Sentencia T-144/22

DERECHO A LA VIDA DIGNA, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVA-Vulneración al negar procedimiento de fertilización in vitro, por ser un servicio excluido del Plan de Beneficios en Salud

(…) la accionante es una persona que ha sido diagnosticada con infertilidad y, que tal como lo sostuvo la entidad accionada, solo cuenta con el procedimiento médico referido como la única alternativa para poder concebir (…)

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

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD-Jurisprudencia constitucional

PARAMETROS JURISPRUDENCIALES ACERCA DEL ACCESO A LA FERTILIZACION IN VITRO A TRAVES DEL SISTEMA DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Evolución jurisprudencial

(…) los tratamientos de reproducción asistida deben ser garantizados no solo cuando se configuren las hipótesis reconocidas con anterioridad a la sentencia SU-074 de 2020, sino cuando se concluya que la imposibilidad de acceder al procedimiento resulta en una vulneración de derechos fundamentales relacionados con el alcance de los derechos sexuales y reproductivos, siempre y cuando se cumplan en su totalidad los requisitos desarrollados por esta sentencia con base en lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 y cuando dicha afectación sea objetiva, grave y se encuentra efectivamente acreditada.

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

(…) el procedimiento para el acceso a tratamiento de reproducción asistida se compondría de tres pasos: i) la expedición de un concepto favorable por parte de un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliada la paciente o de un grupo de especialistas, si

la orden es dictada por un médico particular; ii) la presentación de la solicitud respectiva ante la ADRES, con el propósito de que esta verifique el cumplimiento de los requisitos de capacidad económica y vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, y, potencialmente, del derecho a la salud, y iii) la emisión del concepto por la ADRES, el cual se remitirá a la EPS encargada para que lleve a cabo la práctica del procedimiento de fertilización in vitro, mediante su red prestadora de servicios o los convenios respectivos.

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

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

Referencia: Expediente T-8.510.382

Magistrado sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintidós (2022).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Diana Fajardo Rivera y Natalia Ángel Cabo y el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal con Función de Conocimiento de Bogotá en segunda instancia respecto a la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La señora Andrea Lorena González Hoyos instauró acción de tutela contra Compensar EPS. Solicitó el amparo de sus derechos a la vida digna, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social y de los derechos sexuales y reproductivos, con base en los siguientes:

Hechos1

1. La señora Andrea Lorena González Hoyos de 34 años edad y afiliada al régimen contributivo de salud a través de Compensar EPS, fue diagnosticada a los 17 años con síndrome de ovarios poliquísticos y otros síntomas asociados con aumento de peso, acné en la zona maxilar inferior y cambios constantes de humor derivados de ciclos menstruales irregulares que presentaba desde los 14 años de edad.

1. A la edad de 25 años, consultó a un especialista en ginecología con el interés de poder concebir. En ese momento, el médico tratante le formuló un medicamento2 de forma permanente con el fin de regular sus ciclos menstruales, el aumento de peso y el acné.

1. El 19 de octubre de 2014, la accionante sufrió un embarazo ectópico tubárico y como resultado de ello fue sometida a un procedimiento médico denominado laparoscopia por salpingectomía para llevar a cabo la extracción de la trompa de Falopio derecha. Posteriormente, el 14 de julio de 2015, presentó, de nuevo, un embarazo ectópico cornual, haciendo necesaria la extracción de la trompa de Falopio izquierda.

1. Como resultado de los hechos anteriores, la accionante refirió que no le es posible concebir de forma natural. Por tal razón, el 24 de junio de 2021, indicó que asistió a una cita de control ginecológico en Compensar EPS en la que expresó su interés en concebir. En dicha oportunidad, el especialista consignó sin mayores detalles en la historia clínica3 la necesidad

del procedimiento de fertilización in vitro.

1. El 16 de julio de 2021, la accionante presentó una petición escrita ante Compensar EPS en la que solicitó la autorización del tratamiento de fertilización in vitro, con fundamento en diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional4.

1. Con base en lo anterior, la accionante invocó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, salud, seguridad social y derechos sexuales y reproductivos. En consecuencia, solicitó que se ordene a Compensar EPS autorizar de forma inmediata el tratamiento de fertilización in vitro, atendiendo a las condiciones expuestas en los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Trámite procesal

1. Mediante auto del 23 de septiembre de 20216, el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado por el término de dos (2) días hábiles a Compensar EPS. Asimismo, ordenó la vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social.

Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

1. La Entidad Promotora de Salud Compensar, a través de apoderada, informó7 que, efectivamente, la señora Andrea Lorena González Hoyos se encuentra afiliada al régimen contributivo. Sin embargo, no evidencia la existencia de una orden médica que determine de forma explícita la necesidad de iniciar el procedimiento de fertilización in vitro. Asimismo, indicó que los tratamientos de fertilidad se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud, de acuerdo con la Resolución No. 244 de 2019.

1. Además, la entidad accionada añadió que no es la encargada de cumplir con el deseo de maternidad de la accionante, debido al alto costo que representa el procedimiento de fertilización in vitro que demanda. El cual, según refirió, no puede asumir en razón del techo presupuestal que le es adjudicado a cada EPS. Por último, señaló que dicho tratamiento no está encaminado a preservar la vida o salud de la señora González Hoyos, por lo que no consideró que incurriera en la vulneración de sus derechos y solicitó la improcedencia del amparo.

1. Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante comunicación8 allegada el 27 de septiembre de 2021, indicó que, como ente ministerial, no le constaba ninguno de los hechos expuestos en el escrito de tutela. A su vez, señaló que dentro de sus funciones y competencias no se encuentra la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, por el contrario, solo se encarga de determinar las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales.

1. Sin embargo, el ente vinculado refirió que, a partir de la Resolución 244 de 2019, los tratamientos de fertilidad se encuentran excluidos de los servicios y tecnologías sufragadas con los recursos públicos asignados al sector de la salud. A su vez, resaltó que la Ley 1953 de 2019 “Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento oportuno dentro de los parámetros de salud reproductiva”, solo abarca la infertilidad primaria y no la secundaria o derivada de una patología de base, como se evidencia en el caso de la accionante, quien sufre del síndrome de ovarios poliquísticos. Por lo que, concluyó que, en estos casos, las EPS deben agotar todos los tratamientos dispuestos para resolver la enfermedad de base con las tecnologías y servicios reconocidos con la UPC y garantizados con presupuestos máximos.

1. Por último, solicitó que se declarara la improcedencia del amparo por ausencia de

legitimación en la causa por pasiva, luego de considerar que la responsabilidad recaía en la EPS accionada.

Sentencia objeto de revisión

Primera instancia9

1. En sentencia del 7 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá negó el amparo. Indicó que, si bien mediante las pruebas aportadas pudo constatar la infertilidad y las patologías que padece la accionante, esta no cumplió con la carga argumentativa y probatoria suficiente para acceder a la pretensión de que se ordenase el inicio del procedimiento de fertilización in vitro. Ello, por cuanto, no allegó la orden para ello, expedida por parte de un médico de la EPS o uno particular afiliado a una IPS legalmente habilitada; añadió que tampoco acreditó su incapacidad económica para asumir los costos del tratamiento y la vulneración de sus derechos por parte de la entidad accionada.

Impugnación10

1. Mediante escrito allegado el 12 de octubre de 2021, la accionante impugnó el fallo. Refirió que no podía asumir la carga de la demora en la implementación de una política pública de infertilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, que le permita acceder a los tratamientos de fertilidad con cargo a los recursos públicos, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1953 de 201911, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”..

1. Por otra parte, señaló que el médico tratante no sustentó las razones de la recomendación del procedimiento de fertilización in vitro en su historia clínica, con fundamento en las condiciones dispuestas por la jurisprudencia constitucional. Por ello, solicitó que se estudiara su caso en sede de tutela bajo la consideración de dichas condiciones (edad, condiciones de salud de la pareja, números de ciclos pertinentes de fertilización, capacidad económica de la

pareja, frecuencia del procedimiento y tipo de infertilidad), lo cual no fue atendido en primera instancia.

Segunda instancia12

1. En sentencia del 10 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia. Indicó que, en el escrito de impugnación, la accionante no se refirió de forma puntual a las consideraciones presentadas por el a quo y no tuvo cuenta que el amparo fue negado con fundamento en el incumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia y no en la respuesta allegada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Pruebas

1. En el expediente digital de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) copia del escrito de petición dirigido a Compensar EPS por parte de la señora Andrea Lorena González Hoyos el 14 de julio de 202113; (ii) respuesta a la petición presentada14 y, (iii) certificado de aportes de seguridad social y certificado de afiliación a EPS de la accionante15.

Actuaciones en sede de revisión

1. En proveído del 15 de febrero de 2022, el despacho sustanciador decretó pruebas adicionales a las obrantes en el expediente con el fin de obtener los elementos de juicio para el estudio del caso objeto de revisión16.

1. Dentro del término inicialmente otorgado, la accionante no allegó las pruebas decretadas, por lo que, mediante auto del 24 de febrero de 2022 fue requerida con el fin de que remitiese la información que le fue solicitada en el primer decreto probatorio.

1. Mediante comunicación allegada el 1 de marzo de 2022, la señora Andrea Lorena González Hoyos, informó que es profesional en Administración de Finanzas y Negocios Internacionales, actualmente se desempeña como Auxiliar 1 de Pagos y Devoluciones del Banco GNB Sudameris y percibe mensualmente la suma correspondiente a tres millones doscientos cincuenta mil pesos ($3.250.000) por concepto de salario.

1. También indicó que, su cónyuge, el señor Jhordano Valero Rojas es Ingeniero Agrónomo y ocupa el cargo de Contratista Especialista Ambiental en el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS). Se encuentra vinculado mediante contrato de prestación de servicios y percibe la suma mensual de seis millones ochocientos mil pesos ($6.800.000) por concepto de honorarios.

1. Además, la accionante señaló los egresos mensuales del hogar ascienden a siete millones quinientos veinte mil pesos ($7.520.000). En virtud de lo anterior, afirmó que ella y su esposo no cuentan con los ingresos suficientes para sufragar la totalidad del tratamiento de fertilización in vitro. Asimismo, refirió que no tienen personas a su cargo o que dependan económicamente de ellos.

1. En relación con el procedimiento de fertilización in vitro, la accionante informó que, desde el 24 de junio de 2021, fecha en la que asistió a una cita con especialista en ginecología, adscrito a Compensar EPS, en la cual este le informó sobre la necesidad de realizar el tratamiento de fertilidad, no ha consultado nuevamente a un especialista ni ha iniciado el procedimiento de forma particular.

1. Por último, indicó que, a nivel emocional, tanto ella como su cónyuge experimentan un sentimiento de frustración ante la imposibilidad de ser padres, debido al anhelo y deseo que tienen de serlo.

1. Por su parte, Compensar EPS informó, mediante correos electrónicos de los días 18 y 21 de febrero de 2022, que no ha autorizado el procedimiento de fertilización in vitro porque no existe una orden médica emitida por un profesional adscrito a la red de Compensar EPS que lo solicite. Asimismo, indicó que el servicio de salud pretendido por la accionante17 se encuentra excluido del listado de servicios y tecnologías que son financiados con recursos públicos asignados a salud, de conformidad con la Resolución 2273 de 2021.

1. Respecto de la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro, en caso de llevarse a cabo, indicó que "la tasa de éxitos oscila entre el 60% al 65% debido a la edad de la paciente, asumiéndose que la calidad de los ovocitos es buena".

1. Finalmente, en relación con la existencia de otros mecanismos o procedimientos médicos alternativos a los que podría someterse la accionante con el fin de concebir, la entidad accionada señaló que, con fundamento en la historia clínica, la señora Andrea Lorena González Hoyos solo tiene como opción la fertilización in vitro. Al respecto afirmó que: "(...) para que la paciente logre un embarazo es (sic) por técnicas de fertilización asistida, es decir, un manejo in vitro de la reproducción, que consiste en dar medicamentos de estimulación hormonal para obtener varios óvulos, los cuales se procederán a fertilizar con la muestra del esposo".

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591

de 1991.

Problema jurídico y metodología de decisión

1. Con base en los hechos descritos, corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneró Compensar EPS los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, seguridad social y salud sexual y reproductiva de la señora Andrea Lorena González Hoyos, al negar la autorización del procedimiento de fertilización in vitro, por ser un servicio excluido de Beneficios en Salud, pese a que es la única alternativa con que cuenta la accionante para lograr concebir, de conformidad con sus antecedentes médicos?18.

Para dar respuesta al interrogante planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relativa a: i) los derechos a la salud y a la seguridad social en relación con la autorización del procedimiento de fertilización in vitro; ii) los derechos sexuales y reproductivos. Con base en ello, iii) abordará el análisis del caso concreto.

Los derechos a salud y la seguridad social en relación con el tratamiento de fertilización in vitro. Reiteración jurisprudencial19.

1. Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen que la atención en salud y la seguridad social son servicios públicos esenciales a cargo del Estado, cuyo fin es garantizar a todas las personas el acceso a los servicios en salud, de acuerdo con los principios de eficiencia, integralidad, universalidad y solidaridad.

1. A propósito de la seguridad social, esta Corporación con fundamento en diferentes instrumentos internacionales20 ha determinado que es un derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad”21. Asimismo, ha determinado que este derecho comprende el “conjunto de medidas

institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”22.

1. En la misma línea y con el propósito de hacer efectivo el reconocimiento jurisprudencial y legal del derecho a la salud como fundamental y autónomo23, el legislador estableció un conjunto de principios esenciales que orientan el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante, SGSSS), entre los que se destacan: i) universalidad, que implica que todos los residentes del territorio gozarán del derecho a la salud en todas las etapas de la vida; ii) pro homine, en virtud del cual, todas las autoridades y actores del sistema de salud deben interpretar las normas vigentes en la forma más favorable para proteger el derecho a la salud; iii) equidad, referido a la necesidad de implementar políticas públicas dirigidas al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección; iv) continuidad, relacionado con el hecho de que una vez ha iniciado un servicio no puede suspenderse por razones administrativas o económicas; y v) oportunidad, en desarrollo del cual, los servicios deben ser provistos sin demoras.

1. En consonancia con estos principios, el artículo 8º de la Ley 1751 de 2015, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones” (en adelante LeS), dispuso que la prestación del servicio de salud debe ser completa e integral, con independencia de su cubrimiento y financiación. El artículo 15 ejusdem establece, no obstante, algunas exclusiones que tienen por efecto restringir la prestación de algunos servicios y tecnologías con cargo a recursos públicos. Estas exclusiones, en todo caso, deben ser interpretadas en forma restrictiva, pues el sistema garantiza la cobertura necesaria para proteger el derecho a la salud, salvo a propósito de servicios que estén expresamente excluidos.

1. En tanto tratamiento para la infertilidad, el procedimiento de fertilización in vitro se

encuentra expresamente excluido del Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios en Salud -PBS-), de conformidad con el inciso 3 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social. Dicha exclusión se ha justificado señalando que, en razón a su alto costo, dicho procedimiento hace parte de la faceta prestacional y progresiva del derecho a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos (ver infra).

1. No obstante, como sucede respecto de otros servicios y procedimientos excluidos del PBS, su práctica debe ser autorizada en casos excepcionales por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud. Ello sucede en particular cuando: i) se vulnera del principio de continuidad en la prestación de un servicio de salud y, ii) el tratamiento solicitado es necesario para proteger la vida, la salud o la integridad personal del usuario, incluyendo la salud sexual y reproductiva24.

1. Ahora bien, en principio, la aplicación del segundo criterio fijado por la jurisprudencia constitucional25 podría resultar problemática respecto de los tratamientos de fertilidad. En efecto, si bien la infertilidad es definida como "una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas"26, no es una enfermedad que amenace necesariamente la vida, la dignidad o integridad personal. No obstante, este padecimiento sí interfiere de forma negativa con aspectos relevantes de la vida de la persona cuando la paternidad o maternidad hacen parte de su proyecto individual o como pareja. Es así como, esta patología, reconocida como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS), genera en las personas falta de bienestar psicológico y social, por lo que, algunos expertos han sugerido que sea incluida en la lista de enfermedades de interés desde un enfoque de prevención en la salud pública27.

1. En consonancia con lo anterior, en la sentencia T-258 de 2014, este Tribunal evidenció que la ausencia de regulación por parte del Estado respecto de la atención de la infertilidad como problema de salud pública ha llevado a que las parejas deban asumir los altos costos que representan estos tratamientos. El déficit normativo constatado crea, así, una barrera en el

acceso a los servicios de salud reproductiva puesto que, solo pueden acceder a ellos quienes tengan los recursos necesarios para asumir el costo. Esto a su vez supone un trato discriminatorio para quienes no cuentan con los medios económicos necesarios para sufragarlos.

1. Asimismo, la Corte estableció que las limitaciones fijadas en el PBS pueden representar una vulneración de determinados derechos fundamentales28, por lo que, reiteró las subreglas de procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en los planes de beneficios de salud, establecidas en la sentencia T-760 de 200829.

1. De conformidad con lo expuesto, según las circunstancias del caso, las entidades promotoras de salud (EPS) pueden estar obligadas a inaplicar la normatividad que excluye un servicio o procedimiento médico, cuando su autorización de forma oportuna y eficiente sea necesaria para proteger los derechos fundamentales que pudiesen ser amenazados o vulnerados como consecuencia de la respectiva exclusión. En el caso de la fertilización in vitro, la Corte ha considerado que la realización del procedimiento puede tener fundamentos jurídicos adicionales.

Marco constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. Reiteración jurisprudencial30

1. Esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida y uniforme sobre el reconocimiento, titularidad, naturaleza y contenido de los derechos sexuales y reproductivos31. Por regla general, estos derechos reconocen y protegen la facultad de todas las personas para decidir libremente sobre su sexualidad y reproducción, lo que implica, a su vez, la obligación del Estado de brindar los recursos necesarios para la efectividad de tal determinación. Con relación a los derechos reproductivos, en particular, la Constitución consagra el derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos (Art. 42 C. Pol.)

y garantiza la igualdad de derechos, proscribiendo, expresamente, la discriminación contra la mujer (Arts. 13 y 43 C. Pol.).

1. En el desarrollo jurisprudencial referido, la Corte ha diferenciado los derechos sexuales de los reproductivos. En la sentencia T-732 de 2009 indicó que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”. No obstante, ha establecido que ambos derechos están intrínsecamente relacionados, puesto que la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye al desarrollo de una vida sexual libre de riesgos de embarazos no deseados o situaciones distantes a los intereses personales. En conclusión, cada uno de estos derechos posee una definición y contenido propio, aunque compartan una base común.

1. Además, este Tribunal ha señalado que debido a su carácter indivisible e interdependiente32, el goce y desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos se encuentra ligado a otras garantías fundamentales, ello amplía su fundamento y contenido a partir del extenso catálogo de derechos y libertades incorporados en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad.33

1. Respecto a los derechos reproductivos, este Tribunal ha indicado que, de conformidad con la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional, los mismos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a los servicios de salud reproductiva.

1. La autodeterminación reproductiva ha sido definida como “la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”34. Esta facultad encuentra su fundamento normativo en el artículo 42 de la Constitución, relacionado con el derecho que tienen las parejas de decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y, en el artículo 16, ordinal e de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

1. En cuanto al acceso a los servicios de salud reproductiva, la Corte Constitucional ha señalado, de conformidad con la Recomendación General 24 de la CEDAW, que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios”35. En sentido, esta Corporación ha establecido que el Estado tiene la obligación de garantizar la eliminación de todas las barreras que impidan a la mujer el acceso efectivo a los servicios de salud sexual36.

1. En la sentencia T-528 de 2014, este Tribunal señaló que el derecho a la reproducción humana “se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación37, al libre desarrollo de la personalidad38, a la intimidad personal y familiar39 y a la libertad para fundar una familia40”. Lo anterior en consonancia con la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Humanos en la que este órgano indicó que la posibilidad de procrear hace parte fundamental del derecho a tener una familia.

1. Por su parte, en la sentencia SU-096 de 2018, esta Corporación afirmó en cuanto al componente de accesibilidad del derecho a la salud que este tiene relación con “(…) 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 geógrafica o su situación de vulnerabilidad41. Paralelamente, advirtió que los costos de acceso a estas herramientas no pueden constituir una barrera infranqueable para su empleo42”. Igualmente, hizo hincápie en la importancia de que las personas tengan la oportunidad de buscar, recibir y difundir información sobre los derechos sexuales y reproductivos43.

1. Por último, en la sentencia SU-074 de 2020, este Tribunal reiteró las prerrogativas necesarias para la garantía efectiva del derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva44. Entre ellas, 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 vitro45.

Fertilización in vitro en el marco de la jurisprudencia constitucional46

1. El acceso al procedimiento de fertilización in vitro hace parte de la prerrogativa de acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y poder tener hijos. Esta prerrogativa, a su vez, como se señaló, se deriva del derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva.

1. En consonancia con el reconocimiento y desarrollo constitucional relativo a los derechos sexuales y reproductivos, esta Corporación ordenó la práctica de tratamientos de fertilización in vitro en sede de tutela, por primera vez, en la sentencia T-274 de 2015. En esta oportunidad, indicó que, hasta ese momento el acceso a los tratamientos de fertilidad había sido abordado de forma estricta desde la comprensión del derecho a la salud, entendido únicamente como ausencia de dolencia o enfermedad, razón por la que, este Tribunal había avalado la exclusión de dichos tratamientos del Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que integran el SGSSS.

1. No obstante, ante la necesidad de brindar un nuevo abordaje en relación con el acceso a los tratamientos de fertilidad, esta Corporación fijó una postura jurisprudencial mucho más amplia en términos protección de otros derechos y garantías conexos a los derechos sexuales y reproductivos. Esta nueva postura distaba de aquella que limitaba la autorización de tales procedimientos, por vía de tutela, a aquellos casos en los que: (i) se buscara preservar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; o (ii) de la práctica del procedimiento de fertilidad, dependieran los derechos fundamentales a la vida,

la salud y la integridad personal del paciente47. Este último supuesto, a su vez, se entendía configurado en tres casos: a) a propósito de 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 era un síntoma o una consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades.

1. De igual forma, este fallo reiteró el exhorto efectuado por la Corte en la sentencia T-528 de 2014, relacionado con la necesidad de regulación de los tratamientos de fertilidad y su exclusión sin excepciones del POS (hoy PBS), por parte del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud. En particular, la Corte señaló que esta regulación debía tener en cuenta la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para sufragar los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro. Asimismo, en dicha oportunidad, esta Corporación instó a las mencionadas autoridades a iniciar una discusión pública y abierta sobre la política pública que incluyera como uno de los puntos centrales la posibilidad de ampliar la cobertura del POS en ese sentido.

1. El 20 de febrero de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1953 de 2019 “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva” 48. El artículo 3º de la ley dispone que el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, adelantará una política pública relativa a la infertilidad, con miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del SGSSS en el término de 6 meses. Uno de los componentes de dicha política pública es el relativo al diagnóstico y tratamiento oportuno, respecto de este, la ley prevé la obligación del Ministerio de Salud y Protección Social de reglamentar, en un término no superior a un año, el acceso a tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA)49.

1. En la sentencia C-093 de 2018, este Tribunal declaró infundadas las objeciones presidenciales presentadas en contra de la Ley 1953 de 2019 y, a su vez, se refirió al desarrollo del alcance de los derechos sexuales y reproductivos. Al respecto explicó que estos comprenden dos facetas: una faceta de cumplimiento inmediato y otra sujeta al principio de progresividad. La primera, incluye la autodeterminación reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de pago por Capitación (UPC). Esta dimensión comprende igualmente la garantía esencial del derecho a decidir el número de hijos y el acceso a la información y servicios para ello. Por su parte, la procreación por medio de asistencia científica 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 en tanto hace parte de la segunda dimensión.

1. Asimismo, esta sentencia hizo referencia al alcance de la sostenibilidad fiscal como principio que orienta el SGSSS, con fundamento en los artículos 334 de la Constitución Política y 6 de la LeS. Señaló, de conformidad con este principio, el Sistema tiene como fin garantizar progresivamente el acceso al derecho fundamental a la salud, pero solo puede asumir compromisos económicos que se ajusten a la limitación de sus recursos. En ese sentido, estableció que la financiación de las tecnologías asociadas a técnicas de reproducción asistida debe ser con cargo a los recursos públicos y no con cargo directo a la UPC, puesto que: i) la LeS establece un plan de beneficios excluyente50, por lo que, ni el Legislador ni el Gobierno Nacional se encuentran facultados para decretar inclusiones individuales y expresas de prestaciones, servicios o tecnologías; ii) el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 habilita al Gobierno Nacional para que lleve a cabo la prestación de los tratamientos de fertilidad con cargo a los recursos públicos, y iii) el impacto fiscal negativo que supondría que la fuente de estos procedimientos fuese con cargo a la UPC, afectaría gravemente la capacidad presupuestal del SGSSS. Por ello, instó al Gobierno Nacional a determinar la fuente a partir de la cual se debe sufragar el costo de estos tratamientos51.

1. De igual forma, este Tribunal estableció que, el acceso a los TRA con cargo a los recursos

públicos no constituye una regla general, sino un mecanismo de protección individual que se concede únicamente en aquellos casos en los que el paciente acredite el cumplimiento estricto de los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 y demás reglamentaciones. Solo en estos casos podrá acceder a una financiación excepcional y parcial de los tratamientos de fertilidad de alta complejidad, entre ellos, la fertilización in vitro.

1. En la sentencia SU-074 de 2020, la Corte se pronunció nuevamente sobre el acceso a procedimientos de reproducción asistida y, más específicamente, sobre el tratamiento de fertilización in vitro. En esta ocasión, esta Corporación advirtió que existían posturas disímiles en la jurisprudencia a propósito del acceso a dichos tratamientos. En consecuencia, decidió unificar la jurisprudencia en relación con el impacto de los tratamientos de fertilidad sobre el derecho a la salud, más allá de la dimensión de ausencia de dolencia o enfermedad y, evaluar la afectación de otros derechos fundamentales, así como el potencial efecto negativo de la exclusión de dichos procedimientos del PBS sobre personas con escasos recursos económicos.

1. Dicha providencia evidenció la existencia de un déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos para las personas con menor capacidad económica, debido a las barreras en el acceso a los tratamientos de reproducción asistida y la exclusión sin ninguna excepción de dichos procedimientos del PBS. En dicha oportunidad, la Corte indicó que este problema estructural: i) representa un obstáculo en el desarrollo del proyecto de vida de las personas con pocos recursos económicos para sufragar dichos procedimientos; ii) afecta los derechos reproductivos y sexuales, así como, los derechos a la autonomía reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, y la libertad de decidir libre y responsablemente el número de hijos, y iii) amenaza el derecho a la salud, debido a los posibles efectos negativos de la infertilidad sobre el bienestar psicológico de las personas.

1. Atendiendo a que, para la fecha en la que se profirió la sentencia SU-074 de 2020, el ente ministerial encargado de crear la política pública a la que hace referencia el artículo 3º de la Ley 1953 de 2019 no había ejecutado este mandato legal52, esta Corporación estableció unos lineamientos provisionales en aras de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la falta de acceso a los tratamientos de reproducción asistida, debido a la ausencia de reglamentación.

1. En este contexto, advirtió 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". La Corte señaló que 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 PBS; (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.

1. Así las cosas, teniendo en cuenta que el Sistema debe garantizar los principios de solidaridad, universalidad, sostenibilidad financiera y eficiencia; y que el acceso a estos tratamientos constituye una ampliación de la faceta prestacional de los derechos reproductivos a través del sistema de salud, la Corte concluyó que aquellos no podían ser financiados en su totalidad con cargo a los recursos del SGSSS, sino solo parcialmente, con cargo a recursos públicos.

1. Este Tribunal subrayó, además, que hacer depender completamente el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de la reglamentación gubernamental, sería contrario a las normas legales y a los mandatos constitucionales. Por lo cual, la Sala Plena estableció algunos parámetros referentes al acceso progresivo y excepcional a la financiación parcial con cargo a recursos públicos de los tratamientos de fertilización in vitro.

1. Con tal propósito, este Tribunal desarrolló jurisprudencialmente el alcance de las condiciones y requisitos a los que el legislador hizo referencia en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019, como criterios que debían ser tenidos en cuenta en la reglamentación de la política pública respectiva, de la siguiente forma:

i. Edad: la persona o pareja infértil debe tener una edad que resulte viable para el tratamiento de fertilización in vitro.

ii. Condición de salud de la pareja infértil: esta será objeto de análisis por parte de un médico especialista adscrito a la EPS del paciente, el cual deberá prescribir el tratamiento a través del aplicativo Mi Prescripción (MIPRES), luego de que se hayan agotado todos los procedimientos y alternativas disponibles para atender la infertilidad de la persona o pareja, y esta no haya accedido, anteriormente, a procedimientos médicos similares. Asimismo, en caso de que el procedimiento sea ordenado por un médico no vinculado a la EPS en la cual se encuentre afiliada la paciente, es necesario que dicha entidad conozca su historia clínica, con el propósito de que tenga acceso a la opinión médica emitida por el médico anterior.

iii. Número de ciclos que deba realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud: con sujeción al principio de sostenibilidad financiera del SGSSS y un término máximo de tres (3) intentos por persona o pareja, mediante la financiación parcial con cargo a los recursos públicos.

iv. Capacidad económica de la pareja: esta debe carecer de los recursos necesarios para sufragar los costos derivados del tratamiento de fertilidad, lo cual debe haberle impedido acceder a este a través de cualquier otro sistema o plan de salud. Sin embargo, la evaluación de dicho requisito debe ser más estricta cuando se trata de solicitantes que se encuentren en el régimen contributivo de salud53.

v. Frecuencia de los ciclos de fertilización: será determinada por el criterio del médico tratante.

vi. Tipo de infertilidad: esta podrá ser primaria (persona o parea infértil que no ha tenido hijos

previamente o secundaria (persona o pareja infértil que ya haya tenido hijos).

La Corte estableció que el cumplimiento de estos requisitos habilitaría la financiación parcial de tratamientos de fertilidad de alta complejidad (fertilización in vitro) con cargo a los recursos públicos a favor de personas y parejas con infertilidad.

1. Además de los anteriormente expuestos, la Corte agregó un requisito indispensable como condición adicional54. Al respecto señaló que debía constatarse que la ausencia del procedimiento de fertilización in vitro vulnerara o pusiera en inminente riesgo los derechos fundamentales55 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 salud56, entre otros. De acuerdo con la Corte, este requisito debe ser demostrado de forma siquiera sumaria a través de circunstancias objetivas, verificables y graves57.

1. En conclusión, atendiendo al desarrollo jurisprudencial de los derechos reproductivos y otras garantías58, esta Corporación reconoció que los tratamientos de reproducción asistida deben ser garantizados no solo cuando se configuren las hipótesis reconocidas con anterioridad a la sentencia SU-074 de 2020, sino cuando se concluya que la imposibilidad de acceder al procedimiento resulta en una vulneración de derechos fundamentales relacionados con el alcance de los derechos sexuales y reproductivos, siempre y cuando se cumplan en su totalidad los requisitos desarrollados por esta sentencia con base en lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 y cuando dicha afectación sea objetiva, grave y se encuentra efectivamente acreditada59. Como resultado del análisis del cumplimiento de dichas circunstancias excepcionales, las personas que soliciten la autorización para acceder a tratamientos de fertilidad con cargo a los recursos públicos deberán realizar un aporte económico para contribuir a la financiación del procedimiento que requieren.

1. Por último, el fallo estableció que la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 será la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social dicte la regulación ordenada en dicha ley y defina la autoridad competente para ello. Con tal propósito, estableció que el procedimiento para el acceso a tratamiento de reproducción asistida se compondría de tres pasos: i) la expedición de un concepto favorable por parte de un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliada la paciente o de un grupo de especialistas, si la orden es dictada por un médico particular; ii) la presentación de la solicitud respectiva ante la ADRES, con el propósito de que esta verifique el cumplimiento de los requisitos de capacidad económica y vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, y, potencialmente, del derecho a la salud, y iii) la emisión del concepto por la ADRES, el cual se remitirá a la EPS encargada para que lleve a cabo la práctica del procedimiento de fertilización in vitro, mediante su red prestadora de servicios o los convenios respectivos.

1. Con base en las anteriores consideraciones, la Sala de Revisión abordará el análisis del caso concreto.

Caso concreto

1. La señora Andrea Lorena González Hoyos, de 34 años de edad, asistió a una cita con especialista en ginecología con el fin de conocer sus opciones para concebir pues, como resultado de la extracción de ambas trompas de Falopio, no puede hacerlo de forma natural. El médico adscrito a Compensar EPS le recomendó iniciar el tratamiento de fertilización in vitro, por lo cual, la accionante solicitó la autorización respectiva a la EPS. Esta última no accedió a su solicitud por cuanto este tratamiento médico se encuentra excluido del PBS60. Por lo anterior, la señora González Hoyos interpuso acción de tutela en contra de Compensar EPS solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, así como de sus derechos sexuales y reproductivos.

Análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

1. De conformidad con lo anterior, la Corte estudiará, en primer lugar, la procedencia de la acción y, luego, la eventual violación de los derechos fundamentales de la accionante.

Legitimación por activa y por pasiva61

1. La legitimación por activa en la acción de tutela exige que quien lo ejerza sea el titular de los derechos invocados, o que actúe a través de un tercero debidamente acreditado para ello. Por su parte, la legitimación por pasiva hace alusión a que la autoridad o el particular contra quien se dirige a la acción de tutela sea el efectivamente llamada a responder por la vulneración o amenaza de la prerrogativa constitucional.

1. Esta Sala encuentra que en este caso se superan los mencionados requisitos porque, de un lado, la señora Andrea Lorena González Hoyos presentó acción de tutela en nombre propio, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales; y, de otro, la acción fue presentada contra Compensar EPS, presunta responsable de la vulneración de los derechos de la accionante, en su calidad de encargada de asegurar la prestación del servicio de salud que demanda y a la cual se encuentra adscrito el especialista en ginecología que aconsejó el procedimiento.

Inmediatez62

1. Esta Corporación ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo razonable63, a partir del momento en que se producen los hechos que dan lugar a la presunta vulneración o amenaza el derecho fundamental.

1. Lo anterior, debido a que la acción de amparo es un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales. Por lo cual, admitirlo cuando ha transcurrido un tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho vulnerador, desconocería la finalidad del mecanismo. La Corte ha indicado que le corresponde al juez constitucional determinar en cada caso concreto la oportunidad en la presentación de la acción64.

1. Esta Sala advierte que en el caso bajo estudio se cumplió el requisito de inmediatez porque la accionante interpuso la acción de tutela en septiembre de 2021, esto es, tan solo dos meses después de obtener la respuesta negativa por parte de la entidad accionada frente a la petición presentada el 16 de julio de 2021. Ello evidencia una actuación diligente de su parte para obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, salud, seguridad social y derechos sexuales y reproductivos.

Subsidiariedad65

1. Según este requisito, antes de acudir a la acción de tutela, quien estima vulnerados o amenazados sus derechos debe hacer uso de las herramientas e instrumentos ordinarios que el ordenamiento jurídico provee para resolver el conflicto jurídico que se presenta. Esta regla se exceptúa cuando: i) se pretende un amparo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, mientras se agotan los recursos ordinarios; o ii) se acredita que la vía ordinaria para resolver el asunto no resulta idónea o eficaz para la protección de los derechos fundamentales conculcados.

1. En el caso sub examine, la Sala estima que la señora Andrea Lorena González Hoyos no cuenta con un medio de defensa idóneo y eficaz, distinto de la acción de tutela. En efecto, si bien de acuerdo con la Ley 1122 de 200766 es posible acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de dirimir controversias relacionadas con la denegación por parte de las EPS de servicios determinados a sus usuarios67, este mecanismo es inidóneo

porque dicha normatividad no regula el trámite de reclamos respecto de servicios y procedimientos que se encuentren excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS), como los tratamientos de fertilización in vitro. Asimismo, esta Corporación ha concluido en múltiples oportunidades que la estructura de este mecanismo ante la Superintendencia de Salud se evidencian falencias graves que desvirtúan su idoneidad y eficacia68.

1. En ese sentido, este Tribunal indicó que la determinación respecto de la idoneidad y eficacia del mecanismo de protección los derechos de los usuarios del SGSSS a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud debe tomar en consideración los criterios fijados en el marco de seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, relativa al estado de cosas inconstitucional en materia de salud. En dicho contexto, la Sala Especial de Seguimiento evidenció las siguientes barreras normativas y estructurales para el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales a cargo de la Superintendencia69: i) la entidad no es capaz de proferir decisiones jurisdiccionales en el término de 10 días previsto por la ley, por lo que, actualmente se presenta un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad 70; ii) el trámite jurisdiccional solo procede ante la negativa de las EPS de prestar algún servicio médico, más no en aquellos casos en los cuales exista omisión o silencio por parte de estas; iii) la ausencia de un mecanismo que garantice el cumplimiento de sus decisiones, y iv) las falencias en la estructura orgánica de la entidad pues, con excepción de la organización de la que dispone en Bogotá, no cuenta con el personal suficiente ni especializado para el resto del país71. Así las cosas, la Corte ha señalado que “mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos72”73.

1. De conformidad con lo expuesto, esta Sala observa el mecanismo alternativo dispuesto no es idóneo porque la autorización de los tratamientos de fertilización in vitro no hace parte de las competencias propias a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud74. Asimismo, sin

perjuicio de lo anterior, esta Sala recuerda que esta Corporación en diferentes oportunidades75 ha señalado que el mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa no es eficaz, por cuanto, este presenta graves demoras para ofrecer respuestas y soluciones oportunas a las solicitudes radicadas por los usuarios y afiliados al sistema de salud por ocasión de las fallas en la prestación del servicio. En razón de ello, atendiendo a las características particulares del caso concreto, se concluye que la acción de tutela era el único medio de defensa con el que contaba la señora Andrea Lorena González Hoyos para solicitar el amparo de sus derechos.

Análisis del problema jurídico. Vulneración de los derechos a la vida digna, a la igualdad, a la salud reproductiva y a la seguridad social.

1. La accionante expuso que la decisión de Compensar EPS de negar la autorización del procedimiento de fertilización in vitro constituye una vulneración de sus derechos a la vida digna, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social y a los derechos sexuales y reproductivos.

1. En relación con la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de la señora Andrea Lorena González Hoyos por parte de Compensar EPS, esta Sala observa que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional expuesta, la exclusión sin excepciones del tratamiento de fertilización in vitro del PBS constituye una barrera en el desarrollo pleno de los diferentes elementos que integran este conjunto de derechos, específicamente, la autonomía reproductiva y la libertad de decidir libre y responsablemente el número de hijos. En el caso de la accionante, la omisión del Estado de desarrollar una política pública que permita de forma eficaz y oportuna que las parejas con infertilidad puedan acceder a los diferentes tratamientos médicos para concebir supone una carga desproporcionada.

1. En virtud de lo anterior, atendiendo a las condiciones excepcionales en las cuales se puede acceder a procedimientos de fertilización in vitro con cargo a los recursos públicos, esta Sala

procederá a verificar si dichas condiciones se cumplen en este caso, con fundamento en los requisitos previstos en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019, reconocidos y desarrollados por esta Corporación en la sentencia SU 074 de 2020.

Análisis de los requisitos reconocidos por la jurisprudencia constitucional para el acceso a los tratamientos de fertilidad en circunstancias excepcionales

1. En primer lugar, respecto a la edad de la accionante, se observa que la señora Andrea Lorena González Hoyos, actualmente, tiene 34 años de edad76. Atendiendo a la edad de la accionante, corresponderá al médico tratante determinar e informar a la paciente la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro, los riesgos relacionados con su embarazo y las complicaciones que esto puede causar en su salud. Lo anterior, con el propósito de asegurar que la actora cuente con la debida asesoría y acompañamiento médico. Asimismo, el médico especialista deberá tener en cuenta que Compensar EPS informó a esta Sala que, en caso de llevarse a cabo el procedimiento, “la tasa de éxitos oscila entre el 60% al 65% debido a la edad de la paciente, asumiéndose que la calidad de los ovocitos es buena”.

1. En relación con la condición de salud de la accionante, según lo consignado en la historia clínica, esta presenta antecedentes de ovarios poliquísticos, dos embarazos ectópicos y salpingectomía bilateral por laparoscopia77. En consecuencia, la accionante fue informada acerca de su imposibilidad para poder concebir de forma natural, por lo que, solicitó la práctica del procedimiento de fertilización in vitro, el cual fue negado por la EPS. En sede de revisión, la entidad accionada aseguró que este procedimiento es la única posibilidad médica con la que cuenta la accionante para procrear78. En ese sentido, corresponderá a los médicos especialistas determinar la condición de salud de la accionante asociada con el tipo de infertilidad que padezca79.

1. Por otra parte, el número de ciclos que debe realizarse y la frecuencia del tratamiento de

fertilidad, deberá 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 oportunidades para llevar a cabo la práctica de la fertilización.

1. Respecto a la falta de capacidad económica de la pareja, esta Sala cuenta con la siguiente información aportada por la accionante: ella devenga un salario ligeramente superior a los 3´000.000 y su cónyuge, percibe por concepto de honorarios una suma mensual ligeramente superior a 6´000.000. De acuerdo, con la relación de gastos del hogar, los egresos mensuales de la pareja superan la 7´000.000. Entre estos gastos se encuentra el pago del canon de arrendamiento de la vivienda en la que habitan, la cuota mensual correspondiente a la compra de un apartamento, el pago de tarjetas de crédito y cotizaciones al sistema de seguridad social, entre otros. A partir de lo anterior, de acuerdo con la sentencia SU 074 de 2020, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social -en adelante, ADRES- es la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 4º de la Ley 1953 de 2019, hasta tanto el Ministerio de Salud y protección Social dicte la regulación que ordena dicha normativa. En ese sentido, corresponderá a la ADRES establecer si la accionante cuenta con la capacidad económica para poder asumir los costos derivados del procedimiento de fertilización in vitro.

1. Al respecto, esta Sala advierte a la ADRES que el análisis sobre la capacidad económica estará sujeto a la aplicación de los principios de proporcionalidad y gastos soportables. Lo anterior, atendiendo a que, si bien la accionante y su pareja, podrían tener que contribuir de forma parcial a la financiación del procedimiento de fertilización in vitro, deben hacerlo en forma proporcionada, asumiendo solo la carga económica que puedan soportar.

1. Esta Corporación se ha referido al principio de gastos soportables en el marco del reconocimiento de la prestación de servicios de salud. Al respecto ha señalado que“[e]ste criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir.

El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada”80. (énfasis agregado)

1. Asimismo, ha indicado que este principio guarda estrecha relación con la aplicación del principio de proporcionalidad, respecto a casos en los que “si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales”81. Así entonces, la Sala considera que la ADRES en el ejercicio de sus funciones debe dar aplicación razonable a las reglas de incapacidad económica que establezca para el análisis del caso concreto, valorando atentamente que, la carga económica que imponga a los usuarios del SGSSS para que estos puedan acceder a los tratamientos de fertilidad no generen una afectación injustificada de sus derechos fundamentales a la vida digna y el mínimo vital.

1. Con fundamento en lo anterior, esta Sala solicitará a la ADRES que desarrolle de forma exhaustiva y concreta una gestión probatoria, atendiendo a la situación económica particular del hogar de la señora Andrea Lorena González Hoyos y al cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 1953 de 2019, para garantizar la realización de los derechos de la accionante a través del acceso al tratamiento de fertilización in vitro, sin menoscabar su mínimo vital y, con fundamento en la aplicación del principio de equidad en materia de salud, en los términos expuestos por esta Corporación82. En dicho trámite, esta entidad deberá ajustarse a los principios que regulan las actuaciones administrativas, entre ellos, al debido proceso, la igualdad, la buena fe, la transparencia y la publicidad.

1. Ahora bien, anteriormente se indicó que la accionante no tiene hijos y no ha podido concebir de forma natural. Esta Sala estima necesario que los médicos especialistas a quienes corresponda evaluar la situación de salud de la señora González Hoyos para acceder al tratamiento de fertilización in vitro determinen cuál es el tipo de infertilidad padece (infertilidad primaria o infertilidad secundaria), atendiendo a su disfunción reproductiva y a

las oportunidades en las cuales logró concebir, pero desafortunadamente no pudo dar a luz. Lo anterior, con el propósito de que establezcan si la accionante cumple la exigencia relativa al tipo de infertilidad83.

1. Finalmente, en cuanto a la vulneración o amenaza inminente de otros derechos fundamentales, la Sala resalta lo expresado por la accionante en sede de revisión. Esta indicó que tanto ella como su cónyuge se encuentran afectados emocionalmente como resultado de la imposibilidad de concebir de forma natural y de acceder al tratamiento de fertilidad recomendado médicamente para ello, puesto que, ambos tienen el deseo de construir juntos una familia y tener hijos biológicos. Afirmó igualmente que, como resultado de los embarazos ectópicos que ha tenido, ha experimentado "frustración debido al anhelo y deseo de ser madre que se ha visto impedido". De acuerdo con lo anterior, esta Sala comprende que la afectación emocional que alega sufrir la accionante y su pareja, podría tener repercusiones graves en su salud mental y psicológica como resultado de la imposibilidad de tener hijos propios. Sin embargo, esta Sala no cuenta con elementos probatorios suficientes ni un concepto técnico para determinar el nivel de afectación psicológica de la pareja, por lo que, corresponde a la accionante allegar a la entidad correspondiente las evidencias de las circunstancias que señala, las cuales impliquen una especial o excepcional afectación de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentren, el deterioro de la salud mental o del bienestar psicológico o emocional como resultado de la infertilidad.

1. No obstante, sin perjuicio de lo anterior, la Sala constata que las barreras impuestas para el ejercicio de la autodeterminación reproductiva, en tanto componente intrínseco de los derechos reproductivos de la señora Andrea Lorena González Hoyos, afectaron la realización de su proyecto de vida y con ello, su derecho a la dignidad humana84.

1. Respecto a la vulneración del derecho a la igualdad, se observa que, la exclusión sin restricciones del POS de los tratamientos de fertilidad, afecta desproporcionadamente a las personas que no cuentan con la capacidad económica suficiente para sufragar sus costos,

como puede ser el caso de la accionante y su cónyuge. Como se señaló, el déficit de regulación existente constituye una carga injustificada que no están obligados a soportar quienes desean materializar su derecho legítimo a constituir una familia. En ese sentido, el Estado se encuentra llamado a intervenir para evitar la diferencia de trato que supone que solo las parejas infértiles que cuenten con los recursos económicos suficientes puedan tener hijos biológicos luego de someterse a la intervención médica especializada o la asistencia científica.

1. Atendiendo a las características del caso concreto, esta Sala concluye que, la decisión de Compensar EPS de negar la práctica del tratamiento de fertilización in vitro a la accionante, por no encontrarse incluido en el PBS con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, quien, además, es una persona que ha sido diagnosticada con infertilidad y, que tal como lo sostuvo la entidad accionada, solo cuenta con el procedimiento médico referido como la única alternativa para poder concebir, desconoce sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social y a los derechos sexuales y reproductivos, como ha sido referido anteriormente.

1. Asimismo, en los términos de la sentencia SU-074 de 2020, esta Sala reitera que, la exclusión sin excepciones del acceso a los tratamientos de fertilidad aún persiste como consecuencia de un déficit de protección de los derechos de las personas diagnosticadas con infertilidad, que afecta a personas como la accionante y su pareja, quienes no cuentan con la capacidad económica suficiente para acceder a dichos tratamientos.

1. Con fundamento en el análisis anterior, la Sala ordenará a Compensar EPS 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 cinco (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 examinar las condiciones específicas de salud de la accionante, se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento. Para ello, dispondrá del término máximo de quince (15) días

contados a partir de la notificación del presente fallo85 y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida que requiere, en caso de ser procedente, en los términos expuestos en la presente sentencia.

1. En caso de que el concepto del médico especialista resulte negativo, la accionante podrá acudir ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico que prescribió el tratamiento en la cita médica del 24 de junio de 2021. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días siguientes a su conformación.

1. Posteriormente, si se presenta un concepto negativo por parte de la Junta de Profesionales de la respectiva IPS, la accionante podrá acudir ante un médico particular y, en el evento en que aquel prescriba dicho procedimiento, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas, quienes luego de examinar las condiciones específicas de salud de la accionante, deberán justificar o descartar científicamente la viabilidad del procedimiento. Dicho grupo deberá decidir dentro de los quince (15) días siguientes a su conformación. Asimismo, el concepto que rindan deberá atender al tipo de infertilidad que padece la accionante como requisito para prescribir el tratamiento.

1. 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 accionante 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 cinco (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 fallo86; (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.

1. 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.

1. 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, inicie la ejecución del tratamiento correspondiente y necesario para el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red prestadora de servicios o mediante los convenios respectivos.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 10 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que, a su vez, confirmó la decisión de primera instancia dictada el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de la señora Andrea Lorena González Hoyos a la vida digna, igualdad, salud, seguridad social y derechos sexuales y reproductivos, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a Compensar EPS o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que (i) dentro de los cinco (5) días siguientes 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 la accionante y determine el tipo de infertilidad que sufre la accionante. 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 65 de esta sentencia; (ii) en caso de que el concepto provenga de un médico particular, según lo señalado en el numeral siguiente, Compensar EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento, este grupo profesional deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su designación.

TERCERO. ADVERTIR a la señora Andrea Lorena González Hoyos que, (i) en caso de que el concepto del médico especialista señalado en el numeral anterior 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 que rechazó el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su conformación; (ii) en caso de que la decisión de la Junta de Profesionales de la respectiva IPS sea negativa, la accionante podrá acudir a un médico particular y, (iii) 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.

CUARTO. ORDENAR a la ADRES que, en el término de un mes contado a partir de la recepción del concepto médico favorable, en caso de que así lo sea, para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la señora Andrea Lorena González Hoyos: (i) verifique el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (i) establezca el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos: y (iii) remita inmediatamente su concepto a Compensar EPS o a quien haga sus veces, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. ORDENAR a Compensar EPS o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la accionante 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, en caso de que así lo sea, inicie el tratamiento correspondiente y necesario para la práctica del procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red prestadora de servicios o mediante los convenios respectivos.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno digital, folios 1-4.

2 Metformina de 800 mgr.

3 Cuaderno digital, folio 10.

4 Sentencias T-528 de 2014, T-274 de 2014 y SU 074 de 2020.

5 Cuaderno digital, folio 13.

6 Cuaderno digital, folio 7.

7 La comunicación referida no reposa en el expediente digital, la referencia a esta se realiza con fundamento en el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Treinta Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá. Cuaderno digital, archivo Fallo de primera instancia. Folios 1-19.

8 Cuaderno digital, folio 3.

9 Cuaderno digital, archivo Fallo de primera instancia. Folios 1-19.

10 Cuaderno digital, folio 5.

11 El artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 establece los enfoques deben regular la política pública de infertilidad que debía establecer el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro del año siguiente a la promulgación de dicha norma.

12 Cuaderno digital, folio 6.

13 Cuaderno digital, folio 12.

14 Cuaderno digital, folio 13.

15 Cuaderno digital, folios 14-15

16 A la accionante se le solicitó informar cuál es la profesión, labor u oficio que ejercen su cónyuge y ella, respectivamente. También, detallar la capacidad de sus ingresos mensuales; indicar si en su hogar tiene personas bajo su cargo; señalar si con anterioridad a la interposición de la acción de tutela, le fue otorgada una orden médica previa para autorizar el procedimiento de fertilización in vitro; informar si con posterioridad al fallo de tutela, ha asistido a consulta con especialista en ginecología con el fin de obtener una orden médica para iniciar el procedimiento de fertilización y si ha iniciado de forma particular el tratamiento de fertilización in vitro o cualquier otro. Por último, indicar si ha adelantado algún procedimiento para determinar su nivel de infertilidad y si ha sufrido su cónyuge y/o ella alguna afectación emocional derivada de la imposibilidad de concebir de forma natural. A la entidad accionada se le solicitó indicar las razones que fundamentan la negativa de autorizar

el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante; informar sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización, atendiendo a la condición de salud de la accionante y, por último, indicar si cuenta con otros mecanismos o procedimientos médicos alternativos, mediante los cuales pueda producirse la concepción.

17 Diagnóstico N979 Infertilidad femenina no especificada.

18 Ciclos menstruales irregulares y laparascopia por salpingectomía (resección total de las trompas de Falopio).

19 La base argumentativa de este acápite corresponde a las sentencias T-760 de 2008, T-258 de 2012 y SU-074 de 2020.

20 Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona; artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales y el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

21 Sentencias T-068 de 2006, T-822 de 2002, T-384 de 1998, y T-414 de 1992.

22 Sentencia T-144 de 2020.

23 Ver entre otras las sentencias T-406 de 1992, T-760 de 2008, T-816 de 2008, T-180 de 2013 y T-121 de 2015. De igual forma, según el artículo 2 de la Ley Estatutaria de Salud: “Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. Este artículo recoge los elementos esenciales de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las

Naciones Unidas.

24 Sentencia T-528 de 2014.

25 Sentencia T-760 de 2008.

26 Artículo 2 de la Ley 1953 de 2019.

27 Roa Meggo, Ysis (2012). La infertilidad como problema de salud pública en el Perú. Revista peruana de ginecología y obstetricia, 58, 79-85, p. 81. Reconoce la autora que "[e]sta es una enfermedad crónica que genera discapacidad, ya que el individuo es incapaz de tener hijos y puede vivir con el diagnóstico de in fertilidad por muchos años. Aunque esta no deteriore directamente su salud física, es según las investigaciones clara causante del deterioro de su salud mental y por consecuencia muchas veces del deterioro de su salud física".

28 Ver sentencia T-274 de 2015.

29 (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del PBS vulnere o ponga riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal; (ii) que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud (hoy PBS); (iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud, y (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que, en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona.

30 La base argumentativa de este acápite a las sentencias T- 528 de 2014, T-274 de 2015 y SU 074 de 2020.

31 Ver las sentencias C-355 de 2006, T-226 de 2010, T-627 de 2012, C-055 de 2022 y otras.

32 En relación con la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales, cfr. sentencias T-016 de 2007, T-760 de 2008, T-235 de 2011, C-372 de

2011, C-377 de 2011, C-288 de 2012, C-313 de 2014, C-520 de 2016, C-389 de 2016 y C-113 de 2017.

33 La jurisprudencia constitucional ha establecido que los derechos sexuales y reproductivos guardan estrecha relación con el desarrollo y goce efectivo de los derechos a la dignidad humana y a la autonomía individual (Art. 1 C. Pol.); a la vida digna (Art. 11 C. Pol.); a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12 C. Pol.); a la intimidad personal y familiar (Art. 15 C. Pol.); a la igualdad (Art. 13 C. Pol.); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. Pol.); a las libertades de conciencia y religión (Art. 18 y 19 C. Pol.); a la educación (Art. 67 C. Pol.); a la seguridad social y a la salud (Art. 48 y 49 C. Pol.)

34 Ibid.

35 Ver sentencia T-627 de 2012.

37 El derecho a la libertad está contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política. Asimismo, se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y ha sido interpretado por la Corte IDH en forma amplia, de tal manera "que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, 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. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. A su vez, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones". Ver Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (pág. 44, párr. 142). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (junio de 2014).

38 Este derecho está consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política. La Corte IDH ha señalado que la maternidad y la paternidad "forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad" y que "la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye […] la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico".

Cfr. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) (pág. 45, párr. 143).

39 El artículo 15 de la Constitución Política, señala: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar…”. La Convención Americana (1969), establece en el artículo 11.2. que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

40 El derecho a la libertad para fundar una familia, está consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política y el artículo 17.2. de la Convención Americana (1969).

41 Sentencia SU 096 de 2018.

42 Ibid.

43 Ibid.

44 Ver sentencia T-627 de 2012.

45 Sentencias C-093 de 2018 y SU-096 de 2018.

46 La base argumentativa de este acápite corresponde a las sentencias T-274 de 2015 y SU 074 de 2020-

47 Sentencias T-1104 de 2000, t-689 de 2001, T-946 de 2002, T-512 de 2003, T-572 de 2007, entre otras.

48 Diario Oficial No. 50.873 del 20 de febrero de 2019.

49 De acuerdo con el artículo 4º de la ley, dicha reglamentación debe 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 y (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.

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

51 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”

52 Actualmente, se encuentra vigente la Resolución No. 228 de 2020, “Por la cual se adopta la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad”, sin embargo, esta no establece con claridad y suficiencia la ruta para el acceso a los tratamientos de fertilidad ni las autoridades competentes para el acceso y garantía de estos procedimientos.

53 Sentencia SU 074 de 2020.

54 La necesidad de incorporar este requisito adicional surge a partir de la ponderación de derechos fundamentales expuesta en los fundamentos jurídicos 147 a 149.

55 Reiterado en la sentencia SU 074 de 2020.

56 Un ejemplo del cumplimiento de este requisito lo constituye la Sentencia T-126 de 2017, en la cual se considera que la accionante presenta una afectación de sus derechos fundamentales por haber sido diagnosticada con trastorno bipolar.

57 En la sentencia SU 074 de 2020, esta Corporación señaló que “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."

58 En particular, la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

59 Sentencia SU 074 de 2020.

60 De conformidad con la Resolución 244 de 2019.

61 La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en la sentencia T-195 de 2021.

62 La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en la sentencia T-042 de 2020.

64 La sentencia SU-961 de 1999 estimó que "la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto". En ese mismo sentido se pronunció la sentencia SU-108 de 2018.

65 La base argumentativa de este acápite corresponde a las sentencias T-299 de 2019 y T-042 de 2020.

66 Modificada por las leyes 1438 de 2011 y 1949 de 2019.

67 El artículo 41 previó un mecanismo para solucionar las controversias suscitadas entre los usuarios y las EPS con un procedimiento particular revestido de celeridad e informalidad, cuyo trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud. Respecto a la cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del antiguo plan obligatorio de

salud, ahora denominado Plan Nacional de Beneficios, cuando la negativa de las EPS ponga en riesgo o amenace la vida del usuario.

68 Sentencias T-760 de 2008, T-188 de 2013, t-680 de 2013, T-020 de 2018, T-710 de 2017, SU 074 de 2020, entre otras.

69 Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 convocada mediante el Auto 668 de 2018. En dicha oportunidad, la Superintendencia Nacional de Salud reconoció que: i) para la entidad, en general, era imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que otorga la ley; ii) por lo anterior, existe un retraso entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son la mayoría, entre las que se encuentra la reclamación de licencias de paternidad; y, iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues no cuenta con la capacidad logística, organizativa y humana suficiente para dar solución a los problemas jurisdiccionales y poseen una fuerte dependencia de la capital.

70 Sentencia T-375 de 2018.

71 Cfr. "Informe de Gestión- Supersalud agosto 2019 a junio 2020", consultado en https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/planeacion/InformesGestion/RC%20- Sentencia T-375 de 2018.

72 Sentencia T-224 de 2020, reitera las sentencias T-114 de 2019 y T-192 de 2019.

73 Sentencia SU-508 de 2020.

74 Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

75 Sentencias T-114 de 2019, T-192 de 2019 y SU 508 de 2020.

76 La edad de la accionante se concluye a partir de la copia de su cédula de ciudadanía que reposa en el expediente digital.

77 Cuaderno digital, folio 10.

78 Expediente digital. Contestación Compensar EPS. Folios 1-2. Al respecto señaló que: "(…) para que la paciente logre un embarazo es (sic) por técnicas de fertilización asistida, es decir,

un manejo in vitro de la reproducción, que consiste en dar medicamentos de estimulación hormonal para obtener varios óvulos, los cuales se procederán a fertilizar con la muestra del esposo”.

79 Sentencia SU 074 de 2020.

80 Sentencia T-884 de 2004.

81 Sentencia T-884 de 2004.

82 Sentencia C-313 de 2014.

83 Sentencia SU 074 de 2020.

84 La sentencia SU 074 de 2020 indicó que: “(...) 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” (énfasis agregado).

85 Este término podrá ser prorrogado con autorización del profesional de la salud tratante por un período igual, en caso de que se requiera por razones médicas.

86 Este término podrá ser prorrogado con autorización del profesional de la salud tratante por un período igual, en caso de que se requiera por razones médicas.