

T-316-18

Sentencia T-316/18

ACCESO A SERVICIOS DE SALUD-Se debe garantizar en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las patologías

DERECHO A LA SALUD-Desarrollo normativo mediante Ley Estatutaria 1751 de 2015

ACTUALIZACION PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Según resolución 5269/17

ACTUALIZACION PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Garantiza todos los servicios y tecnologías incluidas en la Resolución 5269/17, salvo aquellos que sean expresamente excluidos

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

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

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Creación de Plataforma tecnológica MIPRES y aprobación por Junta de Profesionales de la Salud

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE FERTILIDAD-Improcedencia para ordenar fecundación in vitro por cuanto no se cuenta con orden de médico tratante que justifique técnica y científicamente la necesidad o idoneidad para mejorar la calidad de vida de la accionante

Referencia: Expediente T-6.494.257

Acción de tutela instaurada por Yuli Paola Santacruz Abril contra el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, el Fondo Financiero Distrital de Salud y FAMISANAR EPS.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, José Fernando Reyes Cuartas y por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, el cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017) y, en segunda instancia, por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, el cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), en el proceso de tutela de la referencia.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de la Corte Constitucional[1], mediante Auto proferido el dieciséis (16) de febrero de dos mil dieciocho (2018), notificado por estado el dos (2) de marzo de la misma anualidad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Manifiesta el apoderado judicial que la señora Yuli Paola Santacruz Abril actualmente tiene 33 años, edad ideal para el tratamiento de fertilización in vitro, que convive con su compañero sentimental Óscar Daniel Cortés Saavedra, relación de la cual aún no han podido procrear debido a que la accionante padece “infertilidad por falta de ovulación, amenorrea secundaria”[2].

1.2. El apoderado judicial de la peticionaria indica que, el 16 de febrero de 2001, debido a un intenso dolor abdominal y luego de la valoración hecha por su médico ginecólogo tratante[3], Yuli Paola Santacruz Abril, de 17 años de edad, fue sometida a una laparotomía

por sospecha de “tumor de ovario torcido”, cuyo diagnóstico fue “tumoración de ovario izquierdo de 12 X 10 centímetros con nodulaciones en su superficie con zonas duras y blandas que comprometían todo el estroma ovárico, tumoración de ovario derecho de 10 X 8 centímetros, de similares características al anterior, pero, con signos de necrosis por torsión, del pedículo bascular (sic) y compromiso isquémico de la trompa”[4].

Indica que se le practicó un procedimiento quirúrgico denominado “OOFORECTOMÍA BILATERAL Y SALPINGECTOMÍA DERECHA E IZQUIERDA”, con el objeto de evitar complicaciones futuras al existir posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios.

1.3. Informa que, luego de la cirugía a la que fue sometida la poderdante, su médico tratante indicó que “desde el punto de vista quirúrgico ginecológico, era importante y vital la cirugía, teniendo en cuenta el hallazgo de los tumores bilaterales de ovarios, máxime cuando uno de ellos presentaba signos de necrosis por torsión del péndulo vascular, por lo que fue necesaria la extirpación de los ovarios a pesar de verse comprometida la fertilidad”[5]. Por lo anterior, el especialista en ginecología formuló, de forma continua e indefinida, terapia de sustitución hormonal.

1.4. El 14 de abril de 2014, el Tribunal de Ética Médica de Bogotá encontró al médico Álvaro Guzmán González responsable profesionalmente por practicar la cirugía “OOFORECTOMÍA BILATERAL Y SALPINGECTOMÍA DERECHA E IZQUIERDA” a Yuli Paola Santacruz Abril sin contar con la autorización expresa de sus padres, pues en la fecha en que fue realizado el procedimiento (16 de febrero de 2001) la accionante tenía 17 años de edad, por lo que resultaba necesario dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 23 de 1981[6] y el artículo 12 del Decreto 3380 de 1981[7]. El especialista en ginecología fue sancionado y apartado de su profesión por un periodo de 30 días.

Para el Tribunal de Ética Médica de Bogotá, la cirugía practicada por el profesional Álvaro Guzmán González, médico tratante y cirujano de la accionante, resultaba necesaria debido a la patología que presentó, encontrándose en riesgo su vida; no obstante, era pertinente contar con el permiso de sus padres por ser menor de edad y dejar una advertencia en su historia clínica sobre los posibles efectos en su salud y vida sexual y reproductiva[8].

1.5. Aduce el apoderado judicial que, con motivo de la cirugía practicada en el año 2001, la peticionaria ha sufrido daños físicos y psicológicos que le han generado perjuicios, tales

como: “tardo (sic) 6 años en asimilar dicho daño irreversible, etapa en la cual sufrió sobrepeso, se ha sentido una mujer incompleta, se siente mutilada, se siente insegura, ya que es muy difícil que un hombre la acepte y/o permanezca en una relación seria y estable por este estado en que quedo (sic), máxime cuando ya se acabó su matrimonio siendo este el tema de discusión, no ha podido brindarle un hijo a su actual pareja y sufre al pensar que en cualquier momento la abandonara (sic) por esta razón como ya paso (sic) con su anterior pareja, siente vergüenza de sí misma, vive triste, con depresión, y en general desde el año 2001 a la fecha su vida ha sido muy complicada y también para su familia”[9].

1.6. Indica el escrito de tutela que la actora se ha sometido a distintos análisis médicos con el fin de poder concebir un hijo en su vientre, pese a la extirpación de sus ovarios; sin embargo, todos los especialistas consultados le sugieren como única posibilidad el tratamiento de fecundación in vitro, donación de óvulos e inyección intracitoplasmática de espermatozoides (FIV-ICSI).

1.7. El 6 de diciembre de 2016 Yuli Paola Santacruz Abril expuso su caso ante la IPS Colsubsidio Funza y solicitó autorización para el tratamiento de fecundación in vitro, donación de óvulos e inyección intracitoplasmática de espermatozoides (FIV-ICSI). Por lo anterior, el 14 de enero de 2017 se reunió la Junta Médica de la clínica Colsubsidio y determinó que la accionante se encontraba en buen estado de salud y su edad (33 años) era propicia para el tratamiento de fecundación in vitro, aclarando que debía acudir a su entidad promotora de salud para obtener las respectivas autorizaciones.

1.8. Afirma el apoderado judicial que el 24 de enero de 2017 FAMISANAR EPS emitió autorización para que la accionante acudiera a PROFAMILIA FERTILIDAD a la toma de exámenes de diagnóstico para determinar la viabilidad de la fecundación in vitro y el costo del tratamiento, entidad que hacía parte de la red de prestadores de salud de FAMISANAR EPS, al existir un convenio de salud vigente.

1.9. El 25 de enero de 2017 PROFAMILIA FERTILIDAD informó a Yuli Paola Santacruz Abril que el valor del tratamiento de fecundación in vitro ascendía a \$17.555.600, sin incluir los medicamentos que se llegasen a requerir, suma que debía ser asumida por la interesada.

1.10. Sostiene el apoderado judicial de la accionante, que FAMISANAR EPS negó el

tratamiento requerido, al argumentar que el médico tratante de la poderdante y quien finalmente debe prescribir la práctica del procedimiento de fertilización in vitro, informó que el mismo no era pertinente, pues no existe riesgo inminente para la vida de la solicitante, se trata de una paciente estable y sana y de la historia clínica no se advierte la razón por la cual se le practicó a la afiliada una ooforectomía bilateral[10].

Lo anterior, a juicio del apoderado, desconoce que: (i) “la infertilidad proviene de una patología, es así como los ovarios de mi poderdante presentaban tumoraciones, y uno de ellos presentando necrosis por torsión de pedículo bascular (sic), razones por las cuales fueron extraídos, pues podían ser cancerígenos” y (ii) que su cliente presenta “amenorrea secundaria” o falta de ovulación, es decir “es infértil porque le extrajeron sus ovarios”. Aclara que su poderdante “con anterioridad a la cirugía podía concebir y de manera natural”[11].

En ese sentido, considera el apoderado judicial que la accionada no puede negar el tratamiento, pues, al proferir órdenes para que se realizaran los exámenes de diagnóstico correspondientes, los cuales resultaron favorables, se entiende que, aprobó y autorizó el inicio del procedimiento de fecundación in vitro.

1.11. Se afirma en el escrito de tutela que Yuli Paola Santacruz Abril no puede costear el tratamiento que la EPS se niega a proporcionar, pues se desempeña como auxiliar administrativa con un sueldo de \$1.217.821, del cual debe destinar \$300.000 para el arriendo, \$300.000 para alimentación, \$150.000 para servicios públicos, \$100.000 para transporte y \$500.000 para cubrir una obligación crediticia. Aunado a lo anterior, se afirma que la accionante no cuenta con bienes inmuebles o alguna otra fuente económica.

1.12. Sostiene que el compañero sentimental de la peticionaria no cuenta con un trabajo estable, que se desempeña, de manera independiente e informal, como electricista automotor en el municipio de Funza, Cundinamarca, con lo que no logra generar ingresos superiores a los \$800.000 mensuales.

1.13. El apoderado judicial concluye que el tratamiento de fecundación (fertilización) in vitro se requiere para mejorar la salud de la accionante al afirmar que “le puede llevar a que ya no sea necesario el consumir medicamentos de por vida, lo que a la larga será menos costoso para FAMISANAR EPS, y así disminuye inversión (sic) y de otro lado mejora la salud

de mi poderdante PAOLA SANTACRUZ ABRIL”[12], pues las dolencias y molestias físicas que sufre su poderdante desde el año 2001, pueden ser contrarrestadas con un embarazo y así, reitera, mejorar su calidad de vida.

1.14. En consecuencia, el apoderado judicial de la señora Yuli Paola Santacruz Abril solicitó:

“PRIMERO: Tutelar como mecanismo transitorio a favor de mi prohijada YULI PAOLA SANTACRUZ ABRIL, para que se tutelen su Derechos Fundamentales como son a la salud, a la dignidad humana, a conformar una familia, a la igualdad y no discriminación, a la libertad, a la integridad personal, física, psíquica y social, al libre desarrollo de la personalidad, a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, derecho a la maternidad y los demás conexos.

SEGUNDO: que en virtud de que se le Tutelen los anteriores derechos, se ordene a la entidad accionada FAMISAR EPS, que en un plazo máximo de (48) horas, autorizar el tratamiento de fertilización in vitro, tratamiento de

Fecundación in vitro (FIV-ICSI) con donación de óvulos y ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoide), hasta obtener un resultado positivo y brindar el tratamiento integral para la patología que padece PAOLA SANTACRUZ ABRIL.

TERCERA: Que se ordene a la entidad accionada FAMISANAR EPS, le autorice y realice a mi poderdante nuevamente los exámenes necesarios para iniciar el tratamiento de fecundación in vitro (FIV-ICSI) con donación de óvulos y ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), en caso de que los que ya se realizó en PROFAMILIA FERTIL (sic) ya estén vencidos.

CUARTA: Que se ordene a FAMISANAR EPS realice el procedimiento de Fecundación in vitro (FIV-ICSI) con donación de óvulos y ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoide), y hasta que el mismo sea positivo, puesto que mi poderdante no cuenta con los recursos económicos para sufragar el mismo.

QUINTA: Que ordene a FAMISANAR EPS suministre los medicamentos y realice el seguimiento y acompañamiento durante todo el tratamiento hasta su culminación,

brindando una atención integral para la patología que PAOLA SANTACRUZ ABRIL.

SEXTA: Que se le ordene a MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – SECRETARIA DISTRITAL DE BOGOTÁ, realizar una vigilancia sobre FAMISANAR EPS para que dé cumplimiento al tratamiento aquí solicitado.

SÉPTIMA: al FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD Y FOSYGA, coadyuvar con los gastos económicos que el tratamiento de Fecundación in vitro (FIV-ICSI) con donación de óvulos y ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides) requiere”.

2. Contestación de la demanda[13]

2.1. FAMISANAR EPS

La Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de FAMISANAR EPS, mediante escrito del veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017)[14], se refirió a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, en los siguientes términos:

Indicó que la accionante es una paciente de 33 años, con antecedentes de ooforectomía y salpinguectomía bilateral por quistes bilaterales detectados en el año 2001, quien se encuentra en tratamiento con estrógenos conjugados.

Explicó que el procedimiento de fecundación in vitro es una técnica de laboratorio que consiste en fecundar los óvulos procedentes de una donante con los espermatozoides del semen de la pareja de la paciente intervenida. Que una vez fecundado, el óvulo se convierte en pre-embrión y se transfiere al útero previamente preparado, para que continúe su desarrollo.

Sobre la pretensión de la accionante, aclaró que “no es garantía de satisfacer su deseo de maternidad la realización del procedimiento que tiene un alto costo, en la medida en que este no está encaminado a preservar la salud o vida de la usuaria, si no (sic) al deseo de concebir, lo cual obliga a la limitación de los recursos destinados a servicios de salud prioritarios”[15].

Manifestó que en el presente caso no existe orden médica que justifique el procedimiento

que se solicita, y dada la patología que sufrió la accionante es el galeno tratante el competente para prescribir tratamientos.

Sostuvo que FAMISANAR EPS siempre ha procurado una debida prestación del servicio de salud, con el fin de contribuir a una excelente asistencia y a la mejoría de los usuarios en concordancia con la dignidad humana. En esa medida, concluyó que no existe evidencia de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la señora Yuli Paola Santacruz Abril, pues la entidad ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que reglamentan la prestación de servicios de salud. Por lo anterior, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela de la referencia.

Al escrito de contestación la parte accionada anexó copia del historial de autorizaciones, entre las que se destaca el informe por afiliado No. 247-37995410 mediante el cual se negó el procedimiento de “FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV-ICSI) CON DONACIÓN DE ÓVULOS”, del 27 de enero de 2017[16].

2.2. Ministerio de Salud y Protección Social

El Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante escrito del veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017)[17], se refirió a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, en los siguientes términos:

Aclaró que en el marco de las Leyes 100 de 1993, 715 de 2001 y 489 de 1998, en concordancia con el Decreto Ley 4107 de 2011, así como las disposiciones contenidas en el Decreto Único del Sector Salud y Protección Social – Decreto 780 de 2015, al Ministerio de Salud y protección Social le corresponde formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la Política Pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud. Así como, dictar las normas administrativas, técnicas y científicas de obligatorio cumplimiento en el sector salud y del Sistema General de Seguridad Social.

Indicó que el artículo 9 de la Resolución 6408 de 2016[18], señala que las EPS son las encargadas de la prestación de los servicios en salud; en esa medida, es a la entidad promotora de salud accionada la responsable de garantizar el procedimiento que se solicita

en esta oportunidad, atendiendo los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin. Por lo anterior, solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso.

2.3. Superintendencia Nacional de Salud

La Asesora del despacho del Superintendente Nacional de Salud, mediante escrito del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017)[19], se refirió a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, en los siguientes términos:

Adujo que las EPS son responsables de garantizar la calidad, oportunidad y eficiencia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud exige que la aseguradora EPS, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida del asegurado, mediante el cumplimiento de sus obligaciones legales.

Solicitó desvincular a la entidad del proceso de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan no deviene de una omisión u acción atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esa entidad.

2.4. Secretaría Distrital de Salud

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, mediante escrito del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), solicitó desvincular de la presente acción de tutela a la referida entidad, pues no ha incurrido en la violación de los derechos fundamentales de la accionante.

Afirmó que los dineros que maneja la Secretaría Distrital de Salud se encuentran destinados únicamente para la prestación de los servicios en salud que requiera la población perteneciente al régimen subsidiado y a quienes ostenten la calidad de no asegurado.

Manifestó que se debe efectuar una junta médica que determine si en el caso de la accionante es viable la realización del procedimiento de fecundación in vitro desde el punto de vista médico; aclaró que, en todo caso, los servicios objeto de la presente acción de tutela deben estar autorizados por el MIPRES, siendo obligación exclusiva de FAMISANAR EPS ordenar y realizar los procedimientos a que haya lugar, de conformidad con la

normativa vigente.

2.5. PROFAMILIA

La Representante Legal para Asuntos Judiciales de la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA, mediante escrito del veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017), se refirió a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, en los siguientes términos:

Manifestó que PROFAMILIA es una organización sin ánimo de lucro, especialista en salud sexual y reproductiva que ofrece servicios médicos, educación y venta de productos a la población colombiana. Sobre los servicios proporcionados a la accionante, manifestó que:

El 12 de marzo de 2012 se diagnostica a Yuli Paola Santacruz Abril con “infertilidad primaria de pareja por factor ovulatorio”[20], con antecedentes clínicos de ooforectomía bilateral, torsión de ovario y quiste simple.

El 8 de febrero de 2013 se informa sobre los costos del tratamiento de fertilidad que requiere la peticionaria.

El 25 de enero de 2017 la actora solicitó a la unidad de fertilidad de la organización información sobre procedimiento de fertilización in vitro. Por lo anterior, y teniendo en cuenta los antecedentes y valoración médica anotada en la historia clínica de la paciente, la especialista adscrita a PROFAMILIA sugirió, como única posibilidad para lograr un embarazo, la técnica de reproducción asistida de alta complejidad “fertilización in vitro, con óvulo donado”.

Indicó que no se le puede indilgar responsabilidad a PROFAMILIA sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, pues nunca ha negado ningún servicio en salud a la paciente, por el contrario, asesoró a la peticionaria y a su pareja en el cuidado de su salud sexual y reproductiva, y dio alternativas viables para procrear y así cumplir con su proyecto de vida en conjunto.

Finalmente, informó que es la EPS accionada quien debe garantizar la prestación efectiva, real y oportuna de los servicios de salud que demanda la actora. Solicitó se desvincule a PROFAMILIA de la presente acción de tutela por falta de legitimación por pasiva.

2.6. MÉDERI – Corporación Hospitalaria Juan Ciudad

La Coordinadora jurídica de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, mediante escrito del veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017), informó que una vez revisada la base de datos de esa entidad, se evidenció que la señora Yuli Paola Santacruz Abril no cuenta con ingresos en esa institución. Por lo anterior, afirmó desconocer y no tener participación alguna en las situaciones que motivaron la presente acción de tutela. Solicitó desvincular del proceso de la referencia a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, por cuanto es la entidad promotora de salud accionada la encargada de autorizar el acceso a los servicios de salud.

2.7. Fondo Financiero Distrital de la Salud

Vencido el término legal concedido mediante Auto Admisorio del 15 de junio de 2017, proferido por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, el Fondo Financiero Distrital de la Salud no se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

3. Sentencias objeto de revisión

3.1. Primera Instancia

Mediante providencia del cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá negó la acción de tutela promovida, mediante apoderado judicial, por Yuli Paola Santacruz Abril contra FAMISANAR EPS y otros.

El juez de primera instancia indicó que tras la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de Salud No. 1751 de 2017, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, dejó de existir, entre otras cosas, el Plan Obligatorio de Salud (POS), razón por la cual, en el caso objeto de decisión era necesario apartarse de la tesis de la clasificación de insumos médicos y tratamientos que se encuentren dentro o fuera del POS.

Manifestó que la referida norma estatutaria establece en cabeza de los médicos adscritos a las entidades promotoras de salud la autonomía para determinar los insumos o procedimientos pertinentes y necesarios para cada paciente, de acuerdo al Plan de

Beneficios en Salud previamente instituido.

Informó que una vez revisado el expediente en su integridad, se observó que la parte accionante sólo allegó un concepto médico favorable emitido por PROFAMILIA a nombre de Yuli Paola Santacruz Abril para llevar a cabo el procedimiento de fertilización in vitro, requerido por la actora.

Que, al tratarse de un concepto favorable o un informe de aptitud para poder practicar el procedimiento en cuestión, no puede entenderse como una orden expedida por el médico tratante donde se señale que la vida de la paciente corre peligro o que existe un riesgo inminente; es decir, que el resultado de los estudios realizados por un especialista a manera de diagnóstico no tienen el valor de orden médica, requisito indispensable para poder ordenar el procedimiento solicitado mediante acción de tutela.

Para la autoridad judicial, en atención a la jurisprudencia constitucional reiterada, todo servicio médico requerido por un usuario debe ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la persona capacitada y con criterio científico, capaz de determinar la pertinencia o necesidad inminente para practicar el procedimiento en aras de conservar la salud y la vida de su paciente.

Advirtió el juez de primera instancia que la solicitud de autorización de fecundación in vitro que elevó la accionante ante FAMISANAR EPS con fundamento en el concepto favorable proferido por PROFAMILIA FERTILIDAD fue analizada por el Comité Técnico Científico pertinente, quien decidió bajo formato de servicio de la Superintendencia Nacional de Salud negar el procedimiento requerido al argumentar que en la historia clínica aportada al proceso de la referencia no se evidencia el motivo por el cual la señora Yuli Paola Santacruz Abril fue sometida a una ooforectomía bilateral, actualmente su estado de salud no corre un riesgo inminente y su diagnóstico es de una paciente estable y sana[21].

Por todo lo anterior, concluyó que la acción de tutela de la referencia no cumplió con la exigencia que la ley otorga para poder concederse el amparo del derecho, esto es, la orden médica emanada del profesional en salud adscrito a la EPS, requisito señalado en la Ley 1751 de 2017.

3.2. Impugnación

El apoderado judicial de la accionante presentó escrito de impugnación el trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)[22].

Reiteró que “el día (6) de diciembre de 2016 PAOLA SANTACRUZ ABRIL acudió a la IPS COLSUBSIDIO FUNZA y expuso su caso para que le ayudasen, por lo que para el día (14) de enero de 2017 se reunió la Junta Médica de la clínica Colsubsidio a estudiar el caso, y posteriormente determinaron que el estado de salud de mi poderdante es buena (sic), su edad de (33) años es ideal y por ende el tratamiento es viable, por lo que le recomendaron acudir a su EPS FAMISANAR para lo de sus competencias”[23].

Señaló que FAMISANAR EPS es la entidad aseguradora que debe brindar los servicios de salud que requiere la accionante en forma integral y oportuna, a través de las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, como es el caso de PROFAMILIA FERTILIDAD, entidad que emitió concepto favorable para el tratamiento de fertilización in vitro con donación de óvulo a favor de Yuli Paola Santacruz Abril.

El apoderado judicial de la señora Yuli Paola Santacruz Abril aclaró que “no es cierto [l]o que argumentan las entidades accionadas, mi poderdante PAOLA SANTACRUZ ABRIL no requiere el tratamiento para quedar en estado de embarazo, busca el tratamiento es para mejorar su calidad de vida, toda vez que por la cirugía mediante la cual le extrajeron sus ovarios a los (17) años le causaron efectos secundarios, los cuales busca superar con el embarazo (...)”[25]. (Resaltado del texto original).

Relató que no se puede afirmar categóricamente que la vida de la accionante no esté en riesgo, pues “viene sufriendo problemas de salud, que viene consumiendo medicamentos que están causando de manera silenciosa efectos secundarios, y en unos años más adelante quien le responderá por sus problemas de salud, problemas de salud que pueden ser eliminados en su totalidad o pueden ser disminuidos de manera importante gracias al tratamiento aquí requerido para mi poderdante, lo que la llevara (sic) a dejar de consumir medicamentos de manera constante o porque no, dejarlos de consumir en su totalidad”[26].

Entre los efectos secundarios que padece la accionante debido al tratamiento hormonal que recibe resaltó los siguientes: “menopausia, calores, cambios de humor, sudoración excesiva todo el día, problemas de incontinencia urinaria”[27], entre otros. Agregó que su

poderdante tiene el derecho de beneficiarse de la tecnología y avances de la ciencia para paliar y mejorar su estado de salud en las facetas que se encuentren afectadas. Por lo anterior, concluyó el apoderado judicial que “la única posibilidad de la accionante para procrear de manera biológica es a través del tratamiento de FERTILIZACIÓN IN VITRO CON ÓVULO DONADO, CON INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES (ICSI)”[28].

Por último, reiteró los hechos y fundamentos de derecho expuestos en el escrito de tutela.

3.3. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), resolvió confirmar el fallo impugnado. Consideró que en el presente caso no se encuentra acreditado que el médico tratante de la accionante haya prescrito el tratamiento de fertilización in vitro evaluando las condiciones específicas de la paciente.

Manifestó que en el material probatorio anexo al expediente únicamente se encuentran documentos proferidos por PROFAMILIA y COLSUBSIDIO IPS en los que se sugiere que, para satisfacer el deseo de la accionante de ser madre, puede acudir a la realización de un tratamiento de fertilidad in vitro; sin embargo, no puede afirmarse que dichos conceptos hayan sido emitidos por el galeno tratante adscrito a la entidad accionada, mucho menos que tengan la calidad de orden médica. Así las cosas, no encontró probados los presupuestos legales y jurisprudenciales para ordenar un tratamiento de fertilidad de alto costo.

4. Pruebas aportadas al proceso de tutela y valoradas por los jueces de instancias

Al escrito de tutela se aportaron como pruebas las siguientes: (i) copia de la cédula de ciudadanía de la accionante[29]; (ii) constancia de ingresos de Yuli Paola Santacruz Abril[30]; (iii) declaración extraprocesal sobre los gastos mensuales de la actora[31]; (iv) contrato de arrendamiento[32]; (v) copia de la historia clínica de la peticionaria[33]; (vi) copia del proceso disciplinario seguido contra el médico Álvaro Guzmán[34]; (vii) copia del derecho de petición elevado por Yuli Paola Santacruz Abril, mediante el cual solicitó a la

accionada el tratamiento de fertilización in vitro[35]; (viii) informes de autorizaciones activas por afiliado[36].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso

Yuli Paola Santacruz Abril, de 33 años de edad, en calidad de cotizante, está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en salud a través del régimen contributivo por intermedio de FAMISANAR EPS.

De acuerdo con el diagnóstico de su médico tratante adscrito a la EPS accionada y especialista en ginecología, a la señora Santacruz Abril se le practicó el procedimiento denominado “OOFORECTOMÍA BILATERAL Y SALPINGECTOMÍA DERECHA E IZQUIERDA”, o extirpación de ovarios por sospecha de “tumor de ovario torcido”, con el objeto de evitar complicaciones futuras al existir posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios, lo que le generó una “infertilidad primaria de pareja por factor ovulatorio”[37].

Luego del procedimiento clínico practicado, el galeno tratante formuló, de forma continua e indefinida, terapia de sustitución hormonal y, le advirtió a la paciente, que su única opción, en caso de querer concebir un hijo, era la fertilización in vitro con donación de óvulos.

Con fundamento en lo expuesto, y luego de advertir que no puede sufragar directamente dicho tratamiento de reproducción asistida[38], la actora solicitó al juez de tutela amparar, entre otros, sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la familia, así como los derechos sexuales y reproductivos, y ordenar a la entidad accionada practicar el procedimiento de fecundación in vitro.

3. Procedencia de la acción de tutela en el asunto objeto de revisión

En el asunto objeto de estudio, resulta claro que la accionante se encuentra legitimada para interponer la acción de tutela, toda vez que es titular de los derechos fundamentales que reclama. De igual modo, se cumple con el requisito de legitimación por pasiva en la medida que FAMISANAR EPS es la entidad encargada de la prestación del servicio público de salud de la accionante.

Se aclara que, pese a que la acción de tutela de la referencia también se dirige contra el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Fondo Financiero Distrital de Salud, no se puede predicar la legitimación por pasiva respecto de estas entidades, pues la obligación de garantizar el acceso de los servicios de salud recae directamente sobre la entidad promotora de salud accionada en cumplimiento de los parámetros establecidos en el artículo 9 de la Resolución No. 5269 de 2017[39].

En relación con el principio de inmediatez se observa que la acción de tutela fue interpuesta (2 de junio de 2017) en un término razonable (3 meses y 14 días) a partir de los hechos que desencadenaron la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales (16 de febrero de 2017), fecha en que el médico tratante adscrito a la entidad accionada decidió no autorizar el tratamiento de fertilización in vitro, por las razones expuestas en el acápite de antecedentes de esta providencia.

La acción de tutela procede únicamente cuando se cumplen los siguientes requisitos: cuando no existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Frente al carácter subsidiario de la acción de tutela, la Sala considera que la accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.

Al respecto, verificado el procedimiento establecido en las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, encuentra la Sala que ninguno de los supuestos de hecho allí establecidos coincide con el asunto de la controversia del presente

caso[40]. Así las cosas, la acción de tutela es el mecanismo adecuado para examinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante. La Sala procederá a elaborar el análisis de fondo de la solicitud.

4. Problema jurídico

¿Una Entidad Promotora de Salud vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna así como los derechos sexuales y reproductivos de una usuaria diagnosticada con infertilidad primaria de pareja por factor ovulatorio cuando niega la práctica de un procedimiento de fecundación in vitro al argumentar que dicho tratamiento no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud y no existe orden médica que certifique su necesidad e idoneidad para evitar un perjuicio irremediable a la salud o a la integridad física de la paciente?

Para resolver la controversia planteada en este trámite, la Sala: (i) analizará el marco normativo para el acceso a los servicios en salud de conformidad con la Ley 1751 de 2015; (ii) realizará un breve análisis sobre la procedencia de la acción de tutela para acceder excepcionalmente a procedimientos orientados a tratar la infertilidad, y a partir de lo expuesto, (iii) resolverá de fondo el problema jurídico esbozado.

5. Marco normativo para el acceso a los servicios en salud de conformidad con la Ley 1751 de 2015

5.1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza el derecho fundamental a la salud en el marco de la Ley 1751 de 2015 y la atención en salud a todos sus afiliados en concordancia con el artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

5.2. En los artículos 1 y 2 de la referida ley estatutaria se establece la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y se reconoce explícitamente, su doble connotación: (i) como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud y (ii) como un servicio público esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la indelegable responsabilidad del Estado.[41]

5.3. El Artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 consagra los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud y los principios de universalidad, equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, como definitorios del sistema de salud, los cuales deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás.

5.4. Asimismo, el artículo 10 de la citada norma determina los deberes y derechos de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. En cumplimiento de este precepto, el Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar que todos sus afiliados puedan acceder a los servicios y tecnologías que aseguren una atención integral, oportuna y de alta calidad, a recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos y a que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio, entre otros.

5.5. La Ley 1751 de 2015 determina en cabeza del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio la obligación de garantizar de forma completa las tecnologías necesarias mediante los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad. Lo anterior, en aplicación del principio de integralidad en materia de salud[42].

5.5.1. La norma estatutaria de salud establece con claridad que el acceso y la prestación en salud debe hacerse de manera completa e integral. En consecuencia, el Sistema General de Seguridad Social en Salud ha previsto un mecanismo de protección colectiva del derecho a la salud a través de un esquema de aseguramiento denominado Plan de Beneficios en Salud, cuyos servicios y tecnologías se financian con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), sin perjuicio del desarrollo de otros mecanismos que garanticen su provisión de manera individual, salvo que se defina su exclusión para ser financiados con recursos públicos asignados a la salud.

5.6. El 22 de diciembre de 2017 el Ministerio de Salud y Protección Social profirió[43] la Resolución No. 5269 de 2017[44], acto administrativo que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, como mecanismo de protección colectiva, y

establece que las coberturas de los servicios y tecnologías en salud que deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud[45].

La referida resolución contiene tres (3) anexos que hacen parte integral de la misma, cuya aplicación es de carácter obligatorio, así: Anexo 1 “Listado de Medicamentos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”; Anexo 2 “Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC” y Anexo 3 “Listado de Procedimientos de Laboratorio Clínico del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”.

5.6.1. El artículo 6 de la Resolución No. 5269 de 2017 determina que los procedimientos y servicios allí definidos, de conformidad con las normas vigentes, se describen en términos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y se consideran financiadas todas las tecnologías en salud (servicios y procedimientos), descritas en el articulado; así como en los Anexos 2 y 3 del citado acto administrativo.

Se aclara en el párrafo 1 de la referida norma que “para el Anexo 2 ‘Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC’, se consideran financiadas con recursos de la UPC, todas las subcategorías que conforman cada una de las categorías descritas en el mismo, salvo aquellas referidas como no financiadas en la nota aclaratoria y las que corresponden a un ámbito diferente al de salud”, para efectos del presente caso, es importante destacar que en el Anexo 2 ‘Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC’, ninguna de las categorías o subcategorías incluidas hacen referencia a “procedimientos de reproducción asistida” o a las subcategorías de “inseminación artificial” o “fecundación [fertilización] in vitro”.

5.6.2. La Resolución No. 5269 de 2017 establece las obligaciones en cabeza de las EPS en relación con la prestación de los servicios en salud, cuando las tecnologías se encuentran incluidas en el Plan de Beneficios. Al respecto, el artículo 9 del acto administrativo referido indica:

“Artículo 9. Garantía de acceso a las tecnologías en salud. Las EPS o las entidades que hagan sus veces, deberán garantizar a los afiliados al SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud para el cumplimiento de la necesidad y finalidad del servicio, a través de su red de prestadores de servicios de salud. De conformidad con la Ley 1751 de 2015, en

caso de atención de urgencias y según lo dispuesto en el artículo 23 de este acto administrativo, las EPS o las entidades que hagan sus veces, deberán garantizarla en todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) habilitadas para tal fin en el territorio nacional”.

La citada norma determina que el acceso a los servicios de salud se debe garantizar en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las patologías, mediante el aseguramiento en salud de los servicios y procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

5.7. El artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece un límite a la faceta prestacional del derecho a la salud reflejado en criterios de exclusión que impiden la financiación de ciertos servicios y tecnologías con recursos públicos. Es decir, el Plan de Beneficios en Salud garantiza el cubrimiento de todos los servicios y tecnologías necesarias para proteger el derecho a la salud que se incluyen en la Resolución No. 5269 de 2017, salvo aquellos que sean expresamente excluidos.[46]

Así, el Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 15 de la Ley Estatutaria de Salud y el numeral 2 del artículo 2 del Decreto - Ley 4107 de 2011[47] y como resultado de la aplicación y desarrollo del procedimiento técnico-científico adelantado por un grupo de análisis conformado por 66 expertos representantes de 28 asociaciones de profesionales del área de la salud[48], expidió la Resolución No. 5267 del 22 de diciembre de 2017[49] mediante la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, el cual se encuentra contenido en el Anexo Técnico del mencionado acto administrativo. Para efectos del presente caso, es importante destacar que ninguna de las 43 exclusiones (servicios y tecnologías) descritas en el listado hacen referencia a la categoría de “procedimientos de reproducción asistida” o a las subcategorías de “inseminación artificial” o “fecundación [fertilización] in vitro”.

5.8. De conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015 los profesionales de la salud tendrán plena autonomía para adoptar las decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes a su cargo, en el marco de esquemas de autorregulación, ética, racionalidad y evidencia científica, y prohibición de todo

constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la referida autonomía, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que pueda vulnerar la seguridad del paciente.

5.8.1. En atención a lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió la Resolución No. 3591 de 2016[50] con el objeto de establecer el procedimiento para el acceso, reporte de prescripción, suministro y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación — UPC, y que no se encuentren expresamente excluidas mediante acto administrativo expedido como resultado de la aplicación y desarrollo del procedimiento técnico-científico de que trata el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud en concordancia con la Resolución No. 330 de 2017.

5.8.2. El artículo 5 de la Resolución 3951 de 2016 establece que la prescripción de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS, a través de MIPRES, aplicativo destinado para la atención de todos los afiliados del régimen contributivo el cual opera mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social — SISPRO con diligenciamiento en línea. Lo anterior, bajo el estricto cumplimiento de los requisitos y criterios establecidos en el mencionado acto administrativo.

Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud deberán conformar una Junta de Profesionales de la Salud en caso de que presten servicios o tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, con el fin de aprobar bajo criterios médicos, técnicos y de pertinencia, únicamente aquellas prescripciones de servicios o tecnologías complementarias, de soporte nutricional prescritas en el ámbito ambulatorio y medicamentos del listado UNIRS[51] de conformidad con los protocolos establecidos por cada IPS[52].

6. Procedencia de la acción de tutela para acceder excepcionalmente a procedimientos orientados a tratar la infertilidad. Jurisprudencia constitucional

6.1. Esta Corporación ha abordado en diversas oportunidades las razones que justifican la no inclusión de los tratamientos que se dirigen directamente a tratar la infertilidad en los

planes de beneficios en salud. Lo anterior, al indicar que el derecho a la maternidad no genera, prima facie, una obligación estatal en materia de fertilidad asistida, pues constitucionalmente dicha garantía “implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación”[53].

6.2. La Corte Constitucional, en Sentencia T-1104 de 2000 aclaró que “el derecho a la procreación – aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce”[54].

6.3. Por regla general, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, establecía que no era procedente la acción de tutela para autorizar tratamientos de fertilidad en razón a que estaban expresamente excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud – POS. No obstante, en ejercicio de la revisión de acciones de tutela, esta Corporación estableció una serie de subreglas a partir del detalle fáctico de los casos concretos, en los cuales los usuarios del sistema de seguridad social en salud accedieron excepcionalmente a procedimientos que indirectamente estaban orientados a tratar la infertilidad.

6.3.1. En esa medida, definió tres supuestos para que de manera excepcional se pudiera autorizar por vía de tutela el suministro de procedimientos que eventualmente pudieran servir para el tratamiento de la infertilidad. Estos son:

(i) Cuando con ello se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud;

Para esta Corporación, en atención al principio de la continuidad en la prestación del servicio de salud, las EPS no pueden suspender tratamientos dirigidos a tratar la infertilidad que se encuentren en una etapa ya avanzada, pues pese a que la obligación no se encuentra en cabeza de esas entidades por ser procedimientos que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud otorgado a los afiliados, los mismos deben prestarse de manera continua e ininterrumpida una vez se hayan iniciado.

En aplicación a la anterior subregla jurisprudencial, la Sala Sexta de Revisión de esta Corte en Sentencia T-572 de 2002, al realizar el estudio de un caso en el que la EPS accionada suspendió un proceso de inducción a la ovulación para lograr un embarazo cuando el galeno tratante aumentó la dosis del fármaco requerido por la peticionaria, determinó que romper abruptamente el tratamiento en curso ocasionó un perjuicio irremediable a la actora atentando contra su integridad física y la confianza legítima que había generado el suministro del medicamento. Por lo anterior, la Sala confirmó la sentencia de segunda instancia, en la que el juez de tutela había ordenado continuar con el tratamiento.

(ii) Cuando se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, en los casos en los que se requiere: a) la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; b) el suministro de un medicamento;

En los casos en que se requiera proteger el derecho al diagnóstico y contrarrestar la falta de certeza sobre la enfermedad, procede el amparo constitucional para garantizar la práctica de exámenes de diagnóstico con el objeto de informar al paciente sobre su estado de salud; sin embargo, no debe entenderse que conlleva implícitamente la orden de conceder una técnica de reproducción asistida mediante acción de tutela.

Así, la Sala Séptima de Revisión en la Sentencia T-636 de 2007, ordenó a la EPS accionada autorizar los exámenes cariotipo paterno y cariotipo materno prescritos por el médico tratante a una mujer y a su esposo. En esa oportunidad se determinó que la negativa de la entidad demandada desconoció la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de los pacientes a que les sean practicados exámenes de diagnóstico, para que el médico tratante pueda determinar el manejo de la enfermedad que se padece.

(iii) Cuando la patología de la infertilidad es una enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad, caso en el cual se autorizan los procedimientos, tratamientos o medicamentos para tratar la enfermedad que afecta su aparato reproductor.

6.3.2. En los casos en que se determine que la infertilidad es producto de una patología primaria, se debe garantizar el suministro de las tecnologías en salud encaminadas a contrarrestar la enfermedad secundaria en el sistema reproductor que ocasiona la

infertilidad, sin que el amparo constitucional consista en ordenar la práctica del procedimiento de reproducción asistida.

6.3.3. La Corte Constitucional en la Sentencia T-901 de 2004 explicó que se trata de garantizar la “provisión de medicamentos, procedimientos o tratamientos necesarios para combatir la existencia de una patología en el sistema reproductor que produce por sí misma una afección de la salud del paciente y que de manera derivada genera la infertilidad”, con el fin de permitir la recuperación de la función reproductora.

6.4. Esta línea jurisprudencial se mantuvo constante durante varios años. Cabe resaltar que ninguno de los supuestos fácticos que configuraron la excepcionalidad en virtud de la cual procedía la acción de tutela, tuvo la finalidad de autorizar tratamientos para remediar la infertilidad propiamente considerada.

En la Sentencia T- 644 de 2010 el juez constitucional ordenó proveer el tratamiento de fertilización in vitro a la accionante, en razón del principio de continuidad en la prestación de servicios de salud, que prohíbe suspender tratamientos para la infertilidad ya iniciados, en la medida que la empresa prestadora de servicios de salud voluntariamente había comenzado dicho tratamiento con anterioridad. En los demás casos, la protección se dio respecto de la garantía del derecho a la salud en lo que se refiere a la práctica de exámenes de diagnóstico, suministro de medicamentos, realización de procedimientos dirigidos a curar alguna enfermedad que afecta el sistema reproductor, mas no a asegurar la procreación propiamente dicha.

6.5. Pese a que la Corte había reiterado la improcedencia de la acción de tutela para acceder a tratamientos de fertilidad, en el año 2015 un fallo de la Sala Sexta de Revisión de Tutelas[55] consideró que existía un déficit de protección del derecho fundamental a la salud reproductiva en su faceta prestacional.

Señaló que el argumento según el cual era necesario preservar el equilibrio financiero del sistema de salud, debía ceder a la necesidad de avanzar de manera progresiva y modulada respecto de estos tratamientos, en lugar de paralizar en el tiempo la extensión del plan obligatorio de salud. Al respecto consideró:

“(…) aunque la conservación del equilibrio financiero constituye un argumento válido para

la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud, ello no significa que no se pueda avanzar en la inclusión. Además, porque resulta constitucionalmente problemático que tal proceder, esto es, mantener tales tratamientos por fuera de la cobertura del POS, sea de carácter generalizado; es decir, a pesar de ser razonable tal exclusión del plan de beneficios, hacerlo en todos los casos puede conducir a la vulneración de ciertos derechos fundamentales (...)"[56]

6.5.2. Este fallo estableció que para este tipo de asuntos no era suficiente observar cada caso concreto a la luz de las subreglas de la jurisprudencia constitucional para el acceso a servicios o tecnologías que estaban excluidas del antiguo Plan Obligatorio de Salud. Señaló la necesidad de tener en cuenta que el acceso a este tipo de procedimientos tenía dos consecuencias jurídicas que debían ser consideradas. Por un lado, la faceta prestacional del derecho a la salud, y por otro, el deber estatal de proteger a los individuos frente a acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectaran la vida privada y familiar.

6.5.3. Finalmente, la providencia consideró que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho a la vida privada y a la autonomía reproductiva tenían una conexión con la integridad física y psicológica de las personas, y su ejercicio implicaba también la posibilidad de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho[57]. Por esta razón, concluyó que "no correspond[ía] a la Corte hacer una valoración de las prioridades financieras del sistema de seguridad social en salud; [cuando] se trata[ba] de asegurar la garantía de los derechos fundamentales de pacientes que se encuentran en circunstancias especiales y excepcionales"[58].

Tesis que fue reiterada en la Sentencia T-306 de 2016 en la que la Sala Cuarta de Revisión concedió un tratamiento de inmunoterapia de leucocitos paternos, bajo el argumento de que la negativa de un tratamiento de fertilidad infringe, tanto la dimensión reproductiva del derecho a la salud, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su núcleo esencial de autodeterminación reproductiva y libertad para tomar las decisiones que más convengan en el proyecto de vida familiar, y a la igualdad (...).

6.6. Posteriormente, la Sala Segunda de Revisión en la Sentencia T-398 de 2016 consideró que no era acertada la mutación y adición que la Sentencia T-274 de 2015 había propuesto alrededor de las reglas adoptadas sobre la procedibilidad de la acción de tutela para

acceder a servicios excluidos del sistema de salud. Consideró que expedir órdenes de alcance general que modificaran la política pública sin que ésta haya sido discutida por el legislador de forma abierta y democrática implicaba desconocer la necesidad de abordar discusiones más complejas asociadas al tema, previo a la realización de un control concreto de constitucionalidad. Al respecto señaló:

(...) crear unas reglas o criterios para que en sede de tutela se reconozcan, con un alcance general, tratamientos para la infertilidad al resolver casos concretos, también se termina zanjando precipitada y anticipadamente, sin haber sido si quiera tratadas, distintas hipótesis que surgirían alrededor del reconocimiento de estos procedimientos. Así, por ejemplo, no es lo mismo que el tratamiento para la infertilidad lo requiera un accionante que ya tiene hijos, a que sea solicitado por alguien que, a pesar de estar en edad reproductiva, no ha logrado llevar a cabo su deseo de procrear. // De igual manera, asuntos y discusiones aún más complejas se tienen que abordar antes de que, a través de un control concreto de constitucionalidad, se implanten reglas generalizadas que promuevan, o no, el suministro o la práctica de procedimientos de fertilización in vitro a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Al respecto, cuestiones como, por ejemplo, la manipulación de embriones, el uso de embriones concebidos in vitro que sea imposible transferirlos simultáneamente al útero (también llamados embriones sobrantes o supernumerarios), la crioconservación o congelamiento de dichos embriones y la inseminación o fecundación in vitro post mortem, indudablemente son aspectos y debates públicos, legales y científicos sobre los cuales el juez de tutela terminaría decidiendo por anticipado al ordenar la autorización de aquella técnica de reproducción asistida, permitiendo la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico interno. // (...) En ese orden de ideas, (...) volver constante, uniforme y reiterada la postura desarrollada por la providencia T-274 de 2015, conlleva a que el juez de tutela decida por anticipado aspectos o debates públicos, legales, científicos que son, como se dijo, competencia del legislador, omitiendo todas las variantes y cuestiones que se tiene que introducir a la discusión que se surta en torno al suministro o la garantía de aquella técnica de reproducción asistida”[59].

6.6.1. Para fundamentar esta posición, el fallo reseñó algunos casos específicos en los que otros países han venido incorporando dentro las legislaciones internas asuntos relacionados con el suministro y la garantía de esta técnica de reproducción asistida. Señaló, por

ejemplo, cómo la legislación española estableció límites para la crioconservación de preembriones y para la utilización de embriones después de la muerte de uno de los padres, o la prohibición de la legislación de Costa Rica de desechar, eliminar o conservar embriones sobrantes.

6.6.2. Resaltó la complejidad del tema señalando que la Corte Constitucional en la Sentencia C-669 de 2014 había analizado la constitucionalidad del artículo 134 del Código Penal. Allí consideró una serie de interrogantes que surgían sobre el delito de fecundación con fines distintos a procreación. Señaló que el análisis de casos como estos no podía limitarse a observar la interrelación de derechos fundamentales, sino que, en principio, debía estar orientada a establecer si la conducta activa u omisiva responde al incumplimiento de una obligación que esté en cabeza del Estado teniendo en cuenta que la aplicación del sistema de seguridad social en salud está sujeta a la garantía y materialización del derecho fundamental a la salud.

6.6.3. En esa oportunidad, la Sala Plena de esta Corporación concluyó que el Estado debe adoptar 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. Así como las condiciones financieras del sistema y la economía del país, para garantizar la concordancia entre el costo de las actividades incluidas en el Plan con su respectiva disponibilidad de recursos.

6.7. En asuntos relacionados con el suministro y la garantía de técnicas de reproducción asistida como el tratamiento de fecundación in vitro, con donación de óvulos e inyección intracitoplasmática de espermatozoides (FIV-ICSI), resulta fundamental abordar el problema que subyace a las discusiones éticas y políticas y las implicaciones que a todas luces superan la discusión sobre el derecho a la salud reproductiva y su relación con el libre desarrollo de la personalidad, o el carácter prestacional de su garantía.

6.7.1. Es importante resaltar que las nuevas técnicas artificiales de concepción y la posibilidad de crear embriones por fuera del cuerpo humano plantean una serie de cuestiones legales, éticas y sociales que indudablemente requieren un escenario de discusión ampliamente democrático en cabeza del legislador y limitan la actividad discrecional del juez constitucional en virtud del principio de separación de poderes. No es

dable pues, que en ejercicio del control concreto por vía de acción de tutela el juez expida órdenes que directa o indirectamente tengan efectos de carácter general, o constituyan un precedente de aplicación sistemática para casos con similitud fáctica, orientando por vía judicial la actividad de la administración pública y afectando aspectos de tan alta trascendencia como el valor de la vida en un Estado Social de Derecho.

6.7.2. Alrededor de la fecundación in vitro como técnica de reproducción asistida se encuentran cuestiones profundamente complejas que hasta el momento no han sido abordadas de forma democrática, ni desarrolladas por el legislador, de las cuales se desprenden consecuencias jurídicas que básicamente configuran una laguna legislativa en Colombia.

Resulta necesario que el legislador estatutario regule cuestiones como; i) la donación de óvulos; ii) la congelación de embriones sobrantes; iii) la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres; iv) la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”; v) las cuestiones relativas al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; vi) el número de descendientes de cada donante; vii) la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro, no los produce; y, la posibilidad de comercio óvulos, entre otras.

6.7.3. Finalmente, encuentra la Sala pertinente reiterar lo expresado por esta Corporación en Sentencia T-398 de 2016 mediante la cual indicó que, en los casos en que únicamente se pretende la procreación por medios de reproducción asistida, expedir órdenes que lleguen a tener alcance general, por vía de acción de tutela, y que estas a su vez modifiquen la política pública sin que esta haya sido discutida por el legislador estatutario de forma abierta y democrática, implica decidir por anticipado asuntos que conciernen al Congreso de la República por las consecuencias jurídicas que conllevan.

7. Resolución del caso concreto

De las pruebas y los antecedentes relacionados en esta providencia se desprende que a la señora Yuli Paola Santacruz Abril le fue diagnosticada “infertilidad primaria de pareja por

factor ovulatorio”[60], por lo que le fueron extirpados quirúrgicamente los ovarios mediante el procedimiento de ooforectomía bilateral, motivo por el cual, la accionante carece de dichos órganos en su aparato reproductor y se encuentra en manejo con estrógenos conjugados.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el ánimo de mejorar su calidad de vida y reducir los efectos secundarios causados por el tratamiento con estrógenos que su médico tratante le prescribió, de manera continua y permanente, Yuli Paola Santacruz Abril pretende que el juez constitucional ordene a FAMISANAR EPS autorizar y suministrar el tratamiento de fecundación (fertilización) in vitro a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Del expediente objeto de revisión se puede constatar que FAMISANAR EPS nunca inició e interrumpió inesperadamente el tratamiento de fecundación in vitro solicitado, pues de las pruebas aportadas al proceso de tutela se evidencia que el 24 de enero de 2017 la parte demandada emitió autorización para que la accionante acudiera a PROFAMILIA FERTILIDAD a la toma de exámenes de diagnóstico para determinar la viabilidad de la fecundación in vitro y se expidiera la cotización del tratamiento. Por lo cual se profirió un concepto favorable a nombre de la actora, sin que se iniciara procedimiento alguno, es decir, en el presente asunto no existe desconocimiento del principio de continuidad en la prestación del servicio salud.

Lo requerido por la actora no es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, pues pese a que el apoderado judicial indicó en la acción de tutela que su poderdante padecía infertilidad secundaria, del diagnóstico proferido el 10 de marzo de 2012 por el médico tratante de la señora Yuli Paola Santacruz Abril adscrito a PROFAMILIA FERTILIDAD IPS, se advierte que la actora padece “infertilidad primaria de pareja por factor ovulatorio”, con antecedentes clínicos de ooforectomía bilateral, torsión de ovario y quiste simple, causa por la cual el galeno Álvaro Guzmán González indicó que su única posibilidad para procrear biológicamente era la fecundación in vitro.

El anterior concepto fue reiterado por la IPS referida el 20 de junio de 2017 en la respuesta dada por esa entidad dentro del proceso de la referencia, afirmación que no fue

desvirtuada ni tachada de falsa por el apoderado judicial de la peticionaria, por el contrario, a folio 6 del escrito de impugnación[61] el abogado afirma que para la fecha[62] en que se emitió esa valoración médica existía un convenio de salud vigente entre la entidad accionada y PROFAMILIA FERTILIDAD IPS.

De otro lado, el apoderado judicial de la accionante en el escrito de impugnación del 13 de julio de 2017 contra la sentencia de primera instancia del 4 de julio de la misma anualidad, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, aclaró que:

“no es cierto [l]o que argumentan las entidades accionadas, mi poderdante PAOLA SANTACRUZ ABRIL no requiere el tratamiento para quedar en estado de embarazo, busca el tratamiento es para mejorar su calidad de vida, toda vez que por la cirugía mediante la cual le extrajeron sus ovarios a los (17) años le causaron efectos secundarios, los cuales busca superar con el embarazo (...)”[1]. (Resaltado en negrilla por fuera del texto original).

(...) “la señora YULI PAOLA SANTACRUZ ABRIL, no puede agotar otros métodos de reproducción asistida, es decir que no puede iniciar otro tratamiento de fertilidad, para ahí si (sic) llegar finalmente [a] la fecundación in-vitro, debido a que su cuerpo no lo permite, tratamiento con el cual busca mejorar su calidad de vida”[63]. (Resaltado en negrilla por fuera del texto original).

Finalmente, concluye: “el mismo médico ÁLVARO GUZMÁN (sic) GONZÁLEZ manifestó tal y como quedo consignado en la historia clínica, que le explicó el día siguiente de la cirugía (17 de febrero) a la paciente el procedimiento realizado y sus complicaciones para la fertilidad y de la necesidad de la terapia de reemplazo hormonal, es decir desde ese mismo momento el médico tratante ya le manifestó que debía someterse a un tratamiento para la fertilidad, a sus 17 años de edad, y más ahora que no es por la intención de tener un hijo, sino por el hecho de mejorar su calidad de vida superando las molestias secundarias que le dejó (sic) la cirugía mediante la cual le extrajeron los ovarios por problemas de tumoraciones en los mismos”[64] . (Resaltado en negrilla por fuera del texto original).

De las afirmaciones hechas por el apoderado judicial de la señora Yuli Paola Santacruz Abril, se advierte que lo pretendido por la accionante es utilizar el procedimiento de fecundación in vitro como un medio para garantizar la procreación y mejorar su salud y su calidad de

vida al disminuir o contrarrestar los efectos secundarios que padece a causa de la operación a la que fue sometida y del tratamiento hormonal que recibe.

Así las cosas, en el asunto objeto de revisión: i) no se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio salud; ii) la infertilidad que padece la accionante es primaria, según concepto médico proferido por PROFAMILIA FERTILIDAD IPS; iii) el procedimiento de fecundación in vitro se pretende como un medio para lograr la procreación.

El apoderado judicial de la accionante informó que su poderdante elevó solicitud de autorización de fertilización in vitro ante la entidad accionada con fundamento en el concepto favorable proferido por PROFAMILIA FERTILIDAD, que dicha petición fue analizada por el Comité Técnico Científico pertinente, quien decidió bajo formato de servicio de la Superintendencia Nacional de Salud negar el procedimiento requerido al argumentar que en la historia clínica de la señora Yuli Paola Santacruz Abril no se evidencia el motivo por el cual fue sometida a una ooforectomía bilateral, que actualmente su estado de salud no corre un riesgo inminente y su diagnóstico es de una paciente estable y sana.

Como quedó expresamente consignado en los párrafos anteriores, lo requerido por la actora no es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, pues dicho diagnóstico se efectuó el 10 de marzo de 2012 por su médico tratante, fecha en que se determinó la patología de “infertilidad primaria de pareja por factor ovulatorio”, con antecedentes clínicos de ooforectomía bilateral, torsión de ovario y quiste simple. Concepto reiterado por PROFAMILIA FERTILIDAD IPS el 20 de junio de 2017 y aportado al proceso de tutela de la referencia.

Se persigue el procedimiento de la fecundación in vitro como un medio para garantizar la procreación y de esta manera frenar los efectos secundarios que padece la accionante (menopausia, sobrepeso, cambios de humor, sudoración excesiva todo el día, problemas de incontinencia urinaria, entre otros) debido a la operación a la que fue sometida y al tratamiento con estrógenos que su médico tratante le prescribió, de manera continua y permanente, como terapia de sustitución hormonal.

El apoderado judicial indicó que la pretensión principal es mejorar la calidad de vida de la peticionaria en términos generales disminuyendo los efectos secundarios que padece

debido a la ingesta de un tratamiento hormonal, mediante la fecundación in vitro[65], el cual hace parte de la categoría de procedimientos de reproducción asistida que no se encuentra incluida en el Plan de Beneficios en Salud (Resolución No. 5269 de 2017, Anexo No. 2); sin embargo, no ha sido expresamente excluida dentro del listado de servicios y tecnologías de que trata la Resolución No. 5267 de 2017.

En el caso objeto de estudio, para la Sala no es 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. Si bien es cierto la accionante fue sometida a una intervención quirúrgica que ha afectado su vida reproductiva y se encuentra bajo tratamiento de sustitución hormonal que, según lo indica su apoderado judicial, le causa graves efectos secundarios, de las pruebas aportadas al proceso de tutela de la referencia como de los escritos allegados por la entidad accionada, no se puede determinar que el procedimiento de fecundación in vitro, permita disminuir o eliminar los efectos físicos o psicológicos que padece la señora Yuli Paola Santacruz Abril.

Atendiendo el marco normativo dispuesto en la Ley 1751 de 2015, y en aplicación del principio de integralidad propio del derecho fundamental a la salud, según el cual la atención debe ser completa y continua, la Resolución No. 3951 de 2016 establece que, si un procedimiento no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, pero tampoco ha sido explícitamente excluido, puede ser solicitado y suministrado a través del aplicativo denominado MIPRES, y aprobado posteriormente por la Junta de Profesionales de la Salud, el cual sirve como plataforma para que el médico tratante prescriba los servicios y tecnologías necesarios para garantizar la salud y el bienestar del paciente.

Observa la Sala que, a folio 204 del cuaderno número uno del expediente reposa una copia de una “solicitud individual de medicamentos/servicios médicos/prestación de salud no incluida en el POS”, de fecha 8 de febrero de 2017, mediante la cual la ginecóloga María Angélica Triana solicita “fecundación (fertilización) in vitro con técnica FIV ICSI con óvulo donado. CUPS: 96.7.0.02”; no obstante, este documento no tiene el valor de orden médica o prescripción en los estrictos términos de la Resolución No. 3591 de 2016[66].

El artículo 5 del citado acto administrado establece que la prescripción de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC la debe realizar el médico tratante a través de MIPRES, mediante formato de contingencia de prescripciones “MIPRES No PBS – FORMULARIO PARA CONTINGENCIA REPORTE DE PRESCRIPCIÓN DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO CUBIERTAS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UPC”, no mediante solicitud individual de prestaciones no POS.

El formulario deberá contener la información sobre (i) tipo de prestación, (ii) el procedimiento no cubierto CUPS, (iii) la descripción, (iv) la justificación No PBS, (v) la cantidad, frecuencia y duración del procedimiento y (vi) el número de prescripciones que genera MIPRES No PBS, entre otros datos.

Al analizar la solicitud incluida en el expediente de la referencia, se advierte que la misma no cuenta con el número de prescripciones que genera MIPRES No PBS, no establece la cantidad, frecuencia y duración del procedimiento y la única justificación que aporta la ginecóloga tratante es “deseo actual de fertilidad”, es decir, la procreación.

En el presente caso el procedimiento en salud solicitado por la accionante no fue ordenado por su médico tratante o adscrito a FAMISANAR EPS en los estrictos términos de la Resolución No. 3591 de 2016. Al no existir un diagnóstico médico efectivo que determine con precisión los procedimientos, medicamentos e insumos necesarios para el restablecimiento de la salud y la calidad de vida de la actora, no puede la Sala acceder directamente a la pretensión de la tutela.

La orden médica cobra plena trascendencia para el sistema pues es el reflejo del criterio o diagnóstico del galeno que determina científicamente los servicios y tecnologías que pueden ser suministrados al paciente. En ese contexto, en el presente caso, no son suficientes las afirmaciones hechas por el apoderado judicial, pues la opinión del profesional en salud supera cualquier otra apreciación sobre las necesidades del paciente y la posibilidad de recibir un procedimiento médico.

Así las cosas, le asiste razón a los jueces de primera y segunda instancia al indicar que dentro del proceso de tutela adelantado por Yuli Paola Santacruz Abril contra FAMISANAR EPS no se encuentra acreditado que el médico tratante de la accionante haya ordenado el

tratamiento de fertilización in vitro con base en los requisitos y criterios señalados en la Resolución No. 3591 de 2016 y evaluando las condiciones específicas de la paciente, pues del material probatorio anexo al expediente únicamente se encuentran documentos proferidos por PROFAMILIA FERTILIDAD y COLSUBSIDIO IPS en los que se sugiere que, para satisfacer el deseo de la accionante de procrear biológicamente, la accionante puede acudir a la realización de un tratamiento de fecundación in vitro; sin embargo, no puede afirmarse que dichos conceptos tengan la calidad de orden médica o que sea el procedimiento más idóneo para conjurar los efectos secundarios que sostiene el apoderado judicial padece actualmente la peticionaria.

En conclusión, como quedó probado, la infertilidad de la señora Yuli Paola Santacruz Abril es primaria en la medida en que no es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad, pues proviene directamente de un factor irreversible producto de la extirpación quirúrgica de sus ovarios, conforme lo adujo su médico tratante, perdió ambos ovarios por una resección y extirpación de los mismos, razón por la que la actora requeriría de la fecundación (fertilización) in vitro solamente para satisfacer su deseo de gestación y no existe orden médica que justifique técnica y científicamente su necesidad o idoneidad para mejorar la calidad de vida de la accionante suprimiendo los efectos secundarios que alega padecer.

Por lo anteriormente dilucidado, esta Sala no accederá a la solicitud de la accionante y, en consecuencia, confirmará, por las razones expuestas y en los términos de esta providencia, la sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferida en segunda instancia por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, así como el fallo dictado el cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal, que negó la acción de tutela instaurada por Yuli Paola Santacruz Abril contra FAMISANAR EPS.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas y en los términos de esta providencia, la sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferida en segunda instancia por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, así como el fallo dictado el cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal, que negó la acción de tutela instaurada por Yuli Paola Santacruz Abril contra FAMISANAR EPS.

Segundo.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

A LA SENTENCIA T-316/18

Referencia: Expediente T-6.494.257

Acción de tutela instaurada por Yuli Paola Santacruz Abril contra el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, el Fondo Financiero Distrital de Salud y FAMISANAR EPS.

Magistrada Ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Séptima de Revisión, me permito presentar la siguiente aclaración de voto a la Sentencia T-316 de 2018.

En el presente caso, acompaño la decisión de la Sala de confirmar los fallos proferidos en primera y segunda instancia, mediante los cuales se negó la acción de tutela formulada por Yuli Paola Santacruz Abril contra FAMISANAR EPS, al verificarse que dentro del proceso de tutela de la referencia no se encontró acreditado que el médico tratante de la accionante haya ordenado el tratamiento de fertilización in vitro con base en los requisitos y criterios señalados en la Resolución No. 3591 de 2016[67] y evaluando las condiciones específicas de la paciente. Por lo anterior, se concluyó que no resultaba jurídicamente posible ordenar por vía judicial el procedimiento de fecundación in vitro, con donación de óvulos e inyección intracitoplasmática de espermatozoides (FIV-ICSI).

No obstante, dada la pretensión principal del asunto objeto de revisión, encuentro necesario aclarar el voto respecto de mi posición frente a las nuevas técnicas artificiales de concepción y la posibilidad de crear embriones por fuera del cuerpo humano.

Alrededor de la fecundación in vitro como técnica de reproducción asistida se encuentran cuestiones profundamente complejas. Lo anterior, por cuanto los avances científicos demuestran que la vida humana empieza con la fecundación, que no hay en la vida naciente una dependencia ontológica respecto de la progenitora, es decir, el cigoto no es una parte de la madre, que esta vida es humana pues no puede ser de otra naturaleza toda vez que su natural desarrollo es el de un ser humano, lo cual impide prácticas ínsitas al procedimiento de fertilización in vitro, como el desecho o la congelación de embriones únicamente para satisfacer el deseo de procrear biológicamente de una persona que por

sus condiciones físicas se encuentra en imposibilidad de hacerlo.

En ese contexto, la Corte Constitucional en procura por la salvaguarda de los derechos fundamentales y en atención a las concepciones sociológicas, respecto de la forma de entender y aplicar los valores, principios y reglas constitucionales involucradas en el asunto del respeto a la vida del no nacido desde el momento mismo de la concepción, no puede, en sede de revisión, anteponer el anhelo de una mujer a la maternidad al hecho de que el nasciturus es desde la concepción sujeto de derechos, entre ellos el derecho a la vida, presupuesto fáctico de todos los demás.

Casos como el que se planteó en la Sentencia T-316 de 2018 conllevan una serie de exigencias imposibles de cumplir, entre ellas, la solicitud de ordenar a una entidad promotora de salud proveer o conseguir óvulos donados cuando quien requiere la FIV no los produce, circunstancia que no tiene desarrollo legislativo, no contempla el Sistema General de Seguridad Social y que escapa de la órbita del juez de tutela.

De la práctica de la fertilización in vitro, se desprenden consecuencias jurídicas que básicamente configuran una laguna legislativa en Colombia. El legislador estatutario no ha regulado cuestiones como: i) la donación de óvulos; ii) la congelación de embriones sobrantes; iii) la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres; iv) la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta”; v) lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; vi) el número de descendientes de cada donante; vii) la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación in vitro no los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos, entre otras. Incluso, no hay una respuesta legal frente a un cambio de paradigma en la reproducción humana a través de la actividad de transferencia de genes.

No se ha reflexionado en democracia dialógica, si se pueden o no congelar embriones, por cuánto tiempo y con qué propósito. En esa medida, expedir órdenes que lleguen a tener alcance general, por vía de acción de tutela, y que estas a su vez modifiquen la política pública sin que esta haya sido discutida por el legislador estatutario de forma abierta y

democrática, implica decidir por adelantado asuntos que conciernen al Congreso de la República por las consecuencias jurídicas que conllevan.

Las anteriores cuestiones sin resolver en torno a la fertilización in vitro, surgen de la convicción de que la vida humana es un único proceso, y no una sucesión de vidas de distinta entidad; en esa medida, la humanidad que se predica de la vida en general debe predicarse también de todas las etapas y estados del proceso vital. La vida en sus fases iniciales no es tan sólo un bien jurídico, o simplemente un interés objeto de protección jurídica, pues sólo existe y se manifiesta en cabeza de un ser vivo, y cuando se trata de la vida humana, este ser vivo es un sujeto al que llamamos ser humano o persona[68].

De manera especial, estima la suscrita que dar una orden que conlleve implícitamente la posibilidad de la eliminación de seres humanos concebidos o la de congelación, no es jurídicamente posible. En efecto, la eliminación de personas en fase embrionaria constituye un atentado contra la vida humana naciente que no está autorizado por la Constitución. La congelación de embriones es en sí misma una afrenta a la dignidad y a la libertad del ser humano. Mientras el desarrollo de la ciencia no permita lograr el objetivo de la fecundación in vitro sin acudir a la eliminación o congelación del embrión, y no se legisle en el nivel estatutario sobre los demás asuntos mencionados, no resulta jurídicamente posible ordenar por vía judicial este tipo de procedimientos.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA T-316/18

Referencia: Expediente T- 6.494.257

Acción de tutela instaurada por Yuli Paola Santacruz Abril contra el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, el Fondo Financiero Distrital de Salud y FAMISANAR EPS.

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Comparto el sentido de la decisión adoptada por la mayoría en la sentencia T-316 de 2018, en el sentido de no acceder a las pretensiones de la accionante en relación con la práctica del tratamiento de fecundación in vitro. Empero, aclaro voto en relación con la posición mayoritaria de la Sala Séptima de Revisión de no tutelar el derecho a la salud, al denegar, en consecuencia, que la EPS Famisanar remita el caso de la señora Yuli Paola Santacruz Abril a la junta médica de esa entidad, para que sea ese cuerpo colegiado el encargado de establecer si el procedimiento de fecundación asistida es el tratamiento idóneo para que la accionante supere las afecciones que viene padeciendo como consecuencia de la cirugía de “OOFORECTOMÍA BILATERAL Y SALPINGECTOMÍA DERECHA E IZQUIERDA” a la que fue sometida en su adolescencia.

Como el tratamiento de los efectos secundarios y síntomas asociados al suplemento hormonal precisa un conocimiento científico especializado, estimo que debía ser la junta médica de la EPS Famisanar la encargada de determinar si fecundación asistida solicitada es idónea para conjurar los padecimientos de salud expresados por la señora Yuli Paola Santacruz Abril, pues considero que la Sala de Revisión no cuenta con el criterio técnico, ni con los elementos de juicio suficientes para ordenar o no la práctica del procedimiento médico solicitado.

En tal sentido, lo que resultaba pertinente, a mi juicio, era ordenar la valoración del caso de la accionante por parte de la junta de profesionales, como medida orientada a garantizar su derecho fundamental a la salud, máxime cuando existía al menos un concepto médico (el de la Doctora María Angélica Triana, especialista en ginecología y fertilidad), que avala el mencionado procedimiento.

En este sentido procedía y procede el amparo constitucional invocado por la accionante a los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

[1] Integrada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo Ocampo.

[2] Folio 2 del cuaderno principal. (En adelante se entenderá que todos los folios a los que se haga referencia hacen parte del cuaderno principal, a menos que se aclare expresamente lo contrario).

[3] Especialista adscrito a la EPS accionada al momento en que ocurrieron los hechos.

[4] Según historia clínica aportada al proceso de tutela. Folios 57 al 133.

[5] Folio 2.

[6] “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”.

[7] Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.

[8] Folio 4.

[9] Ibídem.

[10] Folio 6.

[11] Folio 5.

[12] Folio 9.

[13] Mediante Auto del 15 de junio de 2017, el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá admitió la acción de tutela formulada por Yuli Paola Santacruz Abril en contra de FAMISANAR EPS y otros, y ordenó la vinculación de PROFAMILIA, Méderi – Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y el Tribunal de Ética Médica.

[14] Folios 295 al 297.

[16] Folio 300.

[17] Folios 311 al 314.

[18] “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

[19] Folios 315 al 324.

[20] Folio 283.

[21] Folio 336.

[22] Folios 4 al 10 del cuaderno número 2.

[23] Folio 5 del cuaderno número 2.

[24] Ibídem.

[25] Página 6 del cuaderno número 2.

[26] Ibídem.

[27] Folio 8 del cuaderno número 2.

[28] Folio 8 del cuaderno número 2.

[29] Folio 45.

[30] Folio 46.

[31] Folios 47 y 48.

[32] Folios 49 al 54.

[33] Folios 57 al 132 y folios 165 al 254.

[34] Folios 133 al 165.

[35] Folio 155 al 164.

[36] Folios 299 al 311.

[37] Según certificación médica expedida por PROFAMILIA FERTILIDAD.

[39] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

[40] Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado y adicionado por el Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud:

“Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados

con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

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

[42] Artículo 6 de la Ley 1751 de 2015.

[43] En ejercicio de sus facultades legales, en especial, de las conferidas por los artículos 154 y 25 de las Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011, respectivamente, los numerales 32 y 33 del artículo 2 del Decreto – Ley 4107 de 2011, modificado y adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012 y en desarrollo de los literales e) e i) del artículo 5, k) del artículo 6 y el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

[44] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”. Entrada en vigencia: a partir del 1 de enero de 2018.

[45] Artículo 1 de la Resolución No. 5269 de 2017.

[46] El artículo 15 de la ley estatutaria no define qué está incluido, simplemente define unos criterios para que el Ministerio de Salud, cada cierto tiempo, establezca qué será excluido del derecho a la atención en salud. Esto será todo aquello que se considere “cosmético o

suntuario”, que esté en fase de “experimentación”, que se preste en el exterior o no esté aceptado por “autoridad sanitaria” y que no demuestre “evidencia científico-técnica” sobre su “seguridad y eficacia clínica” y sobre su “efectividad clínica”.

[47] Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

[48] En cumplimiento de lo resuelto en la Resolución No. 330 de 2017, “Por la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones”, modificada por la Resolución No. 687 de 2018.

[49] Entrada en vigencia: a partir del 1 de enero de 2018, según lo resuelto en el artículo 2 de la Resolución 5267 de 2017.

[50] Entrada en vigencia: 31 de agosto de 2016. Modificada por la Resolución No. 532 del 28 de febrero de 2017.

[51] Usos no incluidos en el registro sanitario.

[52] Artículo 20 de la Resolución No. 3951 de 2016, modificado por artículo 8 de la Resolución 532 de 2017.

[53] Sentencias T-1104 de 2000 y T-550 de 2010, entre otras.

[54] Ibídem.

[55] Sentencia T-274 de 2015.

[56] Sentencia T-274 de 2015.

[57] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, entre otros.

[58] Sentencia T-274 de 2015.

[59] Sentencia T-398 de 2016.

[60] Según concepto aportado por PROFAMILIA el 20 de junio de 2017 al proceso de tutela de la referencia.

[61] Folios 1 y siguientes del cuaderno número 2.

[62] 10 de marzo de 2012.

[63] Folio 6 del cuaderno No. 2.

[64] Ibídem.

[65] Así lo reiteró el apoderado judicial de la accionante en el escrito de impugnación del 13 de julio de 2017 al aclarar que: “no es cierto [l]o que argumentan las entidades accionadas, mi poderdante PAOLA SANTACRUZ ABRIL no requiere el tratamiento para quedar en estado de embarazo, busca el tratamiento es para mejorar su calidad de vida, toda vez que por la cirugía mediante la cual le extrajeron sus ovarios a los (17) años le causaron efectos secundarios, los cuales busca superar con el embarazo (...)”[65]. (Resaltado del texto original).

[66] “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

[67] “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

[68] Salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la Sentencia C-355 de 2006.

[69] Ibídem.