

Expediente T-9.901.958

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-355/24

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

(...) la ADRES afectó el derecho fundamental al mínimo vital, y desconoció el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad. Al determinar el monto que debe ser asumido por la pareja para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, la entidad no tuvo en cuenta algunos gastos financieros que, de no realizarse, podrían afectar la satisfacción de sus necesidades básicas. Por consiguiente, es necesario que la determinación de la capacidad económica de estas personas esté precedida de estos factores. De igual forma, la accionante deberá probar ante la ADRES que incurre en otros gastos y que aquellos son indispensables para la garantía del mínimo vital de su núcleo familiar.

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

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia para el caso

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Regulación legal

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

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

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

Aunque todos los servicios de salud están cubiertos por el sistema, a menos que estén taxativamente excluidos, la Corte ha encontrado que no es posible financiar de manera completa los tratamientos de reproducción asistida por cuanto no están incorporados en el PBS con cargo a la Unidad de Pago por Capitación. La financiación completa implica un impacto significativo en la sostenibilidad del sistema de salud y desconoce los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. En consecuencia, solamente cuando se pruebe que existe una vulneración a las garantías fundamentales de las personas que desean acceder a dichos tratamientos, es posible obtener una financiación parcial. Para tal efecto, es indispensable probar la capacidad económica de estas personas, la cual deberá adelantarse conforme al criterio de gastos soportables y al principio de proporcionalidad, que ha sido ampliamente desarrollado por esta corporación. La ADRES es la autoridad encargada de definir el monto que debe ser financiado con cargo a los recursos públicos.

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

EXHORTO-Ministerio de Salud y Protección Social

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Séptima de Revisión

SENTENCIA T-355 DE 2024

Referencia: Expediente T-9.901.958

Acción de tutela formulada por Sara contra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y Salud total EPS

Procedencia: Tribunal Superior de Montería

Asunto: Acceso a la financiación excepcional y parcial de tratamiento de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, así como por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, emitido por el Tribunal Superior de Montería el 18 de julio de 2023, que revocó la decisión dictada por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería el 24 de octubre de 2023, en la cual se concedió la acción de tutela de la referencia.

En el presente caso, la Sala estudiará la alegada vulneración de los derechos reproductivos y a la salud de la accionante. Por tal motivo, expondrá elementos de su historia clínica que están sometidos a reserva, así como algunos aspectos relacionados con su intimidad. Por lo tanto, como medida de protección de su intimidad, la Sala suprimirá de esta providencia, y de toda futura publicación que de ella se haga, el nombre de la persona demandante, su compañero permanente y demás datos que permitan identificarle. Lo anterior, de conformidad con la Circular Interna n.º 10 de 2022 de esta corporación.

Síntesis de la decisión

1. 1. Problema abordado. En esta oportunidad, la Sala estudió el caso de una mujer que desea acceder al tratamiento de fertilización in vitro, con la finalidad de tener hijos. La accionante afirmó que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y Salud Total EPS vulneraron sus derechos fundamentales por cuanto, al momento de determinar su capacidad económica, le impusieron un costo elevado al mencionado procedimiento de reproducción asistida. La demandante alegó que no contaba con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de este tratamiento. Por tal razón, solicitó que se ordenara a la ADRES asumir el costo total de este servicio médico.

2. Metodología empleada. Para resolver esta cuestión, en primer lugar, la Sala encontró acreditada la procedencia de la acción de tutela. Luego, abordó los siguientes puntos: (i) el contenido de los derechos reproductivos. Sobre el particular, destacó la importancia del derecho a la autodeterminación y el acceso a servicios de salud reproductiva, así como los deberes que tiene el Estado de eliminar barreras que dificulten el acceso a estos servicios; (ii) las reglas sobre el acceso a los tratamientos de fertilización in vitro. En este punto, recordó los lineamientos que decantó esta corporación respecto a los requisitos de edad, condiciones de salud, capacidad económica y número máximo de ciclos por tratamiento; y (iii) la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida, con cargo a los recursos públicos. Al respecto, indicó que solamente cuando se pruebe que existe una vulneración a las garantías fundamentales de las personas que desean acceder a dichos tratamientos, es posible obtener una financiación parcial con cargo a los recursos públicos.

3. Abordaje del caso concreto. A partir de las pruebas recabadas, la Sala encontró acreditados los requisitos de que trata el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019, por parte de la accionante, para acceder al tratamiento de fertilización in vitro. Concluyó que la metodología de la ADRES para determinar el monto económico que la demandante debía sufragar no tuvo en cuenta el costo real del tratamiento ni aquellos servicios y exámenes médicos que deben ser financiados con cargo al PBSUPC, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Además, evidenció que la mencionada autoridad desconoció el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad que deben ser atendidos al momento de establecer la capacidad económica de los solicitantes. La entidad no valoró algunos gastos de la pareja que están relacionados con la garantía de su derecho al mínimo vital. Tampoco tuvo en cuenta los esfuerzos económicos que aquella había hecho en el pasado para quedar en embarazo, lo que, a juicio de la Sala, afecta el principio de proporcionalidad.

4. Remedios constitucionales. Con base en lo expuesto, la Sala ordenó a Salud Total EPS que expidiera un dictamen médico actual que tenga en cuenta la edad y las condiciones de salud de la actora. Además, ordenó a la ADRES que, al momento de determinar la capacidad económica de la pareja, tuviera en cuenta el costo del tratamiento y los gastos mensuales en que aquellos incurren para garantizar su derecho al mínimo vital. Asimismo, le advirtió que, en adelante, emplee una metodología que tenga en cuenta los factores a los que hizo referencia la providencia en la parte motiva. También, exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social para que reglamentara el acceso a los tratamientos de reproducción

asistida. Por último, ofició a la Procuraduría General de la Nación para que acompañara el cumplimiento del fallo.

I. I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

5. Situación de la accionante. Sara está afiliada al régimen contributivo de Salud Total EPS. Afirma haber sido diagnosticada con «infertilidad femenina por factor tubárico y ovulatorio». A pesar de esta condición, manifiesta que desea «concebir un hijo y tener familia».

6. Necesidad del procedimiento de fertilización in vitro. Debido a los problemas que tiene para concebir de forma natural, los profesionales de la salud determinaron que la accionante debía someterse al procedimiento de fertilización in vitro con «óvulos donados y semen propio».

7. Solicitud a la EPS. La demandante solicitó a Salud Total EPS la práctica del mencionado procedimiento. En un primer momento, aquel le fue negado porque, según la EPS, no está cubierto por el Plan de Beneficios de Salud (PBS). Por tal razón, la accionante presentó acción de tutela, la cual fue resuelta el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Montería. En tal decisión, la autoridad judicial ordenó la práctica del mencionado procedimiento.

8. El costo económico del tratamiento. Salud Total EPS afirmó que el costo de los servicios médicos causados por el servicio solicitado debía ser determinado por la ADRES, puesto que aquellos no están cubiertos por el PBS. En tal sentido, la EPS y la usuaria deben realizar un «pago compartido» para la práctica de la fertilización in vitro.

9. El concepto de la ADRES. En un documento denominado Concepto de Capacidad Económica n.º 055 de 2023, la ADRES concluyó que la accionante y su pareja tienen la capacidad para pagar el valor de hasta \$39'994.120 para la práctica del tratamiento médico. Contra esta determinación, la accionante interpuso recurso de reposición, argumentando que no tenía la capacidad para sufragar ese costo. Mediante resolución del 13 de junio de 2023, la ADRES resolvió el recurso presentado. En dicho acto administrativo, la entidad determinó que la pareja podría pagar la suma de \$19'051.408 por el mencionado servicio médico, por lo

que correspondería al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) asumir la suma de \$15'519.518.

10. Situación económica de la demandante. La accionante manifiesta que no tiene los recursos económicos para pagar el costo señalado por la ADRES. Afirmar que es «una simple persona asalariada», y su compañero permanente es una persona que trabaja como independiente en el transporte de mercancías. Señala que, en algunas ocasiones, aquel no puede trabajar, debido a los daños que ocasionalmente presenta su vehículo. Asegura que tendría que vender su casa o recurrir a un préstamo para pagar el costo del tratamiento. A su modo de ver, asumir este costo podría traer perjuicios económicos a largo plazo, que le impedirían «suministrar las condiciones y medio[s] necesarios de subsistencia al hijo que logre concebir».

11. Pretensiones. En virtud de lo expuesto, la accionante solicita al juez constitucional el amparo de sus derechos fundamentales a «tener [una] familia, a la dignidad humana y [a la] procreación». Pide que se ordene a la ADRES sufragar el valor total de los servicios médicos por concepto del tratamiento fertilización in vitro y que la EPS preste los servicios médicos requeridos.

Actuaciones procesales en sede de tutela

12. Auto que avocó conocimiento y que decretó pruebas. El 10 de octubre de 2023, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería admitió la acción de tutela. Otorgó a las entidades demandadas el término de dos días para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción. El 23 de octubre siguiente, decretó como prueba de oficio el «interrogatorio de parte» de la accionante, con el fin de escucharla «sobre hechos relevantes de interés para el fallo».

Respuesta de las entidades accionadas

13. ADRES. La entidad afirmó que la acción de tutela es improcedente por cuanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para anular las decisiones administrativas cuestionadas. Aclaró que, contrario a lo señalado por la demandante, no ha definido que la EPS deba asumir el valor de \$15'519.518, por cuanto el valor del procedimiento médico no es definido por aquella, sino por la IPS que lleve a cabo el servicio.

Manifestó que no vulneró los derechos fundamentales de la accionante puesto que el concepto de capacidad económica fue emitido conforme a la documentación aportada por la pareja. En concreto, señaló que la metodología con la que definió el valor a ser asumido por la pareja tuvo en cuenta los gastos elementales en cabeza del hogar para garantizar su mínimo vital. Refirió que descartó conceptos de egresos como créditos de libre inversión, préstamos y afines porque «aquellos capitalizan el hogar y no se encuentran en la órbita de[l] mencionado derecho». Por lo expuesto, pidió declarar improcedente la acción de tutela o, en subsidio, negar el amparo.

15. Audiencia de «interrogatorio de parte» a la accionante. En la diligencia judicial llevada a cabo por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería, la demandante manifestó que, desde el 2006, se ha sometido a distintos procedimientos médicos con el fin de quedar embarazada. Sin embargo, aquellos no dieron el resultado esperado. Refirió que ha invertido más de \$30'000.000 en este asunto, puesto que, en algunas ocasiones, ha acudido a profesionales de la salud de carácter privado. Por tal razón, adujo que actualmente no cuenta con la capacidad económica para sufragar el costo del procedimiento de fertilización in vitro. Indicó que es consciente de que su edad representa un alto riesgo para su embarazo; no obstante, puso de presente que esto ha sido consecuencia de la dilatación que ha tenido su solicitud durante tanto tiempo. Por último, aseguró que desea tener hijos propios y que, por ese motivo, descartó el proceso de adopción.

Decisiones objeto de revisión

16. Sentencia de primera instancia. El 24 de octubre de 2023, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería amparó los derechos fundamentales «a tener familia, a la dignidad humana y [a la] procreación» de la accionante. En consecuencia, ordenó a la ADRES cubrir la totalidad del costo del tratamiento de fertilización in vitro. También, ordenó a Salud Total EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la decisión, prestara los servicios médicos requeridos a la demandante para la práctica del mencionado procedimiento. Consideró que ni la accionante ni su pareja tiene la capacidad económica para sufragar el costo del tratamiento. Argumentó que la entidad demandada no tuvo en cuenta que aquella debe pagar tres créditos con distintas entidades bancarias, por lo que es evidente que únicamente dispone de la suma de \$512.983 mensuales.

17. Impugnación. La ADRES solicitó revocar la anterior decisión. Expresó que la Corte ha señalado que, en los tratamientos de fertilización in vitro, la carga económica debe ser compartida entre el usuario y el SGSSS. Indicó que dicho tratamiento está excluido del PBS debido a su alto costo. Por esta razón, emitió el concepto de capacidad económica de la accionante, conforme a la metodología previamente establecida por la entidad y de acuerdo con la documentación aportada por la demandante. Adujo que el juez no tiene competencia para asumir que la accionante carece de capacidad económica, ya que este asunto le corresponde determinarlo exclusivamente a la ADRES, de conformidad con la Sentencia SU-074 de 2020.

18. Sentencia de segunda instancia. El 30 de noviembre de 2023, la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Montería revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo solicitado. Argumentó que, conforme a la jurisprudencia constitucional, la determinación de la capacidad económica de la accionante y su pareja debe ser rigurosa. Encontró que el juez de primera instancia no señaló las razones por las cuales debía tenerse en cuenta los préstamos adeudados por la demandante. En criterio de esta autoridad judicial, tal consideración no es válida, en la medida en que la accionante no demostró la totalidad de sus egresos. Además, aseguró que la demandante pertenece al régimen contributivo, lo que demanda una exigencia mayor para el análisis de la mencionada capacidad económica.

Actuaciones adelantadas por la Corte Constitucional

19. Auto de selección. El 22 de marzo de 2024, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de esta corporación eligió el expediente de la referencia para que fuese sometido a trámite de revisión. El 15 de abril siguiente, la Secretaría General remitió el expediente al despacho de la magistrada ponente, para que se encargara de la sustanciación de la decisión.

20. Decreto oficioso de pruebas. El 30 de mayo de 2024, la magistrada sustanciadora decretó pruebas de oficio. Solicitó información relacionada con los siguientes asuntos: (i) la situación económica de la demandante; (ii) el estado de salud actual de la accionante y su afiliación al sistema de seguridad social en salud; (iii) los factores tenidos en cuenta para determinar la capacidad económica de la accionante; y (iv) los procedimientos médicos realizados a la accionante para tratar su diagnóstico de «infertilidad femenina por factor tubárico y

ovulatorio». Para tal efecto, ofició a la accionante, a la ADRES, a Salud Total EPS, y al Ministerio de Salud y Protección Social.

Contestación de las personas y entidades oficiadas

Respuesta de Sara

21. La composición de su familia. La accionante informó que su núcleo familiar está constituido por ella y su compañero permanente. Afirmó que convive en unión libre con aquel desde hace siete años en casa propia y que, a la fecha, no han podido tener hijos. También, refirió que tiene a cargo a su madre «ya que ella se separó de [su] padre hace más de 20 años».

22. Condiciones socioeconómicas de la demandante y su familia. De acuerdo con el escrito, la actora es directora comercial y de cartera en la empresa Lagobo Distribuciones SAS. Sus ingresos mensuales oscilan entre \$2'800.000 y \$3'500.000. Su compañero permanente «aporta algunas veces con el salario mínimo y en otras ocasiones con menos del salario mínimo». Sobre este punto, indicó que «en algunas ocasiones él ha quedado sin trabajo y ha entrado a depender de [sus] ingresos». Manifestó que destinan sus ganancias a cubrir sus necesidades de alimentación, servicios públicos, vestido, transporte, medicinas, entre otras. Aseguró que debe destinar, de manera mensual, las siguientes sumas de dinero para pagar sus obligaciones financieras: (i) \$998.000 para pagar un crédito hipotecario con el Banco Davivienda; (ii) \$2'300.000 con el Banco Davivienda para sufragar un crédito de libre inversión; y (iii) \$1'800.000 para pagar otro crédito de libre inversión con el Banco de Bogotá. Este último corresponde a una deuda que asumió con la finalidad de someterse a algunos tratamientos para engendrar hijos.

23. Los procedimientos médicos para tener hijos. La demandante detalló que se ha sometido a algunos tratamientos médicos para tal efecto. El primero fue practicado en el año 2012 y tuvo un valor de \$7'000.000 aproximadamente en la IPS Inser. El segundo, en el año 2015, tuvo un costo de \$20'649.000 y le fue practicado en la IPS Concevidas. Según la demandante, allí se le realizó un procedimiento de inseminación sencilla. El tercero fue realizado en el año 2020, en Profamilia. Señaló que allí le practicaron exámenes de laboratorio y de imagenología, pruebas que llevaron a concluir que debía iniciar un procedimiento de fertilización in vitro, por cuanto presentaba «obstrucción tubárica en ambas

trompas». Debido a que la EPS no asumió los gastos de tales procedimientos, aquellos fueron sufragados con recursos propios.

24. Las dificultades para acceder al procedimiento de fertilización in vitro. Según la demandante, carece de los recursos económicos para pagar el costo del mencionado procedimiento. Argumentó que actualmente tiene tres deudas con establecimientos bancarios para pagar su vivienda y algunos procedimientos médicos a los que se sometió con la finalidad de tener hijos. Señaló que el costo del tratamiento asciende a la suma de \$19'000.000 y que no cuenta con tal suma de dinero. Aseveró que actualmente asiste a terapias particulares de psicología. Manifestó que le diagnosticaron depresión y ansiedad por cuanto presenta «sensibilidad ante casos de maltrato infantil y se [l]e da por llorar».

Respuesta de la ADRES

25. La metodología para calcular la capacidad económica de las personas que solicitan la práctica de procedimientos de fertilización in vitro. La entidad explicó que utiliza una metodología para determinar el costo del tratamiento de la fertilización in vitro, sin afectar el derecho fundamental al mínimo vital de las personas que se someten a él. Informó que tiene en cuenta los ingresos y los gastos esenciales del hogar, de conformidad con la información debidamente soportada por las personas. Además, valora los ingresos del hogar conforme al ingreso base de cotización.

26. El ingreso disponible. Para calcular el ingreso disponible, toma en consideración dos metodologías: (i) la resta de los ingresos respecto de los gastos certificados por el hogar, tales como la vivienda, la alimentación, los servicios públicos, entre otros, y a partir de allí establece el costo que debe asumir la pareja; (ii) «el remanente entre los ingresos y los gastos promedios a nivel nacional, con base en la información de la última Encuesta Nacional de Presupuestos de los Hogares» del DANE. Conforme a dicha información, a los ingresos del hogar se les asigna un decil y, a partir de este, se calcula el peso del gasto en el ingreso. Afirmó que «el porcentaje resultante se aplica al ingreso específico de la solicitante y ese valor se considera como el gasto del hogar y el excedente se asume como el ingreso disponible del hogar». Los resultados que arrojan tales metodologías son comparados entre sí y, para establecer el ingreso disponible, asigna el valor de menor cantidad.

27. Cálculo del valor que debe asumir el hogar. A partir de lo expuesto, para establecer el

costo del procedimiento, la entidad parte del ingreso mensual disponible y a dicho valor le descuenta la tasa de interés equivalente al promedio de colocación para un crédito de consumo, según la certificación de la Superintendencia Financiera de Colombia. Indicó que calcula mensualmente la tasa de interés anual «mediante la conversión a una tasa nominal mes vencido y se trae a valor presente neto el ingreso disponible (a un plazo de 9 meses y con la tasa de interés mensual)». Argumentó que tiene en cuenta el plazo de nueve meses porque es el tiempo normal de gestación en caso de que sea exitoso el procedimiento. A su juicio, un término superior podría desconocer los gastos derivados del cuidado y manutención del nuevo miembro del núcleo familiar.

28. El ingreso disponible de la accionante. La entidad expuso que la demandante reportó que sus gastos ascendían a la suma de \$7'565.222. Por tal razón, no tuvo en cuenta los créditos bancarios que paga la actora puesto que «no se aportó ningún tipo de prueba para determinar que estos créditos se tomaron para solventar necesidades asociadas al mínimo vital o subsistencia mínima de la pareja». Sin embargo, después de la interposición del recurso de reposición, tomó en consideración únicamente el crédito que adquirió la accionante para comprar su vivienda porque está «íntimamente conexo con la órbita del mínimo vital». Esto no sucedió con los otros créditos asumidos por la accionante y por su pareja puesto que «no se aportó prueba pertinente, conducente y útil de la destinación de los recursos del crédito». Puntualmente, solo se contaba con la afirmación de que dicho dinero fue usado para financiar recursos de salud. Además, no existía prueba de que la adquisición del vehículo fuera el medio de trabajo del compañero permanente de la demandante.

29. El Ingreso Base de Cotización de la demandante. Por último, la ADRES informó que la actora pertenece al régimen contributivo del Sistema de Salud desde hace más de 10 años. Actualmente, es trabajadora dependiente de la empresa Lagobo Distribuciones SAS. Indicó que el ingreso base de cotización es variable y que en el último mes aquel tuvo un valor de \$6'700.843.

Respuesta de la EPS Salud Total

30. La atención en salud brindada. La EPS informó que el 29 de septiembre de 2022, la IPS Profamilia prescribió a la accionante la práctica del procedimiento de fertilización in vitro «con óvulo donado y semen propio». Refirió que los profesionales de la salud tuvieron en

cuenta una inseminación intrauterina practicada hace nueve años y que, a partir de ese diagnóstico, concluyeron que la única posibilidad era la práctica del mencionado procedimiento. Indicó que comprobó que la actora tiene controladas algunas de sus patologías y que le puede ser practicado el tratamiento sin afectar su salud. Señaló que la práctica del procedimiento médico incluye tanto servicios incluidos en el PBS como excluidos de aquel. Al respecto, adjuntó la respectiva cotización.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

31. Las gestiones adelantadas para garantizar el acceso a los procedimientos de fertilización in vitro. El Ministerio manifestó que, con fundamento en la Ley 1953 de 2019, adoptó la Resolución n.º 228 de 2020, a través de la cual formuló la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad. Explicó que ese instrumento normativo estableció que el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad se realiza a partir de la atención primaria en salud. Afirmó que tal tratamiento implica un plan de cuidado y manejo «que incluya el tratamiento de acuerdo a la etiología y a lo dispuesto en los beneficios en salud garantizados a través de los mecanismos de protección». Aseguró que en el año 2021 avanzó en una propuesta de lineamiento técnico para abordar el tratamiento de la infertilidad mediante técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, no ha definido el proceso de costeo de aquellas ni sus fuentes de financiación.

32. Respecto de las pretensiones de la demandante. La entidad señaló que la Resolución 641 de 2024 establece el listado de servicios y tecnologías excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. El anexo técnico prevé como exclusión de la financiación con recursos públicos el procedimiento de «fecundación in vitro con ICSI para la condición o diagnóstico N979 infertilidad femenina, no especificada». A su juicio, tal exclusión no debe ser aplicada en el caso concreto por cuanto la demandante padece de «infertilidad femenina por factor tubárico y ovulatorio». Por lo tanto, el procedimiento debe ser financiado a través de los recursos de los presupuestos máximos.

Segundo decreto oficioso de pruebas

33. Auto del 20 de junio de 2024. Con el propósito de contar con mayores elementos de juicio, en la referida fecha la Sala Séptima de Revisión dispuso, entre otros asuntos: (i) vincular a este trámite constitucional a Daniel, compañero permanente de la demandante;

(ii) oficiar a esta persona y a la ADRES para que brindara información sobre su situación socioeconómica; y (iii) suspender los términos para fallar el presente asunto por el término de veinte (20) días hábiles.

Respuesta de Daniel

34. La conformación de la familia. El vinculado manifestó que es el compañero permanente de la accionante desde hace siete años. Refirió que su deseo como pareja es ser padre y «conformar una familia, pero debido a los problemas de infertilidad de [su] esposa, no ha sido posible». Afirmó que está «preparado mentalmente» para la eventual llegada de su hijo y que por esa razón adquirió una vivienda. Destacó que actualmente paga un crédito hipotecario de vivienda y que no cuenta con los recursos económicos para cubrir los costos del tratamiento de fertilización in vitro que su compañera requiere.

35. Las condiciones socioeconómicas del vinculado. La pareja de la accionante manifestó que trabaja de forma independiente como conductor de un vehículo y como vendedor de «cacharros». Adujo que devenga un salario mínimo, aunque «[sus] ingresos son variables y todo depende de cómo [le] va durante el mes». Ese monto de dinero lo destina para los gastos del hogar y las obligaciones financieras que contrajo su núcleo familiar. En concreto, expresó que aporta al hogar «entre un millón y un millón y medio mensuales». Asimismo, manifestó que paga el valor de \$2'100.000 de un crédito que adquirió con el Banco Agrario y que destina la suma de \$500.000 mensuales para pagar la hipoteca de su casa. Por último, advirtió que «la actividad económica que realizaba como conductor ya no la ejer[ce], sino de forma temporal [y que] la actividad que realizaba como comerciante en la venta de cacharros se finalizó porque qued[ó] sin capital».

Respuesta de la ADRES

36. El ingreso base de cotización del vinculado. La entidad afirmó que el compañero permanente de la demandante pagó sus cotizaciones en salud, desde agosto de 2016 y hasta noviembre de 2021, como trabajador independiente. Posteriormente, desde diciembre de 2021 hasta julio de 2022, aquel aportó a salud como trabajador dependiente de la empresa Colombia de Comercio S.A. A partir de agosto de 2022 y hasta abril de 2024, las cotizaciones a salud se han surtido a través de la empresa Mutuosalud, como trabajador dependiente. Según se aprecia, tales aportes han sido cotizados con base en el salario mínimo mensual

legal vigente. A pesar de lo anterior, la autoridad afirmó que cuando solicitó la información del ingreso del hogar, la pareja informó que los ingresos del vinculado correspondían a la suma de \$4'900.000.

. CONSIDERACIONES

Competencia

37. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela dictados dentro del proceso de la referencia. Esto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión

38. Asunto por definir. En el caso objeto de estudio, la demandante fue diagnosticada con «infertilidad femenina por factor tubárico y ovulatorio». A pesar de esta condición, manifiesta que desea concebir un hijo. Según el dictamen médico, la accionante debe ser sometida a un procedimiento de fertilización in vitro para poder tener hijos. Sin embargo, indica que la ADRES le impuso un elevado costo económico a dicho procedimiento y que no cuenta con los recursos económicos para asumir este gasto. A través de la acción de tutela, solicita que se ordene a esa entidad que asuma el costo de dicho servicio médico.

39. Por su parte, la ADRES señala que calculó el costo del procedimiento médico conforme a la metodología previamente establecida para este tipo de eventos. Asegura que el valor determinado tuvo en consideración los ingresos que aquellos reportaron y los gastos elementales del hogar. Asimismo, argumenta que respetó la garantía del mínimo vital de la familia. También, refirió que no tuvo en cuenta conceptos de egresos como créditos de libre inversión, préstamos y afines porque «aquellos capitalizan el hogar y no se encuentran en la órbita de[l] mencionado derecho».

40. En sede de revisión, la entidad describió la metodología usada para calcular el costo del procedimiento médico que debe ser asumido por la demandante. Indicó que los gastos de la accionante ascendían a la suma de \$7'565.222. Informó que no tuvo en cuenta algunas de las obligaciones financieras de la actora por cuanto no existían pruebas que determinaran

que aquellas buscaban solventar necesidades asociadas al mínimo vital de la familia.

41. Problema jurídico. A partir de lo expuesto, en primer lugar, la Sala debe averiguar si la acción de tutela resulta procedente. En caso de superar ese análisis preliminar, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿La metodología utilizada por la ADRES para determinar el costo del procedimiento de fertilización in vitro que debe ser asumido por la accionante vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y a la salud, al imponer un costo que podría comprometer su capacidad económica?

42. Metodología. Para resolver la controversia planteada, la Sala estudiará de manera previa si se configura temeridad en la presentación de la acción de tutela. En caso negativo, abordará los siguientes asuntos: (i) el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela en el caso particular; (ii) la jurisprudencia sobre el contenido de los derechos reproductivos; (iii) el marco normativo de los tratamientos de fertilización in vitro; (iv) las reglas sobre la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida, con cargo a los recursos públicos; y finalmente, (v) resolverá el caso concreto.

Cuestión previa: ausencia de temeridad en la presentación de la acción de tutela

43. Fundamento normativo. El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 regula la temeridad en los siguientes términos: «[c]uando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes». La Corte ha señalado que la temeridad se configura cuando se reúnan los siguientes requisitos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte de quien la presenta.

44. Excepciones al fenómeno de la temeridad. De igual manera, esta corporación ha precisado que no siempre que se presentan solicitudes de tutela idénticas se configura el fenómeno de la temeridad. En efecto, pese a la presentación de múltiples solicitudes de tutela idénticas, la Corte ha descartado la temeridad en los siguientes eventos: «(i) cuando

surgen circunstancias fácticas o jurídicas adicionales; o, cuando (ii) no existió un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre la pretensión incoada».

45. Caso concreto. La Sala pone de presente que, de manera previa, la accionante había presentado una acción de tutela contra Salud Total EPS, la cual fue resuelta en segunda instancia el 28 de octubre de 2020, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Montería. En dicha oportunidad, la demandante había solicitado que la entidad accionada autorizara y suministrara el procedimiento de fertilización in vitro, que le había sido prescrito por su médico tratante. A juicio de la Sala, esta situación no configura el fenómeno de la temeridad por las razones que a continuación se explican.

45.1. Ausencia de identidad de partes. En la acción de tutela presentada en el año 2020, la solicitante dirigió su pretensión contra Salud Total EPS. En cambio, en la demanda que se analiza en esta oportunidad, la actora acusó a esta entidad y a la ADRES de vulnerar sus derechos fundamentales a «tener [una] familia, a la dignidad humana y [a la] procreación». Por lo tanto, no existe identidad de partes.

45.2. Ausencia de identidad de hechos. La Sala observa que luego de dictado el fallo de segunda instancia de la acción de tutela presentada en el año 2020, han sucedido hechos nuevos. En efecto, en cumplimiento de ese fallo, la ADRES expidió el concepto de Capacidad Económica n.º 055 de 2023 y la Resolución 1864 de 2023. A través de dichos actos administrativos, esa entidad determinó la capacidad económica que debe ser asumida por la accionante para acceder a la financiación parcial y excepcional del tratamiento de fertilización in vitro. Esta circunstancia —que no fue valorada en la demanda presentada anteriormente— es lo que motiva la presentación de una nueva acción de tutela.

45.3. Ausencia de identidad de pretensiones. En la demanda presentada en el año 2020, la accionante solicitó al juez constitucional que ordenara a Salud Total EPS la autorización y suministro del tratamiento de fertilización in vitro que había sido prescrito por su médico tratante. En esta oportunidad, la demandante pide que se ordene a la ADRES sufragar el valor total de los servicios médicos por concepto del tratamiento fertilización in vitro y que la EPS preste los servicios médicos requeridos.

45.4. Ausencia de un actuar doloso o de mala fe. La Sala observa que la presentación de la

acción de tutela examinada en esta oportunidad no constituyó un actuar doloso o de mala fe por parte de quien la presenta. La Sala no advierte elemento alguno que demuestre que la actora tenía la intención de inducir en error al juez y sacar beneficio de ello. Por el contrario, en el escrito de tutela manifestó que en el año 2020 había presentado una acción de tutela y que aquella fue fallada a favor de sus intereses. Así las cosas, no se desvirtuó la presunción de buena fe que cobija la actuación de la accionante y, por tanto, no se acreditó una conducta desleal con la administración de justicia.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa

46. Fundamento normativo. El artículo 86 de la Constitución establece que «[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales». Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la solicitud de amparo puede ser presentada en las siguientes modalidades: (i) a nombre propio; (ii) mediante representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; o (iv) a través de un agente oficioso. En tal sentido, la Corte ha precisado que el requisito de legitimación por activa exige que la tutela sea presentada por quien tenga un interés cierto, directo y particular en la solución de la controversia.

47. Caso concreto. En el asunto objeto de estudio, la acción de tutela fue presentada por el abogado Juan Carlos Llorente López, como apoderado judicial de Sara. El profesional del derecho adjuntó el poder especial, en virtud del cual la afectada lo autorizó para interponer la presente demanda a su nombre, en contra de la ADRES y Salud Total EPS. Según la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia del Consejo Superior de la Judicatura, el apoderado ostenta la calidad de abogado. Para la Sala, es claro que quien presenta la acción de tutela está legitimado para solicitar la protección de los derechos fundamentales de la demandante.

Legitimación en la causa por pasiva

48. Fundamento normativo. El requisito de legitimación en la causa por pasiva exige que la acción de tutela sea presentada contra la persona que cuenta con la aptitud o «capacidad

legal» para responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Lo anterior puede suceder, bien sea porque aquella es la presunta responsable de los hechos vulneradores, o es la llamada a responder por las pretensiones. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares.

49. Caso concreto. A continuación, la Sala examinará la legitimación en la causa por pasiva de las entidades accionadas en el trámite de la referencia.

49.1. ADRES. Esta entidad es un organismo de naturaleza especial del nivel descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, que está adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social. De acuerdo con el artículo 3° del Decreto 1429 de 2016, a aquella le corresponde administrar los recursos del sistema de salud y «[a]delantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que aseguren el buen uso y control de los recursos». La Sentencia SU-074 de 2020 indicó que esta entidad es «la autoridad encargada de garantizar que las personas y parejas que cumplan con la totalidad de requisitos establecidos accedan a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida». A partir de tales previsiones, la Sala encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva en relación con esta entidad puesto que aquella tiene competencia respecto de la reclamación objeto de discusión.

49.2. Salud Total EPS. Esta entidad es una persona jurídica particular encargada de la prestación del servicio público de salud y que forma parte del Sistema General de Seguridad Social. Desde el 1° de marzo de 2012, la accionante forma parte del régimen contributivo de dicha EPS. En tal sentido, aquella es la encargada de practicarle, eventualmente, el procedimiento médico solicitado en la acción de tutela. Por lo tanto, la legitimación en la causa por pasiva está comprobada con respecto a esta entidad.

Inmediatez

50. Fundamento normativo. En virtud del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser interpuesta «en todo momento». Por lo tanto, no tiene término de caducidad. Sin embargo, debido a su naturaleza como mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional exige que la acción de tutela sea presentada en un «término razonable» respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron

lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales.

51. Caso concreto. En este asunto, el 13 de junio de 2023 la ADRES dictó la Resolución 1864, a través de la cual determinó, en segunda instancia, que la accionante tiene la capacidad económica para pagar el valor de \$19'051.408 destinado a financiar el procedimiento de fertilización in vitro que requiere. Por su parte, la acción de tutela fue presentada el 7 de noviembre de 2023. La Sala concluye que el término de cuatro meses y veinticuatro días desde que la ADRES determinó la capacidad de pago que debe asumir la demandante para la práctica del procedimiento médico mencionado es un plazo razonable y oportuno para la interposición del amparo constitucional. Por tal razón, el requisito de inmediatez está acreditado.

Subsidiariedad

52. Fundamento normativo. El artículo 86 de la Constitución prescribe que la acción de tutela tiene carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa judicial. En virtud de este principio, la acción de tutela solo procede en dos supuestos. Primero, como mecanismo definitivo de protección, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para proteger los derechos fundamentales. Así, el medio de defensa es idóneo si «es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales». Por su parte, es eficaz cuando «está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados»; y cuando resulta lo suficientemente expedito para garantizar estos derechos. Segundo, como mecanismo de protección transitorio si, a pesar de existir medios ordinarios idóneos y eficaces, la tutela se utiliza con el propósito de evitar un perjuicio irremediable.

53. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos. Esta corporación ha manifestado que la acción de tutela no es, en principio, el medio adecuado para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos resultan infringidos por la expedición de un acto administrativo. Dicha postura ha dado lugar a una línea jurisprudencial pacífica y reiterada. Su fundamento se encuentra en el hecho de que el Legislador ha dispuesto los medios de control de la Ley 1437 de 2011 como los instrumentos procesales para demandar el control judicial de los actos administrativos.

54. Mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. De acuerdo con el

artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, las controversias relacionadas con la prestación de los servicios de salud deben ser resueltas, de manera preferente, por medio del proceso ordinario ante la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante SNS). El inciso 1 literal a) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece que la SNS podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la prestación del servicio de salud. Asimismo, tal mecanismo es informal, preferente y sumario, y, además, permite que el juez adopte medidas cautelares para garantizar la protección de los derechos de los afiliados.

55. Problemas constitucionales del mecanismo ante la SNS. No obstante, en la Sentencia SU-508 de 2020, la Corte señaló que existen situaciones estructurales y normativas que hacen que el recurso ante la SNS no sea idóneo ni eficaz. Al respecto, evidenció que la SNS «tiene una capacidad limitada respecto a sus competencias jurisdiccionales» y se encuentra en una imposibilidad de tramitar las solicitudes en el término de diez días previsto en la ley. Además, encontró que la ley no define un término para resolver el recurso de apelación ni prevé un mecanismo para garantizar el efectivo cumplimiento de la decisión. En tal sentido, concluyó que mientras dichas situaciones no se resuelvan, dicho mecanismo jurisdiccional «no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del [sistema general de seguridad social en salud] y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos».

56. La accionante no cuenta con un medio judicial idóneo y eficaz. En el asunto objeto de estudio, la accionante ataca la Resolución n°. 1594 de 2023, a través de la cual la ADRES determinó que aquella debía pagar la suma de \$19'051.408 para la práctica del procedimiento de fertilización in vitro. La Sala observa que, aunque el asunto está relacionado prima facie con una controversia económica, aquel tiene trascendencia iusfundamental. En efecto, el objeto de la litis está relacionado con las barreras económicas que enfrenta la demandante para acceder a la práctica de un servicio de salud. En tal contexto, la Sala considera que imponerle a la accionante la obligación de satisfacer sus pretensiones por medio del proceso administrativo constituiría una carga desproporcionada, dado que la pondría en una situación de riesgo grave e inminente de afectación de sus derechos fundamentales. Además, dadas las falencias del recurso que se tramita ante la SNS, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo y eficaz para estudiar la vulneración de

los derechos fundamentales de la accionante. En este escenario, el amparo de la referencia procederá como mecanismo definitivo.

57. Conclusión. En suma, la Sala concluye que la presente acción cumple con los requisitos de procedencia. Por lo tanto, a continuación, estudiará el fondo de la controversia.

Contenido de los derechos reproductivos. Reiteración de jurisprudencia

58. Los derechos sexuales y reproductivos. La Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida y robusta respecto a la titularidad, naturaleza y contenido de los derechos sexuales y reproductivos. Estos derechos otorgan la facultad de todas las personas para decidir libremente sobre su sexualidad y reproducción. En cuanto a su reconocimiento formal, el artículo 42 de la Constitución proclama el derecho a decidir de manera libre y responsable el número de hijos. Asimismo, los artículos 13 y 43 del texto constitucional prohíben expresamente la discriminación contra la mujer y garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos.

59. Los derechos reproductivos. La Corte ha afirmado que el derecho a la reproducción humana se deriva de los derechos a la libertad, a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad familiar y a la libertad para fundar una familia. La Observación General n.º 19 del Comité de Derechos Humanos indica que la posibilidad de procrear hace parte fundamental del derecho a tener una familia. Conforme a la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional, los derechos reproductivos comprenden la autodeterminación reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva. A continuación, la Sala se referirá a estos componentes.

59.1. La autodeterminación reproductiva. Aquella ha sido definida como «la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia». El fundamento normativo de esta licencia se encuentra en el referido artículo 42 de la Constitución, el cual hace alusión al derecho que tienen las parejas de decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. También, el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) dispone que los Estados deberán adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y

asegurar que aquellas tengan derecho a decidir «libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos».

59.2. El acceso a los servicios de salud reproductiva. La Corte ha señalado, de conformidad con la Recomendación General n.º24 de la CEDAW que «la negativa de un Estado Parte a [proveer] la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios». La Corte ha indicado que el Estado tiene el deber de garantizar la eliminación de todas las barreras que impidan a la mujer el acceso efectivo a los servicios de salud reproductiva. Además, ha expresado que sus costos «no pueden constituir una barrera infranqueable para su empleo».

60. Conclusión. Con fundamento en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia constitucional ha definido el alcance de los derechos reproductivos. En particular, ha destacado la importancia de la autodeterminación y el acceso a servicios de salud reproductiva. Estos derechos están profundamente enraizados en los principios constitucionales de libertad, autodeterminación y no discriminación. Tales principios garantizan a todas las personas la capacidad de decidir libremente sobre su sexualidad y reproducción. Además, el Estado tiene la obligación de eliminar barreras que dificulten el acceso a servicios de salud reproductiva, con el fin de asegurar que las personas, especialmente las mujeres, puedan ejercer plenamente sus derechos reproductivos de manera libre y responsable.

El marco normativo y jurisprudencial de los procedimientos de fertilización in vitro

61. Fundamento legal. La Ley 1953 de 2019 estableció «los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva». De acuerdo con el artículo 2º, la infertilidad es «una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses, o más de relaciones sexuales no protegidas». El artículo 3º ordenó al Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, adelantar la política

pública de infertilidad, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas. Dicha política debe desarrollar, entre otros componentes, el de diagnóstico y tratamiento oportuno. Esa ley también dispone que el ministerio debe reglamentar el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y reproductivos.

62. El abordaje constitucional del procedimiento de fertilización in vitro. El acceso a este tratamiento forma parte de la prerrogativa de acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y poder tener hijos. Lo anterior, se deriva del derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva. En la Sentencia T-274 de 2015, esta corporación ordenó por primera vez la práctica del mencionado tratamiento, a partir de una perspectiva distinta al derecho a la salud. En dicha oportunidad, consideró que el abordaje de estos asuntos no podía ser estudiado de forma estricta desde este derecho, entendido como ausencia de dolencia o enfermedad. En tal sentido, fijó una postura jurisprudencial más amplia en términos de protección de otros derechos y garantías, como los derechos sexuales y reproductivos.

63. La Sentencia C-093 de 2018. En aquel pronunciamiento judicial, la Corte resolvió las objeciones presidenciales formuladas contra de la Ley 1953 de 2019. Al respecto, explicó que los derechos sexuales y reproductivos comprenden una faceta de cumplimiento inmediato y otra que está sujeta al principio de progresividad. La procreación por medio de asistencia científica con cargo al Sistema General de Salud tiene un carácter prestacional y, por tanto, forma parte de la segunda dimensión.

64. La sostenibilidad fiscal en los tratamientos de reproducción asistida. La anterior providencia también hizo referencia al alcance de la sostenibilidad fiscal. Señaló que el SGSSS tiene como finalidad garantizar progresivamente el acceso al derecho a la salud, pero solo puede asumir compromisos económicos ajustados a sus recursos. Por lo tanto, la financiación de las tecnologías asociadas a técnicas de reproducción asistida debe hacerse con cargo a los recursos públicos, y no con cargo directo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), de conformidad con el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019. Debido a que la Ley 1751 de 2015 establece un plan de beneficios excluyente, la Corte consideró que no es posible decretar inclusiones individuales y expresas de prestaciones, servicios o tecnologías. De igual forma, la Sala sostuvo que el impacto fiscal negativo, que supondría que la fuente de estos

procedimientos fuese con cargo a la UPC, afectaría gravemente la capacidad presupuestal del SGSSS. En atención a lo anterior, instó al Gobierno a determinar la fuente a partir de la cual se debe sufragar el costo de estos tratamientos.

65. La Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad. Mediante la Resolución 228 de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad. Ese instrumento estableció que el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad debe enfocarse a partir de la atención primaria en salud. La atención inicial se orienta a diagnosticar el origen de la infertilidad, y luego, deberá establecerse un plan integral de cuidado y manejo que incluya la intervención por parte de un equipo interdisciplinario. El tratamiento comprende la atención de las comorbilidades asociadas a la infertilidad, así como las intervenciones orientadas a la transformación de modos, condiciones y estilos de vida. A pesar de lo anterior, la Sala reitera que este documento «no establece con claridad y suficiencia la ruta para el acceso a los tratamientos de fertilidad ni las autoridades competentes para el acceso y garantía de estos procedimientos».

66. La Sentencia SU-074 de 2020. En esta ocasión, la Corte evidenció la existencia de un déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos para las personas con menor capacidad económica, debido a las barreras en el acceso a los tratamientos de reproducción asistida y a la exclusión sin ninguna excepción de dichos procedimientos del PBS. En criterio de la corporación, este problema representa un obstáculo en el desarrollo del proyecto de vida de las personas con pocos recursos económicos para sufragar dichos procedimientos. También, afecta los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la salud, debido a los posibles efectos negativos de la infertilidad sobre el bienestar psicológico de las personas.

67. La financiación parcial de los tratamientos de fertilización in vitro. Debido a que, al momento en que se dictó la Sentencia SU-074 de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social no había adoptado la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad, esta corporación estableció unos lineamientos provisionales, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que pueden ser afectados por la falta de reglamentación sobre el acceso a los tratamientos de reproducción asistida. Con todo, advirtió que «la posibilidad de financiar completamente y en todos los casos los tratamientos de fertilización in vitro con

cargo a los recursos del SGSSS sería contraria a la Ley 1953 de 2019 y a la Sentencia C-093 de 2018».

68. Requisitos para acceder a los tratamientos de fertilización in vitro. En la Sentencia SU-074 de 2020, la Sala estableció algunos parámetros referentes al acceso progresivo y excepcional a la financiación parcial con cargo a recursos públicos de los tratamientos de fertilización in vitro. Con tal propósito, desarrolló el alcance de las condiciones y requisitos a los que el Legislador hizo referencia en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019, como criterios que debían ser tenidos en cuenta en la reglamentación de la política pública respectiva. Lo expuesto, de la siguiente forma:

Requisitos que deben cumplir las personas o parejas con infertilidad que deseen acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida

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

Condiciones de salud de la pareja infértil: Es necesario hacer las siguientes precisiones:

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

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

Cuando la decisión del médico adscrito a la EPS o del grupo interdisciplinario de especialistas sea negativa, podrá ser discutida ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva

IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento.

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

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

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

Número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud: «el número máximo de intentos para el tratamiento de fertilización in vitro que pueden sufragarse mediante la financiación parcial con cargo a recursos públicos, es de tres ciclos por persona o pareja con infertilidad. En su prescripción, el médico tratante deberá indicar el número de ciclos que deban realizarse (máximo tres intentos) y su frecuencia».

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

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

[...]

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

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

Tipos de infertilidad: Existen dos tipos de infertilidad: (i) primaria, esto es, la persona o pareja infértil que no ha tenido hijos previamente; y la secundaria, que hace referencia a que la persona o pareja infértil ya haya tenido hijos. Para la Sala, «es necesario que la persona con infertilidad que solicite el procedimiento no haya tenido previamente hijos (sean estos procreados naturalmente, concebidos con asistencia científica o adoptivos). Además, se estima necesario que a los pacientes no se les haya practicado previamente un procedimiento de fertilización in vitro».

69. La demostración de la vulneración de derechos fundamentales. Además, la Corte estimó que es necesario que la ausencia del procedimiento de fertilización in vitro vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, el derecho a la salud. Tal requisito deberá ser evaluado con fundamento en circunstancias objetivas, verificables y graves de afectación de los derechos fundamentales anteriormente reseñados. Por lo tanto, las personas y parejas que soliciten la financiación parcial deberán demostrar, al menos sumariamente, la vulneración o el riesgo a sus garantías fundamentales.

70. La verificación del cumplimiento de los anteriores requisitos. La decisión estableció que la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 será la ADRES, hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social dicte la regulación ordenada en dicha ley y defina la autoridad competente para ello. Por lo tanto, el procedimiento para el acceso a tratamiento de reproducción asistida se compondría de tres pasos: (i) la expedición de un concepto favorable por parte de un médico especialista adscrito a la EPS; (ii) la presentación de la solicitud respectiva ante la ADRES, con el propósito de que esta verifique el cumplimiento de los requisitos de capacidad económica y vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; y (iii) la emisión del concepto por la ADRES, el cual se remitirá a la EPS encargada para que lleve a cabo la práctica del procedimiento, mediante su red prestadora de servicios.

71. Conclusión. El tratamiento de fertilización in vitro forma parte del derecho a la salud reproductiva. La Ley 1953 de 2019 estableció los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. Dicha norma ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social adelantar la política pública de infertilidad con miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del SGSSS. No obstante, debido a que no existe claridad y suficiencia en la ruta para el acceso a estos tratamientos, la Corte estableció unos lineamientos provisionales respecto a los requisitos de edad, condiciones de salud, capacidad económica y número máximo de ciclos por tratamiento, que deben ser tenidos en cuenta para acceder a este tratamiento de reproducción asistida. Lo anterior, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que pueden ser afectados por la falta de reglamentación sobre el acceso a los tratamientos de reproducción asistida.

La financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida

72. La financiación del derecho a la salud. El derecho a la salud comprende el acceso a los servicios de salud de manera completa, oportuna, eficaz y con calidad. Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el Legislador adoptó un sistema de salud de exclusiones explícitas, el cual fue materializado a través del PBS. Eso significa que todos los servicios de salud están cubiertos por el sistema, a menos que estén taxativamente excluidos. La jurisprudencia ha reconocido que el acceso a los servicios y tecnologías de salud cubiertos por el PBS forma

parte del contenido del derecho a la salud. A su vez, las exclusiones constituyen una restricción constitucional del derecho a la salud porque garantizan la sostenibilidad del sistema. Es decir, permiten que haya una destinación de los recursos del sistema de salud a la satisfacción de los asuntos prioritarios. En todo caso, no es posible desconocer los siguientes elementos: (i) el núcleo esencial del derecho a la salud; (ii) la obligación de garantizar el nivel más alto posible de atención integral en salud; y (iii) el deber de prever una ampliación progresiva en materia de prestación de los servicios y tecnologías en salud.

73. La imposibilidad de financiar de forma completa los tratamientos de reproducción asistida. En la Sentencia SU-074 de 2020, la Corte concluyó que no es posible financiar de manera completa, y en todos los casos, los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a los recursos del SGSSS. Señaló que, aunque los tratamientos de reproducción asistida están incluidos dentro de las prestaciones cubiertas por el SGSSS, no están incorporados en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC), de conformidad con la Ley 1953 de 2019. Consideró que los recursos del sistema son limitados y deben atender primordialmente a las necesidades y prioridades de salud. De este modo, en la medida en que en estos casos se debe garantizar la realización de derechos distintos al de la salud propiamente dicha, no podría financiarse la totalidad de la prestación con los recursos del SGSSS.

74. La consideración del impacto fiscal. La Sala puso de presente que la financiación total y general es desproporcionada debido a que su impacto fiscal es significativo. En tal sentido, podría comprometerse la garantía de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad. La Corte estimó que la financiación total de estos procedimientos «correspondería a valores equivalentes al 18,71% de todos los recursos asignados a las prestaciones del Régimen Subsidiado con cargo a la UPC, al 17,21% del presupuesto previsto para servicios y tecnologías del Régimen Contributivo con cargo a la UPC y superaría en casi el doble (198%) los recursos estimados para atender las contingencias del Régimen Contributivo que no tienen cargo a la UPC».

75. La financiación parcial de los procedimientos de fertilización in vitro. A pesar de lo anterior, la exclusión sin excepciones de todas las personas y parejas con infertilidad en el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad genera un déficit de protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos,

al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud. Por lo anterior, en circunstancias excepcionales, en las que se vulneren o se pongan en inminente riesgo estos derechos fundamentales de las personas que carezcan de capacidad económica, la Corte afirmó que se debe garantizar, con cargo a recursos públicos, la financiación parcial de los tratamientos de reproducción asistida. Así mismo, los accionantes deben realizar un aporte económico para contribuir a la financiación de estos tratamientos, sin que se afecte su derecho al mínimo vital.

76. La determinación de la capacidad económica de la «pareja». Para la Corte, las personas o parejas deben demostrar que carecen de la capacidad económica suficiente para sufragar el costo del tratamiento de fertilización in vitro. También, deben acreditar que no pueden acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. La capacidad económica debe ser valorada a partir del criterio de «gastos soportables», según el cual, no debe evaluarse la capacidad económica en abstracto, sino la situación concreta de la persona o pareja con infertilidad, en aplicación del principio de proporcionalidad. Tal criterio permite valorar casos «donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir». En otras palabras, el criterio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.

77. El principio de proporcionalidad. El postulado en cuestión desempeña un importante papel en la valoración de la capacidad económica. La Sala Plena ha considerado que existen casos en los que «si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales». Por lo tanto, si los accionantes acreditan que una determinada prestación que no está incluida en el PBS es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y con ello se afectan las cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo. En todo caso, el test que debe realizar el juez constitucional tiene una intensidad estricta. Por esta razón, la gestión probatoria y argumentativa debe ser exhaustiva.

78. Verificación del cumplimiento del requisito de capacidad económica. Por último, en la

Sentencia SU-074 de 2020, la Corte señaló que la ADRES es la autoridad encargada de definir en cuáles casos es procedente la financiación parcial y excepcional de tratamientos de fertilización in vitro, en los términos de la Ley 1953 de 2019. Aunque tales procedimientos no se garantizan con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, deben ser sufragados parcialmente con cargo a los recursos públicos. A juicio de la Corte, esta entidad es competente para ejercer tal función, puesto que garantiza que el porcentaje de financiación pública de los tratamientos de fertilización in vitro responda a criterios unívocos. De esta manera, dicha entidad debe «dar aplicación razonable a las reglas de incapacidad económica que establezca para el análisis del caso concreto, valorando atentamente que, la carga económica que imponga a los usuarios del SGSSS para que estos puedan acceder a los tratamientos de fertilidad no generen una afectación injustificada de sus derechos fundamentales a la vida digna y el mínimo vital».

79. La metodología usada por la ADRES para calcular el monto a cofinanciar. Según las pruebas recaudadas en este proceso, para determinar la capacidad económica de las personas que solicitan el tratamiento de fertilización in vitro, usa una metodología a partir de la cual identifica «los gastos del hogar que son esenciales para asegurar una vida digna». En concreto, señaló que obtiene el ingreso disponible del hogar y a dicho monto le resta los «egresos necesarios», tales como alimentación, vivienda, vestimenta, acceso a servicios públicos, recreación y atención médica, que son fundamentales para garantizar el derecho a la dignidad humana, asociado con el concepto de subsistencia mínima necesario para la protección y acceso a los derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social». A dicho resultado le descuenta la tasa de interés equivalente al promedio de colocación para un crédito de consumo. Luego, «mensualiza [sic] la tasa de interés anual mediante la conversión a una tasa nominal a mes vencido y se trae a valor presente neto el ingreso disponible (a un plazo de 9 meses y con la tasa de interés mensual). De esta forma, el valor asumido por el hogar siempre es menor, como quiera que se descuenta a la citada tasa».

80. Conclusión. Aunque todos los servicios de salud están cubiertos por el sistema, a menos que estén taxativamente excluidos, la Corte ha encontrado que no es posible financiar de manera completa los tratamientos de reproducción asistida por cuanto no están incorporados en el PBS con cargo a la Unidad de Pago por Capitación. La financiación completa implica un impacto significativo en la sostenibilidad del sistema de salud y desconoce los principios de

universalidad, solidaridad y eficiencia. En consecuencia, solamente cuando se pruebe que existe una vulneración a las garantías fundamentales de las personas que desean acceder a dichos tratamientos, es posible obtener una financiación parcial. Para tal efecto, es indispensable probar la capacidad económica de estas personas, la cual deberá adelantarse conforme al criterio de gastos soportables y al principio de proporcionalidad, que ha sido ampliamente desarrollado por esta corporación. La ADRES es la autoridad encargada de definir el monto que debe ser financiado con cargo a los recursos públicos.

Solución al caso concreto

81. Hechos probados. A continuación, la Sala efectuará el estudio del caso concreto. Para tal efecto, en primer lugar, verificará los hechos que están debidamente probados. Posteriormente, establecerá si la ADRES vulneró los derechos fundamentales de la accionante. En el presente caso, están probados los siguientes hechos:

81.1. Solicitud de la demandante. El médico tratante de la actora le diagnosticó «infertilidad femenina por factor tubárico» y «leiomioma intramural del útero». El 4 de enero de 2023, la accionante solicitó a la ADRES que determinara el monto que debía asumir para llevar a cabo el procedimiento de fertilización in vitro que requería. Para tal efecto, la demandante informó que los ingresos económicos de su núcleo familiar ascendían a la suma de \$7'800.000 y que los egresos mensuales corresponden al monto de \$7'565.222.

81.2. Decisión de la ADRES. El 17 de marzo de 2023, la entidad expidió el Concepto de Capacidad Económica n.º 055 de 2023. Determinó que la actora y su compañero permanente podían asumir el valor de \$39'994.120 del costo total del procedimiento requerido, mientras que el excedente, si lo hubiera, sería asumido por el SGSSS. Contra esta decisión, la accionante presentó recurso de reposición. Consideró que la entidad no tuvo en cuenta algunos egresos de la pareja, los cuales están relacionados con la garantía del derecho a la vivienda y de algunos procedimientos médicos realizados previamente por su cuenta para satisfacer la pretensión de la demanda. A través de la Resolución n.º 1594, del 13 de junio de 2023, la ADRES estableció que la pareja debía financiar la suma de \$19'051.408 para acceder al tratamiento de fertilización in vitro.

81.3. El costo del procedimiento. Según la cotización del servicio del 11 de julio de 2023, Profamilia IPS informó a Salud Total EPS que el costo del procedimiento de fertilización in

vitro que requiere la accionante equivale al valor de \$34'570.926. Dicha suma está dividida en los siguientes conceptos:

Procedimientos médicos

Valor unitario

Valor total

Consulta médica

Consulta de fertilidad

2

\$268.370

\$536.740

Control de fertilidad

2

\$136.285

\$272.563

Consulta de psicología

2

\$87.360

\$174.720

Exámenes de apoyo diagnóstico

Estradiol

5

\$65.811

\$329.056

Prueba de embarazo HCG

2

\$59.055

\$118.111

Paquete ecográfico

1

\$660.442

\$660.442

Insumos

1

\$394.240

\$394.240

Selección, estudios, procedimientos donante

Consulta de fertilidad

1

\$258.048

\$258.048

Control de fertilidad

1

\$136.282

\$136.282

1

\$8'736.000

\$8'736.000

Valoración pre-anestesia

1

\$81.536

\$81.536

Estudio de selección donante

1

\$3'879.599

\$3'879.599

Aspiración folicular

Derechos de Sala e insumos

1

\$6'833.753

\$6'833.753

Denudación de óvulos

1

\$1'880.875

\$1'880.875

Proceso de laboratorio in vitro

Medios de cultivo

1

\$2'256.486

\$2'256.486

Capacitación espermática / columnas de anexina

1

\$725.366

\$725.366

Congelación de embriones

1

\$1'635.379

\$1'635.379

Descongelación de embriones

1

\$1'344.000

\$1'344.000

Preparación endometrial

Paquete ecográfico

1

\$753.999

Consulta control

1

\$868.213

Psicología

3

\$87.360

Transferencia embrionaria

Derechos de Sala e insumos

1

\$1'357.917

\$1'357.917

Medicamentos

Letrozole

1

\$19.500

\$19.500

Ovidrel

1

\$140.000

\$140.000

Decapeptyl depot

1

\$411.800

\$411.800

Progynova tab x2 mg caja x28

4

\$12.000

\$48.000

Pergoveris 300 U

1

\$272.300

\$272.300

Jarit x 200 mg capsula caja x 30

8

\$150.000

\$1'200.000

Total del costo del procedimiento

\$34'570.926

81.4. Los ingresos de la accionante y su compañero permanente. De acuerdo con el certificado laboral allegado por la demandante, aquella ejerce el cargo de «director[a] comercial y de cartera» en la empresa Lagobo Distribuciones SAS. Devenga un promedio mensual de comisiones de \$3'585.947 «más un promedio mensual de ingresos los cuales no constituyen salario ni factor generador de ningún tipo de prestación social». La ADRES informó que su ingreso base de cotización es variable y que, en el mes de mayo de 2024, aquella cotizó a salud sobre el monto de \$6'700.843.

81.5. Por otro lado, su compañero permanente afirmó que trabaja de manera independiente y que devenga un salario mínimo. Explicó que sobre dicho monto cotiza al SGSSS. Sin embargo, al momento de solicitar a la ADRES la expedición del concepto de capacidad económica, había referido que devengaba la suma mensual de \$4'900.000.

81.6. Los egresos de la accionante y su compañero permanente. La demandante señaló que los egresos de su núcleo familiar ascendían a la suma de \$14'510.377. Estos gastos se desglosan en el siguiente cuadro:

Egreso

Valor

\$2'400.000

Crédito para tratamientos de forma particular

\$1'660.509

Crédito casa

\$1'131.000

Telefonía móvil

\$64.500

Crédito compra de vehículo

\$2'707.987

Mantenimiento vehicular

\$500.000

Peajes

\$1'200.000

Seguridad social

\$381.000

Telefonía móvil 2

\$61.949

Luz

\$240.530

Agua

\$64.093

Internet

\$33.000

Gas

\$64.093

Mercado

\$1'800.000

Recreación

\$2'201.716

Total

\$14'510.377

81.7. Los egresos que no fueron tenidos en cuenta por la ADRES. La entidad adujo que no tuvo en cuenta el crédito que asume la actora por valor de \$1'660.509 con el Banco de Bogotá. Argumentó que, aunque la accionante manifestó que dicho crédito tuvo origen en algunos procedimientos médicos a los que se sometió con la finalidad de tener un hijo, no aportó ninguna prueba de los servicios de salud contratados. Tampoco valoró el crédito que adquirió la pareja de la demandante para la compra de un vehículo ya que su objetivo «es la capitalización al hogar». Asimismo, descontó los valores por el servicio de telefonía e internet móvil por cuanto consideró que aquellos no afectaban el derecho al mínimo vital. Por último, manifestó que no consideró «los gastos de salud y recreación no soportados, ni los de mantenimiento vehicular, peajes [y los referentes a] la dependencia de su madre [...] ya que estos no fueron soportados». En virtud de lo anterior, para determinar la capacidad económica de la pareja, determinó que sus gastos mensuales ascienden a la suma de \$6'039.432. Lo anterior, de acuerdo con los egresos que están debidamente soportados y de acuerdo con el siguiente cuadro:

Egreso

Valor

Vivienda

\$3'456.000

Agua

\$62.830

Gas

\$54.093

Internet

\$33.000

Luz

\$240.530

\$588.506

Gastos de alimentación

\$1'604.473

Total

\$6'039.432

81.8. Los procedimientos médicos adelantados por la accionante. Desde el 2012 y hasta el 2020, la accionante se ha sometido, por su propia voluntad, a algunos tratamientos médicos con profesionales de la salud, que no están adscritos a su EPS, con la finalidad de tener hijos. La actora refirió que ha acudido a los siguientes centros de salud: (i) en 2012 a INSER IPS; (ii) en 2015, a Concevidas IPS; (iii) en 2017 y 2020, a Profamilia; y (iv) en 2021, a Ceres IPS. Refirió que, aunque no cuenta con el total de las facturas que soportan dichos tratamientos debido al paso del tiempo, aquellos tuvieron el valor aproximado de \$29'609.000. Para tal efecto, adjuntó algunas facturas de venta por los servicios prestados, así como la historia clínica de los procedimientos efectuados en este periodo. Debido a lo anterior, señaló que debió acudir a un crédito con un establecimiento bancario para sufragar dichos costos. Dicha cartera fue comprada por el Banco de Bogotá el 11 de julio de 2022.

82. Subregla aplicable al caso. Para la Sala, la ADRES vulneró las garantías iusfundamentales

de la accionante y de su compañero permanente, puesto que la valoración de la capacidad económica fue inadecuada. La metodología utilizada para determinar el monto económico que debe asumir la pareja para el tratamiento de fertilización in vitro no tuvo en cuenta el costo de dicho tratamiento ni los servicios médicos que deben ser asumidos con cargo al PBSUPC, como factores necesarios para calcular el valor que debe ser asumido. La entidad tampoco consideró algunas de las circunstancias económicas de la pareja que podrían afectar el principio de proporcionalidad y el criterio de gastos soportables. En tal sentido, es necesario ordenar que se realice la valoración económica de la accionante y su pareja, conforme a los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional.

83. Metodología. Antes de exponer las razones que sustentan la anterior postura, la Sala evaluará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 y desarrollados en la Sentencia SU-074 de 2020, por parte de la accionante. El abordaje previo de estos requisitos es necesario para dilucidar si la demandante puede acceder o no al tratamiento de fertilización in vitro que solicita.

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

84. Edad. Sara actualmente tiene 44 años de edad. La orden médica fue prescrita el 29 de septiembre de 2022, cuando la paciente tenía 42 años de edad. Según el DANE, la edad fértil de la mujer corresponde al periodo entre los 15 y los 49 años de edad cumplidos. En consecuencia, la Sala estima que, en consideración a este factor, corresponde al médico tratante determinar e informar nuevamente a la paciente la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro, los riesgos relacionados con su embarazo y las complicaciones que esto puede causar en su salud. Lo anterior encuentra sustento en el propósito de asegurar que la actora cuente con la debida asesoría y acompañamiento médico.

85. La condición de salud de la accionante. Según lo consignado en la historia clínica, la accionante presenta «edad materna avanzada, baja reserva ovárica, factor tubárico que requirió salpinguectomía bilateral, factor uterino que requirió miomectomía, enfermedad de Von Willebrand en manejo». Dicho documento da cuenta de que la accionante «tiene controladas sus enfermedades de base y puede llevar a cabo [el tratamiento de fertilización in vitro] y un futuro embarazo sin correr grandes riesgos con salud». Dado que el diagnóstico

médico de la accionante tiene como fecha el 29 de septiembre de 2022, la Sala considera que es oportuno determinar el estado actual de la demandante y la pertinencia del tratamiento de reproducción asistida que le fue prescrito. En caso de que el procedimiento sea negado, la Sala recuerda que la accionante podrá recurrir la decisión médica ante la Junta de Profesionales de la Salud de la IPS a la cual se encuentre vinculado el médico que rechazó el tratamiento.

86. Número de ciclos que debe realizarse y la frecuencia del tratamiento de fertilidad. La Sala evidencia que, según la orden médica del 22 de septiembre de 2022, le fue prescrito un ciclo de tratamiento. Este es un aspecto que debe ser precisado por el médico tratante en la certificación mediante la cual se pronuncie sobre la viabilidad del tratamiento de fertilización in vitro, con un máximo de tres oportunidades para llevar a cabo la práctica de la fertilización.

87. La capacidad económica de la pareja. Conforme a la Sentencia SU-074 de 2020, la ADRES es la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 4º de la Ley 1953 de 2019, hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social dicte la regulación que ordena dicha normativa. Debido a que el problema jurídico puesto a consideración en esta oportunidad está relacionado con este aspecto, la Sala abordará más adelante el cumplimiento de este requisito.

88. Tipo de infertilidad. Según quedó acreditado, la accionante no tiene hijos y no ha podido concebir de forma natural, en la medida en que no ha podido quedar en embarazo. La Sala considera que, a partir de esta información, la actora podría padecer de infertilidad primaria.

89. La vulneración o amenaza inminente de otros derechos fundamentales. La Sala pone de presente que, en sede de revisión, la accionante informó que emocionalmente le afecta la imposibilidad de concebir de forma natural y de acceder al tratamiento de fertilización in vitro. Por esta razón, manifestó que ha acudido a terapias psicológicas. Tanto ella como su compañero permanente manifestaron su deseo de tener hijos biológicos y de construir una familia. La Sala considera que la afectación emocional que alega sufrir la accionante y su compañero permanente podría afectar su salud mental. Aunque la demandante no aportó elementos probatorios suficientes ni un concepto técnico para determinar su nivel de afectación psicológica, la Corte estima que aquella deberá enviar a la ADRES las evidencias

de las circunstancias que señala para su correspondiente valoración.

90. Constatación de la vulneración de derechos fundamentales. A pesar de lo anterior, la Sala constata que las barreras impuestas para el ejercicio de la autodeterminación reproductiva —y que fueron manifestadas a lo largo de este proceso por la demandante— afectaron la realización de su proyecto de vida y su dignidad humana. La Sala reitera lo consignado en la Sentencia SU-074 de 2020, donde la Corte afirmó que la exclusión sin excepciones del acceso a los tratamientos de fertilidad aún persiste como consecuencia de un déficit de protección de los derechos de las personas diagnosticadas con infertilidad, que afecta a personas como la accionante y su pareja.

91. Conclusión. Para la Sala, la demandante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019, reconocidos y desarrollados por esta corporación en la sentencia SU 074 de 2020. A continuación, la Sala abordará de manera especial el componente de la capacidad económica de la pareja y determinará si la decisión de la ADRES vulneró las garantías iusfundamentales de la accionante.

() La ADRES no consideró el valor del tratamiento de fertilización in vitro y tampoco aquellos servicios que están financiados con cargo al PBSUPC

92. Premisa. La Sala considera que la metodología establecida por la ADRES para determinar el monto que deben sufragar las personas o parejas que se someten a los tratamientos de fertilización in vitro, vulnera las garantías fundamentales de los solicitantes. La metodología empleada no tuvo en cuenta el costo del procedimiento que debe ser practicado, como factor necesario para calcular el valor del tratamiento. A juicio de la Sala, este es un elemento de la mayor importancia puesto que, a partir de allí, es posible establecer cuál debe ser el «porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos», de conformidad con la Sentencia SU-074 de 2020. Por lo tanto, es deber de la entidad fijar, en primer lugar, el costo del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante.

93. El costo del tratamiento. En este caso, la EPS Salud Total informó que el costo del procedimiento de fertilización in vitro, a 2023, equivalía a la suma de \$34'570.926. Para tal efecto, trajo a colación una cotización efectuada por la IPS Profamilia. La Sala considera que no es posible establecer el valor que debe ser asumido por la accionante y su compañero permanente, sin tener en cuenta si aquel excede o no el costo de dicho procedimiento. Lo

contrario podría representar una carga desproporcionada para la pareja, en la medida en que es posible imponer un costo económico superior al valor real del tratamiento médico y, de esta forma, generar un pago de lo no debido.

94. En efecto en el Concepto de Capacidad Económica n.º 055 de 2023, la ADRES estableció que la pareja podía asumir la suma de \$39'994.120, lo que representa un excedente de \$5'423.194, en relación con el costo real del tratamiento médico. Aunque a través de la Resolución n.º. 1864 de 2023, la entidad redujo el valor que debe ser asumido por la accionante a la suma de \$19'051.408, la Sala observa que el costo del tratamiento de reproducción asistida no fue tenido en cuenta para calcular el porcentaje que debía ser financiado con cargo a los recursos públicos. Lo anterior demuestra que el estudio del valor que debe ser asumido tanto por el SGSSS como por la pareja no fue hecho con rigurosidad. La omisión de este factor compromete no solo los derechos fundamentales de la demandante, sino también el principio de sostenibilidad del sistema de salud.

95. La importancia constitucional de la determinación del costo del tratamiento. De igual modo, la Sala advierte que la omisión de este factor podría vulnerar los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, a los derechos reproductivos y a la salud. La Corte ha señalado que el costo de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad es alto y afecta de forma desproporcionada a las personas que carecen de capacidad económica para sufragarlo. En consecuencia, la omisión del costo real del procedimiento de fertilización in vitro para establecer el monto que deben asumir las parejas para financiar estos procedimientos, constituye una barrera al acceso a los tratamientos de fertilización in vitro e implica una limitación al derecho reproductivo a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos.

96. La financiación con cargo al PBSUPC. Asimismo, la Sala considera que es indispensable que al momento de definir el porcentaje que deba ser financiado con cargo a recursos públicos, la ADRES tome en consideración los medicamentos, servicios, tratamientos, pruebas clínicas o exámenes diagnósticos que sean necesarios para el procedimiento de reproducción asistida y que forman parte del PBSUPC, de acuerdo con lo establecido en la Sentencia SU-074 de 2020. A juicio de la Sala, la valoración de este factor permite que el monto a financiar sea calculado con base en parámetros ciertos y específicos. A su vez, reduce los costos que deben ser asumidos por la pareja, así como aquellos que deben ser

financiados con cargo a los recursos públicos. Esto también evita que exista un pago de lo no debido por parte de quienes concurren a la financiación de dicho procedimiento y garantiza la sostenibilidad del sistema, ya que un mismo procedimiento médico no es pagado más de una vez.

97. Algunos servicios médicos forman parte del PBSUPC. En el asunto de la referencia, la Sala observa que algunos de los procedimientos y exámenes diagnósticos necesarios para el procedimiento de reproducción asistida forman parte del PBS y están financiados con recursos de la UPC, conforme a la Resolución 2366 de 2023 del Ministerio de Salud y Protección Social. De acuerdo con la cotización de la IPS Profamilia, tales servicios corresponden a las consultas de psicología, el examen de estradiol y las ecografías. En concreto, los procedimientos y exámenes diagnósticos descritos, y que son financiados con la UPC son los siguientes:

Código

Descripción

94.0.9

Determinación del estado mental psicológico

88.1.7

Otras ecografías

Listado de procedimientos de laboratorio clínico financiados con recursos de la UPC

Código

Descripción

90.4.5.03

Estradiol

98. La actualización del costo del tratamiento de fertilización in vitro. La Sala evidencia que la

cotización allegada por Salud Total EPS respecto del procedimiento a ser practicado a la accionante data del 11 de julio de 2023. Por lo expuesto, es necesario que la EPS remita a la ADRES una cotización actualizada respecto del costo del procedimiento, con el fin de que tal entidad determine los respectivos porcentajes que deben ser asumidos por la pareja y por el SGSSS, a partir de información real y actualizada.

99. Conclusión. La Sala considera que al momento de determinar el porcentaje que debe ser financiado con cargo a los recursos públicos los tratamientos de fertilización in vitro, la ADRES deberá tener en cuenta el costo real de dicho procedimiento. La omisión de este elemento compromete los derechos fundamentales a la dignidad humana, a los derechos reproductivos y a la salud. De igual modo, es de suma importancia que la entidad reste de ese valor aquellos servicios, tratamientos y medicamentos que estén incluidos en el PBSUPC, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Esto no solo garantiza los referidos derechos fundamentales, sino la sostenibilidad financiera del sistema.

() El valor a pagar establecido por la ADRES desconoció el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad

100. Premisa. La Sala considera que al momento de determinar el monto que debe ser asumido por la accionante y su compañero permanente para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, la ADRES desconoció el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad. Aunque la evaluación de la capacidad económica debe ser más estricta en este caso porque la solicitante se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud, la entidad accionada no tuvo en cuenta algunos de los gastos en que debe incurrir la pareja para asegurar algunas de sus necesidades básicas. Esta decisión impactó en la garantía de su derecho al mínimo vital. La Sala recuerda que, conforme a la jurisprudencia constitucional, «es factible plantear escenarios donde (i) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es alto respecto a esta específica capacidad o (ii) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es razonable respecto a esta capacidad, pero deviene en carga desproporcionada al romper el equilibrio de gastos familiares». Estas circunstancias deben ser analizadas por la ADRES en el estudio del caso concreto con la finalidad de determinar los gastos soportables por el hogar.

101. El crédito con el Banco de Bogotá. En primer lugar, la entidad no tuvo en cuenta el

crédito que la accionante adquirió con el Banco de Bogotá, por el que paga mensualmente la suma de \$1'660.509. Esta deuda fue adquirida para la práctica de otros procedimientos médicos con el propósito de concebir un hijo y fue comprada por la mencionada entidad bancaria el 11 de julio de 2022. En criterio de la Sala, la omisión de ese elemento de prueba compromete el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. El desconocimiento de la deuda bancaria que asume el núcleo familiar, en la determinación del valor que debe pagar la pareja para acceder al tratamiento descrito, implica un reacomodamiento de los demás gastos de la familia, los cuales son esenciales para garantizar su mínimo vital, tales como alimentación, servicios públicos, entre otros. Esta premisa encuentra sustento en la necesidad imperiosa de pagar las deudas financieras, máxime cuando la pareja requiere de otra para asumir el costo parcial del tratamiento de fertilización in vitro. Por lo anterior, la Sala estima que la pareja podría ver afectados sus derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción del tratamiento de fertilización in vitro, sin considerar este elemento. Por lo tanto, la Sala estima que este aspecto debe ser evaluado por la ADRES al momento de valorar la capacidad económica de la pareja.

102. Parte de las deudas están destinadas a sufragar procedimientos médicos para tener un hijo. En este punto, la Sala pone de presente que el valor del crédito con el Banco de Bogotá tuvo su origen en algunos tratamientos médicos practicados por profesionales de la salud de carácter particular a la accionante, con la finalidad de tener hijos. Así lo evidencian las facturas que allegó la actora, provenientes de las distintas IPS a las que acudió, junto a los documentos que contienen la historia clínica, en la cual se demuestra los procedimientos médicos que le fueron practicados. La Sala considera que esta situación debe ser valorada de manera especial por la ADRES, en la medida en que la accionante demostró haber acudido a otros servicios médicos para quedar en embarazo. En tal sentido, es desproporcionado exigirle a la actora un pago que no puede soportar, aun cuando ha demostrado haber acudido a otros procedimientos médicos para poder ejercer su derecho a conformar su familia.

103. El crédito de libre inversión con el Banco Agrario. En segundo lugar, en lo que respecta al crédito de libre inversión del compañero permanente de la accionante para la adquisición de un vehículo automotor, la Sala considera que aquel también debe ser tenido en cuenta por la ADRES por cuanto, a la luz de las circunstancias del caso concreto, está incluido dentro de la órbita del derecho al mínimo vital de la pareja. En efecto, quedó acreditado que la

pareja de la demandante labora como conductor de un vehículo. Para la Sala, dicho bien es una herramienta de trabajo y no representa una simple «capitalización del hogar». De manera que el crédito adquirido hace parte de un gasto del hogar para el logro y satisfacción de algunas necesidades básicas como el derecho al trabajo. Por lo anterior, la falta de pago de dicha prestación puede generar una situación crítica a nivel económico, lo cual afecta el derecho al mínimo vital de la pareja.

104. Los otros gastos que no fueron tenidos en cuenta por la ADRES. Por último, en lo que concierne a los gastos de salud distintos a los anteriormente estudiados, así como a los costos de recreación, los gastos de mantenimiento vehicular, peajes y los referentes a la dependencia de la madre de la actora, que no fueron soportados por la accionante dentro del estudio adelantado por la ADRES, la Sala considera que aquellos deben ser probados por la pareja. Conforme a la Sentencia T-199 de 2013, el estudio de la capacidad económica de las personas que solicitan un tratamiento médico debe estar precedido de una exhaustiva gestión probatoria y argumentativa. Además, la evaluación de la capacidad económica debe ser estricta en este caso, por cuanto la actora está afiliada al régimen contributivo de salud. Bajo esta perspectiva, corresponde a la pareja demostrar que efectivamente incurren en estos gastos de manera mensual y que aquellos forman parte de su mínimo vital. Lo expuesto, con el fin de que sean tenidos en cuenta para determinar el monto que deben sufragar para acceder al procedimiento médico solicitado. En todo caso, la Sala advierte que la ADRES deberá valorar tales elementos probatorios con fundamento en los principios que regulan las actuaciones administrativas, entre ellos, al debido proceso, la igualdad, la buena fe, la transparencia y la publicidad.

105. La necesidad de un estudio actual de la capacidad económica. Debido a que en sede de revisión fue informado que los ingresos de la pareja variaron sustancialmente respecto de lo que fue manifestado inicialmente a la ADRES, la Sala considera que el estudio de la pareja debe ser realizado nuevamente con el fin de actualizar la información inicialmente reportada. En tal sentido, la mencionada autoridad podrá y deberá exigir las pruebas que estime pertinentes, útiles y conducentes para demostrar los ingresos y egresos de la pareja, y valorarlos de manera integral, conforme a los parámetros establecidos anteriormente. Esto permitirá determinar el monto actual que debe ser financiado con cargo a los recursos públicos.

106. Conclusión. La Sala estima que la ADRES afectó el derecho fundamental al mínimo vital, y desconoció el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad. Al determinar el monto que debe ser asumido por la pareja para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, la entidad no tuvo en cuenta algunos gastos financieros que, de no realizarse, podrían afectar la satisfacción de sus necesidades básicas. Por consiguiente, es necesario que la determinación de la capacidad económica de estas personas esté precedida de estos factores. De igual forma, la accionante deberá probar ante la ADRES que incurre en otros gastos y que aquellos son indispensables para la garantía del mínimo vital de su núcleo familiar.

Remedios constitucionales

107. Revocación de la decisión de segunda instancia. En virtud de lo expuesto, la Sala revocará el fallo del 30 de noviembre de 2023, dictado por la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Montería, mediante la cual revocó la decisión expedida el 24 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería. En su lugar, amparará los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y a la salud de la accionante y su compañero permanente, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

108. Dictamen médico actual. Debido a la ausencia de un dictamen médico actual que tenga en cuenta la edad de la accionante y sus condiciones de salud recientes, la Sala ordenará a la EPS Salud Total que en los cinco (5) días posteriores a la notificación del presente fallo, asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro solicitado por la demandante. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente decisión y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida.

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

110. La determinación de la capacidad económica de la pareja. Asimismo, la Sala ordenará a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) que, en el término de quince (15) días contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante, verifique el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica, de acuerdo con la información socioeconómica actualizada del grupo familiar y bajo el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, la entidad deberá tener en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, relacionadas con el costo del tratamiento y las inclusiones de algunos servicios, tratamientos y medicamentos dentro del PBSUPC. Asimismo, deberá tener en cuenta los ingresos y egresos de la pareja, de conformidad con la parte considerativa de esta decisión, incluyendo las deudas financieras adquiridas con el Banco de Bogotá y el Banco Agrario. Además, la accionante deberá probar ante la ADRES los gastos que no fueron tenidos en cuenta en la expedición del concepto de capacidad económica y que son indispensables para la garantía del mínimo vital de su núcleo familiar. Una vez realizado lo anterior, la ADRES deberá establecer de manera explícita el porcentaje que debe ser financiado con cargo a los recursos públicos y remitir inmediatamente su concepto favorable a la EPS Salud Total.

111. La práctica del tratamiento médico. Una vez rendido el concepto de capacidad económica por parte de la ADRES, la EPS Salud Total, dentro del término de veinte (20) días, deberá practicar el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante a través de los médicos de su red de prestadores de salud o mediante los convenios respectivos.

112. Sobre la competencia de la ADRES. La Sala evidencia que, aun cuando en la Sentencia SU-074 de 2020, la Corte estableció los parámetros de interpretación referentes a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a recursos públicos, a la fecha la ADRES continúa desconociendo el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad. Por tal razón, en esta oportunidad, advertirá a esa entidad que, en lo sucesivo, a la hora de determinar el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos y el monto que deben asumir las personas o las parejas que decidan someterse a los tratamientos de fertilización in vitro, emplee una metodología acorde con las consideraciones expuestas en esta providencia.

113. Exhorto al Ministerio de Salud y Protección Social. La Sala llama la atención al Ministerio

de Salud y Protección Social, debido a que han transcurrido cuatro años desde la expedición de la Sentencia SU-074 de 2020, en la que la Corte dispuso en su parte considerativa que aquella entidad debía expedir una regulación que estableciera criterios de acceso a las técnicas de reproducción asistida con cargo a recursos públicos, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019. Sin embargo, a la fecha, la mencionada entidad no ha expedido los lineamientos técnicos específicos para determinar los costos de los procedimientos y las fuentes de financiación, especialmente cuando allí se encuentra involucrada la órbita del mínimo vital de las personas o las parejas y el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por tal razón, la Sala exhortará al Ministerio de Salud y Protección Social para que, sin más dilaciones, dicte el lineamiento técnico para abordar el tratamiento de la infertilidad mediante técnicas de reproducción asistida.

114. Cumplimiento del fallo. Por último, oficiará a la Procuraduría General de la Nación para que, en el ámbito de sus competencias constitucionales, acompañe el cumplimiento de las órdenes dictadas en el presente fallo.

. 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.- LEVANTAR la suspensión de términos dentro del expediente de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo del 30 de noviembre de 2023, dictado por la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Montería, mediante la cual revocó la decisión expedida el 24 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería y, en su lugar, negó el amparo solicitado por Sara. En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y a la salud de la accionante, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- ORDENAR a la EPS Salud Total que, en los cinco (5) días posteriores a la notificación del presente fallo, asigne una cita con un médico especialista adscrito a su red

de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro solicitado por Sara. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente decisión y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida.

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

CUARTO.- ORDENAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) que, dentro del término de quince (15) días, contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante, verifique el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica, de acuerdo con la información socioeconómica actualizada del grupo familiar y bajo el criterio de gastos soportables y el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, la entidad deberá tener en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, relacionadas con el costo del tratamiento y las inclusiones de algunos servicios, tratamientos y medicamentos dentro del PBSUPC. Asimismo, deberá tener en cuenta los ingresos y egresos de la pareja, de conformidad con la parte considerativa de esta decisión, incluyendo las deudas financieras adquiridas con el Banco de Bogotá y el Banco Agrario.

De igual forma, la accionante deberá probar ante la ADRES los gastos que no fueron tenidos en cuenta en la expedición del concepto de capacidad económica y que son indispensables para la garantía del mínimo vital de su núcleo familiar.

Una vez realizado lo anterior, la ADRES deberá establecer de manera explícita el porcentaje que debe ser financiado con cargo a los recursos públicos y remitir inmediatamente su concepto favorable a la EPS Salud Total.

QUINTO.- ORDENAR a la EPS Salud Total que, en el término de veinte (20) días, contados a partir de la expedición del concepto favorable de la ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante a través de los médicos de su red de prestadores de salud o mediante los convenios respectivos.

SEXTO.- ADVERTIR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) que, en lo sucesivo, a la hora de determinar el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos y el monto que deben asumir las personas o las parejas que decidan someterse a los tratamientos de fertilización in vitro, tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia.

SÉPTIMO.- EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social para que, sin más dilaciones, reglamente el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción asistida con cargo a recursos públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019.

OCTAVO.- ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte, se oficie a la Procuraduría General de la Nación, para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañe el cumplimiento de esta sentencia.

NOVENO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Se desconoce la naturaleza humana del embrión y el respeto que le es inherente por esa condición (Salvamento de voto)

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Existe un vacío normativo sobre los derechos involucrados en las prácticas de la reproducción asistida (Salvamento de voto)

DERECHO A LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y A LA IGUALDAD-Legitimación del padre en tratamientos de reproducción asistida (Salvamento de voto)

Referencia: Sentencia T-355 de 2024

Magistrada ponente:

Paola Andrea Meneses Mosquera

1. 1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Séptima de Revisión suscribo este salvamento de voto en relación con la providencia de la referencia, debido a (i) mi desacuerdo con la jurisprudencia en la que esta se sustenta y (ii) la decisión de limitar el amparo a los derechos fundamentales de la accionante sin tener en cuenta los derechos fundamentales de su compañero permanente.

2. La decisión de amparar los derechos fundamentales de la accionante y las demás órdenes dispuestas por la Sentencia T-355 de 2024 se fundamentaron de manera importante en la Sentencia SU-074 de 2020. Por medio de esta sentencia, la Sala Plena, además de las órdenes específicas, «desarrolló los requisitos contenidos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019», para el acceso a tratamientos de reproducción asistida «de manera provisional, esto es, hasta que el Gobierno Nacional expida el acto administrativo correspondiente», así como «el procedimiento para el acceso a tratamientos de reproducción asistida».

3. En su oportunidad, salvé el voto respecto de la Sentencia SU-074 de 2020 por tres razones «(i) Por cuanto la Sentencia SU-074 de 2020 parte de una concepción utilitarista que

desconoce la naturaleza humana del embrión y el respeto que le es inherente por esa condición. (ii) Porque en Colombia existe un vacío normativo en materia de manejo, conservación y manipulación de embriones; de alquiler de vientres y de filiación respecto de los niños nacidos como resultado de la donación de gametos (óvulos o espermatozoides), lo que hace que las ordenes emitidas abran la puerta a una serie de situaciones y prácticas contrarias a la Constitución Política y en particular a la dignidad humana. (iii) Por cuanto la sentencia adolece de una serie de defectos en su argumentación».

4. Las dos primeras razones obedecen a desacuerdos fundamentales sobre la tesis defendida por la mayoría de la Sala Plena en la Sentencia SU-074 de 2020 y que sirvió de sustento a las consideraciones y órdenes de la Sentencia T-355 de 2024. En consecuencia, estimo necesario apartarme de lo decidido por la Sala Séptima en esta última providencia y reiterar las razones por las cuales no comparto la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el acceso a tratamientos de fecundación in vitro. A continuación, expondré las razones que sustentan mi desacuerdo fundamental sobre este asunto y que presenté en mi salvamento de voto a la Sentencia SU-074 de 2020.

5. En primer lugar, tanto la Sentencia SU-074 de 2020 como la T-355 de 2024 parten de una concepción utilitarista que desconoce la naturaleza humana del embrión y el respeto que le es inherente por esta condición. Esta concepción desconoce el hecho biológico de la vida misma del ser humano no nacido, vida esta que científicamente es humana (por identificarse con el genoma humano, el par de 23 cromosomas) e independiente (por llevar consigo un ADN distinto del de su madre). Desconoce que la vida humana, entendida como la vida de un individuo de la especie humana, inicia en el momento en el que se conforma el cigoto. El cigoto es la célula fundamental, con la carga genética individual y única, que a través de su propia multiplicación tiene la capacidad de conformar todas las estructuras, órganos y sistemas de un cuerpo humano. El cigoto y el embrión que lo precede contienen a su vez las características genéticas que lo identifican como miembro de la especie humana (genoma humano), y como un individuo único (su ADN es diferente del de cualquier otro individuo).

6. Desde el primer momento de la concepción la vida del cigoto es una vida humana y merece la protección que se deriva de su naturaleza. Las explicaciones que pretenden fijar el inicio de la vida humana a partir de otros criterios como el grado de desarrollo neuronal, la estructura corporal, el funcionamiento cerebral, o en un hecho puntual como el nacimiento,

son arbitrarias y carecen de una fundamentación biológica o filosófica, básicamente porque ningún hecho o grado de desarrollo determina la naturaleza del individuo como miembro de la especie humana. Es únicamente la estructura del genoma en el núcleo de las células desde la formación del cigoto lo que determina si se trata de un humano y si se trata de un individuo (diferente a cualquier otro).

7. Por todo lo anterior, no considero constitucionalmente admisible la jurisprudencia que permite el acceso a prácticas como la fertilización in vitro, práctica esta que como es sabido implica que los cigotos y embriones sean manipulados a través de congelación y desechados en muchas oportu