagnósticos requeridos por la pareja.

El Centro de Fertilidad Reprotecte señaló que el precio del tratamiento de fertilización in vitro ascendía a aproximadamente a \$18.000.000 “desde la estimulación hasta la prueba de embarazo”. Estableció que el rango de valores entre los cuales oscila el citado procedimiento va desde los \$15.000.000 hasta los \$20.000.000. Añadió que las variables que inciden en el precio de dicho tratamiento son “(i) la edad del paciente, (ii) el diagnóstico del paciente, y (iii) el protocolo de medicamentos”.

La Clínica Eugén reportó que el valor del procedimiento de fecundación in vitro es de aproximadamente \$11.440.000, “suma a la que debe adicionarse el costo de la medicación que requiera la paciente, cuyo valor puede estar entre las sumas de \$5.000.000 y \$6.000.000”. Aseguró que el origen de los óvulos y espermatozoides para el procedimiento incide en el costo del tratamiento, pues el precio varía si se trata de gametos donados o de los mismos interesados en el proceso. Finalmente, aclaró que “tratamiento de fertilización es el género y fecundación in vitro es una de las especies de tratamiento de fertilización”

La Unidad de Fertilidad de la Clínica de Marly (PMA) determinó que el costo aproximado del tratamiento de fecundación in vitro es de \$9.000.000 (estimación que incluye la técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides -ICSI-), además de los medicamentos requeridos por la paciente cuyo valor se estimó en \$6.000.000. Expuso que los precios citados pueden incrementarse debido a ciertas variables como: (i) si se requiere donación de óvulos o congelación de embriones, los costos aumentarán en \$5.800.000 y \$2.150.000 adicionales, respectivamente; (ii) la cantidad y el tipo de medicamentos requeridos por la paciente; (iii) la edad y otros indicadores hormonales; y, (iv) la necesidad de realizar procedimientos médicos, diagnósticos o quirúrgicos previos al procedimiento.

El Centro de Fertilidad Humana InSer informó que el costo del procedimiento de fertilización in vitro oscila entre los \$12.135.000 y \$16.893.500. Añadió que “los medicamentos requeridos no se encuentran incluidos ya que dependen de la situación particular de cada

paciente”.

1.3. Auto de 2 de marzo de 2017.

Mediante esta providencia, la Magistrada Ponente solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social ampliar la información proporcionada a la Corte en relación con la cobertura que los tratamientos de reproducción asistida reciben actualmente y tendrán en el futuro, en atención al régimen jurídico reglamentario descrito en sus respuestas anteriores. En este sentido, se ordenó a la entidad que indicara la situación jurídica de los tratamientos de reproducción asistida en Colombia. Particularmente, se pidió que especificara si dichos procedimientos se encuentran incluidos en las tecnologías y prestaciones que forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y si son sufragados con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Así mismo, se le ordenó al Ministerio de Salud que informara: (i) cuáles son las fuentes de las que proviene el capital requerido para sufragar las prestaciones incluidas en el conjunto de beneficios integrales del SGSSS que no se subvencionan con cargo a la UPC; (ii) cuál es el monto total de recursos destinados a la financiación de las prestaciones incluidas en el SGSSS y la cifra específica que corresponde a aquellas que no tienen cargo a la UPC; (iii) cuál es el presupuesto total asignado a las prestaciones y tecnologías que se financian con recursos públicos destinados a la salud, tanto aquellas que se sufragan con cargo a la UPC como aquellas que se subvencionan sin dicho capital; y (iv) cuál es el porcentaje del total del presupuesto asignado a las prestaciones y tecnologías incluidas en el SGSSS que se destina a procedimientos médicos en salud.

Por otra parte, se ofició al Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS), en su calidad de entidad autora del análisis de impacto fiscal allegado por el Ministerio de Salud, para que absolviera algunos interrogantes técnicos acerca de la interpretación de los datos y cifras aportadas en dicho documento.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

En primer lugar, en cuanto a la situación jurídica de los tratamientos de reproducción asistida para ese momento, recordó que estaban en proceso los respectivos estudios de impacto fiscal y la posterior discusión pública y abierta en relación con una política pública que

incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC).

De igual manera, expuso el marco normativo general que regula los servicios y tecnologías en salud, el cual se divide entre: (i) el régimen de protección colectiva de riesgos individuales mancomunados, conformado por aquellas prestaciones que forman el conjunto del PBSUPC (regulado por las Resoluciones 5975 y 6408 de 2016); (ii) el régimen de protección individual que se compone de las tecnologías y servicios que no se encuentran cubiertos por el PBSUPC (que está reglamentado por las Resoluciones 3951 y 5884 de 2016 y 532 de 2017 para el Régimen Contributivo y la Resolución 1479 de 2015 para el Régimen Subsidiado); y finalmente, (iii) las exclusiones explícitas previstas por el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en donde se sitúan las prestaciones que no deben ser reconocidas con cargo a los recursos públicos destinados a la salud.

Concretamente, en lo atinente a los tratamientos de reproducción asistida, el Ministerio de Salud y Protección Social explicó que la inseminación artificial y la fecundación o fertilización in vitro no son procedimientos reconocidos con cargo a la UPC, motivo por el cual “bajo el proceso actual se garantizan con recursos diferentes a la unidad de pago por capitación”.

Por consiguiente, dichas prestaciones son cubiertas de manera diferenciada en el régimen contributivo y en el subsidiado. Mientras que en el primer sistema se sufragan tales tecnologías y servicios “a través de MIPRES por el mecanismo de recobro/cobro según la normatividad correspondiente”, en el segundo caso la financiación se deriva de los fondos públicos de los entes territoriales a través de los Comités Técnico-Científicos.

En segundo lugar precisó que, aunque las técnicas de reproducción asistida no han sido objeto de nominación dentro del procedimiento técnico-científico y participativo previsto en la Resolución 330 de 2017, dichos tratamientos pueden quedar excluidos de las prestaciones cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en caso de surtirse el proceso contemplado por la citada norma legal. En particular, explicó que se podría aplicar dicho mecanismo para determinar si la efectividad clínica del procedimiento es concluyente, factor que se encuadra en una de las causales de exclusión previstas en el referido artículo 15 de la citada ley.

En tercer lugar, en referencia a las fuentes de las cuales proviene el capital requerido para

sufragar las prestaciones del denominado régimen de protección individual (es decir, aquellas que no se financian con cargo a la UPC), señaló que dichos recursos provienen “del superávit de la Subcuenta de Compensación del Fosyga, una vez se haya realizado el proceso de compensación en el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas por las EPS y [Entidades Obligadas a Compensar] EOC para el período al que pertenece el pago de la cotización y demás recursos que financien la subcuenta”, entre otros.

En el caso del Régimen Contributivo, los recursos que financian la subcuenta de compensación interna de dicho régimen y su utilización se encuentran contemplados en los artículos 3º y 4º del Decreto 4023 de 2011.

Finalmente, estableció que el presupuesto total de servicios y tecnologías para la salud es de \$37.396.384 millones, los cuales se distribuyen de la siguiente manera: (i) \$17.198.464 millones para servicios y tecnologías con cargo a la UPC en el Régimen Subsidiado; (ii) \$18.578.465 para servicios y tecnologías con cargo a la UPC en el Régimen Contributivo; y (iii) \$1.619.455 para servicios y tecnologías no subvencionadas con cargo a la UPC en el Régimen Contributivo.

El IETS expresó que carece de competencia para absolver las preguntas formuladas por esta Corporación. Por tanto, se limitó a reiterar datos que se encuentran presentes en el estudio allegado al proceso de la referencia por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2. Pruebas solicitadas para cada uno de los expedientes acumulados

De manera independiente, se formularon las siguientes solicitudes probatorias para cada uno de los casos acumulados:

(i) Se ofició a los médicos especialistas tratantes adscritos a las EPS accionadas, a aquellos que prescribieron los tratamientos de fertilización in vitro o atendieron a cada una de las tutelantes, para que profirieran, a partir de su diagnóstico, un concepto preciso en el cual explicaran las patologías de cada actora y expusieran “si los ciclos de fertilización o fecundación in vitro son el único tratamiento posible para que la accionante pueda concebir hijos biológicos”.

(ii) Se solicitó a las EPS accionadas y a los centros privados de reproducción para que

aportaran copia de todas las historias clínicas de las peticionarias que tuvieran en su poder, relacionadas con las patologías indicadas en los respectivos escritos de tutela. Dicha petición se formuló también a las accionantes.

(iii) Se ordenó a los actores informar acerca de su situación económica actual, de sus ingresos y egresos mensuales y demás elementos relevantes para determinar sus condiciones económicas y allegar los documentos necesarios para acreditar tales afirmaciones.

Las respuestas a las cuestiones formuladas se encuentran detalladas en el Anexo No. 1 y, en lo pertinente, serán analizadas en los casos concretos.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

1. 1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de esta Corporación).

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Cinco mujeres (así como el cónyuge de una de ellas) que fueron diagnosticadas con infertilidad y, por ello, no han podido quedar en embarazo interpusieron acciones de tutela en contra de las EPS a las que se encuentran afiliadas. En cada uno de los casos, las accionantes solicitan que se garanticen sus derechos fundamentales a través de la autorización de tratamientos de reproducción asistida (concretamente fertilización in vitro), pues estiman que, debido a su situación, es el único tratamiento que les permite procrear un hijo.

3. Sin embargo, sus solicitudes han sido denegadas por las entidades accionadas con fundamento en múltiples razones, entre las cuales se encuentran que: (i) los tratamientos de fertilidad no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y que, en esa medida, las EPS no se encuentran obligadas a garantizarlos; (ii) la jurisprudencia constitucional ha

considerado que la tutela no es procedente para ordenar tratamientos de fertilidad excluidos de los planes obligatorios de salud; (iii) los tutelantes pueden acudir a la adopción como alternativa para desarrollar su proyecto de conformar una familia; (iv) las accionadas han prestado todos los servicios médicos requeridos por las peticionarias; y (v) la ausencia de los tratamientos de reproducción asistida solicitados no implica una vulneración, riesgo o amenaza de la vida o la integridad de las pacientes.

4. De igual modo, durante los respectivos trámites de las acciones de tutela, los jueces profirieron las siguientes decisiones: (i) en los casos de Laura y Roberto, Alejandra y Andrea se confirmaron en segunda instancia las decisiones que negaban el amparo presentado por los accionantes en cada uno de los procesos respectivos; (ii) en contraste, en el caso de Teresa, el ad quem revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, concedió la protección de los derechos fundamentales de la actora y ordenó a la demandada autorizar el tratamiento de fertilización in vitro solicitado. Finalmente, (iii) en el caso de Paula, el juzgador denegó la acción de tutela y tal decisión no fue impugnada.

5. Ahora bien, es conveniente precisar que durante el trámite de revisión de las acciones de tutela objeto de análisis, fue expedida la Ley 1953 de 2019, mediante la cual se establecieron los lineamientos para una política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad y se dispuso que las técnicas de reproducción asistida deben ser garantizados con recursos públicos, de conformidad con la reglamentación que dicte el Ministerio de Salud y Protección Social.

Igualmente, en el marco del proceso de aprobación de dicha norma legal, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-093 de 2018, en la cual estudió las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional y las declaró infundadas. Esta decisión resulta relevante para el análisis de los casos objeto de estudio en la medida en que esta Corporación se pronunció en relación con varios aspectos contenidos en la ley que se relacionan con su interpretación y aplicación.

6. De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Sala Plena determinar si:

¿La decisión de las entidades promotoras de salud, consistente en negarse a garantizar la práctica de tratamientos de fertilización in vitro —que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, pese a que el acceso a los mismos debe ser reglamentado

por el Gobierno Nacional de conformidad con la Ley 1953 de 2019— a personas que han sido diagnosticadas con infertilidad, quienes sostienen que la alternativa de tratamiento más adecuada es el procedimiento médico ya referido y cuyo propósito de concebir hijos mediante asistencia científica involucra, prima facie, sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y sus derechos reproductivos, desconoce tales garantías constitucionales?

Para resolver el problema jurídico enunciado, la Corte establecerá la procedencia de la acción de tutela para solicitar tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción asistida.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción humana asistida

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

7. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: (i) a nombre propio; (ii) a través de representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; (iv) mediante agente oficioso; o (v) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

En los procesos de la referencia, resulta claro que los actores se encuentran legitimados por activa para su interposición, toda vez que son los titulares de los derechos fundamentales que reclaman. Lo anterior, se predica incluso en el caso de los accionantes Laura y Roberto pues, si bien es la tutelante quien sufre las patologías que han ocasionado la imposibilidad de procrear de manera natural, el peticionario también desea concebir un hijo y, en esa medida, sus derechos reproductivos, a la dignidad humana, a la autonomía, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia también se encuentran involucrados.

Por lo tanto, la legitimidad por activa en este tipo de casos también puede darse de forma conjunta. Lo anterior no implica que cada uno de los tutelantes tenga dicha legitimidad por separado respecto de la misma situación, sino que la ostentan simultáneamente. Ello se justifica en la medida en que se trata de un proyecto de vida en pareja. De acuerdo con lo precedente, el señor Roberto no tendría ninguna legitimidad si la señora Laura abandonara el propósito de concebir un hijo, más aún cuando es ella quien sufre de la infertilidad y,

potencialmente, el tratamiento que se reclama se llevaría a cabo en su propio cuerpo.

En este sentido, la Sala debe aclarar que la legitimación del señor Roberto en este caso es circunstancial, pues se encuentra supeditada a la titularidad de su compañera en relación con sus derechos reproductivos, en la medida en que ella sería la paciente del tratamiento de reproducción asistida. Así las cosas, se reitera que, en caso de que la actora desistiera de practicarse dicho tratamiento, el peticionario no podría solicitar dicha intervención clínica en contra de la voluntad de quien se sometería al procedimiento de fertilización in vitro.

8. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, de acuerdo con los casos que la ley establezca para el efecto, entre otros eventos.

Particularmente, el inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud.

9. En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandadas son particulares que prestan los servicios públicos de salud y de seguridad social y que, en todo caso, forman parte del Sistema General de Seguridad Social, por lo que contra ellas procede la acción de tutela. Por consiguiente, se encuentra demostrada la legitimación por pasiva de las personas jurídicas accionadas en el presente trámite.

10. Con todo, para la Sala es pertinente aclarar que, en el caso de la accionante Andrea (Expediente T-5.931.125), tanto Medimás EPS como Cafesalud EPS se encuentran legitimadas por pasiva en dicha acción de tutela. En efecto, como lo ha establecido en otras oportunidades esta Corporación, mediante Resolución 2426 de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó un plan de reorganización empresarial de Cafesalud EPS que dio como resultado la creación de una nueva EPS denominada Medimás. En esa medida, esta

nueva entidad asumió la posición de parte de Cafesalud EPS en lo relacionado con la prestación del servicio público de seguridad social en salud. Sobre este punto, el citado acto administrativo preceptuó lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. APROBAR el Plan de Reorganización Institucional, presentado por el Representante Legal de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT. 800.149.949-6), consistente en la creación de una nueva entidad a saber, la sociedad MEDIMAS EPS SAS. (NIT. 901.097.473-5).

ARTÍCULO SEGUNDO. APROBAR la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios y la cesión total de los afiliados, así como la habilitación como Entidad Promotora de Cafesalud a la sociedad MEDIMAS EPS, en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización Propuesto.”

11. Además, cabe destacar que en el trámite de una acción popular interpuesta contra la Superintendencia Nacional de Salud, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 26 de octubre de 2017, dictó medidas cautelares de emergencia encaminadas a que Medimás EPS cumpliera con la satisfacción plena de todas las obligaciones que recibió de Cafesalud EPS. Lo anterior, por cuanto la referida Corporación verificó que Medimás EPS llevó a cabo una serie de acciones y omisiones que le imponían cargas adicionales a los usuarios trasladados, quienes no tenían por qué soportarlas, pues “no tuvieron ningún tipo de participación en el proceso de adquisición de Cafesalud EPS por parte de Medimás EPS”. En particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló lo siguiente:

“(…) es necesario dictar medidas cautelares de urgencia dentro del presente medio de control encaminadas a que Medimás EPS cumpla en el menor tiempo posible y la Superintendencia Nacional de Salud verifique, la satisfacción plena de todas las obligaciones que se recibieron por parte de Cafesalud EPS, a saber, citas, autorizaciones de servicio, entrega de medicamentos, pago de incapacidades y cumplimiento de las acciones de tutela falladas contra Cafesalud EPS; con el propósito de que cese la amenaza del derecho colectivo de acceso a la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna”.

En consecuencia, Medimás EPS es la persona jurídica que actualmente tendría la obligación constitucional y legal de garantizar a la accionante la práctica del procedimiento de

fertilización in vitro, en caso de concurrir todos los presupuestos normativos para dicho efecto puesto que, como se advirtió, entre esas entidades se avaló una cesión completa e íntegra de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios.

Inmediatez

12. El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que, para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable.

13. En el presente caso, se observa que las acciones de tutela fueron interpuestas en un término razonable a partir de los hechos que desencadenaron la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, a partir de la negación o de la omisión de las entidades demandadas de llevar a cabo los referidos tratamientos de fertilización in vitro. En tal sentido, en todos los expedientes acumulados se evidencia que las causas de la alegada transgresión a los derechos fundamentales subsistían al momento de presentación de la acción de tutela.

Subsidiariedad

14. El requisito de subsidiariedad implica que el amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Esta Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este

orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados.

15. De acuerdo con lo anterior, es procedente la acción de tutela cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso en concreto. Por ende, en aquellos eventos en los cuales existan otros medios de defensa judicial, este Tribunal Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

i. (i) Cuando el mecanismo de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

() Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

16. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad del mecanismo en el caso concreto, para determinar si dicho medio tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal y debe tener en cuenta que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

17. En el asunto que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, se advierte que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, recientemente modificado por el artículo 6° de la Ley

1949 de 2019, otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para conocer y decidir controversias entre las EPS y sus afiliados respecto de la negativa a prestar servicios e insumos médicos. La referida norma modificó el trámite previsto originalmente por la Ley 1122 de 2007 y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debía desarrollarse mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Además, dicha actuación debía garantizar cabalmente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

18. Ante este panorama, la jurisprudencia ha debatido ampliamente si los procesos jurisdiccionales adelantados ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios, en el marco de las relaciones entre las EPS y los afiliados, tienen un carácter prevalente respecto de la acción de tutela dadas las facultades jurisdiccionales en cabeza de la mencionada entidad.

19. Por una parte, la Corte ha proferido decisiones en las que ha afirmado que no puede entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud, especialmente en los casos en los que se invoca la protección del acceso efectivo al servicio. Tales providencias argumentaban que no era posible predicar indistintamente la prevalencia del recurso jurisdiccional existente ante la Superintendencia de Salud en conflictos de multifiliación y relacionados con la solicitud de pago de prestaciones económicas, así como en los que involucraban el acceso a actividades o procedimientos médicos.

20. Por otra parte, este Tribunal ha estimado que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud tiene carácter principal en las controversias referidas a los asuntos que son competencia de dicha entidad, mientras que el juez de tutela reviste una competencia residual y subsidiaria. En armonía con este entendimiento, ha precisado que, en algunos casos, el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales invocados. Por ende, ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando los peticionarios omitían agotar dicho trámite.

21. En otros casos, pese a reconocer el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa, ha considerado que no es idóneo o eficaz

para el caso concreto, por estimar que no puede utilizarse dicho medio judicial en eventos en los que se requiere la protección urgente de los derechos fundamentales invocados o que concurren circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional.

En razón de ello, la jurisprudencia constitucional reconocía que el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud era “principal y prevalente” en los asuntos de su competencia, por lo cual las atribuciones del juez de tutela son residuales y subsidiarias sobre estas materias, salvo en caso de inminencia de un perjuicio irremediable o en el evento en que el procedimiento ante dicha autoridad con funciones judiciales carezca de idoneidad o eficacia en el caso concreto entre otras razones, debido a la urgencia de protección de los derechos fundamentales implicados.

22. En este sentido, la Corte había sostenido que, al momento de analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez constitucional debía considerar las siguientes reglas:

(i) el procedimiento ante la Superintendencia se consideraba principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007, modificada por las Leyes 1438 de 2011 y 1949 de 2019. Así las cosas, cuando se tratara de una materia no comprendida dentro de las facultades conferidas a dicha entidad, se estimaba que el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecía de idoneidad y, por tanto, era procedente la tutela.

(ii) en relación con las competencias asignadas expresamente a la Superintendencia de Salud, se entendía que la acción de tutela era un medio judicial de carácter subsidiario. No obstante, en todo caso el juez debía analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia, con especial atención a las circunstancias particulares que concurrían en el caso concreto. En consecuencia, el amparo constitucional procedía, por ejemplo, cuando:

a. Existía riesgo para la vida, la salud o la integridad de las personas.

b. Los peticionarios o afectados se encontraran en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o tuvieran la calidad de sujetos de especial protección constitucional.

c. Se configurara una situación de urgencia que tornara indispensable la intervención del juez constitucional.

d. Se tratara de personas que no podían acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet.

23. No obstante lo anterior, para la Sala Plena la determinación de la idoneidad y eficacia del mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del sistema de salud a cargo de la Superintendencia de Salud debe tomar en consideración los elementos de juicio recolectados en el marco del seguimiento que ha realizado esta Corporación a la Sentencia T-760 de 2008, a través de su Sala Especial de Seguimiento.

24. Sobre este particular, en el marco de dicho proceso de verificación de superación del estado de cosas inconstitucional en materia de salud, es indispensable señalar que mediante Auto 668 del 2018 la Corte Constitucional citó a audiencia pública a diferentes entidades y personas responsables del Sistema General de Seguridad Social en Salud y a expertos en la materia. Ello, con el fin de evidenciar los problemas estructurales que presenta dicho sistema y encontrar soluciones sustanciales y definitivas que permitan avanzar en la superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho a la salud en Colombia.

La diligencia, celebrada el 6 de diciembre de 2018, contó con la presencia del Superintendente de Salud, quien señaló entre otras cosas que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en el término de 10 días previsto por la ley. En razón de lo anterior, (ii) existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes. Agregó que (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital.

25. En consecuencia, de conformidad con lo expresado por el Superintendente de Salud a la Sala Plena de la Corte Constitucional, es posible concluir -como en efecto lo ha hecho esta Corporación en sede de revisión- que la Superintendencia de Salud tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver las controversias a su cargo.

Por lo tanto, en este momento y mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud, no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud, razón por la cual la acción de tutela es el instrumento procesal procedente para proteger los derechos fundamentales invocados por las accionantes.

Pese a lo anterior, aunque la expedición de la Ley 1949 de 2019 introdujo ciertos ajustes formales al diseño del mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud, para la Sala no se ha evidenciado que estas modificaciones hayan surtido sus efectos al momento en que se profiere esta sentencia.

26. Con todo, si en gracia de discusión se estudiara la idoneidad formal del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud para resolver las controversias derivadas de la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada por los accionantes en el asunto de la referencia, se concluiría que dicha herramienta tampoco resulta adecuada, en la medida en que no se enmarca en las competencias previstas legalmente para dicha entidad, contenidas en el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

De este modo, la Sala encuentra que el medio judicial ordinario carece de idoneidad y, por lo tanto, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo.

(i) de idoneidad, dado que la autorización de tratamientos de fertilización in vitro, en principio, no se enmarca dentro de las competencias propias de la Superintendencia Nacional de Salud; y,

(ii) de eficacia, hasta tanto sean resueltos los problemas administrativos que afronta dicho mecanismo judicial. Por tal motivo, se abordará el análisis de fondo de las solicitudes elevadas por los peticionarios.

Jurisprudencia constitucional en materia de tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción asistida

28. Desde sus primeros años, la Corte Constitucional ha estudiado casos que involucran la garantía de derechos reproductivos a través de tratamientos de fertilidad. Tales prestaciones

en la mayoría de los casos no se encontraban cubiertas por los planes obligatorios de salud. No obstante, el acceso a este tipo de procedimientos se ha ampliado de forma progresiva, hasta el punto de haberse garantizado la práctica de tratamientos de fertilización in vitro mediante la acción de tutela, previo el cumplimiento de rigurosos requisitos.

En este sentido, se observa que actualmente existen dos posiciones jurisprudenciales en relación con los tratamientos de reproducción asistida. Por una parte, la Corte ha negado por regla general el acceso a dichos procedimientos mediante la acción de tutela, pese a que ha admitido excepciones relacionadas con el principio de continuidad y la garantía del derecho a la salud. Por otra, esta Corporación ha garantizado, a partir de un enfoque basado en varios derechos fundamentales -igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía y derechos reproductivos-, la posibilidad de practicar estas intervenciones clínicas, siempre y cuando se cumplan estrictas exigencias.

Primera posición jurisprudencial. Por regla general, los tratamientos de reproducción asistida no deben ser garantizados mediante la acción de tutela, salvo que (i) se vulnere el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; o (ii) de la práctica del procedimiento de fertilidad, dependan los derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad personal del paciente.

29. En el marco de esta aproximación jurisprudencial, por regla general, las Salas de Revisión de esta Corporación han considerado improcedente la acción de tutela para solicitar tratamientos de fertilidad excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud. En tal sentido, han negado la autorización de tales procedimientos, por considerar que con ello no se afectan los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

30. En la Sentencia T-1104 de 2000, se revisó el caso de una paciente a quien su médico tratante le ordenó una “cirugía de recanalización de su trompa izquierda” para resolver su infertilidad secundaria. La Corte confirmó el fallo de primera instancia que denegó el amparo solicitado por estimar, entre otras razones, que el derecho a la procreación implicaba un mero deber de abstención que en ningún caso 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”.

31. En esta misma línea, la Sentencia T-689 de 2001 confirmó la decisión de instancia que

había negado la protección de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria, a quien un médico particular le prescribió una “laparoscopia operatoria”, examen diagnóstico que fue negado por la EPS accionada por no hallarse incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud. En esta ocasión, la Corte consideró que dicha exclusión era legítima en la medida en que formaba parte de la potestad de configuración del Legislador.

32. Igualmente, la Sentencia T-946 de 2002 se pronunció sobre el caso de una mujer que requería de un tratamiento de inseminación artificial seguido de fertilización in vitro. En este caso, la Corte revocó la sentencia de instancia que había concedido la tutela y, en su lugar, negó la protección de los derechos de la accionante debido a que este mecanismo constitucional no procede para extender el Plan Obligatorio de Salud.

33. Así mismo, la Sentencia T-512 de 2003 determinó que no se vulneraban los derechos fundamentales de la accionante, quien solicitó una “salpingoplastia”, intervención quirúrgica cuyo objeto consiste en liberar una trompa de Falopio obstruida. En este caso, la Sala Séptima de Revisión estimó que no debía costearse el procedimiento toda vez que la infertilidad de la actora no era producto de otros males o enfermedades, sino que era un problema físico originario, sin consecuencias adversas o peligrosas para su vida.

34. Posteriormente, con ocasión de la Sentencia T-752 de 2007, esta Corporación confirmó la providencia de segunda instancia que negó la acción de tutela interpuesta por una paciente afiliada al Régimen Subsidiado de salud, quien solicitaba la práctica de un tratamiento de fertilización in vitro, con el fin de procrear hijos biológicos. A juicio de la Sala, no era un deber del Estado garantizar el derecho a la procreación a través de los planes obligatorios de salud y la negativa de la ARS demandada no afectaba la vida y la salud de la actora.

35. En idéntico sentido, la Sentencia T-760 de 2008 se refirió a la exclusión de los tratamientos de fertilidad del antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS) como un límite válido y legítimo en relación con el derecho a la salud y expresó que “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”.

36. Por otra parte, las Sentencias T-424 de 2009 y T-311 de 2010 reiteraron la posición jurisprudencial anteriormente reseñada acerca de la improcedencia de la acción de tutela

para acceder a procedimientos de fertilidad. Sin embargo, en los casos concretos se declaró la existencia de un hecho superado debido a que los jueces de instancia habían ordenado que se llevara a cabo el tratamiento de fertilización in vitro solicitado por cada una de las accionantes.

37. En otra oportunidad, la Sala Segunda de Revisión 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. Sin embargo, en la Sentencia T-226 de 2010 la Corte Constitucional estimó que la posibilidad de garantizar los tratamientos de fertilidad se encuentra 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”.

No obstante, la Sala consideró que el propósito de las solicitantes era producir la fertilidad de manera externa. Por tal motivo, revocó las decisiones de instancia que habían ordenado emprender las gestiones necesarias para la práctica del procedimiento solicitado y, en su lugar, negó la protección solicitada.

38. En un caso similar, mediante la Sentencia T-550 de 2010, la Sala Octava de Revisión revocó la sentencia de instancia que había concedido el tratamiento de fertilización in vitro que requería la actora para procrear hijos de forma natural. En esta providencia, se reiteró que “existen razones de peso” para mantener la exclusión del citado tratamiento en el Plan Obligatorio de Salud.

39. De igual modo, la Sentencia T-935 de 2010 nuevamente encontró justificada la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud. En tal sentido, pese a considerar que la actora tenía derecho al procedimiento diagnóstico de laparoscopia que había solicitado, revocó la sentencia de segunda instancia que concedía un tratamiento integral para la infertilidad de la tutelante, por estimar que tal orden abarcaba el tratamiento de fertilización in vitro que requería la actora para procrear naturalmente.

40. De manera semejante, la Sentencia T-009 de 2014 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. La decisión estableció que ni siquiera la existencia de una orden del médico tratante adscrito a la EPS respectiva tornaba 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”.

41. Así mismo, la Sentencia T-398 de 2016 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. La Sala reiteró su negativa a garantizar los tratamientos de reproducción asistida en la medida en que dichos procedimientos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud y estimó 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, dadas las consecuencias jurídicas y presupuestales que podía suscitar la inclusión de dichas técnicas de reproducción asistida en los planes obligatorios de salud, la decisión resaltó que no resultaba conveniente que las Salas de Revisión de esta Corporación, al resolver casos concretos, “expid[ieran] órdenes de alcance general que modifi[caran] la política pública y decid[ieran], 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” .

Por consiguiente, negó el procedimiento solicitado, pues consideró que se pretendía dicho tratamiento únicamente para permitir la procreación y enfrentar la infertilidad como tal, por lo cual no se dirigía a tratar una enfermedad que afectara la salud, la vida o la integridad de las peticionarias.

42. Finalmente, la Sentencia T-316 de 2018 confirmó las decisiones de instancia que habían negado la protección de los derechos fundamentales de la accionante. En esta oportunidad, se consideró que el procedimiento de fertilización in vitro no había sido ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS demandada y la prescripción médica que obraba en el expediente no cumplía con los requisitos para ser considerada una orden médica, razón por la cual no era procedente acceder a las pretensiones de la actora.

Además, estimó que no era “posible determinar a partir del material probatorio la existencia

de un hecho notorio que justifique la intervención directa del juez para ordenar la prestación de los servicios y tecnologías solicitados con miras a proteger el derecho a la salud”.

43. En resumen, los motivos que ha esgrimido la Corte Constitucional para negarse a garantizar los tratamientos de fertilidad han sido, principalmente, los siguientes:

(i) Las patologías cuya protección se reclama no ponen en peligro la salud, la vida, la dignidad o la integridad. Por ende, se justifica la negación de tales procedimientos por hallarse encaminados únicamente a la procreación y no al restablecimiento de la salud;

(ii) El derecho a la procreación implica únicamente un deber de abstención del Estado en lugar de una acción positiva;

(iii) No puede obligarse al Estado a garantizar la maternidad biológica cuando las circunstancias fisiológicas no permiten su goce, por cuanto se trata de una prestación que únicamente puede ser concedida por el Legislador;

(iv) Las personas o parejas con infertilidad pueden acudir a la adopción como alternativa para satisfacer su deseo de conformar una familia y proyectarse vitalmente en su descendencia;

(v) Se trata de tratamientos que no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (y anteriormente estaban excluidos del Plan Obligatorio de Salud).

(v) Los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados. En tal sentido, se deben destinar tales fondos a la atención de patologías y enfermedades que ameriten un riesgo para la vida antes que garantizar el derecho a la procreación, pues el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias.

44. De igual manera, es indispensable resaltar que las Salas de Revisión de esta Corporación han analizado como criterio decisivo para garantizar los tratamientos de fertilidad si la imposibilidad de procrear naturalmente es producto de otra patología o si se encuentra asociada al desarrollo de una enfermedad. Por ende, en aquellos casos en los cuales la disfunción reproductiva es un problema físico originario (no derivado de ningún otro padecimiento) que carece de consecuencias adversas o peligrosas para la salud o la vida, se ha negado la autorización de los procedimientos de fertilidad a través de la acción de tutela.

45. Sin embargo, en el marco de esta posición jurisprudencial, de forma excepcional, la Corte Constitucional ha estimado que la acción de tutela es procedente para autorizar tratamientos de fertilidad que no se encuentran incluidos en los planes obligatorios de salud, en los siguientes casos:

(i) Cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud

46. Así, por ejemplo, la Sentencia T-572 de 2002 analizó la acción de tutela interpuesta por una mujer a quien su médico tratante le había suministrado medicamentos para inducir la ovulación. Ante la ausencia de resultados favorables, el médico prescribió un tratamiento farmacológico diferente y con mayores dosis. Sin embargo, la EPS accionada negó tal prestación por encontrarse excluida del POS. En dicha ocasión, la Sala Sexta de Revisión concedió la protección invocada, al considerar que en el caso concreto se presentaban dos circunstancias excepcionales que tornaban procedente el amparo para reclamar tratamientos de fertilidad: (i) que se trataba de la entrega de medicamentos; y (ii) que había un tratamiento médico en curso.

47. Igualmente, mediante la Sentencia T-633 de 2010 se estableció que el principio de continuidad no se extiende a la realización de un procedimiento de fertilización in vitro cuando únicamente se han practicado exámenes para diagnosticar la condición de infertilidad de la paciente. En este sentido, la Sala Primera de Revisión revocó la decisión de primera instancia que concedió la acción de tutela en la cual se pedía autorizar el aludido tratamiento.

48. Por último, la Sentencia T-644 de 2010 amparó el derecho fundamental a la salud de la accionante, el cual consideró vulnerado por la negativa de la entidad accionada a continuar con el tratamiento de fertilización in vitro que había sido autorizado en un centro médico particular. En esta medida, ordenó un ciclo adicional de dicho procedimiento aunque recalcó que se trataba de una medida excepcional en virtud de la transgresión del principio de continuidad.

(ii) Cuando de la práctica del procedimiento de fertilidad dependen los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal del paciente

a. Práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad

49. En relación con la procedencia de la acción de tutela para solicitar procedimientos diagnósticos excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud y relacionados con situaciones de infertilidad, la jurisprudencia de esta Corporación varió significativamente. En efecto, mientras que la Sentencia T-689 de 2001 denegó el amparo solicitado, las Sentencias T-636 de 2007 y T-946 de 2007 se apartaron de ese criterio y concedieron las acciones de tutela que solicitaban este tipo de exámenes. Por ende, habida cuenta de la importancia del derecho al diagnóstico como componente fundamental del derecho a la salud, la Corte accedió a las solicitudes de amparo formuladas.

b. Suministro de medicamentos

50. Adicionalmente, este Tribunal ha admitido la viabilidad de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos para el tratamiento de la infertilidad como una prestación necesaria para el restablecimiento de la salud. Por ejemplo, la Sentencia T-870 de 2008 analizó el caso de una paciente que fue diagnosticada con “miomatosis uterina”, enfermedad para cuyo tratamiento le fue prescrito un fármaco denominado “acetato de leuprolide”. Aunque la tutelante también pidió un tratamiento integral que hiciera “realidad el nacimiento de un hijo”, la Sala Segunda de Revisión se limitó a ordenar que se proporcionara el medicamento solicitado.

c. Cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades. En estos casos, procede la tutela para garantizar el tratamiento de tales padecimientos con lo cual, de forma indirecta, se combate la infertilidad.

51. Por otra parte, como fue expresado anteriormente, las Salas de Revisión de esta Corporación han distinguido entre la infertilidad “originaria” (es decir, que no es una consecuencia de otras enfermedades) y la derivada de otras patologías que, en ocasiones, es denominada secundaria. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha destacado la relevancia de esta distinción, en la medida en que “de ella ha dependido la protección excepcional a través de la acción de tutela para aquellas personas que solicitan tratamientos de fertilidad”.

Así, la Corte Constitucional ha negado la protección a través de la acción de tutela por considerar que la infertilidad cuyo tratamiento se reclama es “un problema físico originario, no derivado de ningún otro padecimiento” y, en contraste, ha concedido el amparo en aquellos casos en los cuales: (i) la infertilidad tiene su causa en una enfermedad que afecta el sistema reproductivo de la paciente; y (ii) el procedimiento requerido no tiene como finalidad exclusiva tratar la imposibilidad de procrear naturalmente, sino que se encamina al restablecimiento de la salud, según se estableció en las Sentencias T-901 de 2004 y T-605 de 2007.

52. Al respecto, la Sala considera oportuno advertir que, de acuerdo con las pruebas allegadas al presente proceso, se observa que la diferencia entre infertilidad primaria y secundaria, establecida en el ámbito de las ciencias de la salud, no se asemeja al criterio que ha utilizado esta Corporación para garantizar tratamientos de fertilidad a partir de la acción de tutela.

En efecto, como se describió en el resumen de las intervenciones de expertos solicitadas en este asunto, la clasificación médica o técnica que divide la infertilidad en primaria y secundaria distingue entre las personas o parejas infértiles que ya han tenido hijos (infertilidad secundaria) y aquellas que nunca los han concebido (infertilidad primaria). Por su parte, el parámetro que ha empleado la Corte Constitucional hace referencia al nexo de causalidad de la infertilidad con otros problemas de salud; es decir, se diferencia entre la infertilidad que es un síntoma o consecuencia de alguna enfermedad (infertilidad derivada) y aquella que no se deriva de ninguna patología (infertilidad originaria).

Segunda posición jurisprudencial. A partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, los tratamientos de reproducción asistida deben ser garantizados cuando se concluye que la imposibilidad de acceder al procedimiento resulta en una vulneración de estos derechos fundamentales, siempre y cuando se cumplan estrictos requisitos.

53. Con base en una aproximación que parte de los derechos reproductivos, la libertad, la autonomía, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han concedido acciones de tutela en las cuales se ha ordenado la práctica de tratamientos de fertilidad. No obstante lo anterior, es oportuno mencionar algunos antecedentes jurisprudenciales relevantes para el enfoque

anteriormente enunciado.

54. El primero de ellos es la Sentencia T-341 de 1994, en la cual se analizó la acción de tutela instaurada por una mujer que padecía de infertilidad secundaria derivada de una anovulación severa que, a su vez, fue consecuencia de un parto prematuro anterior. La actora adujo que la negativa de su empleador (quien prestaba los servicios de salud a sus empleados en el marco de sus obligaciones contractuales) a asumir el tratamiento médico requerido para su enfermedad vulneraba sus derechos fundamentales.

En este caso, la Corte consideró que la tutelante tenía derecho a que se le prestara la atención médica solicitada y que, “el ser tratada para recuperar plenamente su función reproductora, hacía parte de su derecho a la salud”, consideró que dicha carga correspondía a la empresa demandada. A su vez, sostuvo que la negativa de la accionada vulneraba el derecho a la procreación de la actora, entendido como el acceso a los medios que le permitieran decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Pese a lo anterior, esta Corporación declaró improcedente el amparo por estimar que la accionante podía acudir al juez laboral para solicitar lo pretendido.

55. Igualmente, es relevante reseñar la posición adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-528 de 2014, en la cual se abordó el caso de un hombre con infertilidad que interpuso 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 Constitucional 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 Plan Obligatorio de Salud y que 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, la Sala concedió el amparo constitucional 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 Plan Obligatorio de Salud.

56. Ahora bien, en la Sentencia T-274 de 2015 esta Corporación ordenó por primera vez la práctica de tratamientos de fertilización in vitro en virtud del criterio previamente establecido. En esa decisión se analizaron cuatro casos en los que las tutelantes solicitaban fertilización in vitro y otros tratamientos de fertilidad. En aquella ocasión, 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 Plan Obligatorio de Salud, con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen la prestación del servicio de salud.

No obstante, la Corte estimó necesario revisar el asunto desde la perspectiva de otros derechos fundamentales como los de igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a conformar una familia. Además, consideró necesario 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 conceda el amparo y se garantice 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.

Adicionalmente, la decisión impartió las siguientes órdenes generales: (i) reiteró el exhorto al Gobierno Nacional 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 Plan Obligatorio de Salud. Así mismo, dictó varias órdenes tendientes a la prevención y promoción de la salud reproductiva respecto a los

problemas de infertilidad; y, 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.

57. Posteriormente, la Sentencia T-306 de 2016 decidió la acción de tutela instaurada por una mujer con infertilidad primaria que consideró vulnerado su derecho a la salud reproductiva, debido a la negativa de la EPS accionada a autorizar un procedimiento de fertilidad denominado “terapia de inmunización con leucocitos paternos”. En esa oportunidad, la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, así como los derechos sexuales y reproductivos de la accionante y ordenó a la demandada autorizar el tratamiento requerido, una vez contara con el consentimiento previo, libre e informado de la paciente en relación con la efectividad esperada del procedimiento y sus potenciales efectos colaterales.

Tras identificar la existencia de dos posiciones jurisprudenciales respecto de la garantía de tratamientos de fertilidad excluidos del POS a través de la acción de tutela, la Sala 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 debe evaluar la afectación de otros derechos fundamentales 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, la Corte consideró que las Sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015 constituían la jurisprudencia en vigor aplicable al asunto. Con fundamento en ello, utilizó los criterios generales establecidos para autorizar prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y los aplicó al caso concreto. Finalmente, reiteró el llamado al Gobierno Nacional para que revisara la situación de las personas con infertilidad que carecen de recursos económicos.

58. Así mismo, en la Sentencia T-375 de 2016, también la Sala Cuarta de Revisión 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, la Corte Constitucional aplicó las reglas jurisprudenciales definidas en las Sentencias T-528 de 2014, T-274 de 2015 y T-306 de 2016. En tal sentido, concluyó que dichas providencias habían modificado “la postura acogida durante años por la Corte Constitucional” y dividió la jurisprudencia en dos líneas: (i) una línea temprana, que establecía la improcedencia de la acción de tutela para reclamar tratamientos de fertilidad excluidos del POS y (ii) una línea vigente, de acuerdo con la cual se amplía el espectro de la exigibilidad de la protección de los derechos reproductivos mediante la garantía de dichos tratamientos en ciertos supuestos.

En aquel momento, la Sala encontró 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. Por lo tanto, 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 y dispuso que se autorizara el tratamiento requerido por la actora, previo consentimiento informado de la tutelante y preferiblemente con la asesoría de un cuerpo médico interdisciplinario.

59. De igual modo, la Sentencia T-126 de 2017 se ocupó del caso de una mujer que solicitaba la protección de sus derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la vida privada y familiar, a la igualdad, a conformar una familia y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales estimó vulnerados por la EPS a la cual se encontraba afiliada, pues la institución se negó a garantizar el tratamiento de fertilización in vitro con técnica ICSI que había sido autorizado por la médica tratante adscrita a la entidad promotora de salud.

Aunque la EPS correspondiente se había rehusado a llevar a cabo el procedimiento con fundamento en que no existía un riesgo inminente para la vida de la paciente y el a quo negó por improcedente el amparo, el juez de segunda instancia revocó dicha decisión y, en su lugar, tuteló los derechos fundamentales de la accionante. En consecuencia, ordenó practicar cuatro ciclos del procedimiento solicitado y, en caso de que el tratamiento se llevara a cabo en otra ciudad, ordenó el suministro de gastos de transporte y viáticos para la actora y un acompañante.

En sede de revisión, la Corte Constitucional reiteró las reglas jurisprudenciales contenidas en

la Sentencia T-274 de 2015 y las aplicó al caso concreto. En este sentido, 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. También, en relación con la ausencia de procedimientos dentro del POS que sustituyan la fertilización in vitro, se valoró el agotamiento de otros tratamientos de fertilidad.

Por ende, esta Corporación confirmó la providencia de segunda instancia que autorizó la realización del procedimiento de reproducción asistida. No obstante, la Corte 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, la Sala ordenó a la EPS indagar sobre la capacidad económica concreta de la tutelante 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.

60. Finalmente, las Sentencias T-377 de 2018 y T-337 de 2019 ratificaron que uno de los escenarios en los cuales es posible garantizar procedimientos de reproducción asistida se presenta cuando “la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otros derechos fundamentales, como los de igualdad, no discriminación, derecho a conformar una familia”.

En este sentido, en ambas providencias la Corte Constitucional confirmó las decisiones de instancia que negaban la protección de los derechos fundamentales invocados, por considerar que, en cada uno de los casos concretos estudiados: (i) la infertilidad de las accionantes no implicaba consecuencias adversas para su salud; (ii) no existía un escenario en el cual se debiera garantizar la continuidad del tratamiento médico; y (iii) no se demostraba que la ausencia del procedimiento de fertilización in vitro resultara en vulneración de derechos fundamentales distintos de la salud.

No obstante, ambas decisiones revisten de particular importancia en este recuento jurisprudencial, pues en ellas la regla de decisión que la Corte utilizó como parámetro para evaluar el derecho a acceder a tratamientos de fertilidad incluyó un criterio según el cual pueden garantizarse tales procedimientos cuando se concluye que la imposibilidad de acceder a tratamientos de fertilidad implica vulneración de otras garantías constitucionales,

distintas del derecho a la salud.

61. Finalmente, es relevante precisar que en la Sentencia C-093 de 2018 la Corte estudió la evolución de la jurisprudencia constitucional respecto de la garantía de los tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción asistida. Al respecto, esta Corporación observó que, a partir de la Sentencia T-274 de 2015, “se han autorizado técnicas de reproducción asistida con base en la posible afectación de derechos fundamentales distintos de la salud”. Por tanto, concluyó que la mayoría de los pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional han enfatizado en la necesidad de proteger los derechos reproductivos así como la libertad, la intimidad familiar, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, “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”.

Así mismo, la Corte reiteró que los derechos reproductivos son derechos fundamentales y se encuentran previstos en la Constitución y en las normas internacionales que componen el bloque de constitucionalidad. A partir del carácter vinculante de estas normas, indicó que el Legislador tenía la potestad de desarrollar tales derechos mediante la expedición de una norma que dispone el establecimiento de lineamientos para desarrollar una política pública de prevención de la infertilidad. Además, consideró expresamente que los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad, entre los cuales se encuentra la fertilización in vitro, se encuentran dentro del ámbito prestacional de los derechos reproductivos.

Conclusiones respecto de la jurisprudencia constitucional en materia de garantía de tratamientos de reproducción asistida.

Mientras que, por una parte, algunas Salas han negado el reconocimiento a través de la acción de tutela de estos procedimientos cuando su finalidad principal sea la de facilitar la capacidad reproductiva de los pacientes, por otra, las Salas de Revisión han amparado los derechos fundamentales de quienes solicitan tales procedimientos y han autorizado su realización, desde la perspectiva de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación y a conformar una familia, así como de los derechos reproductivos.

En este sentido, la primera postura jurisprudencial descrita ha admitido que, en ciertos casos, se garanticen los tratamientos de fertilidad cuando: (i) se busca preservar el principio de

continuidad en la prestación del servicio de salud; o (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 fundamentos jurídicos anteriores.

A su turno, en desarrollo de la segunda postura jurisprudencial, las Salas de Revisión han admitido excepcionalmente la garantía de tratamientos de reproducción asistida cuando, a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de estos derechos fundamentales.

63. 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 salvo en los casos en los que se tenía como propósito la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud.

Sin embargo, a partir de la Sentencia T-274 de 2015, 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.

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. 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.

Los derechos fundamentales y su contenido. Distinción entre su faceta de exigibilidad inmediata y su faceta prestacional.

64. Desde sus primeras decisiones, la Corte Constitucional se ha enfrentado a la cuestión de definir cuáles son los derechos fundamentales así como los criterios que se requieren para distinguirlos de otros derechos previstos en la Carta Política. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-002 de 1992 esta Corporación consideró que “el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales”, motivo por el cual resulta necesario que el juez de tutela acuda a criterios de interpretación sistemática, finalista o axiológica para determinar si, en un caso concreto, se está ante un derecho de esta naturaleza.

65. De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha destacado que todos los derechos requieren, para asegurar su protección, el cumplimiento de mandatos de abstención y de prestación. Al respecto, es pertinente recordar que la Corte Constitucional “ha entendido que todos los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, implican obligaciones de carácter negativo y positivo. A diferencia de lo que solía afirmar parte de la doctrina, para la Corte no es cierto que solamente los derechos económicos, sociales y culturales tengan contenidos prestacionales; los derechos civiles y políticos también requieren de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos”.

En este sentido, la Corte ha establecido que todos los derechos fundamentales se componen de dos facetas. Por una parte, tienen una arista de exigibilidad inmediata, que implica (i) un deber de abstención para el Estado y los particulares, pues están obligados a no interferir en el ejercicio del derecho fundamental; y (ii) obligaciones positivas que pueden involucrar algunas de carácter prestacional y que son de cumplimiento inmediato, por cuanto hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental en cuestión. Por otra, existe una faceta prestacional, la cual supone que el Estado lleve a cabo acciones positivas para lograr su satisfacción. Este último componente se encuentra sujeto al principio de progresividad.

66. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-760 de 2008 la Corte se refirió al derecho a la salud y distinguió entre la faceta de cumplimiento inmediato y el componente prestacional de carácter progresivo, en los siguientes términos:

“Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una

acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–).

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente”.

67. En cuanto al criterio para determinar qué aspectos de índole prestacional forman parte de la faceta de exigibilidad inmediata, se debe tener en cuenta que el contenido de tales derechos puede establecerse en distintas fuentes como la Constitución, la ley, el reglamento y la jurisprudencia. En efecto, es claro que los márgenes de exigibilidad inmediata de los derechos fundamentales son fijados por estas fuentes del derecho.

68. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos fundamentales se componen de dos facetas: (i) una de exigibilidad inmediata, que corresponde al núcleo esencial del derecho fundamental y al deber de no interferir en el ejercicio del derecho (mandato de abstención), pero que también involucra obligaciones positivas y (ii) otra de carácter primordialmente prestacional, que está sujeta al principio de progresividad.

Los derechos reproductivos y su faceta prestacional. Reiteración de jurisprudencia.

69. Los derechos reproductivos se encuentran contemplados en los artículos 16 y 42 de la Constitución Política que establecen, respectivamente, la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los individuos y las parejas a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”. Así mismo, la protección de los derechos reproductivos se deriva de mandatos constitucionales como la dignidad humana, la protección de la integridad personal

y la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

70. A su vez, han sido reconocidos en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), el cual establece el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de hijos e hijas, el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer tales garantías.

De igual modo, los derechos reproductivos se fundamentan en normas internacionales de carácter vinculante como los artículos 10 y 12 de la CEDAW, 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, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, su importancia ha sido resaltada en documentos como la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing relativa a los Derechos de las Mujeres.

71. Además, los derechos reproductivos han sido reconocidos como derechos fundamentales de manera reiterada y sostenida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir del año 2000 y su ámbito de protección se ha consolidado desde ese momento. De este modo, esta Corporación ha señalado que 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”.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, “si bien los derechos sexuales y reproductivos protegen a todas las personas y constituyen, en principio, dimensiones garantizadas en otros derechos fundamentales, su emergencia específica e independiente responde a la necesidad de enfrentar la persistente discriminación histórica que han soportado las mujeres”.

72. Así, esta Corporación ha sostenido en forma reiterada que los derechos reproductivos, en tanto derechos fundamentales, reconocen y protegen dos aspectos fundamentales: (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva y a la información sobre los mismos.

73. En este sentido, la autodeterminación reproductiva consiste en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como el acceso a los medios y a la información para hacerlo. Este derecho se encuentra normativamente consagrado en el artículo 42 de la Constitución y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), ya citados.

Al respecto, la Corte ha reconocido que el contenido de la autodeterminación reproductiva supone que las personas estén libres respecto de cualquier interferencia en la toma de decisiones reproductivas. Por ende, se vulnera este derecho cuando se presentan situaciones de violencia física, coacción o discriminación como, por ejemplo, “embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados”.

También, se afecta la autodeterminación reproductiva cuando no se garantizan los medios para adoptar decisiones reproductivas, no se provee la información necesaria para tales efectos, o aquella que se provee es falsa o incorrecta. Además, la Corte Constitucional ha destacado que las decisiones propias de la autodeterminación reproductiva son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”.

En este orden de ideas, los derechos reproductivos, y por lo tanto el ejercicio de la autonomía reproductiva, no sólo comprenden el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en los casos determinados en la Sentencia C-355 de 2006 (es decir, cuando la vida o la salud de la mujer se encuentre en riesgo, en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y en casos de violencia sexual, previa denuncia), sino también incluyen la garantía al acceso a la educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, el acceso a los mismos, la posibilidad de elegir aquél de su preferencia, la no interferencia en decisiones reproductivas y el cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia, entre otros.

74. Ahora bien, es importante resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia también ha entendido la protección de los derechos reproductivos (i) 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 y (ii) 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 sus derechos reproductivos como forma de garantizar el cumplimiento de la cláusula general de igualdad contenida en la referida norma constitucional.

75. En relación con el derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva, esta Corporación ha determinado que incluye, entre otras, las siguientes prerrogativas:

(i) Educación e información sobre todos los métodos anticonceptivos disponibles, acceso a los mismos y la posibilidad de elegir el que sea de su preferencia.

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

(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, es decir, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia.

(iv) La prevención y tratamiento de las enfermedades del sistema reproductivo femenino y masculino. En este sentido, la Observación General 14, 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 la salud genésica 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”.

(v) El acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimientos de reproducción asistida, entre los cuales se encuentran los tratamientos de fertilización in vitro.

Así mismo, en relación con el componente de accesibilidad de los derechos reproductivos, esta Corporación ha reconocido lo previsto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 22. En efecto, en la Sentencia SU-096 de 2018 este Tribunal destacó que el Estado tiene la obligación de “asegurar que los servicios requeridos para la materialización de los derechos reproductivos se puedan utilizar por todas las personas, independientemente de su ubicación geográfica o su situación de vulnerabilidad” y agregó que “los costos de acceso a estas herramientas no pueden constituir una barrera infranqueable para su empleo”.

76. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso de *Artavia Murillo vs Costa Rica*, determinó que el acceso a procedimientos de fertilización in vitro era un derecho protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En ese caso la Corte IDH estableció que Costa Rica era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada y familiar y a la igualdad de nueve parejas con infertilidad. Ello, como resultado de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de ese país que prohibió la fertilización in vitro por considerar que dicha práctica desconocía el artículo 4º de la CADH, en la medida en que no se protegía la vida desde la concepción de forma absoluta, pues la técnica incluía procedimientos que podían derivar en la pérdida de embriones.

En esta decisión, la Corte IDH fijó por primera vez el alcance del artículo 4.1 de la CADH, al analizar si la determinación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que entendía la protección a la vida de los embriones como absoluta, había restringido de forma desproporcionada el ejercicio de la autonomía reproductiva, como una garantía que se desprende de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar, reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

77. En la citada sentencia, la Corte IDH se refirió, en primer lugar, al contenido de los artículos 7 y 11 de la CADH. Por una parte, reiteró el desarrollo jurisprudencial del derecho a la vida privada y familiar en el sentido de que el Estado tiene la obligación de no interferir de forma arbitraria o abusiva en tales garantías. Por otra, señaló que el derecho a la libertad personal “constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”.

De este modo, consideró que la vida privada abarca “una serie de factores relacionados con

la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales". Conforme a lo anterior, estableció que la decisión de ser o padre o madre hace parte del derecho a privacidad el cual, en ese caso, incluía la posibilidad de optar por la paternidad genética o biológica, la cual se encuentra ligada al ejercicio de la autonomía reproductiva.

Igualmente, la Corte IDH estableció que el ejercicio del derecho a la vida privada, desde el punto de vista de la autonomía reproductiva, está ligado a la integridad personal. Lo anterior, por cuanto ambos derechos se interrelacionan con la obligación del Estado de proveer atención de la salud y "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". En este contexto, enfatizó que el ejercicio del derecho a la privacidad y a la libertad reproductiva están estrechamente relacionados con el acceso a la tecnología científica para la reproducción asistida, como en el caso de tratamientos de fertilización in vitro.

78. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal determinó que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sala Constitucional) de prohibir la fertilización in vitro había producido una interferencia arbitraria y excesiva en la vida privada y familiar de las víctimas, pues les impidió realizar su proyecto de vida y ejercer su autonomía reproductiva para tener hijos biológicos. A su vez, estableció que estas restricciones tuvieron efectos discriminatorios en razón de la discapacidad, el género y el estatus socioeconómico.

79. Ahora bien, como todos los derechos fundamentales, los derechos reproductivos tienen una faceta de cumplimiento inmediato y otra sujeta al principio de progresividad. Si bien ambas facetas pueden incluir componentes prestacionales, el deber de exigibilidad es diferente.

80. En cuanto a la faceta de cumplimiento inmediato de los derechos reproductivos, esta debe ser entendida como la garantía de la dimensión esencial del derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos y a acceder a la información y servicios para dicho propósito. Es decir, esta faceta comporta un componente de autodeterminación reproductiva y otro de acceso a servicios. Si bien la garantía de los derechos reproductivos tiene diversas

manifestaciones, como lo son el acceso a la anticoncepción o a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los eventos determinados por la jurisprudencia, en el asunto de la referencia –que versa sobre la posibilidad de procrear hijos ante el diagnóstico de infertilidad–, la dimensión de autodeterminación y de no interferencia en el ejercicio de este derecho reproductivo se refiere a que el Estado no tenga la posibilidad de prohibir las tecnologías de reproducción asistida.

Bajo este entendimiento, se respeta la decisión de tener hijos mediante el uso de tecnologías de reproducción asistida, al garantizar la accesibilidad y disponibilidad de estos servicios, de modo que se encuentren dentro de la oferta pública o privada. No obstante, lo anterior no significa que su provisión deba ser asumida por el Sistema General de Seguridad Social. Así pues, la obligación negativa de abstención en la interferencia en las decisiones sobre la materia se concreta, por una parte, en la imposibilidad de prohibir los tratamientos de reproducción asistida y, por otra parte, en que efectivamente exista disponibilidad de estos servicios.

Igualmente, la faceta de cumplimiento inmediato incluye las prestaciones, servicios y tecnologías que se encuentran cubiertas y garantizadas por el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC) y aquellos componentes que han sido garantizados de forma unánime por la jurisprudencia constitucional, debido a su relación con el derecho a la salud, como los procedimientos diagnósticos para el tratamiento de la infertilidad.

81. En relación con la faceta sujeta al principio de progresividad, la procreación por medio de asistencia científica, que comprende la garantía de los tratamientos de reproducción asistida o su acceso con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), tiene un carácter prestacional y, en consecuencia, está sujeta al referido mandato de progresividad.

82. En suma, los derechos reproductivos han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como derechos fundamentales que, además, son exigibles a través de la acción de tutela y su protección, respeto y garantía son un deber para el Estado. Así, los derechos reproductivos reconocen y protegen dos aspectos fundamentales: (i) la autodeterminación reproductiva, que en parte depende de la información y educación que se haya recibido al respecto; y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

La autodeterminación reproductiva consiste en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia y el acceso a los medios y a la información para hacerlo. En ese ámbito el Estado tiene obligaciones negativas de no interferencia en el ejercicio de estos derechos y obligaciones positivas de garantizar el acceso a los servicios de salud reproductiva. Estas últimas, que enmarcan el segundo aspecto esencial de los derechos reproductivos, comprenden la obligación de garantía de: (i) la educación e información sobre los métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y la posibilidad de elegir el de su preferencia; (ii) el acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, informada, oportuna y con calidad en aquellos casos en que no se trata de una conducta punible de conformidad con la Sentencia C-355 de 2006, así como a la información y a la educación al respecto; (iii) las medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia, es decir, el acceso al cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia; y (iv) la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino.

83. Adicionalmente, los derechos reproductivos reconocen el derecho a acceder a los medios para superar la infertilidad como una enfermedad y a las tecnologías científicas para procrear hijos dentro de las cuales se encuentra la fertilización in vitro. Al respecto, se debe recordar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un papel instrumental para el desarrollo de ciertos derechos reproductivos como ocurre, por ejemplo, con los servicios médicos para la maternidad, el acceso a la anticoncepción y la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

No obstante, esta última dimensión –particularmente en relación con el acceso a ciertas tecnologías de reproducción y por tratarse de una faceta prestacional de los derechos reproductivos en el ámbito de su garantía progresiva– está sujeta a ciertas restricciones en cuanto a su garantía con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en armonía con los principios que guían dicho sistema, como se precisará a continuación.

Es decir, la garantía del derecho al acceso a la tecnología para procrear hijos biológicos escapa al ámbito de protección de los derechos reproductivos que exigen una garantía de carácter inmediato, como los cuidados obstétricos o el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos. Lo anterior, ya que la prestación de estos últimos servicios

con cargo al SGSS no puede sujetarse a las reglas sobre la progresividad, puesto que se trata de obligaciones de carácter inmediato y obstaculizar su acceso implica la discriminación de las mujeres por la denegación de un servicio que sólo ellas requieren, lo cual también ha sido reconocido como violencia de género.

84. Así pues, como todos los derechos fundamentales, los derechos reproductivos tienen una faceta de cumplimiento inmediato y una de cumplimiento progresivo (ambas incluyen dimensiones prestacionales). Esta última abarca, entre otros aspectos, la garantía de acceso a las técnicas de reproducción asistida para la procreación.

Por lo tanto, la garantía de la dimensión esencial del derecho a superar la infertilidad y acceder a tecnologías de reproducción asistida como una manifestación de los derechos reproductivos, que tiene un carácter inmediato, implica obligaciones de no interferir en su práctica. Es decir, la imposibilidad de prohibir ese tipo de técnicas así como garantizar su disponibilidad efectiva. Igualmente, supone el acceso al diagnóstico y tratamiento para la infertilidad en sentido general.

No obstante, no sucede lo mismo con la garantía de acceso a técnicas de reproducción asistida, como la fertilización in vitro con cargo al SGSSS, puesto que esa dimensión tiene un carácter prestacional y está sujeta al principio de progresividad y no regresividad.

El principio de progresividad y no retroceso en la faceta prestacional de los derechos. Consideraciones sobre la prestación del derecho a la salud.

85. El principio de progresividad se refiere a la forma en la que el Estado debe hacer efectivas ciertas facetas prestacionales de los derechos pues, aun cuando tienen un componente de carácter prestacional, son exigibles de forma inmediata. De este modo, el principio de progresividad consta de dos obligaciones: la primera, avanzar y ampliar cada vez más el ámbito de realización del derecho; y, la segunda, no disminuir el nivel de satisfacción alcanzado con anterioridad. Esta imposibilidad de revertir las medidas que logran la protección de los derechos es conocida como principio de no regresividad o mandato de no retroceso, según el cual existe una prohibición prima facie de regresión, que tiene un margen de habilitación cuando dichas disposiciones puedan justificarse de manera estricta.

En tal sentido, el principio de progresividad parte de la premisa de que algunos de los

deberes derivados de la garantía de los derechos no son exigibles de forma inmediata, pues dependen, en gran medida, de la creación de políticas públicas y la disposición de recursos. Por ello, de acuerdo con el mencionado principio, el cumplimiento de estas obligaciones debe hacerse “paso a paso”, con la prohibición de retroceder en las garantías alcanzadas con el tiempo.

86. El respeto al principio de progresividad y a la prohibición de regresividad ha sido un parámetro de constitucionalidad, así como un elemento de análisis al verificar la violación de derechos constitucionales, principalmente alrededor de los derechos a la seguridad social, al medio ambiente, a la vivienda y a la salud. De este modo, el desarrollo de este mandato es diferente respecto de cada derecho.

No obstante, la evolución de la jurisprudencia sobre el mismo ha determinado ciertas reglas generales, a saber: (i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son prima facie inconstitucionales; (ii) la libre configuración del Legislador se reduce en materia de estos derechos en tanto que, cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene un deber estricto de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración; (iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la Administración; (iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente “(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”.

87. En relación con el principio de progresividad y el mandato de no retroceso en el derecho a la salud, esta Corporación ha acogido como parámetro de interpretación la Observación General No. 14 del Comité DESC, según la cual está prohibido al Estado adoptar deliberadamente medidas regresivas en la realización plena del derecho a la salud. No obstante, existe un margen para su adopción cuando se demuestre que se analizaron las demás alternativas “y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.”

Vale la pena resaltar que, en la Sentencia C-313 de 2014, este Tribunal señaló que las medidas que constituyan un retroceso deberán ser justificadas a partir de la exposición de razones que demuestren la necesidad de una disminución en el nivel de protección ya alcanzado, con el exclusivo propósito de avanzar en el desarrollo de otras facetas de los derechos constitucionales, de acuerdo con parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

88. El ámbito de aplicación del principio de progresividad corresponde a aquellas obligaciones diferentes de las que han sido definidas como de aplicación inmediata, y recae sobre algunas de las facetas prestacionales del derecho. En efecto, la Corte ha aplicado el mandato de progresividad principalmente en asuntos relacionados con:

- (i) el acceso a nuevos servicios y/o procedimientos de protección al derecho a la salud;
- (ii) la destinación de presupuesto para los servicios de salud;
- (iii) la garantía del servicio de salud en condiciones de calidad; y
- (iv) la exclusión del POS de los servicios que se brindaban con anterioridad.

89. En el mismo sentido, la Sentencia C-313 de 2014, al referirse al deber del Estado de establecer la estructura del sistema de salud, precisó que las autoridades competentes deben tomar como punto de partida los elementos existentes en la actualidad, es decir, que no pueden partir de “cero” pues “[u]n entendimiento de la definición del sistema en términos de disminución de cualquiera de los factores que lo configuran es inaceptable constitucionalmente”.

90. En conclusión, esta Corporación ha advertido el carácter complejo del derecho a la salud y ha destacado que su protección involucra una gran variedad de obligaciones. Al respecto, es relevante advertir que el Estado debe proteger ciertas dimensiones del mismo de forma inmediata, mientras que otras requieren de un mayor despliegue técnico y presupuestal. En relación con estas últimas, las facetas de cumplimiento progresivo están sujetas a que, de forma gradual y creciente, se adopten medidas para la satisfacción del derecho y que no se produzcan retrocesos sin la justificación requerida. En los casos examinados por este Tribunal, se ha distinguido entre estos dos tipos de obligaciones y se han determinado dos pasos para verificar el cumplimiento de las obligaciones respecto de la garantía del derecho

a la salud.

Así, la Corte ha analizado si las medidas u omisiones afectan la faceta de exigibilidad inmediata del derecho, en los estrictos términos indicados por la Constitución, la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad. No obstante, si el ámbito de la garantía del acceso a la salud no se enmarca en estas obligaciones de cumplimiento inmediato, se ha verificado que la medida no disminuya el nivel de satisfacción del derecho previamente alcanzado, lo cual se constata al analizar si: (i) se ha recortado o limitado el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (ii) se han aumentado sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho; y (iii) se han disminuido o desviado sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo. En caso de que esto suceda, ha verificado si se reúnen ciertas condiciones de razonabilidad que justifiquen la medida potencialmente regresiva.

91. En ese sentido, esta Corporación ha reprochado, por un lado, las medidas que abiertamente violan las obligaciones de exigibilidad inmediata del derecho a la salud y, por otro, las medidas que disminuyan la satisfacción alcanzada sin una justificación válida, en términos de acceso, cobertura, calidad y prestación de tratamientos. Así pues, en relación con los deberes emanados del principio de progresividad, el Estado debe ampliar cada vez más el ámbito de garantía del derecho hacía el más alto nivel de salud posible y no puede disminuirlo, pues si bien ciertas facetas prestacionales no son exigibles de forma inmediata, sí es imperativo y obligatorio el deber de avanzar y no retroceder en el nivel de protección al que se ha llegado.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud y los principios constitucionales y estatutarios que lo rigen.

92. De conformidad con los artículos 48, 49, 50, 53 y 365 de la Constitución Política, la seguridad social es un bien jurídico que presenta una doble connotación: por una parte, es un derecho constitucional irrenunciable y, por otra, es un servicio público de carácter obligatorio y esencial. Cabe anotar que la protección otorgada por el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en los instrumentos internacionales aplicables.

Así pues, de conformidad con el artículo 48 de la Carta, la seguridad social es un servicio

público: (i) de carácter obligatorio, toda vez que corresponde al Estado dirigir, coordinar y controlar su efectiva prestación y debe ser prestado con estricta observancia de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia; y (ii) de carácter esencial, lo cual supone que la permanencia y continuidad del mismo son deberes inexcusables.

93. En cuanto a su faceta de garantía constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la seguridad social es un auténtico derecho fundamental cuya efectividad se deriva de: (i) su carácter irrenunciable; (ii) su reconocimiento como tal en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano sobre la materia; y (iii) su prestación como servicio público esencial, en consonancia con el principio de universalidad.

94. Sumado a lo anterior, la seguridad social se rige por varios principios de carácter constitucional y estatutario, entre los cuales se encuentran:

(i) El principio de universalidad, según el cual la cobertura en la protección de las contingencias inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otros.

(ii) El principio de solidaridad, el cual implica que todas las personas que participen en el sistema de seguridad social tienen el deber de contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Ello explica que exista, en términos generales, una obligación de cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino para preservar el sistema en su conjunto. De este modo, el SGSSS en particular se encuentra basado en “el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”.

(iii) El principio de eficiencia, cuyo propósito consiste en lograr la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios derivados del derecho a la seguridad social y, en particular, para garantizar el derecho a la salud de toda la población.

(iv) Finalmente, el principio de sostenibilidad, cuyo contenido es de rango estatutario y alude al deber del Estado de disponer de 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.

95. Así pues, la Sala considera necesario hacer una breve referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el aludido principio, en atención a su significativa importancia para la resolución del presente asunto.

Al respecto, cabe señalar que esta Corporación ha reconocido la importancia de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al avalar limitaciones en el acceso a los servicios de salud o ciertos trámites administrativos que no sean engorrosos o innecesarios para acceder a esos servicios. En el mismo sentido, ha considerado constitucionalmente admisibles ciertas limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas al considerar que, dichas restricciones tienen como propósito “salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla”.

96. En tal sentido, las Sentencias C-459 de 2008 y C-453 de 2016 reiteraron el precedente fijado por la Corte acerca de la sostenibilidad financiera en el ámbito del servicio público de salud. En dichas decisiones, este Tribunal explicó que la garantía del principio de sostenibilidad financiera no puede justificar la negativa a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud a los afiliados y beneficiarios. Lo anterior, al sopesar la eficiencia –principio del cual la sostenibilidad financiera es una proyección parcial– con los mandatos de solidaridad y universalidad.

97. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que no todas las prestaciones, servicios o tecnologías que, en principio tienen una relación con la salud, pueden ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-760 de 2008, en el acápite denominado “[l]os límites al derecho a la salud”, explicó que la jurisprudencia constitucional había negado ciertos servicios de salud por considerar que existían motivos razonables y justificados constitucionalmente en tales decisiones, entre los cuales se encuentra el principio de

universalidad, el cual involucra la garantía del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional.

98. En igual sentido, la Sentencia T-774 de 2009 revocó el fallo de instancia que había concedido un cuantioso reembolso al accionante, por concepto de desplazamiento desde Sincelejo hasta Bogotá en avión ambulancia, costo que ya había sido asumido en su momento por parte del peticionario. De este modo, estimó que “se atenta de manera latente contra la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud” al reconocer una erogación de dinero sin valorar los riesgos que podría traer al equilibrio y la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud, que se puede ver gravemente afectado con este tipo de decisiones.

99. También, es relevante señalar que la Corte en la Sentencia C-978 de 2010 estableció que “para conservar el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en especial de los recursos necesarios para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, respecto de cada afiliado o beneficiario, se requiere el balance entre ingresos y prestaciones, es decir entre UPC y POS”.

100. Así mismo, por medio de la Sentencia T-683 de 2011, esta Corporación advirtió que “no puede desconocerse que la salud es un derecho de contenido prestacional por lo que, aparte de propender por un servicio eficiente, se debe tener en consideración el principio de sostenibilidad financiera”. Sin embargo, en este caso reiteró que un límite a dicho mandato es la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud. Por tanto, ordenó la continuidad de las terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje que habían sido prescritas por el médico tratante.

101. También, mediante el Auto 066 de 2012, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 expresó que la superación de trámites administrativos para el acceso a los servicios médicos es una limitación razonable al derecho a la salud, para resguardar, entre otros principios, el de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud.

102. Igualmente, a través del Auto 411 de 2016 la citada Sala de Seguimiento recordó que los principios de sostenibilidad financiera y aseguramiento progresivo del goce efectivo del derecho fundamental a la salud fueron reiterados en la Ley Estatutaria de Salud. De este

modo establece que el Estado “deberá 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”.

103. En consecuencia, la Corte ha destacado que la sostenibilidad financiera del SGSSS, como expresión del principio de eficiencia, apunta a garantizar la viabilidad del sistema y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda mantener su fin primordial, esto es, la cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida. En este sentido, ha establecido que el equilibrio financiero es un elemento primordial del sistema y, en consecuencia, “no sólo es legítimo sino es necesario que se adopten medidas para racionalizar el acceso a los servicios establecidos en los planes obligatorios de salud, siempre tomando en cuenta la satisfacción del derecho a la salud y el efectivo acceso a los servicios que sean requeridos con necesidad”.

104. Por último, resulta necesario mencionar que la Sentencia C-313 de 2014, estudió la constitucionalidad de la inclusión del criterio de sostenibilidad fiscal en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Allí, estableció tres conclusiones en torno al criterio de sostenibilidad fiscal: “La primera, es que la sostenibilidad fiscal encuentra arraigo constitucional. La segunda, es que no tiene el estatus de principio, sino de criterio orientador e instrumento al servicio de los objetivos del Estado Social de Derecho. La tercera, es que ninguna autoridad, puede prevalerse de tal herramienta para restringir el alcance o negar la protección efectiva de los derechos fundamentales”.

105. Como se evidencia a partir de los pronunciamientos anteriores, el principio de sostenibilidad financiera del sistema constituye una expresión de los principios de eficiencia y universalidad de la seguridad social. Si bien es claro que dicho mandato no puede justificar la negativa a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud a los afiliados y beneficiarios, se debe tener en cuenta que son admisibles ciertas restricciones razonables y justificadas a la garantía de ciertos servicios de salud con el fin de garantizar la viabilidad del sistema y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo, para que pueda desarrollar sus propósitos.

106. En consonancia con las anteriores directrices constitucionales y estatutarias, el Legislador estableció el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el propósito de

“regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso para toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. Así, inicialmente la Ley 100 de 1993 estableció en sus artículos 162 y siguientes el Régimen de Beneficios, del cual forma parte el acceso a un Plan de Salud Obligatorio para todos los habitantes del territorio nacional. Este mecanismo permite la protección integral de toda persona en contingencias tales como la enfermedad general, en eventos como la maternidad, en las fases de promoción y fomento de la salud y en la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, de acuerdo a la intensidad de uso y los niveles de atención. De este modo, la función de definir, modificar y actualizar los Planes Obligatorios de Salud correspondía al Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con el Decreto Ley 4107 de 2011 que, a su vez, fue desarrollado por el Decreto 2562 de 2012.

El funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir de la adopción de la Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud -LES-). Alcance del Plan de Beneficios Excluyente.

107. De igual manera, con el propósito de superar los problemas persistentes en el acceso a los servicios médicos que, pese a no estar incluidos o hallarse excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), eran requeridos por los pacientes, se produjo una modificación legislativa de gran importancia. Así, mediante la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, y particularmente de su artículo 15, se definieron los siguientes contenidos normativos:

i. (i) Se parte de la premisa según la cual el SGSSS debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías a partir de una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, prevención, paliación y atención de la enfermedad, así como la rehabilitación de sus secuelas.

En tal sentido, es indispensable destacar que, de conformidad con el artículo 8° de la LES, “[l]os servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa (...) con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador”.

() La prohibición de destinar recursos públicos asignados a la salud para financiar servicios y tecnologías en los cuales 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;
- 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 y tecnologías que cumplan los anteriores criterios, deberán ser excluidos explícitamente por el Ministerio de Salud o la autoridad competente que asigne la ley ordinaria. Para tal efecto, se deberá adelantar de forma previa un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

() Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto ni ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

() Para ampliar progresivamente los beneficios, la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

108. En este sentido, de conformidad con la citada disposición, únicamente serán objeto de exclusión las prestaciones y tecnologías que cumplan con los criterios señalados anteriormente y una vez se surta el procedimiento técnico-científico y participativo previamente referido. Así las cosas, los demás servicios y procedimientos orientados a la promoción de la salud, a la prevención, paliación y atención de la enfermedad, así como a la rehabilitación de sus secuelas, deben estar cubiertos por el SGSSS.

De este modo, el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC se compone de un conjunto de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud y al cual tienen derecho todos los afiliados al SGSSS, en todas las fases de la atención, para todas las enfermedades y condiciones clínicas. Con ello, se procura evitar que trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud.

En todo caso, se debe resaltar que las tecnologías que no se sufragan con cargo a la UPC no

se consideran exclusiones, pues estas últimas son las señaladas de conformidad con los criterios previstos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, contenidas actualmente en la Resolución 244 de 2019.

Mecanismos de financiamiento de servicios de salud

109. Las prestaciones y tecnologías que se financian con cargo a los recursos públicos se estructuran en dos categorías distintas, sin que ello afecte, en ningún caso, la integralidad de la atención en salud, de conformidad con lo previsto por el artículo 8°. En este sentido, las fuentes de financiación no deben afectar en la garantía adecuada y completa del derecho a la salud, pues aunque una prestación o tecnología se financie con cargo a una determinada fuente, siempre que no se encuentre excluida, se entiende incluida en el Plan de Beneficios en Salud.

Por una parte, (i) los servicios incluidos en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC) –mecanismo de cobertura colectiva– y, por otra (ii) aquellos beneficios que no se financian por medio de los recursos destinados a la UPC, que deben ser prescritos por el médico tratante a través del aplicativo MIPRES –mecanismo de cobertura individual–. En este último caso, aunque los servicios no son sufragados por dicha prima de aseguramiento, anteriormente eran asumidos por el Estado mediante la modalidad de recobro. No obstante, desde el 17 de febrero de 2020, se estableció el denominado “presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud” no financiados con cargo a la UPC.

Para ambas categorías, el Legislador creó el Fondo de Garantía y Solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya administración se 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.

Es pertinente anotar que 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". En la actualidad, el pago de la prima de aseguramiento se encuentra a cargo de la ADRES, por mandato del literal a, inciso 2º, artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

110. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala colige que el financiamiento de una prestación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que se encuentre incluida en el Plan de Beneficios, puede darse de dos formas: (i) mediante la UPC, que garantiza el acceso a todos los afiliados a los servicios propios del Plan de Beneficios con cargo a esta prima de aseguramiento; y (ii) a través del presupuesto máximo para la financiación de servicios y tecnologías que no se sufragan con cargo a la UPC.

Si bien ambas fuentes de financiamiento se encuentran administradas por la ADRES, son independientes en tanto están dirigidas a propósitos diferentes. Por una parte, la UPC garantiza lo cubierto por el PBS para toda la población (protección colectiva o mancomunada) y, por otra, lo que no se incluye expresamente en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC pero que debe garantizarse al paciente en el caso particular y concreto (protección individual).

111. En virtud de lo anterior, se concluye que las prestaciones de salud, de conformidad con su cubrimiento en el SGSSS, pueden dividirse en los siguientes grupos: (i) el mecanismo de protección colectiva de riesgos individuales mancomunados, conformado por aquellos tratamientos, medicamentos y procedimientos que forman el conjunto del PBSUPC (regulado actualmente mediante la Resolución 3512 de 2019); (ii) el mecanismo de protección individual que consiste en las tecnologías que no se encuentran cubiertas por el PBSUPC pero que tampoco forman parte del listado de exclusiones, en razón de su importancia para la salud de los pacientes en determinados casos (que está reglamentado, entre otras, por las Resoluciones 205 y 206 de 2020). Estas prestaciones también forman parte del Plan de Beneficios en Salud; y (iii) finalmente, las exclusiones explícitas previstas por el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en donde se encuentran los servicios que no deben ser reconocidos en ningún caso con recursos públicos destinados a salud, las cuales se encuentran actualmente contempladas en la Resolución 244 de 2019.

Tratamientos de reproducción humana asistida (TRA) y su inclusión en el sistema público de salud en el derecho comparado

112. En este punto, la Sala considera pertinente hacer referencia a otros ordenamientos jurídicos han abordado la materia:

En Brasil, la asistencia en planificación familiar debe abarcar la garantía de los tratamientos y técnicas científicamente aceptados para la concepción y la anticoncepción, de conformidad con la Ley Nº 9.263 del 12 de enero de 1996, la cual regula el inciso 7º del artículo 226 de la Constitución Federal. Así, mediante la Portaria No. 3149 del 28 de diciembre de 2012, se destinaron recursos financieros para los establecimientos que integran el Sistema Público de Salud brasileño y que realizan tratamientos de reproducción asistida. Explícitamente, se incluye entre estos procedimientos la fertilización in vitro, aún si se requiere la técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

Aunque el sistema público de salud del país ofrece tratamientos de reproducción asistida, la elevada demanda ha conducido a que la espera para practicar los procedimientos sea hasta de cinco años. Dicha normativa fue reseñada por la Sentencia T-528 de 2014 en los siguientes términos:

“La Portaria (Ordenanza) No. 426/GM/MS del veintidós (22) de marzo de dos mil cinco (2005), instituye la Política Nacional de Atención Integral en Reproducción Humana Asistida; (iv) la Portaria (Ordenanza) No. 1459/GM/MS del veinticuatro (24) de junio de dos mil once (2011), instituyó en el ámbito del sistema único de salud (SUS) la Red Cigüeña, cuyos artículos 2 y 4 consagran la garantía de acceso a acciones de planificación reproductiva; (v) la necesidad de las parejas a la atención de la infertilidad en referencia a los servicios de alta complejidad para la reproducción humana asistida”.

113. En Argentina, la Ley 26.862 de 2013 tiene como propósito “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. La referida norma incorpora en el Programa Médico Obligatorio (PMO) “los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida”, entre los cuales se encuentran: (i) la inducción de ovulación; (ii) la estimulación ovárica controlada; (iii) el desencadenamiento de la ovulación; (iv) las técnicas de reproducción asistida (TRA); y (v) 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 de la Nación. Se incorporaron también al PMO los servicios

de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura establecidos por la autoridad de aplicación, “la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o al estado civil de los destinatarios”.

Así mismo, la norma dispone que la cobertura prestacional debe brindarse “por los establecimientos asistenciales de los tres subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga)”. Esta ley, que “busca materializar la prevalencia de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, fue reglamentada por el Decreto 956 de 2013”, normativa que identifica las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y alta complejidad (entre las que se ubica la fecundación in vitro).

114. En Uruguay, la Ley No. 19.167 de 2013 “reguló las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas” que las realizan. Entre estos procedimientos, “se incluyeron la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, cigotos y embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional contemplada en el artículo 25” de la Ley. Tales tratamientos “pueden aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida en que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil”.

El artículo 3º de la citada normativa determina como obligación del Estado garantizar “que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud”. Por su parte, el artículo 5º, distingue entre los procedimientos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad y establece su cobertura.

Así, define como técnicas de baja complejidad aquellas en las que “la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino”. Tales procedimientos

“quedan comprendidos dentro de los programas integrales de asistencia que deben brindar las entidades públicas y privadas que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud y serán financiados por este, cuando la mujer no sea mayor de cuarenta años”.

A su vez, la disposición citada establece que las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad son aquellas en las cuales la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino, transfiriéndose al mismo los embriones resultantes, sean estos criopreservados o no. De otra parte, “precisa que serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos, a través del Fondo Nacional de Recursos con el alcance y condiciones que establecerá la reglamentación a dictarse por el Poder Ejecutivo. Igualmente, indica que las prestaciones a brindarse incluyen los estudios necesarios para el diagnóstico de la infertilidad así como el tratamiento, material de uso médico descartable y otros estudios que se requieran, el asesoramiento y la realización de los procedimientos terapéuticos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad, las posibles complicaciones que se presenten y la medicación correspondiente en todos los casos”.

Respecto de la financiación de recursos se cobra un copago para los tratamientos de alta complejidad, el cual varía en función del número de intentos realizados y al ingreso per cápita promedio de la pareja. Los copagos financian un porcentaje que complementa los recursos asumidos por el Fondo Nacional de Recursos.

115. En Chile, tanto el aseguramiento público en salud como el privado ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad. En este sentido, el Fondo Nacional de Salud (FONASA), en su calidad de seguro público de salud, subvenciona a sus afiliados entre el 80% y el 100% del costo total de dichos procedimientos, en función de su ingreso económico. Por su parte, las ISAPRES (como se denomina a los prestadores privados), también se encuentran obligados a sufragar parcialmente los costos de los TRA de baja complejidad. Para 2011, el 11% de los ciclos de tratamiento eran cubiertos por el aseguramiento público.

116. En México, no se han regulado los tratamientos de reproducción asistida como una prestación pública a cargo del erario, pues aún se encuentra en discusión la reglamentación general de la materia. No obstante, en lo atinente al acceso a los tratamientos de fertilidad

humana y procreación asistida con cargo a los recursos del Estado, los hospitales públicos y especializados dependientes de la Secretaría de Salud prestan dichos servicios y recuperan una cuota por dicho concepto, de manera proporcional al resultado de un examen socio económico individualizado que se realiza a los pacientes.

“El seguro social de los trabajadores y el de los servidores públicos al servicio del Estado, presta ayudas de planificación familiar como asistencia médica preventiva en salud, ya sea a través de su personal e instalaciones, o indirectamente por medio de instituciones públicas o privadas con quienes celebra convenios para tal efecto, además, goza de autonomía para su organización y la administración de los recursos. Los institutos han incluido en su planilla de servicios, tanto el tratamiento a nivel patológico de la infertilidad, como los procedimientos de reproducción asistida, y basta con que se cumplan con las cuotas propias del trabajador o prestador de servicios, para que junto con su pareja puedan tener acceso a tales procedimientos de alta y baja complejidad de fertilización” humana.

117. En Noruega, a través de la Ley No. 56 de 1994, se regulan las aplicaciones biotecnológicas en medicina entre las cuales se mencionan la “fecundación artificial”. Respecto de la inseminación artificial, este tratamiento está reservado para los casos de infertilidad de ambos miembros de la pareja o únicamente con factor masculino. Así mismo, se financia dicho procedimiento cuando los peticionarios son portadores de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

Los tratamientos de fertilización in vitro solo tienen lugar si se presenta un diagnóstico de infertilidad masculina o femenina, o en aquellos eventos en los cuales la imposibilidad de procrear tiene una causa desconocida. También, se admite la fertilización in vitro en casos de enfermedad hereditaria grave, según lo dispuesto por el Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales.

118. Finalmente, en España, la legislación sobre técnicas de reproducción asistida no incluye entre las condiciones personales que las mujeres receptoras de las técnicas hayan sido diagnosticadas con algún problema de salud. En este sentido “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas

en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

119. En síntesis, en todos los diferentes sistemas de salud de los distintos países reseñados, se encuentra previsto, en algún modo, el cubrimiento de tratamientos de reproducción asistida mediante el sistema público de salud. No obstante, en todos los casos se determinan restricciones a esa cobertura, pues se reconoce que los recursos públicos son limitados.

Así, entre los límites establecidos, se contemplan: (i) criterios de acceso mediante listas de espera con fundamento en un presupuesto definido y destinado para ese tipo de tratamientos; (ii) límites de edad para acceder al procedimiento; (iii) número máximo de intentos o ciclos del tratamiento; (iv) el requisito de haber sido diagnosticado con infertilidad; y (v) el cubrimiento compartido de los gastos, con fundamento en un análisis de la capacidad socioeconómica de los pacientes.

Adicionalmente, en la mayoría de los casos, la ley determina los parámetros básicos para acceder a los TRA y los aspectos requeridos para su aplicación y concreción son reglamentados por un órgano de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El acceso a los tratamientos de fertilidad de conformidad con lo previsto por la Ley 1953 de 2019 y la Sentencia C-093 de 2018

120. La promulgación de la Ley 1953 de 2019 implicó una modificación significativa en el parámetro normativo que rige el acceso a los tratamientos de reproducción asistida. En efecto, esta norma prevé los lineamientos para el desarrollo de una política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad. Además, dispone que el Ministerio de Salud debe reglamentar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRA), de acuerdo con las pautas que el Legislador ha definido para que se garanticen estos procedimientos con recursos públicos.

Así mismo, en el marco de este proceso fue proferida la Sentencia C-093 de 2018, mediante la cual la Corte Constitucional declaró infundadas las objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 1953 de 2019. A continuación, la Sala presenta un resumen de estos contenidos normativos, en razón de su relevancia para la solución de los casos concretos y debido a su importancia para la definición del contenido de los derechos reproductivos en el caso concreto. En efecto,

uno de los asuntos que deben analizarse para determinar la dimensión progresiva de tales derechos es la existencia de una política pública que los desarrolle, aspecto que se encuentra contenido en la citada normativa.

Proceso de aprobación de la Ley 1953 de 2019 y su contenido normativo

121. En el Congreso de la República han cursado varios proyectos de ley de iniciativa parlamentaria encaminados al reconocimiento de la infertilidad “como una enfermedad” y a la inclusión de su tratamiento en el Plan Obligatorio de Salud. Aunque dos de ellos fueron archivados antes del segundo debate, el tercero se convirtió en la Ley 1953 de 2019. De este modo, es evidente que ha existido un interés del Congreso de la República en la regulación de tratamientos de reproducción asistida, el cual se justifica en razón de su relevancia social y en la existencia de un déficit de regulación, el cual había sido advertido por la Corte Constitucional previamente.

122. De este modo, la Ley 1953 de 2019, recogió buena parte de las propuestas que se habían formulado en las iniciativas legislativas anteriores y, en esencia, tuvo como propósito “establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento”. Así, la normativa se compone de los siguientes elementos:

i. (i) se define la infertilidad como una “enfermedad del sistema reproductivo” que impide lograr un embarazo, pese a intentos reproductivos, en un período superior a 12 meses. Igualmente, se indica que las técnicas de reproducción humana asistida son aquellos “tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”;

(i) se ordena al Ministerio de Salud y Protección Social, en el término de seis meses posteriores a la sanción de la norma, desarrolle la política pública de infertilidad para garantizar “el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del sistema de seguridad social en salud”. Además, la normativa prevé que dicha política pública se ocupe de los siguientes componentes: (a) investigativo, (b) preventivo, (c) educativo, (d) diagnóstico y tratamiento oportuno y (e) adopción;

(i) ordena al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o terapias de

reproducción asistida (TRA) en el plazo de un año a partir del establecimiento de la política pública de infertilidad. Dicha reglamentación deberá hacerse conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, “bajo el enfoque de derechos sexuales y reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública”;

() establece los criterios que el Ministerio deberá tener en cuenta para la reglamentación dispuesta en el punto anterior. Para dicho efecto, la entidad deberá: (a) determinar los requisitos de acceso a los tratamientos, entre los cuales se encuentran “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”; (b) definir los mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud; y la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio y (c) establecer los demás criterios que considere necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública;

() ordena al Ministerio de Salud y Protección Social promover proyectos de investigación acerca de la caracterización de la infertilidad y sus índices de morbilidad;

() finalmente, dispone una serie de medidas para permitir y facilitar la aplicación de la norma, entre las cuales se encuentra la creación de un registro único de los centros de atención especializada que lleven a cabo tratamientos de fertilidad y otorga al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud la facultad de inspección, vigilancia y control sobre dichas instituciones. También, permite la conformación de asociaciones público-privadas para garantizar la cobertura y las condiciones técnicas idóneas para los propósitos de la iniciativa legal.

123. Ahora bien, conviene resaltar que, tras surtir la aprobación de las cámaras, el proyecto de ley que culminó en la Ley 1953 de 2019 fue objetado por el Presidente la República, por razones de inconveniencia y de inconstitucionalidad con fundamento en que la norma vulneraba: (i) la Ley Estatutaria de Salud (LES) y la democracia participativa; (ii) el principio de sostenibilidad fiscal; (iii) los principios de eficiencia y equidad; Además, consideró que era innecesaria esta normativa (iv) dado que, en su criterio, el país ya contaba con una política pública de prevención de la infertilidad.

No obstante, el Congreso de la República declaró infundadas las objeciones gubernamentales

e insistió en la constitucionalidad y conveniencia del proyecto de ley. En este sentido, el Legislador estimó que la iniciativa legislativa era respetuosa de las atribuciones asignadas al Ministerio de Salud y promovía la ampliación gradual y continua de los servicios y tecnologías en salud. Además, recordó que, en virtud del artículo 334 de la Constitución Política, el criterio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para afectar, menoscabar, restringir o negar el alcance y protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y a conformar una familia.

Sentencia C-093 de 2018

124. A su turno, la Sentencia C-093 de 2018, declaró infundadas las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional y, en consecuencia, declaró su exequibilidad en relación con los cargos propuestos.

125. En la decisión, en relación con el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019, esta Corporación estableció que dicha norma, contrario a lo afirmado por el Gobierno Nacional, no implicaba la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC), fundamentalmente por tres razones:

i. (i) La Ley Estatutaria de Salud estableció un plan de beneficios excluyente (todas las prestaciones están incluidas salvo aquellas excluidas explícitamente), razón por la cual ni el Legislador ordinario ni el Gobierno Nacional tienen facultades autónomas o aisladas para decretar inclusiones individuales y expresas de prestaciones, servicios o tecnologías.

() A partir de una interpretación histórica de la disposición, la Corte encontró que se introdujeron importantes modificaciones a la versión inicial del proyecto de ley, en razón de los conceptos desfavorables que emitieron los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Salud y Protección Social, en relación con la versión aprobada en segundo debate. En dicho momento, se contemplaba la inclusión de las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas científicamente en el PBSUPC. No obstante, este artículo fue modificado y se suprimieron los apartes referidos a la incorporación de tales tecnologías en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC. En contraste, se adoptó la fórmula según la cual debe garantizarse el acceso a estas técnicas de reproducción asistida “con recursos públicos”.

126. Por lo anterior y debido a que la norma no incluyó los tratamientos de reproducción

asistida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC), para la Corte es claro que el acceso a las técnicas de reproducción asistida “no constituye la regla general, lo cual implica que no tiene eficacia directa sobre todos los afiliados”. En esta medida, tales procedimientos no pueden garantizarse con cargo a los recursos destinados a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Al respecto, la Sentencia C-093 de 2018 indicó:

“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”.

Adicionalmente, la providencia estableció que corresponde al Gobierno Nacional determinar la fuente presupuestal que asumirá la prestación de las técnicas de reproducción asistida y reiteró que dicha fuente no puede afectar la Unidad de Pago por Capitación. En tal sentido, estimó que “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”.

127. En relación con la alegada violación del criterio de sostenibilidad fiscal, la Corte Constitucional encontró que los estudios en los que supuestamente se sustentaba dicha situación no eran concluyentes. En efecto, en la medida en que el Análisis de Impacto Fiscal (AIF) elaborado por el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS) se basaba en la inclusión del procedimiento de fertilización in vitro en el Plan de Beneficios, partía de una premisa que no corresponde al escenario previsto por el artículo 4º de la Ley 1953 de 2019.

En ese orden de ideas, la Corte aclaró que el acceso a estas tecnologías está sujeto a varios parámetros y requisitos de acuerdo con la regulación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social. Por ende, el posible costo sólo puede ser determinado una vez sea dictada la reglamentación respectiva. Además, agregó que el criterio de 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.

128. Finalmente, en cuanto a la competencia del Gobierno Nacional para reglamentar el acceso a las técnicas de reproducción asistida, la Corte aclaró que dicha facultad no es totalmente discrecional, pues el Ministerio de Salud y Protección Social no puede hacer nugatoria la posibilidad de acceso a estos tratamientos y debe tener en cuenta que este mecanismo garantizará derechos reproductivos, los cuales tienen la connotación de fundamentales.

129. En consecuencia, la Sentencia C-093 de 2018 fijó importantes parámetros para la aplicación de la Ley 1953 de 2019 que son relevantes para la resolución de los casos objeto de análisis, entre los cuales es indispensable destacar:

i. (i) El artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 constituye una habilitación al Gobierno Nacional para que expida una regulación que establezca criterios de acceso a las técnicas de reproducción asistida con cargo a recursos públicos. Al respecto, es indispensable anotar que la potestad para dictar dicha reglamentación no es totalmente discrecional, pues en ningún caso puede anular materialmente el acceso a estos tratamientos y debe tener en cuenta los parámetros que la propia ley determina como requisitos.

() La Ley 1953 de 2019 no puede ser considerada como una ampliación puntual y directa de beneficios, en la medida en que no se dispuso la inclusión de los tratamientos de reproducción humana asistida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC).

() El acceso a los tratamientos de reproducción asistida con cargo a recursos públicos no puede considerarse como la regla general, en la medida en que no se encuentran dentro de las prestaciones que deben ser garantizadas por los recursos destinados a la UPC. En este sentido, se otorgarán como mecanismo de protección individual únicamente cuando el usuario haya acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas legales y reglamentarias respectivas.

Las accionantes tienen derecho a que se verifique, en cada caso, el cumplimiento de los

requisitos previstos por la Ley 1953 de 2019 y, eventualmente, a acceder a la financiación excepcional y parcial de tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) con cargo a recursos públicos, en caso de cumplir con tales parámetros.

130. A modo de aclaración preliminar, la Sala Plena precisa que el ámbito de la presente decisión únicamente contempla los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (es decir, el procedimiento de fertilización in vitro) que fueron estudiados mediante el AIF, elaborado por el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS) y aportado como prueba en el presente proceso por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Lo anterior, por cuanto todos los casos que son objeto de revisión por la Corte Constitucional en esta oportunidad se originan en solicitudes de tratamientos de fertilización in vitro, por lo cual el ámbito de decisión de esta Corporación se circunscribe a estos procedimientos. En consecuencia, los tratamientos de reproducción humana asistida objeto de la presente providencia son únicamente los de fertilización in vitro (FIV), que pueden incluir la técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

131. En este punto, es oportuno precisar que el análisis de la Sala Plena se circunscribe a la eventual vulneración de derechos fundamentales que, en ciertos casos, puede ocasionarse con la negativa de las EPS a garantizar el acceso a tratamientos de fertilización in vitro. Por lo tanto, la presente decisión no comporta ningún juicio de validez, conveniencia o corrección desde el punto de vista ético, moral o religioso en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, ni implica que la Corte asuma posición alguna en relación con los debates que suscita la práctica del referido procedimiento médico. Así, el presente fallo responde a una realidad social y científica del mundo actual, habida cuenta de los avances tecnológicos que han ofrecido nuevas alternativas para quienes optan por procrear con asistencia científica.

Importancia de la unificación jurisprudencial en el presente asunto.

132. Conviene anotar que la unificación jurisprudencial es necesaria en la presente materia, toda vez que las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han conocido de numerosos casos en los que se solicita la garantía de tratamientos de fertilidad con cargo a recursos públicos. Concretamente, en materia de procedimientos de fertilización in vitro, el asunto ha ocupado a las Salas de Revisión desde el año 2002 y se han proferido, por lo menos, 17

sentencias únicamente en relación con dicha técnica de reproducción asistida.

No obstante, como fue expuesto en detalle anteriormente, se advierte que las Salas de Revisión de esta Corporación han acogido posturas jurisprudenciales diversas en relación con la garantía de tratamientos de reproducción asistida (TRA), entre los que se encuentra el procedimiento de fertilización in vitro.

133. Por lo tanto, resulta necesario que esta Corte unifique su jurisprudencia en relación con la posibilidad de garantizar tratamientos de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos, con el propósito de determinar con claridad los criterios y pautas que deben seguir, tanto los jueces de tutela como las autoridades administrativas cuando las personas soliciten dichos procedimientos de fertilidad.

Aunado a ello, es necesario destacar que este Tribunal ha desarrollado una línea jurisprudencial robusta y consistente en relación con la protección de los derechos reproductivos como derechos fundamentales, habida cuenta de su importancia y de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado colombiano en torno a su salvaguarda, respeto y garantía. Por ende, dada la importancia del asunto que se debate, sumada a las numerosas decisiones de las Salas de Revisión que se han pronunciado en sentidos divergentes sobre el particular, la Sala Plena unificará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (procedimientos de fertilización in vitro) con cargo a recursos públicos.

Existencia de un déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos debido a la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro).

134. En esta oportunidad, corresponde a la Corte establecer si la decisión de las entidades promotoras de salud, consistente en negarse a garantizar la práctica de tratamientos de fertilización in vitro —que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación— a personas que han sido diagnosticadas con infertilidad quienes sostienen que la alternativa de tratamiento más adecuada es el procedimiento médico ya referido, desconoce sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y sus

derechos reproductivos.

Dicho lo anterior, esta Corporación procederá a resolver el problema jurídico formulado. Sea lo primero indicar que, con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte Constitucional encuentra que los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (procedimientos de fertilización in vitro) se encuentran relacionados con la protección efectiva de varios derechos constitucionales, tanto en su faceta inmediata como en la prestacional:

(i) En relación con la dignidad humana, se considera que la exclusión sin excepciones de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud impone una limitación al proyecto de vida de las personas con infertilidad.

(ii) Respecto del derecho a la igualdad, el alto costo de los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) afecta de forma desproporcionada a las personas que carecen de la capacidad económica suficiente para sufragar sus costos. De este modo, aún en circunstancias especialmente difíciles para las personas y parejas afectadas por la infertilidad, muchos individuos enfrentan una barrera insuperable para acceder al procedimiento de fertilización in vitro, en contraste con aquellos que tienen la posibilidad de pagar el tratamiento con cargo a su patrimonio, aun cuando se encuentren en situaciones que afecten gravemente sus derechos fundamentales. De ahí que el Estado deba intervenir para evitar las consecuencias desproporcionadas que se generarían si sólo las familias con mayores recursos económicos pudieran tener hijos biológicos producto de la intervención médica especializada o la asistencia científica.

(iii) En cuanto a los derechos reproductivos que incorporan la protección de los derechos a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a conformar una familia, se advierte que pueden resultar amenazados o vulnerados, pues las barreras de acceso a los tratamientos de fertilización in vitro implican una limitación al derecho reproductivo a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a recibir la información y los servicios para llevar a cabo tal decisión.

(iv) Desde el punto de vista del derecho a la salud, particularmente en lo atinente al bienestar psicológico y a la salud reproductiva de las personas y parejas con infertilidad, se

observa que dicha condición tiene una influencia potencialmente negativa en la salud mental de quienes carecen de la posibilidad de procrear un hijo, sin asistencia científica. Aunado a ello, los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad son procedimientos prescritos regularmente por los médicos para superar la infertilidad. No obstante lo anterior, en relación con este aspecto se debe tener en cuenta el carácter prestacional y progresivo del derecho a la salud, como fue expuesto previamente en la presente providencia.

(v) Finalmente, se debe resaltar que la dimensión prestacional de los derechos reproductivos implica un análisis acerca de la aplicabilidad de las reglas del principio de progresividad y no regresividad específicamente en relación con el derecho a acceder a tecnologías de reproducción asistida cuando se materializa a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en razón de su carácter instrumental para el desarrollo de la autonomía reproductiva.

En suma, como fue expuesto anteriormente, el derecho a superar la infertilidad y a las tecnologías de reproducción asistida, como una manifestación de los derechos reproductivos tiene una dimensión de realización inmediata y otra de carácter prestacional. Mientras que la primera se satisface mediante la ausencia de prohibición o interferencia por parte del Estado y la garantía de: (i) un diagnóstico adecuado de la infertilidad; y (ii) los tratamientos para superar esta condición que se encuentran incluidos en los planes obligatorios de salud. Por su parte, la segunda, que se refiere al acceso de las técnicas de reproducción asistidas de alta complejidad, se encuentra sujeta al principio de progresividad y no regresividad.

Principio de progresividad en relación con los tratamientos de fertilización in vitro.

136. En este contexto, el principio de progresividad en materia del derecho a la salud y a los derechos reproductivos respecto de las obligaciones cuya exigibilidad no es inmediata, impone los siguientes deberes estatales: (i) avanzar hacia el más alto nivel de salud posible; (ii) ampliar y desarrollar el ámbito de realización del derecho que ya se encuentra garantizado; y (iii) no disminuir el nivel de protección alcanzado con anterioridad.

De este modo, algunas de las manifestaciones del mandato de progresividad, pertinentes para el presente asunto, implican que: (i) la prohibición de regresividad es exigible a la Administración; y (ii) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado

en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos.

137. Ahora bien, concretamente en materia de tratamientos de reproducción asistida, esta Corporación ha destacado la incidencia del principio de progresividad en la garantía de estas prestaciones. Así, como fue explicado anteriormente, en la Sentencia T-528 de 2014 la Sala identificó la insuficiencia en la regulación existente en relación con los tratamientos de fertilidad debido a su exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud. También, señaló que dicha situación precisa ser superada en virtud del principio de progresividad y, por lo tanto, 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 (entre ellos fertilización in vitro) y que iniciara una discusión pública y abierta sobre la posibilidad de incluir dichos tratamientos en el Plan Obligatorio de Salud. Dicha orden fue reiterada por las Sentencias T-274 de 2015 y T-306 de 2016.

De igual manera, el carácter progresivo del acceso a los tratamientos de reproducción asistida fue reconocido en la Sentencia T-398 de 2016, en la cual se enfatizó en que es condición necesaria para el mandato de progresividad que el Estado introduzca en sus políticas y programas aquellos recursos o medidas dirigidas a obtener gradualmente el logro de las metas que se haya trazado.

138. En este sentido la Sala Plena encuentra que, la aplicación del principio de progresividad en relación con los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) objeto de esta sentencia, implica el deber de avanzar en la garantía de la faceta prestacional de los derechos reproductivos y del derecho a la salud, en su calidad de instrumento para la realización de dicha faceta de los derechos reproductivos.

139. Por lo tanto, el carácter progresivo del derecho a la salud y de la faceta prestacional de los derechos reproductivos se relaciona con el derecho a la igualdad, toda vez que supone que todas las personas, incluso las que disponen de menores recursos económicos, cuenten con oportunidades básicas de acceder a procedimientos médicos que tradicionalmente se han considerado como reservados para aquellos que gozan de mayor capacidad económica. En efecto, no escapa a la atención de la Sala que existen estereotipos en torno a los tratamientos de reproducción asistida pues, debido a su alto costo, algunos sectores han sostenido que únicamente debe tener acceso a ellos el segmento más adinerado de la

población. En el mismo sentido, es claro que la denegación de su acceso tiene un impacto mayor en las mujeres en lo relativo a la fertilización in vitro, por ser en ellas en quienes recae dicho procedimiento y quienes soportan los estereotipos derivados de la asociación entre la maternidad y el sexo femenino.

Así, el mandato de progresividad del derecho a la salud, que también es aplicable a la faceta prestacional de los derechos reproductivos comporta, tanto el deber de ampliar y desarrollar el ámbito de realización de tales garantías como el de asegurar el nivel de salud más alto posible. Por tanto, del principio de progresividad en relación con el procedimiento de fertilización in vitro se deriva la posibilidad de que eventualmente todas las personas que lo requieran puedan acceder al mismo, incluidos quienes carecen de capacidad económica, en el marco de las limitaciones propias de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como se expondrá más adelante.

La financiación completa y en todos los casos de los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) sería contraria a la Ley 1953 de 2019 y a la Sentencia C-093 de 2018. Además, implicaría un desconocimiento de los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera del sistema.

140. De acuerdo con lo informado por el Ministerio de Salud y Protección Social en el curso del presente proceso, los tratamientos de reproducción asistida se encuentran actualmente dentro de las prestaciones cubiertas por el SGSSS, a pesar de no hallarse en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC). En tal sentido, de conformidad con las disposiciones vigentes, el sistema garantiza el acceso a dichos tratamientos siempre y cuando el médico tratante ordene su realización a través del aplicativo Mi Prescripción (MIPRES), tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado.

Pese a ello, la Sala observa que se presentan dificultades de acceso a esta clase de servicios, como se evidencia en las distintas acciones de tutela que revisa la Corte en esta oportunidad, en las cuales se advierte la renuencia de los profesionales de la salud para prescribir tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad por hallarse excluidos de la cobertura del Plan de Beneficios de Salud con Cargo a la UPC.

141. No obstante, es claro que no corresponde a la Sala ordenar la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el PBSUPC. En efecto, como se expuso anteriormente en el presente fallo, la Ley 1953 de 2019 no determinó la incorporación de los tratamientos de reproducción asistida en el PBSUPC en la medida en que el Plan de Beneficios que adoptó la Ley Estatutaria de Salud (LES) es de carácter excluyente, motivo por el cual se entiende cubierto todo aquello que no haga parte de las prestaciones y tecnologías expresamente excluidas, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la LES.

En este sentido, resulta indispensable señalar que, de acuerdo con la Ley 1953 de 2019 y la Sentencia C-093 de 2018, el acceso a los tratamientos de reproducción asistida con cargo a recursos públicos no puede considerarse como la regla general, por los siguientes motivos:

i. (i) No se encuentran dentro de las prestaciones que deben ser garantizadas por los recursos destinados a la UPC, las cuales forman parte de la protección general y mancomunada establecida en el Plan de Beneficios de manera general para toda la población;

() Se encuentra sujeto a una serie de 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”. Por consiguiente, es claro que el acceso a estos tratamientos no está previsto para todas las personas sino únicamente para aquellas que cumplan los parámetros correspondientes;

() Esta interpretación fue expresamente establecida por la Corte Constitucional, en tanto concluyó que las terapias de reproducción asistida se otorgarán como mecanismo de protección individual únicamente cuando el usuario haya acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas legales y reglamentarias respectivas;

() De conformidad con la Sentencia C-093 de 2018, corresponde al Gobierno Nacional determinar cuál va a ser la fuente presupuestal para asumir los costos derivados de garantizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida. No obstante, se reitera, en ningún caso pueden afectarse los recursos destinados a la UPC.

142. Adicionalmente, la posibilidad de financiar la totalidad de los tratamientos de

reproducción humana asistida de alta complejidad (fertilización in vitro), incluso para aquellas personas o parejas con infertilidad que tienen la capacidad económica para sufragarlos implica, en estos momentos, un riesgo para la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y para la garantía de los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia y sostenibilidad financiera del sistema. Por tanto, se requiere la intervención del juez constitucional con el objetivo de asegurar la vigencia de dichos mandatos.

Al respecto, la Sala observa que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) son limitados y que, para el cabal cumplimiento de sus finalidades, debe atenderse a los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia y sostenibilidad financiera del Sistema. Además, es determinante reconocer que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud no son infinitos y que no existe una obligación a cargo del mismo de asumir el cubrimiento absoluto de la totalidad de la posible oferta de servicios relacionados con prestaciones de salud. Así, el cubrimiento de procedimientos y tecnologías por parte del Sistema debe responder a criterios de necesidad y prioridades de salud, como lo estableció la Sentencia T-760 de 2008.

143. Respecto de la anterior afirmación, cabe precisar que la ausencia de una respuesta completa del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS) al requerimiento probatorio formulado por la Corte limita en buena medida el alcance de la interpretación que puede llevar a cabo esta Corporación en relación con el AIF y, por consiguiente, del impacto fiscal que tendría la incorporación de los tratamientos de reproducción asistida en el PBSUPC. Así, por ejemplo, la imposibilidad de establecer (i) si la cifra de “esfuerzo fiscal total para el SGSSS de incluir los tratamientos de infertilidad IIU y FIV/ICSI” corresponde a un costo anual o trienal y (ii) el costo correspondiente al esfuerzo fiscal estimado para cada anualidad, según el horizonte temporal trazado para el estudio, limita las conclusiones a las que puede llegar la Sala en esta ocasión.

144. Sin embargo, el análisis de impacto fiscal de estos procedimientos (AIF), prima facie, resulta suficiente para formular las siguientes conclusiones:

(i) Según la información suministrada por el IETS, el costo estimado de sufragar la totalidad del valor de los tratamientos de reproducción humana asistida para 52.609 parejas corresponde a \$3.013.392.291.188 de 2015, lo que equivale a \$3.654.072.910.850.64 de

2019.

(ii) De conformidad con el cálculo efectuado por el Ministerio de Salud y Protección Social, el presupuesto anual total de servicios y tecnologías de la salud para el año 2017 es de \$37.396.384.000.000, los cuales se distribuyen del siguiente modo: a.) \$17.198.464.000.000 para servicios y tecnologías con cargo a la UPC en el Régimen Subsidiado; b.) \$18.578.465.000.000 para servicios y tecnologías con cargo a la UPC en el Régimen Contributivo; y c.) \$1.619.455.000.000 para servicios y tecnologías no subvencionadas con cargo a la UPC en el Régimen Contributivo.

(iii) Como se evidencia de las cifras anteriores, si se financiara la totalidad del costo de los tratamientos de reproducción asistida para 52.609 parejas, el costo aproximado sería del 8,6% del total del presupuesto asignado para las prestaciones, tratamientos, procedimientos y servicios del sector salud. Así mismo, correspondería a valores equivalentes al 18,71% de todos los recursos asignados a las prestaciones del Régimen Subsidiado con cargo a la UPC, al 17,21% del presupuesto previsto para servicios y tecnologías del Régimen Contributivo con cargo a la UPC y superaría en casi el doble (198%) los recursos estimados para atender las contingencias del Régimen Contributivo que no tienen cargo a la UPC.

145. En consecuencia, la Sala encuentra demostrado que la financiación plena de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud implicaría un impacto significativo en la sostenibilidad financiera del Sistema y comprometería su viabilidad, así como la garantía de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad.

Financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro), en circunstancias excepcionales en las que se vulneren o se pongan en inminente riesgo los derechos fundamentales para personas y parejas con infertilidad que carezcan de capacidad económica, que cuenten con orden de médico tratante y que hayan agotado los demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender su disfunción reproductiva.

146. A partir de las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional encuentra que la exclusión sin excepciones de todas las personas y parejas con infertilidad en el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) genera un

déficit de protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.

147. No obstante lo anterior, la Sala Plena advierte que la posibilidad de financiar completamente y en todos los casos los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) sería contraria a la Ley 1953 de 2019 y a la Sentencia C-093 de 2018, en tanto se determinó que el acceso a estas prestaciones con cargo a recursos públicos se encuentra sujeto a una serie de requisitos, razón por la cual no puede ser considerada como la regla general.

Así mismo, la financiación total y general de los tratamientos de fertilización in vitro resultaría desproporcionada, en la medida en que: (i) dichos procedimientos no se encuentran incluidos en el PBSUPC; (ii) el impacto fiscal respecto de los procedimientos y medicamentos en general, que ocasionaría la inclusión plena e inmediata de las técnicas de reproducción asistida sería significativo; y (iii) los recursos del SGSSS son limitados y deben atender primordialmente a las necesidades y prioridades de salud. Así mismo, el Sistema debe garantizar los principios de solidaridad, universalidad, sostenibilidad financiera del sistema y eficiencia.

En relación con este último aspecto, es necesario recordar lo establecido previamente acerca del desarrollo de la faceta prestacional de los derechos reproductivos a través del sistema de salud. De este modo, en la medida en que se trata de garantizar la realización de derechos distintos al de la salud propiamente dicha, no podría financiarse la totalidad de la prestación con los recursos del SGSSS.

Al respecto, es pertinente anotar que la existencia de un mandato legislativo y de un marco legal específico implica un avance en el marco del principio de progresividad que se predica de la faceta prestacional de los derechos fundamentales tantas veces enunciados. No obstante, si se interpretara que la efectividad de este mandato depende completamente de la reglamentación gubernamental, ello implicaría tornar nugatorio el acceso a los tratamientos de reproducción asistida, lo cual sería contrario a las normas legales y a los mandatos constitucionales.

148. Así las cosas, en virtud de lo previsto por la Ley 1953 de 2019, esta Corporación

considera que, en circunstancias excepcionales (situaciones límite) en las cuales los derechos fundamentales anteriormente referidos se encuentren especialmente vulnerados o amenazados y dicha afectación se encuentra efectivamente acreditada, se debe garantizar, con cargo a recursos públicos, la financiación parcial de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad requeridos por las personas o parejas con infertilidad, con el fin de asegurar la plena vigencia de tales garantías constitucionales.

Establecimiento de reglas jurisprudenciales que permitan garantizar el acceso a tratamientos de fertilización in vitro mientras el Gobierno Nacional dicta la regulación correspondiente. En razón de la existencia del déficit de protección anteriormente descrito, resulta necesaria la intervención de la Corte Constitucional.

149. De conformidad con la Ley 1953 de 2019, corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida, para lo cual debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

(i) La regulación debe seguir el enfoque de derechos reproductivos contenido en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública.

(ii) Deben tenerse en cuenta requisitos 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, condición de salud, capacidad económica, frecuencia, tipo de infertilidad.

(iii) Debe definir los mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad del servicio, así como la infraestructura técnica requerida para su prestación.

(iv) El Ministerio puede determinar criterios adicionales, siempre y cuando se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública.

En este sentido, el Ministerio de Salud y Protección Social, es la autoridad administrativa y política llamada a regular y gestionar el acceso a los procedimientos de fertilización in vitro, pues corresponde a dicha institución la función de regular las prestaciones, servicios y tecnologías en salud, las cuales también involucran en muchos casos la garantía de los derechos reproductivos. Para este efecto, podrá guiarse por los parámetros que, de manera

provisional, establecerá esta Corporación.

150. La Sala advierte que la entrada en vigencia de esta reglamentación está sujeta al establecimiento de la política pública de infertilidad ordenada por la Ley 1953 de 2019. Esta última debe ser dictada dentro de los seis meses posteriores a la promulgación de la referida norma legal. En este sentido, mientras el Ministerio de Salud y Protección Social determina la política pública relativa a la infertilidad y dicta el acto administrativo que regulará el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad con cargo a recursos públicos puede transcurrir un término superior a un año.

No obstante, durante este lapso no pueden tornarse nugatorios los derechos de las personas y parejas con infertilidad, cuyo déficit de protección ha sido reconocido en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, las cuales se reiteran en la presente decisión. En efecto, como se expresó previamente la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) afecta sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y los derechos reproductivos.

151. En este sentido, es indispensable recordar que la protección y garantía de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a la existencia de un acto administrativo que precise su reconocimiento y aplicación. Lo anterior implicaría vaciar de contenido la competencia del juez constitucional en relación con la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales, en el marco de los parámetros normativos establecidos legal y reglamentariamente. En razón de esta facultad, la Corte Constitucional ha amparado los derechos de varias accionantes y, en sede de Revisión, ha reconocido el acceso a tratamientos de reproducción asistida aún sin la existencia de una reglamentación administrativa, como se expuso anteriormente en la presente providencia.

En otras palabras, si se concluyera que ninguna persona o pareja únicamente puede acceder a los tratamientos de reproducción asistida hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social defina con exactitud los criterios respectivos, ello implicaría que la garantía de los derechos fundamentales está sujeta a la existencia de actos administrativos que detallen su aplicación, lo cual desconocería su rango constitucional y la eficacia directa de los derechos fundamentales. Así mismo, dicha lectura conduciría a una limitación desproporcionada de las

competencias de la Corte Constitucional, en su labor de definir los parámetros que guían la garantía de tales derechos.

Sobre este particular, desde el año 2014 y con anterioridad a la expedición de la Ley 1953 de 2019, varias Salas de Revisión de la Corte Constitucional ya habían garantizado la práctica de tratamientos de reproducción asistida y establecieron reglas jurisprudenciales para su acceso. En tal sentido, para la Sala no es de recibo concluir que la referida normativa, que se orientó a reconocer la posibilidad de acceder a estos procedimientos con cargo a recursos públicos, implica una negación de los avances jurisprudenciales en la materia o un desconocimiento de las decisiones de esta Corporación que se dictaron en dicha materia.

152. Además, una interpretación que restrinja el alcance de los criterios establecidos directamente por el Legislador, bajo el pretexto de que aún no han sido regulados mediante un acto administrativo sería contraria a la norma legal que reconoció el derecho a acceder a técnicas de reproducción asistida a las personas que, eventualmente, cumplan con los requisitos definidos por la ley de manera general.

153. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en los casos estudiados por la Sala en esta oportunidad, las accionantes han esperado durante varios años para acceder a los tratamientos de reproducción asistida que reclaman a través de la acción de tutela, de modo que diferir en el tiempo la garantía de los derechos que ya han sido reconocidos legal y jurisprudencialmente podría ocasionar que las actoras pierdan definitivamente la oportunidad de practicarse estos procedimientos, debido a su edad.

154. Finalmente, es importante resaltar que la Sentencia T-274 de 2015 ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social (i) iniciar los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud y, una vez obtenidos los resultados de tales análisis, (ii) “evaluar los factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida, como la condición de salud del o la paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia la capacidad económica del afiliado, entre otros que considere pertinentes” .

Adicionalmente, dispuso que el referido Ministerio debía iniciar las actuaciones pertinentes para desarrollar medidas de prevención y promoción de la salud en relación con la infertilidad.

155. No obstante, la Sala evidencia que existen deficiencias serias en la implementación de las aludidas órdenes. Al respecto, si bien se reconoce que el Ministerio de Salud y Protección Social ha llevado a cabo algunos avances en la materia –concretamente, la publicación del AIF–, dichos esfuerzos resultan incompletos respecto del mandato proferido por esta Corporación debido a que este estudio: (i) únicamente se basa en las parejas infértiles, por lo que se excluye a las mujeres solteras que fueron diagnosticadas con esta condición; (ii) se refiere únicamente a personas del estrato socioeconómico 1; (iii) parte de la premisa de que los costos son asumidos totalmente por el Estado, sin que exista contribución de los beneficiarios; y (iv) no se establece si la cifra del esfuerzo fiscal total corresponde a un costo anual o trienal ni se determina el costo correspondiente al esfuerzo fiscal estimado para cada anualidad.

156. Así mismo, se advierte que al presente proceso no se allegaron elementos de juicio que permitan concluir que el Ministerio cumplió con su obligación de evaluar los factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida, tales como la condición de salud de la paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia, la capacidad económica del afiliado, entre otros.

El incumplimiento de este deber resulta particularmente relevante en el presente asunto, en la medida en que, precisamente, el problema jurídico que corresponde resolver a la Corte implica determinar si se desconocen los derechos fundamentales de las accionantes en razón de la negativa de las EPS accionadas a suministrar los tratamientos de fertilización in vitro y el acceso a los mismos está regulado por lo previsto en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019.

Así las cosas, pese a que desde el año 2015 la Corte le ordenó al Ministerio de Salud evaluar los aspectos que inciden en los tratamientos de reproducción asistida —los cuales coinciden en gran medida con los factores que se encuentran enunciados en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019—, se advierte que este deber no ha sido completado, de modo que corresponde a esta Corporación, en su rol de juez constitucional, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. En el presente caso, ello implica dotar de contenido las categorías que el Legislador definió para el acceso a tratamientos de reproducción asistida de manera provisional, esto es, hasta que el Gobierno Nacional expida el acto administrativo correspondiente.

157. En este orden de ideas, para la Sala es claro que la regulación de las condiciones de acceso a los tratamientos de reproducción asistida debe ser dictada por el Ministerio de Salud. Sin embargo, en el presente caso, corresponde a la Corte dictar algunos lineamientos provisionales que desarrollen los requisitos previstos por el Legislador mientras se expide la reglamentación respectiva por el órgano competentes, debido a que:

(157) por disposición legal, la entrada en vigor de la regulación está sujeta al establecimiento de la política pública de infertilidad, de modo que depende de la voluntad de la administración, por cuanto dicha política debe ser elaborada por el Gobierno Nacional;

(157) la protección y garantía de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a la existencia de un acto administrativo que precise su reconocimiento y aplicación;

(157) corresponde a la Corte Constitucional, en su rol de juez constitucional, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales;

(157) el Ministerio de Salud no ha cumplido con la orden de la Sentencia T-274 de 2015, de conformidad con la cual debe evaluar los aspectos que inciden en los tratamientos de reproducción asistida, los cuales justamente coinciden con los elementos que debe interpretar dicha cartera en relación con el acceso a los referidos procedimientos.

(157) durante el lapso comprendido entre la promulgación de la Ley 1953 de 2019 y el acto administrativo que eventualmente dictará el Ministerio de Salud (el cual debe estar precedido de la formulación de la política pública respectiva, de conformidad con la norma legal) no pueden tornarse nugatorios los derechos de las personas y parejas con infertilidad, cuyo déficit de protección ha sido reconocido en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, y que fue reconocido por el Congreso de la República, razón por la cual expidió la Ley 1953 de 2019.

Desarrollo jurisprudencial de los requisitos contenidos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019.

158. Ahora bien, en el presente asunto se evidencia una tensión clara entre varios derechos e intereses protegidos por el Constituyente. Por una parte, los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, la faceta prestacional del derecho reproductivo a la

procreación de hijos biológicos con asistencia científica y el derecho a la salud, en su faceta de bienestar psicológico y emocional. Por otra, la potencial afectación a la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud que, eventualmente, tiene la entidad de comprometer la adecuada prestación y garantía del derecho fundamental a la salud para muchas personas.

Por ende, se requiere de fórmulas de solución que permitan armonizar y ponderar los aspectos constitucionales que se encuentran en pugna. Sobre el particular esta Corporación observa que, en principio, dichas alternativas jurídicas corresponden a los órganos políticos y administrativos que cuentan con las herramientas, datos estadísticos y la capacidad de valorar los aspectos técnicos propios de la garantía de acceso a tratamientos de reproducción asistida con cargo a recursos públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1953 de 2019.

159. Por consiguiente, con fundamento en las razones anteriormente expuestas, particularmente con ocasión de la existencia de un déficit de protección de derechos fundamentales que afecta a las personas y parejas con infertilidad cuya única opción de tratamiento son las técnicas de reproducción asistida, la Sala Plena establecerá algunos parámetros de interpretación referentes al acceso progresivo y excepcional a la financiación parcial con cargo a recursos públicos de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro)

Para tal efecto, la Sala Plena desarrollará las condiciones y requisitos previstos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 para que las personas y parejas con infertilidad puedan acceder a la financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales. Tales requisitos son: (i) edad; (ii) condición de salud de la pareja infértil; (iii) número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud; (iv) capacidad económica de la pareja; (v) frecuencia; y (vi) tipo de infertilidad.

160. En consecuencia, las personas o parejas con infertilidad que deseen acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

(160) Edad:

La persona o pareja debe encontrarse en rango de edad en el cual sea viable el tratamiento de fertilización in vitro, de conformidad con la certificación del médico tratante que se regula en el siguiente literal.

(160) Condiciones de salud de la “pareja” infértil:

En relación con este requisito, resulta necesario hacer varias precisiones en cuanto a su interpretación:

a. a) El tratamiento de fertilización in vitro debe haber sido prescrito por un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, a través del aplicativo MIPRES. En el evento en el cual el procedimiento sea ordenado por un médico no vinculado a la EPS, es necesario que dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona (es decir, que tenga noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios) y no la descarte con base en criterios médico-científicos.

En caso de que el tratamiento sea prescrito por un médico particular, este deberá estar vinculado a una IPS legalmente habilitada. La EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento.

Cuando la decisión del médico adscrito a la EPS o del grupo interdisciplinario de especialistas sea negativa, podrá ser discutida ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento.

b) Es necesario que se hayan agotado los demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender la infertilidad de la persona o pareja solicitante y que los mismos no hayan dado resultado, antes de acceder a los procedimientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro). En este sentido, el concepto de viabilidad del médico que prescriba este procedimiento debe certificar dicha circunstancia y detallar los tratamientos, medicamentos y prestaciones de salud que se han intentado para superar la infertilidad de los pacientes en cada caso concreto.

c) Adicionalmente, el médico que autorice el tratamiento de fertilización in vitro deberá

evaluar las condiciones específicas de la paciente y sus circunstancias de salud. También, deberá señalar en su concepto de viabilidad los tratamientos de fertilidad que ya han sido agotados, justificar por qué el procedimiento de fertilización in vitro es la mejor opción de tratamiento disponible y mencionar los posibles riesgos y efectos de su realización.

d) Finalmente, es necesario señalar que los medicamentos, servicios, tratamientos, pruebas clínicas o exámenes diagnósticos que sean necesarios para el procedimiento de reproducción asistida ordenado por el médico tratante y que se encuentren previstos en el PBSUPC (como ocurre con buena parte de ellos) se deberán sufragar con cargo a dichos recursos, con el fin de reducir los costos del tratamiento.

(160) Número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud:

En consideración al elevado costo del tratamiento y a la necesidad de preservar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Sala estima que el número máximo de intentos para el tratamiento de fertilización in vitro que pueden sufragarse mediante la financiación parcial con cargo a recursos públicos, es de tres ciclos por persona o pareja con infertilidad. En su prescripción, el médico tratante deberá indicar el número de ciclos que deban realizarse (máximo tres intentos) y su frecuencia.

(160) Capacidad económica de la “pareja”:

Las personas o parejas deben carecer de la capacidad económica suficiente para sufragar el costo del tratamiento fertilización in vitro requerido y que no puedan acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. Debe exigirse un mínimo de diligencia del peticionario en demostrar al Ministerio de Salud y Protección Social su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado.

No obstante, la Sala advierte que la capacidad económica debe valorarse a partir del criterio de gastos soportables que ha sido desarrollado por esta Corporación, de conformidad con el cual no debe evaluarse la capacidad económica en abstracto sino en consideración de la situación concreta de la persona o pareja con infertilidad, en aplicación del principio de proporcionalidad.

En relación con este mandato, la Corte ha sostenido que el análisis de la capacidad económica no se agota en el recaudo de las pruebas respectivas sino que requiere la valoración integral de tales medios de convicción, de modo que, “de comprobarse la existencia de recursos económicos, debe establecerse igualmente si los costos de la prestación de servicios médicos, constituyen gastos soportables. Lo dicho se traduce en que, de asumirse el costo de los servicios médicos, no se afectan otros derechos y garantías constitucionales de forma desproporcionada”.

De todos modos, la evaluación de la capacidad económica debe ser más estricta cuando se trata de solicitantes que se encuentran en el régimen contributivo.

En todo caso, los solicitantes deberán realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de fertilización in vitro que eventualmente sean autorizados. El monto que deberá sufragar cada paciente para acceder a tales procedimientos obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital. Igualmente, se deberá establecer un esquema de progresividad en los aportes para que quienes tienen mayores recursos económicos aporten en mayor medida para la financiación del tratamiento.

(160) Frecuencia:

En relación con este requisito, la Sala se remitirá a lo señalado en el literal (iii) del presente fundamento jurídico, referente al número de ciclos del tratamiento.

(160) Tipo de infertilidad

Como fue expuesto anteriormente, una de las clasificaciones que resultan relevantes al momento de determinar el acceso a los tratamientos de fertilización in vitro es aquella que distingue entre las personas o parejas infértiles que ya han tenido hijos (infertilidad secundaria) y aquellas que nunca los han concebido (infertilidad primaria).

Sobre el particular, esta Corporación considera que, para acceder a los tratamientos de fertilización in vitro, es necesario que la persona con infertilidad que solicite el procedimiento no haya tenido previamente hijos (sean estos procreados naturalmente, concebidos con asistencia científica o adoptivos). Además, se estima necesario que a los pacientes no se les haya practicado previamente un procedimiento de fertilización in vitro.

161. Ahora bien, la Corte Constitucional considera indispensable que se tenga en cuenta una condición adicional: es necesario que la ausencia del procedimiento de fertilización in vitro vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.

El cumplimiento de este requisito se establecerá con fundamento en circunstancias objetivas, verificables y graves de afectación de los derechos fundamentales anteriormente reseñados. Por lo tanto, las personas y parejas que soliciten la financiación parcial deberán demostrar, al menos sumariamente, que la vulneración o el riesgo que afecta sus garantías fundamentales satisface estos requisitos.

Para efectos de la presente decisión, se considera que las circunstancias: (i) son objetivas cuando su ocurrencia no depende de opiniones o juicios individuales de las personas o parejas solicitantes, sino que existen referentes externos que fundamentan tales situaciones; (ii) son verificables cuando resultan probadas o pueden demostrarse a partir de cualquier medio probatorio válido; y (iii) finalmente, son graves –como lo ha establecido esta Corporación con miras a determinar la configuración de un perjuicio irremediable– cuando suponen “un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica” .

Para ello, corresponde a los solicitantes allegar a la entidad correspondiente las evidencias de las circunstancias que impliquen una especial o excepcional afectación de sus derechos fundamentales, entre las que se encuentran, por ejemplo, el deterioro de la salud mental o del bienestar psicológico o emocional derivado de la infertilidad.

162. En consonancia con lo anterior, la Corte reitera que la posibilidad de acceder a la financiación parcial con cargo a recursos públicos se encuentra restringida únicamente a circunstancias excepcionales (situaciones límite) en las cuales los derechos fundamentales antes referidos se encuentren especialmente vulnerados o amenazados y cuando dicha afectación es objetiva, grave y se encuentra efectivamente acreditada.

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- es la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019, hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social

dicte la regulación ordenada en dicha normativa y defina la autoridad que debe evaluar que se acrediten tales condiciones

163. Mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 se creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-. Igualmente, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1429 de 2019, corresponde a esta entidad “adelantar verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que aseguren el buen uso y control de recursos”.

En este sentido, es claro que la ADRES tiene la competencia de constatar los aspectos relativos al reconocimiento y pago de distintos conceptos, entre los cuales es posible incluir, sin duda alguna, los tratamientos y prestaciones que, pese a no garantizarse con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, deben sufragarse parcialmente con recursos públicos.

En tal sentido, la ADRES es la autoridad encargada de garantizar que las personas y parejas que cumplan con la totalidad de requisitos establecidos, accedan a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida. Así, es necesario que la autoridad administrativa asegure que los beneficiarios de este tipo de procedimientos sean quienes cumplan con las condiciones anteriormente señaladas.

164. En contraste, la posibilidad de que corresponda al juez de tutela, en todos los casos, decidir acerca de la viabilidad de garantizar tratamientos de reproducción asistida ocasionaría una gran congestión en la administración de justicia, en la medida en que se trata de un mecanismo constitucional subsidiario que, en principio, únicamente debe ser agotado cuando no existan otros medios judiciales de defensa idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados.

165. Por último, el hecho de que una sola autoridad administrativa a partir de un mecanismo centralizado defina en cuáles casos es procedente la financiación parcial y excepcional de tratamientos de fertilización in vitro -en los términos de la Ley 1953 de 2019 y de la presente sentencia- garantiza de la mejor manera posible el principio de igualdad. Adicionalmente, es necesario que el porcentaje de financiación pública de los tratamientos de fertilización in vitro en cada caso responda a criterios unívocos aunque siempre se respete la autonomía judicial al aplicarlos.

Con todo, se reitera que los parámetros que, en esta oportunidad, define la Sala Plena de la Corte Constitucional permanecerán vigentes mientras el Ministerio de Salud y Protección Social dicta la regulación pertinente, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019.

Aunado a ello, para garantizar el adecuado manejo de los recursos públicos del Sistema de Seguridad Social, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación vigilarán que se autoricen los tratamientos únicamente cuando concurren los requisitos que la Ley 1953 de 2019 determinó, desarrollados en esta providencia.

166. En síntesis, el procedimiento para el acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad se compondrá de los siguientes pasos:

(166) Se requiere contar con un concepto favorable de un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliada la paciente o de un grupo de especialistas cuando se trate de una orden dictada por un médico particular. En este concepto se verificará el cumplimiento de los requisitos de edad, condiciones de salud de la pareja infértil, se establecerá el número de ciclos (máximo tres intentos) y su frecuencia. Además, se verificará que se trate de personas o parejas con infertilidad primaria, es decir, que no hayan tenido previamente hijos.

(166) Una vez se cuente con dicho concepto, corresponde a la ADRES recibir la solicitud respectiva y verificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad económica y la vulneración o afectación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.

(166) Una vez se cuente con el segundo concepto, emitido por ADRES, se remitirá a la EPS respectiva para que se practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

Contenido de la regulación que le corresponde expedir al Ministerio de Salud y Protección Social

167. Las pautas interpretativas definidas en la presente sentencia podrán ser acogidas por el Ministerio de Salud y Protección Social al momento de expedir el acto administrativo de

carácter general que le corresponde dictar en cumplimiento de la Ley 1953 de 2019, en el cual regulará los aspectos técnicos, científicos, administrativos y de gestión que involucra el acceso a los tratamientos de reproducción asistida.

En este sentido, para la Corte es de gran importancia resaltar que los parámetros establecidos en esta decisión constituyen pautas que el Ministerio de Salud, en el marco de su potestad regulatoria, podrá adoptar. No obstante, es claro que el contenido de la regulación debe ser congruente con los términos del artículo 4° de la Ley 1953 de 2019, sin perjuicio de que esta cartera incluya otros aspectos que considere relevantes, en. A modo de ejemplo, el Ministerio podría:

(167) Implementar un sistema de turnos para definir el orden en que las personas y parejas beneficiarias recibirán la financiación parcial con cargo a recursos públicos.

(167) Definir criterios de priorización con el fin de desarrollar un mecanismo de “lista de espera”, para que se otorgue prevalencia a las personas y parejas más afectadas por la infertilidad y se garanticen los principios de eficiencia, solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera del Sistema en la garantía de acceso a los tratamientos de reproducción asistida. Algunos de estos criterios podrían ser:

- a) El nivel de afectación de los derechos fundamentales involucrados.
- b) El orden de las solicitudes.
- c) Otorgar prelación a las personas y parejas con infertilidad que no han tenido acceso a los tratamientos de reproducción asistida.
- d) Conceder prioridad a los pacientes que tengan mayor edad.

168. Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala abordará el análisis de cada uno de los expedientes acumulados.

Solución de los casos concretos

1. Laura y Roberto (Expediente T-5.761.833)

169. Laura y su esposo, Roberto, obrando en nombre propio, interpusieron acción de tutela

contra COOMEVA EPS, por considerar que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal al negarles “la posibilidad de ser padres” toda vez que, en su sentir, la maternidad y la paternidad forman parte del proyecto de vida de la persona y la pareja.

170. A continuación, la Sala pasará a verificar si en el caso de los actores se cumplen los requisitos necesarios para acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos, en los términos de la Ley 1953 de 2019.

171. En cuanto a los requisitos de edad y condiciones de salud de la pareja infértil, la Sala advierte que en el expediente no figura orden de profesional de la salud tratante adscrito a COOMEVA EPS que prescriba la fertilización in vitro. Así mismo, no figura orden alguna de un médico particular que autorice dicho tratamiento de reproducción asistida.

No obstante, a partir de las pruebas allegadas, la Sala advierte que la accionante tiene un diagnóstico de infertilidad por factor ovulatorio y tubárico, endometriosis y endosalpingiosis. En consonancia con lo anterior, los médicos tratantes expresaron a esta Corporación que el tratamiento de fertilización in vitro es la única alternativa posible para que la accionante pueda procrear un hijo.

172. Por ende, la Corte Constitucional ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que, en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, asigne una cita con un médico especialista adscrito a dicha EPS para que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, se pronuncie respecto de la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto médico deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación del presente fallo y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida que requiere la accionante, en caso de ser procedente, en los términos expuestos en la presente sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

Así mismo, en caso de que exista una negativa de la junta de profesionales de la respectiva IPS, la accionante podrá acudir a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

En este mismo concepto, se deberá establecer si la infertilidad de la accionante es primaria, esto es, si no ha concebido hijos, como requisito para prescribir el tratamiento.

173. Si bien se observa que, prima facie, dadas sus condiciones de salud y los conceptos médicos allegados, el tratamiento adecuado para la accionante sería la fertilización in vitro, la Sala advierte que, en la medida en que se trata de recursos públicos, se debe constatar que la situación de salud descrita por la actora persiste al momento del fallo, en consideración al tiempo transcurrido desde la presentación de la acción de tutela. En tal sentido, se debe verificar la viabilidad médica del tratamiento de reproducción asistida para que la tutelante acceda a la financiación parcial y excepcional del tratamiento, en cumplimiento de lo previsto por la Ley 1953 de 2019.

174. En relación con el número de ciclos que deben realizarse y su frecuencia, la Corte considera que este aspecto debe ser precisado por el médico tratante en la certificación mediante la cual se pronuncie sobre la viabilidad del tratamiento de fertilización in vitro, con un máximo de tres.

175. De igual modo, respecto de la falta de capacidad económica de la pareja, es pertinente señalar que la ADRES deberá acreditar el cumplimiento de este requisito en los términos de la presente decisión. En este sentido, se reitera, el análisis de capacidad económica deberá partir del principio de proporcionalidad y del criterio de gastos soportables. Además, los solicitantes deberán realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de fertilización in vitro autorizados.

176. Finalmente, en cuanto a la vulneración o amenaza inminente de otros derechos fundamentales, la Sala evidencia que los accionantes reclaman como vulnerados, además del derecho a la salud, sus derechos reproductivos, en la medida en que alegan que la información que han recibido por parte de COOMEVA EPS ha sido insuficiente, aspecto que se

vincula estrechamente con su derecho a la autodeterminación reproductiva.

Igualmente, en sede de revisión, indicaron que la negativa de la EPS accionada “mancilló nuestros proyectos de vida como pareja de formar una familia y tener nuestros propios hijos biológicos”. Así mismo, manifestaron que se encuentran en riesgo de sufrir secuelas psicológicas por esta circunstancia y que no han recibido atención en relación con dicha situación.

Por consiguiente, para la Sala es claro que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilización in vitro vulnera otros derechos fundamentales.

177. En este orden de ideas, la Sala revocará la decisión del juez de segunda instancia para, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, se ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que: (i) asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación de este fallo; y (ii) en caso de que la accionante acuda a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su designación.

A su turno, una vez se cuente con el concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, en el término perentorio de un mes contado a partir del momento en que reciba el concepto médico (que puede ser remitido por la accionante o por la EPS) la ADRES: (i) deberá verificar el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) deberá establecer el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos,; y (iii) remitirá su concepto a la EPS para que practique el procedimiento de fertilización in vitro.

Finalmente, se ordenará a la EPS accionada o a quien haga sus veces que, a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

2. Alejandra (Expediente T-5.861.646)

178. La señora Alejandra presentó acción de tutela en contra de la EPS Salud Total S.A., por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida, a la familia, a la vida digna, así como sus derechos sexuales y reproductivos. Indica la accionante que la entidad demandada se ha negado a suministrarle el tratamiento de fertilización in vitro, sugerido por su médico tratante, para que pueda desarrollar su “derecho a ser madre.”

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla no tuteló los derechos fundamentales invocados por la accionante pues consideró que no se configuraban los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha determinado para la procedencia de esta clase de tratamientos. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla.

179. A continuación, la Sala pasará a verificar si en el caso de los actores se cumplen los requisitos necesarios para acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos, en los términos de la Ley 1953 de 2019.

180. En cuanto a los requisitos de edad y condiciones de salud de la pareja infértil, la Sala advierte que la accionante aportó una orden de médico particular que no se encuentra adscrito a la red de prestadores de la EPS Salud Total. Sin embargo, la entidad accionada manifestó que la actora no radicó la respectiva autorización médica para que la entidad promotora de salud garantizara el tratamiento de reproducción asistida.

181. Por ende, la Corte Constitucional ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que, en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, asigne una cita con un médico especialista adscrito a dicha EPS para que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, se pronuncie respecto de la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto médico deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación del presente fallo y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida que requiere la accionante, en caso de ser procedente, en los términos expuestos en la presente sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

Así mismo, en caso de que exista una negativa de la junta de profesionales de la respectiva IPS, la accionante podrá acudir a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

En este mismo concepto, se deberá establecer si la infertilidad de la accionante es primaria, esto es, si no ha concebido hijos, como requisito para prescribir el tratamiento.

182. Si bien se observa que, prima facie, dadas sus condiciones de salud y los conceptos médicos allegados, el tratamiento adecuado para la accionante sería la fertilización in vitro, la Sala advierte que, en la medida en que se trata de recursos públicos, se debe constatar que la situación de salud descrita por la actora persiste al momento del fallo, en consideración al tiempo transcurrido desde la presentación de la acción de tutela. En tal sentido, se debe verificar la viabilidad médica del tratamiento de reproducción asistida para que la tutelante acceda a la financiación parcial y excepcional del tratamiento, en cumplimiento de lo previsto por la Ley 1953 de 2019.

183. En relación con el número de ciclos que deben realizarse y su frecuencia, la Corte considera que este aspecto debe ser precisado por el médico tratante en la certificación mediante la cual se pronuncie sobre la viabilidad del tratamiento de fertilización in vitro, con un máximo de tres.

184. De igual modo, respecto de la falta de capacidad económica de la pareja, es pertinente señalar que la ADRES deberá acreditar el cumplimiento de este requisito en los términos de la presente decisión. En este sentido, se reitera, el análisis de capacidad económica deberá partir del principio de proporcionalidad y del criterio de gastos soportables. Además, los solicitantes deberán realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de fertilización in vitro autorizados.

Por consiguiente, para la Sala es claro que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilización in vitro vulnera otros derechos fundamentales.

186. En este orden de ideas, la Sala revocará la decisión del juez de segunda instancia para, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, se ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que: (i) asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación de este fallo; y (ii) en caso de que la accionante acuda a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su designación.

A su turno, una vez se cuente con el concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, en el término perentorio de un mes contado a partir del momento en que reciba el concepto médico (que puede ser remitido por la accionante o por la EPS) la ADRES: (i) deberá verificar únicamente el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) deberá establecer el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y (iii) remitirá su concepto a la EPS para que practique el procedimiento de fertilización in vitro.

Finalmente, se ordenará a la EPS accionada o a quien haga sus veces que, a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

3. Teresa (Expediente T-5.868.783)

187. Por medio de la acción de tutela, la ciudadana Teresa reclamó la protección de sus derechos fundamentales a la salud sexual y reproductiva y a la familia. Como consecuencia de ello, pidió que se ordene a COOMEVA EPS autorizar el tratamiento de fertilización in vitro con técnica ICSI que requiere para procrear un hijo biológico.

El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Oralidad de Cali, el cual declaró improcedente la tutela. Impugnada esta decisión, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la entidad accionada autorizar el tratamiento denominado fertilización in vitro con técnica ICSI, así como los exámenes diagnósticos y medicamentos que fueran requeridos.

188. La Corte Constitucional observa que el fundamento del juez de segunda instancia para acceder a lo pretendido fue la vulneración del principio de continuidad, toda vez que ya se había iniciado un tratamiento para atender la endometriosis severa que padece y que el procedimiento de fertilización in vitro se deriva de dicha patología.

189. No obstante lo anterior, esta Corporación estima necesario modificar la orden proferida por el juez de segunda instancia en el proceso de la referencia, toda vez que omitió fijar un límite al número de ciclos que deben llevarse a cabo para su tratamiento. En este sentido, se autorizarán únicamente los intentos que falten hasta completar un total de tres, debido a que este es el límite máximo definido por la presente sentencia para la financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida con cargo a recursos públicos. En el evento de haberse llevado a cabo tres o más ciclos al momento de la notificación de la presente providencia, no se garantizará ningún intento adicional. Por último, en ningún caso se podrá interrumpir un intento o ciclo ya iniciado.

190. Por consiguiente, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de segunda instancia y modificará las órdenes previstas en la misma, con el fin de garantizar el principio de continuidad en la prestación del derecho fundamental y servicio público de salud.

4. Paula (Expediente T-5.884.441)

191. Paula presentó acción de tutela en contra de Cruz Blanca EPS, por considerar que la negativa de la accionada a autorizar el procedimiento denominado “estimulación de la donante, fertilización in vitro con donación de óvulos”, desconoce sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana. El Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí denegó la acción de tutela de la referencia.

192. A continuación, la Sala pasará a verificar si en el caso de los actores se cumplen los

requisitos necesarios para acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos, en los términos de la Ley 1953 de 2019.

193. En cuanto a los requisitos de edad y condiciones de salud de la pareja infértil, la Sala advierte que en el expediente no figura orden de profesional de la salud tratante adscrito a Cruz Blanca EPS que prescriba la fertilización in vitro con donación de óvulos. Así mismo, no figura orden alguna de un médico particular que autorice dicho tratamiento de reproducción asistida.

No obstante, a partir de las pruebas allegadas, especialmente de la copia de las historias clínicas aportadas, esta Corporación advierte que la accionante presenta un diagnóstico de infertilidad primaria, con estados menopáusicos y climatéricos femeninos. De conformidad con lo anterior, el tratamiento de fertilización in vitro es una alternativa adecuada para que la accionante pueda procrear un hijo.

194. Por ende, la Corte Constitucional ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que, en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, asigne una cita con un médico especialista adscrito a dicha EPS para que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, se pronuncie respecto de la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto médico deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación del presente fallo y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida que requiere la accionante, en caso de ser procedente, en los términos expuestos en la presente sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

Así mismo, en caso de que exista una negativa de la junta de profesionales de la respectiva IPS, la accionante podrá acudir a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la

solicitante, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

En este mismo concepto, se deberá establecer si la infertilidad de la accionante es primaria, esto es, si no ha concebido hijos, como requisito para prescribir el tratamiento.

195. Si bien se observa que, prima facie, dadas sus condiciones de salud y los conceptos médicos allegados, el tratamiento adecuado para la accionante sería la fertilización in vitro, la Sala advierte que, en la medida en que se trata de recursos públicos, se debe constatar que la situación de salud descrita por la actora persiste al momento del fallo, en consideración al tiempo transcurrido desde la presentación de la acción de tutela. En tal sentido, se debe verificar la viabilidad médica del tratamiento de reproducción asistida para que la tutelante acceda a la financiación parcial y excepcional del tratamiento, en cumplimiento de lo previsto por la Ley 1953 de 2019.

196. En relación con el número de ciclos que deben realizarse y su frecuencia, la Corte considera que este aspecto debe ser precisado por el médico tratante en la certificación mediante la cual se pronuncie sobre la viabilidad del tratamiento de fertilización in vitro, con un máximo de tres.

197. De igual modo, respecto de la falta de capacidad económica de la pareja, es pertinente señalar que la ADRES deberá acreditar el cumplimiento de este requisito en los términos de la presente decisión. En este sentido, se reitera, el análisis de capacidad económica deberá partir del principio de proporcionalidad y del criterio de gastos soportables. Además, los solicitantes deberán realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de fertilización in vitro autorizados.

198. Finalmente, en cuanto a la vulneración o amenaza inminente de otros derechos fundamentales, la Sala considera que la accionante acredita este requisito dado que, de conformidad con la valoración psicológica aportada en sede de revisión, la posibilidad de procrear un hijo “es de vital importancia para la accionante”, en la medida en que, según este concepto, la ausencia de esta posibilidad afecta su proyecto de vida personal y en pareja. Además, se resalta que la actora siente que la imposibilidad de lograr la maternidad “le está robando su alegría, su espontaneidad, sus motivaciones” .

199. En este orden de ideas, la Sala revocará la decisión del juez de segunda instancia para, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, se ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que: (i) asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación de este fallo; y (ii) en caso de que la accionante acuda a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su designación.

A su turno, una vez se cuente con el concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, en el término perentorio de un mes contado a partir del momento en que reciba el concepto médico (que puede ser remitido por la accionante o por la EPS) la ADRES: (i) deberá verificar el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) deberá establecer el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos,; y (iii) remitirá su concepto a la EPS para que practique el procedimiento de fertilización in vitro.

Finalmente, se ordenará a la EPS accionada o a quien haga sus veces que, a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

5. Andrea (Expediente T-5.931.125)

200. La señora Andrea solicitó, a través de la acción de tutela, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la salud sexual, reproductiva y mental. Relata la actora que, en ejercicio del derecho fundamental de petición, presentó una solicitud a la EPS accionada para que se autorizara un tratamiento de fertilización in vitro, con ocasión de sus patologías, las cuales no le permiten lograr un embarazo satisfactorio.

El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cúcuta negó la protección de los derechos

fundamentales alegados por la actora. Así mismo, la referida providencia fue confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta.

201. A continuación, la Sala pasará a verificar si en el caso de los actores se cumplen los requisitos necesarios para acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos, en los términos de la Ley 1953 de 2019.

202. En cuanto a los requisitos de edad y condiciones de salud de la pareja infértil, la Sala advierte que en el expediente no figura orden de profesional de la salud tratante adscrito a Cafesalud EPS que prescriba la fertilización in vitro. Así mismo, no figura orden alguna de un médico particular que autorice dicho tratamiento de reproducción asistida.

No obstante, a partir de las pruebas allegadas, especialmente de la copia de las historias clínicas aportadas, esta Corporación advierte que la accionante presenta un diagnóstico de infertilidad derivado de dos embarazos ectópicos y dos salpingectomías. De conformidad con lo anterior, el tratamiento de fertilización in vitro es una alternativa adecuada para que la accionante pueda procrear un hijo.

203. Por ende, la Corte Constitucional ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que, en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, asigne una cita con un médico especialista adscrito a dicha EPS para que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, se pronuncie respecto de la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto médico deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación del presente fallo y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida que requiere la accionante, en caso de ser procedente, en los términos expuestos en la presente sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

Así mismo, en caso de que exista una negativa de la junta de profesionales de la respectiva

IPS, la accionante podrá acudir a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

En este mismo concepto, se deberá establecer si la infertilidad de la accionante es primaria, esto es, si no ha concebido hijos, como requisito para prescribir el tratamiento.

204. Si bien se observa que, prima facie, dadas sus condiciones de salud y los conceptos médicos allegados, el tratamiento adecuado para la accionante sería la fertilización in vitro, la Sala advierte que, en la medida en que se trata de recursos públicos, se debe constatar que la situación de salud descrita por la actora persiste al momento del fallo, en consideración al tiempo transcurrido desde la presentación de la acción de tutela. En tal sentido, se debe verificar la viabilidad médica del tratamiento de reproducción asistida para que la tutelante acceda a la financiación parcial y excepcional del tratamiento, en cumplimiento de lo previsto por la Ley 1953 de 2019.

205. En relación con el número de ciclos que deben realizarse y su frecuencia, la Corte considera que este aspecto debe ser precisado por el médico tratante en la certificación mediante la cual se pronuncie sobre la viabilidad del tratamiento de fertilización in vitro, con un máximo de tres.

206. De igual modo, respecto de la falta de capacidad económica de la pareja, es pertinente señalar que la ADRES deberá acreditar el cumplimiento de este requisito en los términos de la presente decisión. En este sentido, se reitera, el análisis de capacidad económica deberá partir del principio de proporcionalidad y del criterio de gastos soportables. Además, los solicitantes deberán realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de fertilización in vitro autorizados.

207. Finalmente, en cuanto a la vulneración o amenaza inminente de otros derechos fundamentales, la Sala estima que la accionante demostró este requisito. En efecto, en reiteradas ocasiones ha referido que los embarazos ectópicos que ha tenido y que no han culminado en el nacimiento de un hijo han originado “un hueco” en sus sentimientos y emociones. Así mismo, manifiesta que no ha recibido una adecuada información en relación

con las alternativas de las cuales dispone, respecto de los tratamientos de reproducción asistida.

Por consiguiente, para la Sala es claro que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilización in vitro vulnera otros derechos fundamentales.

208. En este orden de ideas, la Sala revocará la decisión del juez de segunda instancia para, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, se ordenará a la EPS accionada o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de proferirse esta sentencia que: (i) asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación de este fallo; y (ii) en caso de que la accionante acuda a un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su designación.

A su turno, una vez se cuente con el concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, en el término perentorio de un mes contado a partir del momento en que reciba el concepto médico (que puede ser remitido por la accionante o por la EPS) la ADRES: (i) deberá verificar únicamente el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) deberá establecer el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y (iii) remitirá su concepto a la EPS para que practique el procedimiento de fertilización in vitro.

Finalmente, se ordenará a la EPS accionada o a quien haga sus veces que, a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

Conclusiones

209. En esta oportunidad, correspondió a la Sala establecer si la decisión de las entidades promotoras de salud, consistente en negarse a garantizar la práctica de tratamientos de

fertilización in vitro —que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC pero el acceso a ellos está previsto en la Ley 1953 de 2019— a personas que han sido diagnosticadas con infertilidad quienes sostienen que la alternativa de tratamiento más adecuada es el procedimiento médico ya referido y cuyo propósito de concebir hijos mediante asistencia científica involucra, prima facie, sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y sus derechos reproductivos, desconoce tales garantías constitucionales.

Para resolver el problema jurídico enunciado, la Sala Plena abordó asuntos como (i) la jurisprudencia constitucional en materia de tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción asistida; (ii) los derechos fundamentales y su contenido. Distinción entre su faceta de exigibilidad inmediata y su faceta prestacional; (iii) los derechos reproductivos y su faceta prestacional; (iv) el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y los principios que lo gobiernan; (v) el principio de progresividad y no retroceso en la faceta prestacional del derecho a la salud; (vi) los tratamientos de reproducción humana asistida (TRA) y su garantía mediante el sistema público de salud en el derecho comparado; y (vii) el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de conformidad con lo previsto por la Ley 1953 de 2019 y la Sentencia C-093 de 2018.

210. A partir de las consideraciones expuestas, la Sala Plena encontró acreditada la existencia de un déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos debido a la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de fertilización in vitro. Al respecto, consideró que el derecho reproductivo al acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos presenta una dimensión de exigibilidad inmediata y otra de cumplimiento progresivo. En cuanto a la primera faceta, las obligaciones estatales implican la no interferencia en la práctica de tales tratamientos y suponen, así mismo, el acceso al diagnóstico y el tratamiento para la infertilidad en sentido general. A su turno, en relación con la segunda, el Estado tiene una serie de deberes en el marco de las reglas aplicables al principio de progresividad.

211. En este sentido, pese a la expedición de la Ley 1953 de 2019, esta situación persiste mientras se encuentre pendiente la reglamentación que debe dictar el Ministerio de Salud y

Protección Social, en cumplimiento del artículo 4º de dicha norma. Sobre el particular, en el fundamento jurídico 167 de la presente providencia, la Sala destacó que la regulación que dicte el Ministerio de Salud, en su momento, podrá adoptar las pautas interpretativas establecidas por la Corte y que, en el marco de su potestad normativa, podría incluir otros aspectos como (i) la implementación de un sistema de turnos y (ii) la definición de criterios de priorización, en razón de factores objetivos como la afectación de derechos fundamentales involucrados, el orden de las solicitudes o la edad de los pacientes.

212. Así mismo, la Corte destacó que la Ley 1953 de 2019 ordena el desarrollo de una política pública de infertilidad, garantiza el derecho de acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida con cargo a recursos públicos y establece una serie de condiciones para tales efectos.

Sin embargo, esta Corporación evidenció que la financiación completa y en todos los casos de los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) sería contraria a la Ley 1953 de 2019 y a la Sentencia C-093 de 2018. Además, implicaría un desconocimiento de los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera del sistema.

En este sentido, a partir de un ejercicio de ponderación, se determinó que las accionantes tienen derecho a que se verifique, en cada caso, el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley 1953 de 2019 y, eventualmente, a acceder a la financiación excepcional y parcial de tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) con cargo a recursos públicos, en caso de cumplir con tales parámetros.

213. De este modo, aunque sin lugar a dudas la reglamentación de los requisitos para acceder a técnicas de reproducción asistida corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social, la Sala concluyó que, mientras se dicta dicha reglamentación, no pueden hacerse nugatorios los derechos de las personas y parejas con infertilidad, cuyo déficit de protección fue constatado en la presente providencia y ha sido reconocido en varias decisiones de esta Corporación.

Por ende, corresponde a esta Corporación, en su rol de juez constitucional, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual en el presente caso, ello implica dotar de contenido las categorías que el Legislador definió para el acceso a tratamientos de

reproducción asistida de manera provisional, esto es, hasta que el Gobierno Nacional expida el acto administrativo correspondiente.

214. Para establecer tales requisitos, la Sala evidenció una tensión clara entre varios derechos e intereses protegidos por el Constituyente, ante la cual estimó que se requería de fórmulas de solución que permitieran armonizar y ponderar los aspectos constitucionales en pugna. Por consiguiente, la Corte desarrolló los requisitos contenidos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 en los siguientes términos:

(214) Los requisitos de edad, condiciones de salud de la pareja infértil, número de ciclos que deben realizarse (máximo tres), frecuencia y tipo de infertilidad (únicamente primaria) serán determinados por el médico tratante respectivo, de conformidad con los lineamientos previstos por la presente providencia.

(214) Los requisitos de capacidad económica y vulneración o afectación de los derechos fundamentales deberán ser verificados por la ADRES, hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social dicte la regulación ordenada en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 y defina la autoridad que debe evaluar que se acrediten tales condiciones.

215. En síntesis, el procedimiento para el acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad se compondrá de los siguientes pasos:

(215) Se requiere contar con un concepto favorable de un médico especialista adscrito a la EPS o de un grupo de especialistas cuando se trate de una orden dictada por un médico particular. En este concepto se verificará el cumplimiento de los requisitos de edad, condiciones de salud de la pareja infértil, se establecerá el número de ciclos (máximo tres intentos) y su frecuencia. Además, se verificará que se trate de personas o parejas con infertilidad primaria, es decir, que no hayan tenido previamente hijos.

(215) Una vez se cuente con dicho concepto, corresponde a la ADRES recibir la solicitud respectiva y verificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad económica y la vulneración o afectación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.

(215) Una vez se cuente con el segundo concepto, emitido por la ADRES, se remitirá a la EPS respectiva para que se practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

En todo caso, dicho procedimiento debe tener en cuenta la totalidad de requisitos que fueron establecidos en la presente providencia, particularmente en el fundamento jurídico 160.

216. Finalmente, la Corte determinó que, en principio, será la ADRES (y no los jueces de tutela) la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 mientras el Ministerio de Salud y Protección Social dicta la regulación que debe proferir en cumplimiento de la citada norma.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 5 de julio de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali que, a su vez, confirmó la decisión de primera instancia dictada el 30 de marzo de 2016 por el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de los accionantes Laura y Roberto a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y a la salud, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

. ORDENAR a la EPS COOMEVA o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en los cinco (5) días posteriores a la notificación del presente fallo, asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro solicitado por Laura. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente decisión y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida, en

caso de ser procedente, en los términos del fundamento jurídico 160 de esta sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su conformación.

Igualmente, en el evento en que la accionante decida acudir a un médico particular y, en caso de que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su designación.

. ORDENAR a la EPS COOMEVA o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante Laura a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

. REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 26 de enero de 2016 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla que, a su vez, confirmó la decisión de primera instancia dictada el 13 de noviembre de 2015 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de la accionante Alejandra a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y a la salud, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

. ORDENAR a la EPS Salud Total o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en los cinco (5) días posteriores a la notificación del presente fallo, asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro solicitado por Alejandra. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente decisión y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida, en

caso de ser procedente, en los términos del fundamento jurídico 160 de esta sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su conformación.

Igualmente, en el evento en que la accionante decida acudir a un médico particular y, en caso de que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su designación.

. ORDENAR a la ADRES que, en el término de un mes contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante Alejandra: (i) verifique el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) establezca el porcentaje que debe ser financiado con cargo a los recursos públicos; y (iii) remita inmediatamente su concepto favorable a la EPS Salud Total o a quien haga sus veces.

. ORDENAR a la EPS Salud Total o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante Alejandra a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de segunda instancia proferido el 7 de junio de 2016 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali que, a su vez revocó, la decisión de primera instancia emitida el 26 de abril de 2016 por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Oralidad de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela interpuesta por Teresa contra la EPS COOMEVA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión. En este sentido, ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión, en los siguientes términos: se autorizarán únicamente los intentos que falten hasta completar un total de tres, toda vez que este es el límite máximo definido por la presente sentencia para la financiación parcial con cargo a recursos públicos, de tratamientos de reproducción asistida. En el evento

de haberse llevado a cabo tres o más ciclos al momento de la notificación de la presente providencia, no se garantizará ningún intento adicional. Por último, en ningún caso se podrá interrumpir un intento o ciclo ya iniciado.

. REVOCAR la sentencia de única instancia proferida el 1° de agosto de 2016 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de Paula a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y a la salud, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

. ORDENAR a la EPS Cruz Blanca o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en los cinco (5) días posteriores a la notificación del presente fallo, asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro solicitado por Paula. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente decisión y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida, en caso de ser procedente, en los términos del fundamento jurídico 160 de esta sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su conformación.

Igualmente, en el evento en que la accionante decida acudir a un médico particular y, en caso de que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su designación.

. ORDENAR a la ADRES que, en el término de un mes contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante Paula: (i) verifique el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) establezca el porcentaje que

debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y (iii) remita inmediatamente su concepto favorable a la EPS Cruz Blanca o a quien haga sus veces.

. ORDENAR a la EPS Cruz Blanca o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante Paula a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

. REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de abril de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta que, a su vez, confirmó la decisión de primera instancia dictada el 14 de marzo de 2016 por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de Andrea a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a conformar una familia, a la igualdad y a la salud, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

. ORDENAR a la EPS Medimás (como cesionaria de la posición contractual de la EPS Cafesalud) o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en los cinco (5) días posteriores a la notificación del presente fallo, asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro solicitado por Andrea. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente decisión y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida, en caso de ser procedente, en los términos del fundamento jurídico 160 de esta sentencia.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, la accionante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su conformación.

Igualmente, en el evento en que la accionante decida acudir a un médico particular y, en caso de que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo

interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Este grupo deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su designación.

. ORDENAR a la ADRES que, en el término de un mes contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante Andrea: (i) verifique el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) establezca el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y (iii) remita inmediatamente su concepto favorable a la EPS Medimás o a quien haga sus veces.

. ORDENAR a la EPS Medimás o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante Andrea a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

. ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que el nombre de las accionantes sea suprimido de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ORDENAR por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, a todas las autoridades judiciales que fungieron como jueces de instancia en el presente proceso que mantengan la reserva sobre el expediente para salvaguardar la intimidad de los demandantes.

. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con impedimento aceptado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

ANEXO No. 1

1. 1. Laura y Roberto (Expediente T-5.761.833)

Laura y su esposo, el señor Roberto interpusieron acción de tutela contra Coomeva EPS, por considerar que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal al negarles “la posibilidad de ser padres” toda vez que, en su sentir, la maternidad y la paternidad forman parte del proyecto de vida de la persona y la pareja.

A. Hechos y pretensiones

1. 1. La señora Laura, de 33 años de edad, y su esposo, el señor Roberto, de 35 años de edad, expresan en su escrito de tutela que tomaron la decisión de concebir un hijo. Sin embargo, manifiestan que descubrieron algunas dificultades de salud que les han impedido el aludido propósito.

2. Relatan los tutelantes que la accionante se encuentra afiliada a la EPS Coomeva en el Régimen Contributivo y que ha solicitado a dicha entidad, desde marzo de 2013, atención médica para sus problemas de salud relacionados con su infertilidad.

3. En su escrito de tutela, los accionantes narran que la actora ha sido atendida por varios especialistas que han diagnosticado distintas enfermedades en su sistema reproductivo. Estos padecimientos han tenido como consecuencia la “infertilidad femenina de origen tubárico” que afecta a la peticionaria.

4. Ante esta circunstancia, manifiestan los tutelantes que los médicos tratantes concluyeron que la actora “necesita una técnica de reproducción asistida (fertilización in vitro)” para procrear hijos. Sin embargo, explican que también le informaron a la tutelante que los problemas de infertilidad “son una exclusión” y que las terapias de reproducción asistida no tienen cobertura en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

5. De acuerdo con las historias clínicas y los certificados que obran en el expediente, el tratamiento médico de las patologías de la accionante con los galenos tratantes adscritos a

su EPS se ha desarrollado de manera continua.

6. Aducen los actores que, debido a la ausencia de una solución definitiva al problema y la inconformidad con respecto a los servicios médicos brindados por los prestadores adscritos a Coomeva EPS, acudieron al Centro de Reproducción Humana Fecundar, entidad de naturaleza privada. El resumen de la historia clínica del 4 de agosto de 2014 emitido por dicho centro médico establece que la paciente tiene un diagnóstico de “infertilidad factor femenino por anovulación por síndrome de ovario poliquístico, factor tubárico.” Finalmente, señala que “sólo a través de ciclos de fertilización in vitro se logrará el embarazo deseado”.

7. Los accionantes afirman que carecen de capacidad económica para asumir los gastos relacionados con el tratamiento necesario para que la tutelante pueda concebir un hijo. En tal sentido, alegaron que, para acudir a Fecundar y obtener un diagnóstico acertado, debieron hacer un gran esfuerzo económico y recurrir a donaciones de familiares.

B. Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali avocó el conocimiento de la acción de tutela y vinculó, en calidad de tercero con interés, al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

Respuesta del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA)

La institución pidió al juez abstenerse de proferir pronunciamiento alguno respecto de la facultad de recobro ante el FOSYGA, con el fin de que la EPS utilice los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin. Lo anterior, habida cuenta de la posibilidad de afectar el patrimonio público y vulnerar el principio de legalidad del gasto público cuando los reconocimientos a los que hubiere lugar con cargo a los recursos del FOSYGA no son tramitados en debida forma.

En relación con la petición formulada por los accionantes, afirmó que el procedimiento denominado “tratamiento de fertilización in vitro” no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), toda vez que no se encuentra descrito en la Resolución 5529 de 2015. Agregó que las EPS solo están obligadas, en principio, a suministrar las prestaciones del listado

oficial de beneficios del POS. No obstante lo anterior, recordó que las EPS tienen el deber de velar por la protección de la salud y la vida de los afiliados.

Finalmente, indicó que la Corte Constitucional ha establecido que, para evaluar las solicitudes de servicios de salud a través de la acción de tutela, se debe verificar si el tratamiento o medicamento requerido: (i) fue prescrito por un médico tratante adscrito a la EPS; (ii) su ausencia amenaza el derecho a la vida del accionante; (iii) no puede ser sustituido por otro incluido en el Plan Obligatorio de Salud; y (iv) el paciente carece de la capacidad económica para sufragarlo con sus propios recursos.

Respuesta de Coomeva EPS

La entidad accionada solicitó declarar improcedente el amparo invocado puesto que, a su juicio, no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales de los accionantes por parte de Coomeva EPS.

En primer lugar, consideró que la negativa de la EPS de garantizar la práctica del procedimiento de fertilización in vitro se encuentra plenamente justificada, toda vez que el diagnóstico de la paciente (con base en el cual se solicita el tratamiento) no compromete su integridad física y la ausencia del aludido tratamiento no implica un riesgo para la salud y la vida de la tutelante. Por ende, expresó que no se evidencia la afectación de ningún derecho fundamental en la decisión tomada por Coomeva EPS.

En segundo lugar, advirtió que el procedimiento solicitado por la accionante se encuentra dentro de las exclusiones taxativas del Plan Obligatorio de Salud, toda vez que el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 establece los tratamientos para la infertilidad como prestaciones excluidas de cobertura. En esta medida, la EPS Coomeva añadió que, en el caso de la peticionaria, la institución no ha afectado el derecho fundamental a la salud con la decisión de negarse a autorizar la intervención médica.

Por último, la EPS accionada afirmó que no se encuentra obligada a garantizar el tratamiento de fertilización, pues la entidad funge como aseguradora exclusivamente en relación con servicios de salud y ello no incluye la maternidad de la accionante y su deseo de conformar una familia. Al respecto, la institución indicó que la señora tutelante puede acudir a la adopción si desea convertirse en madre. Así mismo, sostuvo que la acción de tutela es

improcedente para reclamar tratamientos de fertilidad.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, en sentencia de 30 de marzo de 2016, “denegó por improcedente” el amparo impetrado, con fundamento en los siguientes argumentos:

Consideró que a tutela interpuesta carecía del requisito de inmediatez, dado que los últimos análisis y valoraciones médicas de la actora aportados al proceso datan de finales de 2014, motivo por el cual no es posible establecer cuál fue el seguimiento que tuvo la condición médica de la accionante.

Estimó que los accionantes no lograron demostrar la vulneración de derecho fundamental alguno, toda vez que lo pretendido por ellos es la autorización de un tratamiento de fertilización in vitro, pues no se trata de un derecho en sí mismo ni puede protegerse por conexidad con ningún otro “de primera generación”. En consonancia con lo anterior, consideró que no se había acreditado la afectación al derecho fundamental a la salud puesto que “el deseo de la accionante de ser madre no significa una enfermedad que ponga en peligro la vida o la integridad de la paciente”.

Aseveró que no existe justificación para que el Estado asuma el costo del tratamiento de fertilización in vitro, dado que es una intervención especial que no se encuentra dentro del POS y que no se relaciona con los derechos a la vida e integridad de la tutelante. Además, señaló que se trata de un procedimiento cuyos resultados son inciertos.

Finalmente, recordó que la Corte Constitucional ha considerado improcedente la tutela para garantizar el derecho a la maternidad a través de tratamientos de fertilización in vitro.

Impugnación

Mediante escrito radicado el 6 de abril de 2016, los accionantes impugnaron la decisión del juez de primera instancia. En su criterio, el fallador omitió el análisis de varios de los

fundamentos de hecho y de derecho aportados por la parte actora, en especial aquellos relacionados con la procedencia excepcional de la tutela para ordenar tratamientos de fertilidad.

Recordaron, en primer lugar, que aunque la Sentencia T-760 de 2008 estableció como regla general la improcedencia de los tratamientos de fertilidad, contempló también algunas excepciones, entre las cuales se encuentran los supuestos en los que la infertilidad es síntoma de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer. Para los tutelantes, su caso se encuadra en esta última situación.

Manifestaron que la razón por la cual no se pudo hacer seguimiento a la condición médica de la tutelante era la negligencia de Coomeva EPS para programar una cita de patología la cual, según los accionantes, solicitaron en repetidas ocasiones desde diciembre de 2014, sin obtener su asignación. Así, sostuvieron que su pretensión consiste en que se ordene a la accionada continuar con el tratamiento para el síndrome de ovarios poliquísticos, la endometriosis y demás enfermedades que padece la peticionaria, así como la infertilidad femenina derivada de tales patologías, aspectos que la EPS se ha negado a seguir tratando. A juicio de los actores, ello vulnera el deber de continuidad en la atención médica.

Agregaron que el juez de primera instancia no advirtió la vulneración del derecho a la salud, la cual se configuró con el desconocimiento de su faceta sexual y reproductiva y con la omisión de la EPS en su deber de realizar un diagnóstico adecuado.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, en providencia del 5 de julio de 2016, confirmó la decisión proferida por el a quo en el trámite del asunto de la referencia. En criterio del despacho, la EPS no estaba obligada legalmente a asumir el tratamiento de fertilización in vitro requerido por los accionantes, toda vez que dicho servicio no se encontraba incluido en el POS y no fue ordenado por el médico tratante. Sobre este particular, el fallador indicó que la tutelante inició por su cuenta el tratamiento de fertilidad en el Centro de Reproducción Humana Fecundar, con especialistas no adscritos a Coomeva EPS.

Explicó que la Corte Constitucional ha estimado improcedente la extensión de la cobertura del POS a los tratamientos de fertilidad y precisó que el caso de la accionante no se

encontraba cobijado por las excepciones establecidas en la jurisprudencia.

Además, concluyó que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la información proporcionada por la entidad accionada respecto de la negativa de asumir el tratamiento de fertilización in vitro fue clara y señaló que no puede ordenarse la continuidad del mismo, toda vez que la entidad accionada no ha iniciado procedimiento alguno, precisamente por hallarse excluida del POS esta intervención clínica. En consecuencia, la acción de tutela no resulta procedente en el presente caso.

Finalmente, recordó que la Corte Constitucional exhortó al Gobierno Nacional y al Ministerio de Salud y Protección Social para revisar la situación que deben enfrentar las personas que padecen de infertilidad y que no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida. No obstante, se negó a acceder a lo pretendido por los actores, pues consideró que no existía obligación alguna para la EPS de asumir la prestación aludida.

2. Alejandra (Expediente T-5.861.646)

Alejandra presentó acción de tutela en contra de la EPS Salud Total S.A., por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida, a la familia, a la vida digna, así como sus derechos sexuales y reproductivos. Indica la accionante que la entidad demandada se ha negado a suministrarle el tratamiento de fertilización in vitro, sugerido por su médico tratante, para que pueda desarrollar su “derecho a ser madre”.

A. Hechos y pretensiones

1. La tutelante, de 33 años de edad, se encuentra afiliada a la EPS accionada en el Régimen Contributivo. Señala que ha acudido a diversos profesionales de la salud, desde el año 2009, con el fin de consultar acerca de sus problemas de fertilidad.

2. Relata que ha presentado diversas patologías en su sistema reproductivo, entre las que se encuentran: endometriosis, miomatosis uterina, quistes foliculares y cuerpos albicans en ovarios.

3. Indica que las referidas condiciones clínicas han sido atendidas por los médicos tratantes adscritos a Salud Total EPS. Sin embargo, dicho tratamiento ha sido insuficiente para permitir

un embarazo.

4. El 12 de agosto de 2015, un especialista en ginecología y obstetricia le prescribió a la accionante un procedimiento de fertilización in vitro.

5. Manifiesta que, en la actualidad, tiene un hogar conformado y que desea tener un hijo. Sin embargo, la negativa de la entidad accionada a autorizar el tratamiento de fertilización in vitro le ha ocasionado graves inconvenientes psicológicos y en su relación de pareja.

B. Actuación procesal

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla admitió la acción de tutela el 23 de octubre de 2015 y vinculó a la Clínica La Asunción. Posteriormente, el 9 de noviembre de la misma anualidad, remitió al médico que prescribió el citado tratamiento un cuestionario para ilustrar al despacho acerca de la situación médica de la accionante.

El señaló que la accionante no tiene ninguna patología que ponga en riesgo su vida. Así mismo, afirmó que no era necesario practicar más exámenes para precisar la condición de infertilidad de la actora y que su mayor posibilidad de quedar en embarazo sería a través de la técnica de reproducción asistida de fertilización in vitro. Por último, añadió que el referido procedimiento clínico no pone en peligro la vida de ninguna paciente.

En su contestación, la empresa promotora de salud demandada solicitó denegar la acción de tutela por no existir violación alguna de los derechos fundamentales de la tutelante. Subsidiariamente, pidió que se reconociera la facultad de recobro ante el FOSYGA por los elevados costos del tratamiento.

Aseveró que, en todo momento, ha prestado los cuidados médicos requeridos por la accionante para el tratamiento de su patología, en los aspectos médicos y quirúrgicos respectivos. También, resaltó que ha autorizado diversos procedimientos diagnósticos y terapéuticos. No obstante, expresó que el tratamiento de fertilidad solicitado por la actora es una exclusión taxativa del Plan Obligatorio de Salud (POS). En razón de lo anterior, adujo que no era posible autorizar dicha intervención médica.

Agregó que la Sentencia T-311 de 2010, en la cual se reitera la improcedencia de la tutela para solicitar tratamientos de fertilidad, es un precedente judicial que el juez constitucional

debe tener en cuenta al momento de fallar. También, puso de presente que la accionante podía acudir a la adopción como mecanismo válido para desarrollar su proyecto de conformar una familia.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2015, decidió “no tutelar” los derechos fundamentales invocados por la accionante. Explicó que la jurisprudencia constitucional atinente a tratamientos de fertilidad ha considerado que la tutela es procedente en tres casos puntuales.

En el caso concreto, el juzgado descartó que existiera una amenaza para la salud o la vida de la paciente. Además, tampoco encontró probado que se hubiera iniciado algún tratamiento por parte de Salud Total EPS. Igualmente, añadió que la accionante puede recurrir a la adopción como alternativa para formar una familia, en el evento en el cual careciera de los recursos económicos para iniciar el procedimiento, pues en su criterio, si se generalizara el cubrimiento de estas intervenciones clínicas, se afectaría la sostenibilidad fiscal del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Impugnación

El apoderado de la accionante impugnó la providencia de primera instancia. En su escrito, refirió lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-528 de 2014, en la cual se exhortó al Gobierno Nacional para revisar la situación de las personas que presentan diagnósticos de infertilidad y no cuentan con los recursos para costear tratamientos de reproducción asistida.

Sentencia de segunda instancia

Después de reiterar varias decisiones de las Salas de Revisión de esta Corporación que niegan la procedencia de la tutela para garantizar tratamientos de fertilidad, señaló que la peticionaria no presenta padecimiento alguno que ponga en peligro su salud o su vida. Agregó que la actora no se pronunció acerca de su capacidad económica para asumir el procedimiento requerido, con cargo a sus propios recursos.

3. Teresa (Expediente T-5.868.783)

Por medio de la acción de tutela, Teresa reclamó la protección de sus derechos fundamentales a la salud sexual y reproductiva y a la familia. Como consecuencia de ello, pidió que se ordene a Coomeva EPS autorizar el tratamiento de fertilización in vitro con técnica ICSI que requiere para procrear un hijo.

A. Hechos y pretensiones

1. La accionante, de 39 años de edad, indica que ha padecido endometriosis severa desde sus 22 años. Manifiesta que a sus 36 años los dolores en su abdomen se hicieron insoportables y que, en esa ocasión, le recomendaron quedar en embarazo como solución a su problema de salud. Añade que ella y su compañero permanente desean tener un hijo, como parte de su proyecto de vida familiar.

2. De acuerdo con la copia de las historias clínicas aportadas al proceso, la tutelante padece de infertilidad secundaria por factor tubárico ovulatorio femenino y factor masculino, hormona antimulleriana baja, dolor pélvico crónico por endometriosis y dismenorrea severas con deterioro de calidad de vida. Además, en julio de 2015, le fue diagnosticado un mioma intramural, cuya malignidad fue descartada.

3. Relata la peticionaria que, ante la demora de Coomeva EPS en programar la cita médica con el especialista en ginecología, decidió sufragar la consulta con sus propios recursos en junio de 2015. En dicha oportunidad, el galeno ordenó una serie de exámenes, a partir de cuyos resultados prescribió un procedimiento denominado “fertilización in vitro con técnica ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides)”, dadas las particularidades del diagnóstico de la paciente.

4. El 24 de noviembre de 2015, el especialista solicitó al Comité Técnico Científico (CTC) de la EPS accionada la autorización para el mencionado tratamiento.

5. Sin embargo, el CTC de Coomeva EPS no aprobó el procedimiento requerido mediante oficio 201676018 del 5 de febrero de 2016. En dicha comunicación sostuvo que, según la Resolución 5521 de 2013, el servicio pedido era una exclusión expresa del Plan Obligatorio de Salud y la patología no ponía en riesgo la integridad personal de la paciente.

6. La actora manifiesta que esta decisión afecta su salud, en la medida que sus planes hacia el futuro se ven truncados debido a la negativa de la entidad accionada.

B. Actuación procesal

El juzgado de primera instancia avocó conocimiento del asunto mediante Auto de 13 de abril de 2016 en el cual, a su vez, vinculó al Ministerio de Salud-FOSYGA.

Respuesta de Coomeva EPS

Aseguró que la peticionaria cuenta con capacidad económica, toda vez que tanto la accionante como su cónyuge registran un ingreso base de cotización (IBC) elevado. En tal sentido y, habida cuenta de la presunción de capacidad económica contenida en el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011, la entidad accionada sostiene que la tutelante puede costear el tratamiento de fertilización in vitro que solicitó.

Adicionalmente, explicó que la enfermedad de la accionante no se encuentra dentro de aquellas que afectan o perjudican la vida, la dignidad y la salud de los pacientes. En consecuencia, estimó que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben destinarse a la prevención, curación y rehabilitación de enfermedades.

Resaltó que los tratamientos para la infertilidad son una de las exclusiones específicas del Plan Obligatorio de Salud (POS) y que tales prestaciones no deben ser financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación. Finalmente, indicó que en el presente caso no se cumplen los requisitos fijados por la Corte Constitucional para que procedan los tratamientos de fertilización in vitro.

Respuesta de Ministerio de Salud y Protección Social – (FOSYGA):

La entidad guardó silencio dentro del término procesal oportuno.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Oralidad de Cali declaró improcedente la tutela de la referencia en sentencia de 26 de abril de 2016.

En primer lugar, aseguró que el derecho a la procreación, pese a estar reconocido en cabeza de todas las personas, implica únicamente un deber de abstención. Por tanto, no puede extenderse hasta el punto de forzar al Estado a garantizar la paternidad o maternidad cuando las condiciones genéticas o humanas no lo permiten.

En segundo lugar, señaló que, aunque el tratamiento de fertilización in vitro se encuentra excluido del POS, la Corte Constitucional ha determinado la viabilidad de su garantía en sede de acción de tutela en los tres supuestos identificados por la Sentencia T-274 de 2015, siempre que se cumplan las subreglas jurisprudenciales establecidas para la garantía de servicios de salud excluidos del POS.

De acuerdo con dichos presupuestos, el a quo puso de presente que la negativa del Estado a brindar acceso al tratamiento de fertilización in vitro puede afectar los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, así como el proyecto de vida de la paciente. Además, consideró demostrado que el procedimiento no podía ser sustituido por otro equivalente contemplado en el Plan de Beneficios.

Sin embargo, en relación con la capacidad económica, el fallador encontró acreditado que el núcleo familiar de la actora percibe un ingreso alto. Aunado a ello, indicó que la accionante no probó la existencia de obligaciones económicas que afectaran sus ingresos de manera sustancial o la ausencia de posibilidades de sufragar el tratamiento por sus propios medios. Por consiguiente, declaró la improcedencia de la acción de tutela, dado que la tutelante puede asumir el costo del procedimiento solicitado.

Impugnación

La accionante reiteró los hechos narrados en su escrito de tutela y añadió que, debido a su divorcio, los ingresos de su excónyuge no debían tenerse en cuenta para determinar su capacidad económica. Dicha situación, según afirma, fue informada a la EPS. Manifiesta que en la actualidad convive con un compañero permanente y que ambos son locatarios en un contrato de leasing habitacional, razón por la cual no pueden asumir los costos del tratamiento de fertilización in vitro.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, en sentencia de 7 de junio de 2016, revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la entidad demandada autorizar el tratamiento denominado fertilización in vitro con técnica ICSI, así como los exámenes diagnósticos y medicamentos que fueran requeridos.

La jueza consideró que la infertilidad de la accionante es consecuencia directa de la endometriosis severa que padece, la cual pone en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. Igualmente, expresó que el motivo de la petición del procedimiento de fertilización in vitro es “la continuidad del tratamiento de la endometriosis que empezó, habiendo (sic) sometida a tres intervenciones quirúrgicas y el tratamiento farmacéutico ordenado.”

Por este motivo, concedió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a Coomeva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, procediera a autorizar el tratamiento solicitado por la tutelante, así como “los exámenes diagnósticos y medicamentos que considere necesarios”.

4. Paula (Expediente T-5.884.441)

Paula presentó acción de tutela en contra de Cruz Blanca EPS, por considerar que la negativa de la accionada a autorizar el procedimiento denominado “estimulación de la donante, fertilización in vitro con donación de óvulos”, desconoce sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana.

A. Hechos y pretensiones

2. Relata que, desde hace aproximadamente nueve años, sufre de diversas patologías que menoscaban su salud. De acuerdo con sus historias clínicas, la paciente fue diagnosticada con infertilidad primaria de dos años, presenta estados menopáusicos y climatéricos femeninos.

3. Asegura que los profesionales de la salud adscritos a la entidad accionada se han limitado a diagnosticar sus enfermedades y que se han negado a prescribir los tratamientos de fertilidad que requiere debido a que los mismos se hayan excluidos del POS.

4. Afirma que el costo aproximado del tratamiento requerido es de \$35.000.000 y que carece

de los medios económicos para sufragarlo con cargo a sus propios recursos. Del material probatorio proporcionado por la accionante se evidencia que dicho valor corresponde a la estimulación de la donante y a tres ciclos del procedimiento de fertilización in vitro con donación de óvulos.

5. De los documentos aportados por la actora se colige que acudió, con cargo a sus propios recursos, al Centro de Fertilidad Humana InSer y que su diagnóstico fue: "Factor endocrino-metabólico: falla ovárica E283 - Osteoporosis".

6. La accionante declaró, bajo la gravedad del juramento, que se encuentra casada y convive actualmente con su cónyuge, con quien desea procrear. Explicó que, por la falta de un hijo, se pone en riesgo su matrimonio. Igualmente, manifestó que se desempeña como psicóloga y que actualmente no dispone de una fuente estable de ingresos económicos, salvo la atención de algunas consultas eventuales. Preciso que su esposo trabaja como auxiliar logístico y que su salario básico es de \$900.000. Por último, añadió que reside en vivienda propia, categorizada en el estrato socioeconómico tres.

7. En razón de lo anterior, solicita que se protejan sus derechos fundamentales, se le proporcione un tratamiento integral y se le conceda la exoneración de copagos por tratarse de un procedimiento de alto costo.

B. Actuación procesal

El juez de primera instancia, mediante providencia de 19 de julio de 2016, admitió la acción de tutela y solicitó la declaración de una profesional de la salud que había valorado previamente a la accionante. Sin embargo, al momento del fallo, dicha prueba no había sido recibida.

Igualmente, el fallador requirió a la accionante para que, en el término de dos días, rindiera testimonio acerca de los hechos que servían de fundamento a su solicitud de amparo. Tal diligencia fue surtida ante el despacho judicial el 21 de julio de 2016.

Respuesta de Cruz Blanca EPS

De forma extemporánea, la entidad accionada pidió denegar la acción de tutela de la referencia, en la medida en que sostiene que ha garantizado la prestación efectiva del

servicio de salud de la actora y que ha suministrado todos los tratamientos y medicamentos autorizados por los médicos tratantes. Para tal efecto, la EPS Cruz Blanca presentó una relación de las prestaciones y tecnologías proporcionadas a la actora. Finalmente, señaló que no debía accederse a la pretensión de tratamiento integral formulada por la tutelante.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de única instancia

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí denegó la acción de tutela de la referencia mediante sentencia del 1º de agosto de 2016.

En su decisión, el despacho tomó como referencia una de las reglas jurisprudenciales que ha sido reiterada por algunas salas de revisión de la Corte Constitucional. En virtud de dicho parámetro, existen tres supuestos en los cuales es posible garantizar, a través de acción de tutela, la prestación de tratamientos de fertilidad.

No obstante, consideró que el caso de la peticionaria no se enmarcaba en los escenarios que admiten protección por vía de amparo constitucional. Aunado a ello, indicó que no constaba en el expediente que el Comité Técnico Científico (CTC) de Cruz Blanca EPS se hubiera negado a prestar el servicio y que la manifestación del médico tratante en la historia clínica -según la cual explicó que los tratamientos de fertilidad no se hallaban cubiertos por el POS- no equivalía a una negativa. Igualmente, sugirió la adopción como alternativa para la situación familiar informada por la accionante.

5. Andrea (Expediente T-5.931.125)

La señora Andrea solicitó, a través de la acción de tutela, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la salud sexual, reproductiva y mental. Relata la accionante que, en ejercicio del derecho de petición, presentó una solicitud a la EPS Cafesalud para que se autorizara un tratamiento de fertilización in vitro, con ocasión de sus padecimientos médicos, los cuales no le permiten lograr un embarazo satisfactorio.

A. Hechos y pretensiones

1. La actora, de 31 años de edad, manifiesta en su escrito de tutela que tuvo dos embarazos ectópicos, hecho que derivó en la extracción de sus dos trompas de Falopio.

2. Añade que su médico tratante diagnosticó su infertilidad como de origen tubárico, ante lo cual el tratamiento de fertilización in vitro es, según afirma, el único medio para lograr un embarazo con óvulo propio. Ante esta circunstancia, elevó una petición a la EPS Cafesalud en la cual solicitó el procedimiento aludido.

3. Sin embargo, aduce que la EPS demandada no accedió a lo pretendido con fundamento en que el tratamiento requerido se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud y que la demandada había brindado la atención en salud integral y oportuna en la situación de la tutelante.

5. La actora expresa que carece de capacidad económica para costear el tratamiento requerido.

6. Con fundamento en lo anterior, la tutelante interpuso acción de tutela, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la familia y a la salud sexual, reproductiva y mental. Como consecuencia de ello, solicitó que se ordenara a la accionada practicar el procedimiento de fertilización in vitro “dentro del Plan Obligatorio de Salud”.

B. Actuación procesal

El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cúcuta admitió la acción de tutela mediante providencia del 4 de marzo de 2016 y vinculó al Ministerio Público.

Respuesta de Cafesalud EPS:

Pese a haber sido debidamente notificada, la entidad guardó silencio dentro del término procesal oportuno.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El referido fallador, mediante sentencia de 14 de marzo de 2016, decidió no tutelar los

derechos fundamentales invocados por la accionante.

En primer lugar, en relación con las prestaciones que no se encuentran expresamente cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud, resaltó que no es necesario que el paciente se encuentre al borde de la muerte para que el derecho fundamental a la salud sea amparado respecto de tales procedimientos médicos. Sin embargo, explicó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela para garantizar tratamientos de fertilidad únicamente procede en tres casos puntuales.

En segundo lugar, señaló que el deber del Estado consiste en no obstruir ni limitar el derecho de las personas a procrear, sin que sea factible predicar que ello implica que los recursos públicos dirigidos a la atención de problemas de salud realmente severos deban destinarse a satisfacer la intención de los padres de proyectarse genéticamente.

Por último, recalcó que no figura en el expediente orden de un médico tratante adscrito a la EPS Cafesalud que prescriba el tratamiento requerido por la actora, hecho que impide verificar la existencia de un criterio médico que acredite la pertinencia del procedimiento en cuestión. Por tal motivo, no consideró viable acceder a la protección solicitada.

Impugnación

En su escrito de impugnación, la peticionaria expresó que el a quo omitió analizar la regla jurisprudencial establecida en la Sentencia T-274 de 2015, de acuerdo con la cual procede la acción de tutela para ordenar tratamientos de fertilidad cuando la infertilidad es, en realidad, un síntoma o consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la integridad física o la vida de la mujer. Al respecto, señaló que “con base a mis pruebas presentadas en la tutela (sic) se muestra que mi infertilidad es producida por un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad”.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta, a través de fallo del 25 de abril de 2016, confirmó la decisión de primera instancia.

Con fundamento en la Sentencia T-274 de 2015, el fallador argumentó que la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre la infertilidad primaria y la secundaria y que únicamente

se ha otorgado protección mediante la tutela en este último caso. Además, adujo que la Corte ha establecido dos supuestos específicos en los cuales es procedente ordenar tratamientos de fertilidad mediante este mecanismo constitucional.

No obstante, puso de presente que la accionante no adjuntó las pruebas que demuestran los problemas de infertilidad que refirió en su escrito de tutela, sino que, simplemente, transcribió apartes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sin siquiera probar sumariamente su estado médico. Tales evidencias resultaban indispensables para que pudiera estudiarse de fondo la actuación de la EPS accionada y constatar la situación médica alegada por la tutelante para determinar si se configuraban los requisitos para la procedencia excepcional del amparo en relación con los tratamientos de fertilidad.

D. Actuaciones llevadas a cabo por la Corte Constitucional

1. Pruebas solicitadas para cada uno de los expedientes acumulados

De manera independiente, se formularon las siguientes solicitudes probatorias para cada uno de los casos acumulados:

(i) Se ofició a los médicos especialistas tratantes adscritos a las EPS accionadas, a aquellos que prescribieron los tratamientos de fertilización in vitro o atendieron a cada una de las tutelantes, para que profirieran, a partir de su diagnóstico, un concepto preciso en el cual explicaran las patologías de cada actora y expusieran “si los ciclos de fertilización o fecundación in vitro son el único tratamiento posible para que la accionante pueda concebir hijos biológicos”.

(ii) Solicitó a las EPS accionadas y a los centros privados de reproducción para que aportaran copia de todas las historias clínicas de las peticionarias que tuvieran en su poder, relacionadas con las patologías indicadas en los respectivos escritos de tutela. Dicha petición se formuló también a las accionantes.

(iii) Ordenó a los actores informar acerca de su situación económica actual, de sus ingresos y egresos mensuales y demás elementos relevantes para determinar sus condiciones económicas y allegar los documentos necesarios para acreditar tales afirmaciones.

1.1 Laura y Roberto (Expediente T-5.761.833)

Mediante Auto de 18 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional, además de solicitar las pruebas que requirió (en forma general) para cada una de las accionantes, vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social y pidió a la EPS Coomeva especificar los tratamientos que se le habían suministrado a la accionante Laura desde 2013 hasta la fecha e indicar si se ha pedido cita médica alguna a nombre de la actora a partir del 9 de diciembre de 2014.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

La institución señaló que el procedimiento de fecundación in vitro se considera una tecnología en salud y que, al momento en que se formuló la respuesta, no se encontraba descrito en la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) contenida en las Resoluciones 4678 de 2015 y 1352 de 2016. Sin embargo, puntualizó que tales actos administrativos se hallaban en proceso de actualización, con miras a incorporar, codificar y describir el citado tratamiento.

Por lo anterior, sostuvo que el proceso de fertilización in vitro no estaba cubierto por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, y que “de acuerdo a lo estipulado en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011 se constituiría en una prestación no financiada con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, de acuerdo a la interpretación del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 se plantearía como una exclusión del sistema de acuerdo a los literales d) y f)”.

Así las cosas, aseveró que a diferencia de la inseminación artificial (la cual se encontraba dentro de los procedimientos “que se cubren con la Unidad de pago por Capitación”), la fertilización in vitro no se hallaba en tal momento descrita en la CUPS, “por lo que se considera, como se mencionó anteriormente, una exclusión del sistema”.

Adicionalmente, enunció el listado de procedimientos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación que se relacionan con la infertilidad (masculina y femenina) y con las enfermedades del sistema reproductivo.

Para concluir, solicitó que en caso de que la acción de tutela prosperara, se ordenara a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud y que se brindaran a la afiliada “los servicios POS o NO POS que esta requiera”. De igual modo, se pidió a la Corte abstenerse de hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la facultad de recobro ante el

FOSYGA, para que la EPS accionada utilice los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin.

Respuesta de los médicos tratantes

La doctora Beatriz Eugenia Vinueza Núñez explicó que la endometriosis severa puede causar la infertilidad al comprometer la ovulación. Señaló que su origen es multifactorial, pero que tiene una predisposición genética importante. Agregó que esta enfermedad afecta a una de cada diez mujeres en edad reproductiva y que el manejo depende de la edad y del deseo reproductivo de cada paciente.

En tal sentido, el tratamiento es progresivo en complejidad de acuerdo con la respuesta de cada paciente. De este modo, existen diversas técnicas de reproducción asistida como los inductores de ovulación, la inseminación intrauterina y la fertilización in vitro. Este último tratamiento es el sugerido por la especialista en el caso de la actora, debido a su diagnóstico confirmado de infertilidad femenina por compromiso de factor ovulatorio y tubárico, por endometriosis y endosalpingiosis.

Finalmente, aseveró que la infertilidad de la tutelante se considera primaria debido a que no hay antecedente de embarazos previos toda vez que tal clasificación “se refiere a que nunca ha tenido embarazos, no hace referencia a su causa [a la de la infertilidad]”.

Por su parte, el doctor Carlos Germán Díaz Reyes estableció que la accionante padece de endometriosis severa con compromiso tubárico y síndrome de ovario poliquístico, patologías que carecen de cura. Además, el tratamiento farmacológico de tales condiciones “impide la potencialidad reproductiva pues bloquea la ovulación”. En ese orden de ideas, relató que en los eventos en los cuales la paciente desea concebir un hijo, se suspenden los medicamentos y se intenta la reproducción por medios biológicos. No obstante, dado que en el caso de la peticionaria ya se agotó la anterior posibilidad, el médico tratante considera que el procedimiento de fertilización in vitro “es la única forma de concebir un hijo biológico... no hay otros métodos alternativos”.

Respuesta de Coomeva EPS

La entidad accionada presentó un concepto de auditoría médica en el cual explica las

patologías padecidas por la peticionaria Laura. Así mismo, expresó que no existe “evidencia en el aplicativo de la EPS, radicación de soportes para solicitudes médicas o autorizaciones en trámite para suministrar servicios del Plan de Beneficios en Salud”.

Respuesta del Centro de Reproducción Humana Fecundar

La institución refirió que la primera consulta médica de la accionante tuvo lugar el 19 de julio de 2013 y que, en dicho momento, ya tenía un deseo reproductivo superior a dos años. Agregó que en la laparoscopia llevada a cabo en dicho centro médico se encontró un factor tuboperitoneal como otra causa de infertilidad. En consecuencia, recomendó el inicio de ciclos de fertilización in vitro para la señora Laura, habida cuenta de que los actores buscan tener un hijo biológico desde hace más de cinco años.

Respuesta de los accionantes Laura y Roberto

Los peticionarios reiteraron que carecen de capacidad económica para sufragar, por sus propios medios, el tratamiento solicitado. Indicaron que actualmente viven en el estrato socioeconómico tres, que el señor Roberto no cuenta con un empleo fijo y que se desempeña como independiente. Igualmente, aportaron algunas copias de historias clínicas y varios documentos encaminados a soportar sus declaraciones sobre su situación económica, entre ellos una relación de ingresos y egresos. Por último, se quejaron de la atención que han recibido en Coomeva EPS y justificaron las razones por las cuales no han vuelto a acudir a la misma.

Añadieron que la negativa de la EPS accionada “mancilló nuestros proyectos de vida como pareja de formar una familia y tener nuestros propios hijos biológicos”. Así mismo, manifestaron que se encuentran en riesgo de sufrir secuelas psicológicas por esta circunstancia y que no han recibido atención en relación con dicha situación

1.2. Alejandra (Expediente T-5.861.646)

Mediante Auto de 18 de enero de 2017, la Magistrada Sustanciadora solicitó las pruebas que requirió (en forma general) para cada una de las accionantes. Posteriormente, en consideración a que no se recibió respuesta alguna del médico tratante y de la accionante Alejandra a las comunicaciones remitidas en cumplimiento del Auto del 18 de enero de 2017,

a través de Auto de 15 de febrero de 2017, la Corte los requirió para que suministraran la información solicitada en la providencia antes mencionada.

La actora presentó los siguientes documentos: (i) certificados de ingresos y egresos avalados por un contador público; (ii) resumen de historia clínica, realizado por el médico especialista que prescribió el tratamiento a la accionante; (iii) certificado laboral y desprendibles de pago; y (iv) soportes de atención médica.

Es de anotar que, en la certificación expedida por el profesional de la salud, se expone que la tutelante ha sido atendida desde el 2014 por infertilidad, dolor pélvico y endometriosis y que “los tratamientos de fertilidad realizados hasta ahora son cuatro folículoslogramas, dos inseminaciones, sin lograr embarazarse”. También, señala que la endometriosis ha sido tratada quirúrgicamente a través de tres laparotomías, dos video-laparoscopias y que próximamente se practicará cirugía para tratar la miomatosis uterina. Añade que la terapia de reproducción asistida que se propone para su caso son tres ciclos de fertilización in vitro.

De igual modo, los documentos aportados por la peticionaria dan cuenta de que se desempeña como asesora de ventas, devenga un salario mínimo mensual como sueldo fijo y aproximadamente un salario mínimo y medio mensual por concepto de comisiones. De acuerdo con un certificado expedido por contador público, sus erogaciones ascienden a un salario mínimo y medio mensual.

Respuesta de la EPS Salud Total

La entidad aseguró que la accionante Alejandra nunca radicó ante la entidad la respectiva orden médica para definir el tratamiento de fertilización in vitro. Además, aclaró que el galeno especialista que prescribió el citado procedimiento clínico para la accionante no forma parte de la red de prestadores adscritos a Salud Total EPS. Finalmente, allegó las historias clínicas solicitadas, las cuales dan cuenta que la infertilidad de la paciente persiste, así como las enfermedades asociadas con dicho diagnóstico.

1.3. Teresa (Expediente T-5.868.783)

Por medio de Auto de 18 de enero de 2017, la Magistrada Sustanciadora, además de solicitar las pruebas que requirió (en forma general) para cada una de las accionantes, ordenó a la

EPS Coomeva que suministrara información a la Corte Constitucional acerca del cumplimiento de la sentencia de segunda instancia. Concretamente, se le pidió que señalara si se acató el mandato judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ejecución.

Adicionalmente, solicitó a la peticionaria que informara acerca de su situación económica actual, de sus ingresos y egresos mensuales y demás elementos relevantes para determinar sus condiciones económicas e indicara si, con anterioridad a la presentación de la tutela de la referencia, le había sido practicado algún procedimiento de fertilización o fecundación in vitro. En caso de ser afirmativa dicha respuesta, se le pidió que precisara el número de intentos llevados a cabo a lo largo de su vida y que expusiera, en forma detallada, cómo fueron sufragados económicamente tales intentos. Finalmente, se le formuló una solicitud para que allegara los soportes necesarios para acreditar sus afirmaciones.

Igualmente, en consideración a que no se recibió respuesta alguna de Coomeva EPS, de uno de los médicos tratantes y de la accionante Teresa a las comunicaciones remitidas en cumplimiento del Auto del 18 de enero de 2017, a través de Auto de 15 de febrero de 2017, la Corte los requirió para que suministraran la información solicitada en la providencia antes mencionada.

No obstante lo anterior, Coomeva EPS rehusó la correspondencia dirigida a la entidad. Mediante comunicación telefónica, la EPS solicitó que la correspondencia judicial fuera entregada a la ventanilla única de la institución. Por consiguiente, mediante Auto de 23 de febrero de 2017 se requirió nuevamente a Coomeva EPS para que suministrara la información solicitada por la Corte Constitucional en la providencia del 18 de enero de 2017.

Respuesta de la accionante Teresa

La accionante guardó silencio durante el término otorgado por esta Corporación, pese a haber sido requerida nuevamente en sede de revisión.

Respuesta de Coomeva EPS

La entidad accionada guardó silencio durante el término otorgado por la Corte, pese a haber sido requerida en dos oportunidades en sede de revisión.

El doctor Eduardo Otero Hincapié presentó su concepto en el proceso de la referencia. Indicó

que la accionante se practicó un procedimiento de fertilización in vitro hace aproximadamente unos 15 años, producto del cual sufrió un aborto espontáneo. Añadió que se encuentra en búsqueda de un embarazo desde hace más de tres años.

De igual manera, resaltó que la infertilidad de la paciente es primaria y que se deriva de su endometriosis, enfermedad que padece desde muy joven y que, en su caso, se trata de una patología severa (estadio IV). Por dicha circunstancia, por el factor masculino (espermograma de baja calidad del cónyuge) y por la edad de la tutelante considera que “la mejor opción de tratamiento es la fertilización in vitro”.

Por último, informó que la accionante se realizó un procedimiento de fertilización in vitro en octubre de 2016, del cual se obtuvieron dos embriones de buena calidad. Relata que, aunque las pruebas de embarazo resultaron positivas, “no tuvieron un desarrollo adecuado, motivo por el cual se suspende toda la medicación”.

1.4. Paula (Expediente T-5.884.441)

A través de Auto de 18 de enero de 2017, la Magistrada Sustanciadora solicitó las pruebas que requirió (en forma general) para cada una de las accionantes. Igualmente, en consideración a que no se recibió respuesta alguna del médico tratante y de la accionante Paula a las comunicaciones remitidas en cumplimiento del Auto del 18 de enero de 2017, mediante Auto de 15 de febrero de 2017, la Corte los requirió para que, en el término perentorio de dos días, suministraran la información que se había solicitado en la providencia antes mencionada.

Respuesta de la accionante Paula

En relación con su capacidad económica, la actora aportó únicamente una certificación laboral de su esposo, en la cual se establece que se desempeña como auxiliar de bodega y que su remuneración es de aproximadamente dos salarios mínimos entre los conceptos fijos y variables. Afirma la tutelante lo siguiente: “[e]n la actualidad estos son los ingresos, sueldo de mi esposo ya que actualmente me encuentro desempleada y no genero ningún ingreso”.

Por otra parte, en cuanto a su estado de salud, aportó algunas historias clínicas que demuestran que su infertilidad persiste y que la “única alternativa de tratamiento

reproductivo es una fertilización in vitro con donación de óvulos”.

Así mismo, en dicho resumen se consignó el resultado del acompañamiento psicológico. Aunque allí se describió a la pareja conformada por la accionante y su cónyuge como “estable”, se indicó que la actora ha sufrido de episodios de tristeza profunda y alteraciones emocionales. Por ende, expresó que el logro de la maternidad sería positivo para la tutelante desde el punto de vista emocional.

Respuesta de la EPS Cruz Blanca

La demandada manifestó que carece de competencia para suministrar copias de las historias clínicas de la accionante, toda vez que tales documentos no se encuentran bajo su custodia.

Respuesta del Centro de Fertilidad Humana InSer

La institución prestadora de salud aportó la documentación solicitada, la cual coincide con la que fue allegada por la parte actora.

5. Andrea (Expediente T-5.931.125)

1. %1.1. Mediante Auto de 15 de febrero de 2017 la Magistrada Sustanciadora, solicitó las pruebas que requirió (en forma general) para cada una de las accionantes.

Respuesta de la accionante Andrea

Durante el trámite de revisión, la peticionaria allegó copia de varias historias clínicas, en las cuales resulta acreditado que la accionante: (i) se encuentra afiliada al Régimen Contributivo en salud; (ii) padece de enfermedades ligadas con su sistema reproductor desde 2013; (iii) le fueron practicadas dos salpingectomías; y (iv) tuvo dos embarazos ectópicos.

En relación con sus ingresos y gastos, la accionante aportó los siguientes documentos: (i) copia del acta de posesión de la peticionaria como servidora pública del SENA (Regional Norte de Santander) como Auxiliar G.01, cuya asignación salarial es de aproximadamente dos salarios mínimos; (ii) copia de la resolución de nombramiento de la tutelante en el cargo anteriormente referido; (iii) desprendible de pago correspondiente al mes de noviembre de 2016.

Respuesta de la EPS Cafesalud

La entidad demandada guardó silencio durante el término otorgado por la Corte Constitucional para pronunciarse en sede de revisión.

5.2. Posteriormente, mediante Auto de 14 de junio de 2019, la Magistrada Sustanciadora advirtió que, ante la reorganización institucional de Cafesalud EPS (aprobada por la Resolución 2426 de 2017), operó entre dicha entidad y Medimás EPS una cesión completa e íntegra de activos, pasivos, contratos y usuarios.

Por consiguiente, concluyó que Medimás EPS se encuentra vinculada al presente proceso y puso a su disposición el expediente de la referencia, por considerar que las pruebas en sede de revisión fueron recaudadas durante el mes de febrero de 2017, cuando aún no se había producido la cesión contractual entre ambas empresas.

Respuesta de la EPS Medimás

La entidad guardó silencio durante el término otorgado por la Corte Constitucional para pronunciarse.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SU074/20

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Se desconoce la naturaleza humana del embrión y el respeto que le es inherente por esa condición (Salvamento de voto)

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Existe un vacío normativo sobre los derechos involucrados en las prácticas de la reproducción asistida (Salvamento de voto)

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Defectos en la argumentación y desconocimiento del proceso de regulación y reglamentación que se

desarrolla actualmente sobre el acceso a los procedimientos de la fertilización asistida (Salvamento de voto)

Ref.: Expedientes acumulados: (i) T-5.761.833; (ii) T-5.861.646; (iii) T-5.868.783; (iv) T-5.884.541; (v) T-5.931.125.

Por tratarse de cuestiones reclamaciones relativas a derechos sexuales y reproductivos, para evitar poner en riesgo el derecho a la intimidad personal y familiar de los reclamantes, la Sala Plena decidió reservar sus nombres.

Magistrada Ponente:

Gloria Stella Ortiz Delgado

Fecha et supra,

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, presento mi salvamento de voto a la decisión de la referencia por las siguientes razones: (i) por cuanto la Sentencia SU-074 de 2020 parte de una concepción utilitarista que desconoce la naturaleza humana del embrión y el respeto que le es inherente por esa condición. (ii)

Porque en Colombia existe un vacío normativo en materia de manejo, conservación y manipulación de embriones; de alquiler de vientres y de filiación respecto de los niños nacidos como resultado de la donación de gametos (óvulos o espermatozoides), lo que hace que las ordenes emitidas abran la puerta a una serie de situaciones y prácticas contrarias a la Constitución Política y en particular a la dignidad humana. (iii) Por cuanto la sentencia adolece de una serie de defectos en su argumentación.

i. (i) La sentencia parte de una concepción utilitarista que desconoce la naturaleza humana del embrión y el respeto que le es inherente por esa condición.

Al respecto y como lo manifesté en el salvamento de voto a la Sentencia SU-096 de 2018, considero importante manifestar mi total desacuerdo con las consideraciones vertidas en la Sentencia C-355 de 2006 y retomadas en la sentencia de la que actualmente me aparto, en la cual la Corte Constitucional varió su jurisprudencia para sostener que la vida humana en formación, esto es, la vida del que está por nacer, es tan solo un “valor constitucionalmente

relevante” y desconoce no sólo el hecho biológico de la vida humana naciente, sino que se trata de un derecho fundamental en cabeza del nasciturus.

Para la suscrita, un valor es un concepto universal y abstracto que solo existe en la mente humana, pero no en la realidad biológica. Al definir la vida humana como un valor, la Corte desconoce el hecho biológico de la vida misma del ser humano no nacido, vida esta que científicamente es humana (por identificarse con el genoma humano, el par de 23 cromosomas) e independiente (por llevar consigo un ADN distinto del de su madre).

De otro lado, los argumentos que ha usado esta Corte para sostener tal posición son en extremo ambiguos. Consisten, como se dijo, en reducir la vida humana, o por lo menos la vida humana en gestación, a la categoría de valor o bien abstracto, despojándola de su verdadera naturaleza: la de constituir para el ser humano viviente su mismo ser. Así pues, si la vida ya no es para el viviente su mismo ser, el titular de la misma, en este caso el nasciturus, queda reducido al mundo de las cosas, y por lo tanto, su protección constitucional se ve reducida frente a la de los demás sujetos titulares de cualquier otro derecho, considerados, éstos sí, como seres humanos vivientes.

Adicionalmente, la diferenciación entre las nociones de persona humana y vida humana tiene como principal objetivo dar una pretendida fundamentación teórica a la desprotección jurídica de la vida del no nacido, y a la supuesta prevalencia de los derechos en cabeza de terceros. En efecto, la vida en gestación entendida sólo como un “bien” o “cosa” y no como un verdadero derecho puede entonces ser objeto de disposición por parte de otros: justamente por aquellos cuyos derechos entran en conflicto con tal vida humana.

Así pues, considero constitucionalmente inaceptable la distinción según la cual la vida del ser humano no nacido es tan sólo un “valor” o un “bien jurídico”, del cual se puede disponer, al paso que la vida de las personas nacidas sí constituye un derecho subjetivo fundamental.

A juicio de la suscrita, debe hacerse énfasis en el hecho de que el individuo humano es viviente, y que la vida es de suyo un proceso, un irse manifestando en el tiempo, un continuo desarrollo. Siendo la vida humana un único proceso, y no una sucesión de vidas de distinta entidad, hay que concluir que la humanidad que se predica de la vida en general debe predicarse también de todas las etapas y estados del proceso vital. En este sentido, la apariencia, el grado de desarrollo, el grado de sensibilidad y demás características de una

etapa específica de la vida humana, son tan humanos como las características que el individuo humano adquiere en las etapas antecedentes y subsiguientes del proceso vital.

La vida humana, entendida como la vida de un individuo de la especie humana, inicia en el momento en el que se conforma el cigoto. El cigoto es la célula fundamental, con la carga genética individual y única, que a través de su propia multiplicación tiene la capacidad de conformar todas las estructuras, órganos y sistemas de un cuerpo humano. El cigoto y el embrión que lo precede contienen a su vez las características genéticas que lo identifican como miembro de la especie humana (genoma humano), y como un individuo único (su ADN es diferente del de cualquier otro individuo).

Desde el primer momento de la concepción la vida del cigoto es una vida humana y merece la protección que se deriva de su naturaleza. Las explicaciones que pretenden fijar el inicio de la vida humana a partir de otros criterios como el grado de desarrollo neuronal, la estructura corporal, el funcionamiento cerebral, o en un hecho puntual como el nacimiento, son arbitrarias y carecen de una fundamentación biológica o filosófica, básicamente porque ningún hecho o grado de desarrollo determina la naturaleza del individuo como miembro de la especie humana. Es únicamente la estructura del genoma en el núcleo de las células desde la formación del cigoto lo que determina si se trata de un humano y si se trata de un individuo (diferente a cualquier otro).

Por todo lo anterior, no considero constitucionalmente admisible una decisión que abre la puerta a prácticas como la fertilización in vitro, práctica esta que como es sabido implica que los cigotos y embriones sean manipulados a través de congelación y desechados en muchas oportunidades.

La sentencia de la cual me aparto, al autorizar la fecundación in vitro, aborda la cuestión de la vida humana contenida en el cigoto como si se tratara de un bien a disponibilidad de quien lo desee, sin ningún otro valor que aquel que representa para el interés del adulto que esté dispuesto a reclamarlo como si fuera su derecho. Esa visión distorsionada de la realidad que rebaja la naturaleza humana de un individuo a la de una cosa, simplemente por encontrarse en un grado de desarrollo inicial de su etapa vital, no resulta compatible ni la Constitución Política de 1991, ni con toda la construcción teórica de los derechos humanos en occidente, cuyo pilar fundamental es la consideración de que todo ser humano es digno y tiene

derechos, por el solo hecho de pertenecer a la especie humana.

(ii) En Colombia existe un vacío normativo sobre los derechos involucrados en las prácticas de la reproducción asistida.

Al respecto, es necesario tener en consideración que con las prácticas de reproducción asistida se generan al menos dos marcos fácticos cuyas situaciones no han sido reguladas o al menos no de forma suficiente.

En primer lugar, respecto del marco fáctico que rodea la práctica médica de reproducción asistida en sí misma, hay una serie de elementos que requieren de un amplio debate legislativo y un consenso democrático porque implican una serie de cuestiones que trascienden del plano jurídico al plano ético. Actualmente en Colombia no existe una regulación suficiente sobre la relación entre el donante de gametos y los límites del uso de los mismos en materia de experimentación o de reproducción.

Tampoco hay regulación sobre los límites a la experimentación con los genes de un embrión humano. El Código Penal en el artículo 132 solo limita la experimentación de genes humanos cuando se “altere el genotipo” siempre que se use en investigación científica y con el “consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes”. Cuando se trata de genes de un embrión, dichos genes son individuales y diferentes a los de sus progenitores, pero evidentemente no hay posibilidad de que el embrión manifieste el consentimiento para dicha experimentación, y tampoco puede reclamar u oponerse a la misma. En cualquier caso, la norma penal es tan amplia e insuficiente que básicamente deja un vacío total de regulación en la materia.

Ese vacío legal se suma a aquel respecto del manejo de embriones producidos in vitro que no son escogidos para ser implantados en úteros maternos. No existe en el país una regulación legal sobre su manejo, conservación o manipulación, lo cual abre una puerta que puede ser aprovechada por actores interesados en la experimentación biológica con células y genes humanos que se encuentran limitados por las legislaciones de otros países. La falta de una postura jurídica clara sobre el reconocimiento de la vida humana del embrión genera un amplio espectro de posibilidades, dentro de las cuales el embrión es usado sin ningún límite como si se tratara de un residuo biológico. Es un asunto de absoluta importancia que implica altos riesgos y que requiere de una normatividad precisa y rigurosa, ajustada a los

estándares constitucionales y que actualmente no existe en Colombia.

El segundo marco fáctico es el relacionado con la gestación y el nacimiento del bebé. El derecho civil colombiano actualmente no tiene respuestas suficientes en materia de filiación respecto de los niños nacidos como resultado de la donación de gametos (óvulos o espermatozoides) y/o de alquiler de vientres. No hay respuesta legal frente a los problemas jurídicos que pueden surgir por reclamaciones de paternidad frente a padres biológicos donantes de gametos, o las discusiones jurídicas por las reclamaciones que pueden surgir frente a los contratos de alquiler de vientres, tema sobre el cual esta misma Corporación evidenció la necesidad de una regulación desde hace más de 10 años.

Pese a que en la sentencia se indique que esta decisión no implica una toma de postura de la Corte sobre la validez ética de estos procedimientos, claramente sí lo es. En primer lugar, porque nada dice la Sentencia respecto de la necesidad de establecer un marco regulatorio claro sobre el uso, modificación, experimentación genética, almacenamiento y eliminación de los cigotos y embriones no implantados, sobre las prácticas de “donación” de óvulos y de espermatozoides para fertilización de terceros y de sus efectos en cuanto a la filiación. La Sentencia claramente parte del concepto por el cual se desconoce la naturaleza humana del cigoto y esa es una toma de posición, no solo ética y moral, sino sobre todo jurídica, a partir de la cual el valor de la vida del embrión está en la utilidad que represente para otros, abriendo las puertas a todo tipo de manipulación y experimentación genética sin ningún límite ni control.

iii) La sentencia adolece de una serie de defectos en su argumentación y desconoce abiertamente el proceso de regulación y reglamentación que se desarrolla actualmente sobre el acceso a los procedimientos de la fertilización asistida, en concordancia con los mandatos emitidos por esta Corporación.

En primer lugar, el fundamento de la decisión de la cual me aparto es bastante discutible. Por una parte, la sentencia sostiene que tiene relación “con la protección de derechos reproductivos como fundamentales, habida cuenta de su importancia y de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado colombiano en torno a su salvaguarda, respeto y garantía”. Al respecto es necesario indicar que el Estado colombiano no ha ratificado ningún tratado internacional que verse sobre derechos reproductivos y menos aún alguno que

establezca la obligación del Estado de subvencionar los costos de tratamientos de fertilización asistida.

Los artículos que la sentencia usa como argumentación, en realidad pertenecen a tratados genéricos de derechos humanos y de no discriminación contra la mujer, en los que se consagra el derecho (libertad) a decidir el número de hijos, y a no ser discriminadas en los servicios médicos de planificación familiar.

Hay una enorme diferencia entre las obligaciones relativas a no interferir en la decisión libre de una persona de escoger el número de hijos que quiere tener, o la de no discriminar a las mujeres en el acceso a los métodos de planificación, con la obligación de subvencionar los procedimientos médicos para la reproducción asistida cuando las condiciones de salud no lo permitan. La diferencia no solo está en los altos costos que esto último implica, sino en el marco regulatorio que requiere.

En el Sistema Interamericano que es el que se cita como el que más ha avanzado en la materia, lo que se decidió en la Sentencia del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, es que el Estado no debía PROHIBIR la realización de la fecundación in vitro, pero de ninguna forma que el Estado estaba obligado a subvencionar estos procedimientos. Esa es una cuestión reservada a las políticas públicas de cada país, que además, corresponde evaluarse con base en criterios de sostenibilidad fiscal.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada