

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-370/23

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

(...) la EPS vulneró el derecho a la salud de la accionante – en su faceta de libre escogencia del prestador- porque ... había solicitado el traslado a una IPS que hacía parte de la red de prestadores; (...) la EPS vulneró el derecho a la salud – en su faceta de continuidad- pues ... (impuso) una serie de trámites administrativos que retrasaron su tratamiento ..., por tratarse de un proceso de fertilización in vitro, había un deber reforzado de celeridad, y por lo tanto la EPS no atendió a los estándares que exige la continuidad en un servicio de salud.

DERECHO A LA SALUD-Autonomía del paciente para sometimiento a tratamientos médicos

(...) la accionante tiene el derecho de pedir a la EPS que cambie la profesional tratante, pues, en virtud del principio de libre escogencia del prestador de salud, la percepción subjetiva del paciente importa, aunque no se verifique una mala práctica médica.

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Alcance

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Alcance

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites a la libre escogencia de entidades que prestan el servicio

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Alcance y contenido

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Derecho a la autodeterminación reproductiva

La autodeterminación reproductiva se traduce en la libertad que tienen las personas de decidir cuándo, cómo y con quien quieren asumir la posibilidad de procrear.

SERVICIOS DE SALUD REPRODUCTIVA-Acceso

(...), una de las garantías de los derechos reproductivos es poder acceder a los procedimientos de reproducción asistida que permiten tratar algunos casos de infertilidad. (...), la garantía del derecho al acceso a la tecnología para procrear hijos biológicos hace parte de la faceta prestacional de los derechos reproductivos y, en esa medida, tiene un cumplimiento progresivo y no inmediato.

TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Evolución jurisprudencial

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD-Jurisprudencia constitucional

RELACION MEDICO PACIENTE-Confianza y respeto

El paciente necesita, además de querer la curación, creer en ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla.

RELACION MEDICO PACIENTE-Garantía reforzada en el escenario de los derechos sexuales y reproductivos

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-370 de 2023

Referencia: Expediente T- 9241567.

Asunto: Acción de tutela instaurada por Patricia en contra de la EPS Solidaridad.

Magistrada ponente:

Natalia Ángel Cabo

Bogotá D. C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo (quien la preside), Diana Fajardo Rivera, y por el magistrado Juan Carlos Cortés González, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en los artículos 32 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA.

La decisión se profiere dentro del proceso de revisión de los fallos del 18 de noviembre y del 12 de diciembre de 2022, emitidos por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Buenaventura y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura, en primera y segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Patricia en contra de la EPS Solidaridad.

El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, mediante auto de 31 de marzo de 2023.

I. I. ANTECEDENTES

Asunto Previo: Reserva de la identidad de las partes.

En observancia de la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia de la Corte Constitucional sobre la anonimización de nombres en las providencias disponibles al público, la Sala dispuso que la presente providencia fuera presentada en dos ejemplares. Uno, con el nombre real y la información completa de las partes involucradas en este caso, y otro, presentado al público, con nombres ficticios. La razón para anonimizar el nombre de las partes es que en el fallo aparece información sobre la historia clínica de la accionante.

Hechos y pretensiones.

1. La señora Patricia en la actualidad tiene 41 años y estuvo vinculada a la EPS Coomeva como cotizante desde 2012.

3. En el año 2020, la accionante interpuso una tutela en la cual solicitó que se ordenara a Coomeva EPS autorizar y realizar los procedimientos ordenados por su médico tratante. El 18 de febrero de 2020, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Buenaventura profirió una sentencia en la que concedió el amparo solicitado. En dicha decisión el juzgado constató: (i) que la señora Patricia se encontraba afiliada al régimen contributivo en salud a través de la EPS Coomeva; (ii) que la accionante presentaba cuadro de miomatosis uterina; y (iii) que el médico tratante le ordenó los procedimientos de miomectomía múltiple por laparoscopia e histeroscopia diagnóstico simultáneo. La autoridad judicial ordenó en ese entonces a la EPS Coomeva:

“Ordenar- Autorizar y programar los procedimientos médicos miomectomía múltiple por Laparoscopia y Histeroscopia diagnostico simultaneo ordenados por el galeno tratante, así como los exámenes de laboratorio, en ocasión a su patología de miomectomía múltiple por laparoscopia y histeroscopia diagnóstico simultaneo, asimismo como los procedimientos derivados de la patología, a fin de evitar futuras acciones constitucionales por la misma patología”.

4. Con fundamento en la orden de tutela descrita, la señora Patricia empezó el tratamiento contra la miomatosis en el centro médico Imbanaco de Cali S.A desde septiembre del año 2020. En dicho centro médico, el 29 de octubre de 2020, se le realizó un procedimiento quirúrgico de miomectomía por laparoscopia. En la cita médica que se llevó el 30 de marzo de 2021, el centro médico señaló que “la miomatosis gigante uterina [estaba] corregida”. Así mismo, como una continuación al tratamiento de la miomatosis, se solicitó la autorización para iniciar el tratamiento de fertilización in vitro en los siguientes términos: “Cx: Indicaciones de tratamiento de Reproducción asistida: FIV – Transferencia de embriones. Se solicita autorización”.

5. Sobre el tratamiento que recibió en la clínica Imbanaco, la accionante indicó en su escrito de tutela que en dicho centro de salud le realizaron “una reconstrucción de útero” y que, dentro de dicho tratamiento, estaba aprobado tratamiento de reproducción asistida de fertilización in vitro que, según ella, alcanzó un avance del 80%.

6. El 2 de febrero de 2022, la EPS Coomeva inició su proceso de liquidación. A partir de ese momento la accionante fue trasladada a la EPS Solidaridad en la que está afiliada, desde

entonces, como cotizante en el régimen contributivo.

7. La accionante señaló que en atención al traslado de EPS se comunicó con la Superintendencia de Salud y manifestó su preocupación por la continuación del tratamiento de reproducción asistida. Según la señora Patricia, la Superintendencia confirmó que, en virtud del principio de continuidad, la EPS Solidaridad era la encargada de asumir y continuar con dicho tratamiento.

8. A partir de ese momento, la señora Patricia continuó con el tratamiento de reproducción asistida con la EPS Solidaridad. En el escrito de tutela, la accionante señaló que tuvo la primera cita con el profesional Juan Camilo Díaz González en Sinergia Global Solidaridad, el 25 de marzo de 2022. Luego, la accionante manifestó que fue remitida a la clínica de los Andes en donde le dijeron que no contaban con un ginecólogo especializado en fertilidad y, por esta razón, hizo una nueva solicitud a la EPS Solidaridad, quien la volvió a remitir a la clínica de los Andes.

9. La accionante señaló que elevó un segundo requerimiento a la EPS Solidaridad porque en la clínica de los Andes no había especialista en técnicas de reproducción. Por esta razón, señaló que la entidad accionada la remitió la IPS de Profamilia. El 28 de junio de 2022, la accionante tuvo la primera cita de consulta con la profesional Lina Castillo quien manifestó en su diagnóstico, descrito en la historia clínica, que: “la paciente es enfática que quiere óvulo propio a pesar de baja probabilidad de embarazo”. En ese entonces el plan de manejo prescrito por la profesional de la salud fue:

“Pareja con antecedente de miomectomía , baja reserva por edad , se explica probabilidad de embarazo con 40 años que los cumple el 6 /07/2022 , ss histerosonografía perfil hormonal AHM ESPERMOGRAMA”.

10. Después de estos exámenes, la señora Patricia tuvo cita en la IPS de Profamilia el 19 de septiembre de 2022, en la que la profesional Lina Castillo manifestó lo siguiente:

“pareja con infertilidad factor ovulatorio y pólipos en endometrios histeroscopia quirúrgica y estudio del factor masculino fish espermático y test de fragmentación para luego realizar in vitro propio y semen propio ya que ella no quiere óvulo donado importante realizar procedimiento rápidamente por edad”.

11. Frente a lo manifestado por la profesional de la salud, la señora Patricia señaló que solamente se leyeron los exámenes y que la profesional le ofreció un trato hostil, pues le dijo que “usted con la edad que tiene es un riesgo ser madre” y “por qué no piensa en otra posibilidad”. Así mismo indicó que el desplazamiento a la ciudad de Cali y los exámenes ordenados le generaron gastos económicos. Por tanto, señaló que se le practicaron múltiples exámenes sin que se avance realmente en el proceso de fertilización in vitro.

12. El 20 de septiembre de 2022, la accionante presentó una petición a la EPS Solidaridad en la que solicitó un cambio de prestador de servicios médicos. La accionante señaló en su escrito de tutela que el 31 de octubre de 2022 la entidad le indicó que debía continuar con el mismo prestador de servicios médicos, toda vez que no contaban con otros prestadores que contaran con la especialidad requerida.

13. Por lo anterior, el 27 de septiembre de 2022 la accionante acudió al centro médico Imbanaco, en donde había empezado su tratamiento, para pedir una opinión médica sobre su situación. En esa oportunidad, fue atendida por el médico Luis Carlos Hincapié, quien dispuso lo siguiente en su diagnóstico:

“paciente con edad reproductiva elevada, con adecuada reserva ovárica, tiene aprobado tratamiento asistido considero que por su edad no se debe diferir el tratamiento de FIV, manejo que debe ser de prioridad y antes de la transferencia de embriones, definir optimización del útero y de su cavidad”. En esa medida, el profesional de la salud estableció que “se solicita nuevamente autorización de la FIV”.

14. Por esta razón, el 3 de noviembre de 2022, la señora Patricia interpuso acción de tutela en contra de la EPS Solidaridad en la que solicitó que se amparen sus derechos a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y a la salud sexual y reproductiva. En tal medida, pidió lo siguiente: (i) que se ordene continuar el tratamiento en la Clínica Imbanaco con el médico tratante con quien inició el proceso o con cualquier otro prestador de salud; (ii) dar continuidad al tratamiento de fertilización in vitro, toda vez que han transcurrido nueve meses y su situación de salud puede afectar el desarrollo del procedimiento; (iii) ordenar a la EPS Solidaridad, que suministre el tratamiento denominado “Procedimiento por manejo de grupo de fertilidad”; (iv) se comuniquen a la Superintendencia de las irregularidades que resulten probadas en el fallo de tutela en contra de la EPS

Solidaridad.

B. Actuación procesal en el trámite de tutela.

15. El trámite le correspondió, por reparto, al Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Buenaventura, el cual, mediante auto del 3 de noviembre de 2022 admitió la acción de tutela presentada por la señora Patricia. En dicho auto, la autoridad judicial también vinculó de manera oficiosa a la ADRES, a la IPS de Profamilia, al centro médico Imbanaco, a la Alcaldía Distrital de Buenaventura, a la Personería Distrital de Buenaventura, a la Secretaría de Salud del Distrito de Buenaventura, a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, al igual que dio traslado del escrito de tutela a la EPS Solidaridad.

Contestaciones de la tutela.

Respuesta de la IPS Profamilia.

16. La representante legal de la IPS de Profamilia precisó que la paciente fue atendida en dos ocasiones para servicios de consulta de fertilidad. La representante señaló que la primera consulta fue el 28 de junio de 2022 y que, en esa oportunidad, la médica solicitó estudios clínicos para proponer un tratamiento y descartar que la señora Patricia necesitara otro procedimiento previo al tratamiento de fertilidad (histeroscopia). Así mismo, destacó que el día 19 de septiembre del 2022, la accionante asistió a cita de control en las instalaciones de Profamilia con los resultados de los exámenes.

17. Profamilia indicó que, de acuerdo con la historia clínica de la paciente, la médica tratante ordenó la realización de histeroscopia para resección de pólipos, ampliar los estudios del factor masculino con test de fragmentación y fish espermático. Señaló que en estos momentos se está a la espera de la cita de control con los resultados y que se haya realizado el procedimiento quirúrgico.

18. Por lo anterior, la IPS de Profamilia consideró que en el presente caso se configura una carencia actual de objeto, pues la situación de hecho que origina la violación o la amenaza no existe debido a que, a su juicio, la entidad ha brindado a la paciente todos los servicios

requeridos.

19. Así las cosas, solicitó su desvinculación del trámite constitucional.

20. El Ministerio de Salud y Protección Social, la ADRES y la Secretaría de salud señalaron que no tienen legitimidad por pasiva.

21. El Ministerio señaló que carece de legitimación en la causa, pues no tuvo participación en los hechos descritos por la accionante. Adicionalmente, precisó que la responsabilidad en la prestación de los servicios de salud a los usuarios se encuentra a cargo de las entidades prestadoras de salud – EPS, quienes son las llamadas a garantizar los servicios que requieran sus afiliados, a través de su propia red de prestadores de servicios de salud o de las que contraten para el efecto.

22. Por su parte, la Secretaría señaló que no cuenta con legitimidad por pasiva porque la encargada de responder por los servicios de salud de la accionante es la EPS Solidaridad. Además, la Secretaría indicó que el domicilio de la accionante es la ciudad de Buenaventura y, por lo tanto, la competente frente a la prestación de los servicios de salud a la población domiciliada bajo dicha jurisdicción es el distrito especial de Buenaventura, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1617 del 5 de febrero de 2013.

23. En el mismo sentido, la ADRES señaló que es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera. En cuanto al caso concreto, la entidad manifestó que es función de la EPS, y no de ADRES la prestación de los servicios de salud. En ese sentido, señaló que es oportuno que la EPS Solidaridad continúe con el análisis correspondiente para determinar la autorización del procedimiento de fertilización in vitro con especialista de infertilidad, pues la accionante lleva desde el 2017 en estudios por problemas de infertilidad con la EPS COOMEVA.

24. En consecuencia, las tres entidades señalaron que no son competentes para pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante ni adoptar medidas de protección o restablecimiento de esos derechos.

Respuesta de la Clínica Imbanaco

25. La apoderada del centro médico señaló que el centro médico Imbanaco tiene convenio

vigente con la EPS Solidaridad y, por lo tanto, sólo se necesita autorización de la entidad para que la Clínica Imbanaco, como IPS, pueda prestar el servicio que se está solicitando.

26. Igualmente, explicó que la cobertura de los servicios de salud la define el asegurador mientras que las IPS proceden con la atención una vez haya una autorización por parte de la EPS. La apoderada destacó que la aseguradora es libre de elegir si remite al paciente a la Clínica Imbanaco o a otra IPS dentro de su red prestadora de servicios. Por tanto, la apoderada solicitó que se desvincule al centro médico de la acción de tutela, pues no ha vulnerado los derechos de la accionante. Así mismo solicitó que, si finalmente se decide que el procedimiento médico de la señora Patricia se debe adelantar en sus instalaciones, se debe ordenar a la EPS Solidaridad generar las autorizaciones respectivas para poder prestar el servicio.

27. La EPS Solidaridad, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, la Personería Distrital de Buenaventura, la Secretaría de Salud del Distrito de Buenaventura y la Superintendencia Nacional de Salud guardaron silencio.

Fallo de primera instancia

28. El 18 de noviembre de 2022, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la ciudad de Buenaventura emitió un fallo mediante el cual resolvió negar el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida, derechos sexuales y reproductivos de la señora Patricia.

29. Como fundamento de su decisión, el Juzgado estableció, en primer lugar, que no posee los conocimientos técnicos en materia de salud para determinar si, en efecto, el proceso se dilató de forma injustificada o la tardanza cuestionada es común en este tipo de situaciones.

30. Sin embargo señaló que, a partir de la respuesta ofrecida por la IPS Profamilia en el trámite de tutela, se puede advertir que se ha atendido en dos ocasiones a la paciente: (i) el 28 de junio 2022 donde se propuso un tratamiento y se descartaron otros procedimientos antes de iniciar con la fertilización (histeroscopia) y (ii) el 19 de septiembre de 2022, en una cita de control. La autoridad judicial advirtió que la médica tratante ordenó la realización de otro procedimiento para resección de pólipos, ampliar los estudios del factor masculino con un test de fragmentación y fish espermático y que a la fecha se está a la espera de la cita de

control con resultados.

31. A partir de lo anterior, el juzgado concluyó que la entidad promotora de salud no vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, y a los derechos sexuales y reproductivos de la accionante, pues no le negó ningún servicio de salud necesario para poder llevar a cabo la fertilización in vitro.

32. En cuanto al comportamiento hostil de la médica tratante al que hizo referencia la accionante en el escrito de tutela, la autoridad judicial puso de presente que el centro médico Imbanaco hace parte de la red de servicios de la EPS Solidaridad. En ese sentido señaló que, si la accionante se siente incómoda con el trato de la profesional que la atiende, debe adelantar los procedimientos administrativos pertinentes ante la EPS para solicitar el traslado.

33. Por estas razones, el juzgado concluyó que en el presente caso no se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante y señaló que en la actualidad se adelantan acciones para dar continuidad con el tratamiento de fertilización in vitro. El juzgado agregó que si la accionante prefiere seguir con el tratamiento en el centro médico Imbanaco debe realizar la solicitud administrativa ya que este centro de salud hace parte de la red de servicios de la EPS Solidaridad.

34. En consecuencia, el juzgado negó la protección constitucional de los derechos solicitados por la señora Patricia en la acción de tutela.

Impugnación

35. La accionante manifestó, en su escrito de impugnación, que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Buenaventura pasó por alto el verdadero problema que ella planteó en su acción de tutela. La accionante aclaró que su pretensión de amparo no se sustentó en la falta de prestación de servicios por parte de la IPS de Profamilia, sino que su petición consistió en cambiar la institución donde se lleva a cabo su tratamiento, ya que la médica que la atiende en la IPS de Profamilia “ha demostrado tener tratos déspotas y pocos empáticos que han roto la relación que deben tener el médico- paciente”.

36. Por tanto, la señora Patricia señaló que la autoridad judicial no tuvo en cuenta las posibles consecuencias psicológicas y emocionales que dicha hostilidad puede ocasionar en ella y su tratamiento. En ese sentido advirtió que la profesional médica ya tiene un criterio influenciado que puede dificultar la continuación del tratamiento.

37. De acuerdo con lo expuesto, la accionante solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, se ampararan los derechos solicitados en la acción de tutela y que, por lo tanto, se autorizara la continuación del tratamiento en el centro médico Imbanaco, con la cual la EPS Solidaridad tiene convenio vigente.

Fallo de segunda instancia

38. En fallo de 12 de diciembre de 2022, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura confirmó la decisión de primera instancia. La autoridad judicial consideró que era claro que tanto la IPS Profamilia como la EPS Solidaridad adelantaron las acciones necesarias para darle continuidad al tratamiento de fertilización in vitro. Además, reiteró que si la accionante pretende cambiar de prestador tiene que realizar el trámite administrativo necesario.

39. En cuanto a los argumentos planteados en la impugnación y relacionados con el trato de la profesional de la salud, el Juzgado manifestó que “ella misma informa que Profamilia no cuenta con otro especialista que pueda continuar con su proceso”.

40. El Juzgado concluyó que a la accionante no se le negaron los servicios de salud que requiere por parte de la IPS Profamilia y de la EPS Solidaridad, ya que le dieron trámite a todos los exámenes y tratamientos ordenados por su médico para llevar a cabo la fertilización in vitro. Por tanto, decidió confirmar el fallo apelado, debido a que la accionante: “puede elevar su queja ante el superior de la profesional, para que ellos actúen al respecto”.

41. Con fundamento en estas razones, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura decidió confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia.

II. II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

42. El asunto llegó a la Corte Constitucional, y en auto de 31 de marzo de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres escogió el expediente referido para su revisión y el 21 de

abril siguiente, la Secretaría remitió el expediente de la referencia al despacho de la magistrada ponente para el trámite correspondiente.

43. Mediante auto del 16 de mayo de 2023, la magistrada sustanciadora, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decretó de oficio varias pruebas dirigidas a contar con los elementos suficientes para adoptar una decisión.

En primer lugar, requirió a la accionante para que aportara pruebas relacionadas con las peticiones realizadas a la EPS Solidaridad y a la Superintendencia de Salud. Así mismo, se solicitó a la señora Patricia que explicara por qué consideró que la profesional de la salud Lina Castillo fue hostil y quebró la relación médico-paciente.

En segundo lugar, se requirió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura, autoridad que decidió la segunda instancia en el presente trámite, y al Juzgado Quinto Civil municipal de Buenaventura, autoridad que concedió la primera tutela en el año 2020, para que remitieran la totalidad de las piezas procesales en los respectivos expedientes.

En tercer lugar, se requirió a la IPS Profamilia y al centro médico Imbanaco para que allegaran la historia clínica de la accionante. A esta última institución también se le solicitó remitir un informe detallado con todo lo relacionado con el procedimiento de fertilización in vitro de la accionante que tuvo lugar en dicha institución.

En cuarto lugar, se requirió a la EPS Solidaridad para que rindiera un informe detallado sobre los hechos expuestos en la acción de tutela y para que explicara por qué no trasladó a la accionante al centro médico Imbanaco cuando ella lo solicitó.

44. En respuesta a dicho auto de pruebas, el 23 de mayo de 2023, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura remitió una comunicación con el enlace para acceder al expediente No.2022-00083-01. En la misma fecha, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Buenaventura envió otra comunicación en la que también remitió el enlace para acceder al expediente No.761094003005202000020-00.

45. Así mismo, el 23 de mayo de 2023, el centro médico Imbanaco envió respuesta en la que anexó la historia clínica de la señora Patricia en dicha institución.

46. El 25 de mayo de 2023, la Coordinadora Jurídica de Salud de Profamilia envió una

respuesta en la que anexó la historia clínica de la accionante en la institución. En dicha prueba se registró que el 23 de marzo de 2023 la accionante tuvo una cita médica con la profesional Lina Castillo y la profesional estableció lo siguiente:

“Paciente de 40 años con infertilidad de 1 año Baja reserva con antecedente de miomectomía y polipsectomía actualmente cursa con hematómetra y pólipos en cavidad endometrial se solicita laparoscopia e histeroscopia con receptos copia previo a in vitro ss test de fragmentación para complemento de estudio masculino”.

47. El 31 de mayo de 2023, la señora Patricia envió escrito de respuesta en el que manifestó que la EPS Solidaridad le dio autorización para realizar procedimiento de miomectomía por laparoscopia, pero que la entidad Profamilia no cuenta con la capacidad para la realización del proceso y por eso dicho proceso se ha dilatado. En esa medida, solicitó que se dé continuidad al tratamiento en la clínica Imbanaco con el doctor Luis Carlos Hincapié. En la respuesta, la accionante anexó, por un lado, la historia clínica con Profamilia y, por el otro, la prueba de la autorización que dio la EPS Solidaridad al procedimiento quirúrgico de miomectomía por laparoscopia con fecha de 30 de mayo de 2023.

El 05 de junio de 2023, la accionante amplió su respuesta y envió una comunicación en la que anexó pruebas de los procedimientos médicos que tuvo en la clínica de los Andes y en Imbanaco. En esa medida envió pruebas en las que consta que (i) el 13 de abril de 2021 el centro médico Imbanaco dio orden para empezar con el tratamiento de fertilización in vitro en el plan de manejo; (ii) la clínica de los ANDES – la primera a la que fue enviada la accionante después del traslado- manifestó el 26 de abril de 2022 que “la paciente refiere que en Coomeva tenía autorización para fertilización in vitro, con el doctor Luis Carlos Hincapié, paciente solicita continuar proceso con mismo especialista, se realiza remisión a infertilidad, de acuerdo con protocolo de la EPS”.

La señora Patricia también envió prueba de la petición elevada el 20 de septiembre de 2022 a la EPS Solidaridad en la que solicitó que se le cambiara de centro de atención. En dicha solicitud la accionante pidió que se le permita continuar el tratamiento de fertilización in vitro con el médico que realizó la miomectomía y “tiene el conocimiento de cómo realizar el proceso”. Además, manifestó que cada día que pasa aumenta de tamaño los miomas y esto puede significar “una barrera para el avance del procedimiento”.

48. El 07 de junio y el 9 de junio de 2023, la magistrada sustanciadora emitió dos nuevos autos de pruebas. En el primer auto requirió a la EPS Solidaridad para que se pronunciara sobre los hechos narrados por la accionante en el escrito de tutela. En el segundo auto se solicitó a la profesional de la salud Lina Castillo, en su calidad de miembro del personal de la IPS Profamilia, para que: (i) rindiera informe detallado sobre el supuesto trato hostil que señaló la paciente en su escrito de tutela; y (ii) se pronunciara sobre la alegada mora en el tratamiento planteada por la accionante.

49. El 14 de junio de 2023, la EPS Solidaridad envió escrito de respuesta a la solicitud. En dicha comunicación, la EPS señaló que, para poder dar continuidad al tratamiento de miomatosis uterina, se requiere definir por medio de especialistas y con base en exámenes el estado de salud de la paciente. La EPS señaló que por esta razón se ordenaron unos procedimientos miomectomía uterina por histeroscopia - laparoscopia en nivel 3, direccionados a la Clínica de Occidente. Además, agregó que en ningún momento negó el acceso a los servicios de salud a los que tiene derecho la accionante. Por el contrario, EPS Solidaridad, insistió en que ha autorizado las prestaciones ordenadas por los médicos tratantes de la actora. Así mismo, dicha EPS indicó que le brindaría los servicios y prestaciones a la señora Patricia si son necesarios desde el punto de vista médico, y son ordenados por un médico tratante adscrito a su red de prestadores. También indicó que se configura una carencia actual de objeto por hecho superado, ya que todos los servicios requeridos, a su juicio, fueron prestados en el momento adecuado y por lo tanto lo que pretendía la accionante ya fue otorgado.

Con dicha respuesta la EPS accionada anexó: (i) una orden proferida por la IPS Profamilia el 30 de mayo de 2023, en la que se señaló que “ la paciente debe ser manejada en el nivel 3 de atención médico quirúrgico por alto riesgo de síndrome adherencial abdomino pélvico”; (ii) una orden médica dirigida a la Clínica de Occidente, en la que la EPS Solidaridad autoriza un procedimiento de miomectomía uterina por laparoscopia, una miomectomía uterina por histeroscopia y una consulta en ginecología.

III. CONSIDERACIONES

1. El examen de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

1. En el presente asunto se examina el caso de una mujer de 41 años que interpuso una

acción de tutela en contra de la EPS Solidaridad en la que solicitó ser trasladada de IPS para poder garantizar la continuidad del procedimiento de fertilización in vitro que fue aprobado para el tratamiento de su miomatosis. La accionante consideró que la EPS Solidaridad vulneró sus derechos a la salud, a la vida digna y sexuales y reproductivos porque, a pesar de su solicitud, la entidad no autorizó su traslado a otra institución prestadora de salud.

2. Antes de proceder al análisis de fondo, corresponde a la Corte verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

A este respecto la Corte observa que en el presente caso se cumple el requisito de legitimación por activa, pues la tutela se formuló por la titular de los derechos fundamentales cuya protección se reclama. En relación con la legitimación por pasiva, se constata que se cumple en relación con la EPS Solidaridad, pues es esta entidad de quien depende el traslado de la actora, y cuya negativa considera la demandante como el fundamento de la vulneración de sus derechos. Esta EPS es, además, de quien depende la posibilidad del solicitado traslado de IPS.

3. También se cumple con la legitimación por pasiva, en relación con la IPS de Profamilia, vinculada al proceso. Aunque la accionante no dirigió su escrito de tutela en contra de dicha entidad, sí manifestó que solicitó el traslado porque en esa entidad una de las profesionales “ha demostrado tener tratos déspotas y pocos empáticos que han roto la relación que deben tener el médico- paciente”. Así mismo señaló que se deben tener en cuenta las afectaciones físicas y psicológicas que le produjo la actitud de la profesional Lina Castillo. En ese sentido, la IPS de Profamilia también cumple con el requisito de legitimidad por pasiva porque es la entidad que, según la accionante, vulneró sus derechos, ya que fue la médico Lina Castillo quien retrasó el procedimiento de fertilización in vitro y por tanto vulneró sus derechos sexuales y reproductivos.

4. No obstante, en relación con la Alcaldía Distrital de Buenaventura, la Personería Distrital de Buenaventura, la Secretaría de Salud del Distrito de Buenaventura, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad (ADRES), la Superintendencia Nacional y el centro médico Imbanaco, no se cumple con el requisito de legitimidad por pasiva. Como lo señalaron estas entidades, las EPS son las llamadas a

garantizar los servicios que requieran sus afiliados a través de su propia red de prestadores de servicios de salud o de las que contraten para el efecto. Por tanto, como en este caso se trata de un reclamo en torno a la autorización y prestación de un servicio de salud prescrito por un profesional médico, no se advierte que alguna de estas entidades tenga la facultad jurídica de responder por las presuntas vulneraciones planteadas por la señora Patricia.

5. Por su parte la tutela cumple con el requisito de inmediatez. La señora Patricia presentó la acción de tutela como consecuencia de la respuesta negativa proferida por la EPS Solidaridad a su solicitud de traslado. Se observa que la petición mediante la cual la accionante hizo la solicitud fue enviada el día 20 de septiembre de 2022, la respuesta negativa de la EPS se emitió el 31 de octubre de 2022 y la tutela fue interpuesta el 03 de noviembre de 2022, es decir, menos de dos semanas después. Por tanto, es claro que la accionante interpuso la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho que en su opinión configuró la presunta vulneración de derechos fundamentales y, por lo tanto, se satisface el requisito de inmediatez.

6. Finalmente se observa que en el presente caso se cumple con el requisito de subsidiariedad porque la demandante no cuenta con otro mecanismo de defensa para la protección de sus derechos. En efecto, el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud, previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que podría ser interpuesto por la señora Patricia, no resulta idóneo ni eficaz para resolver su situación, por las siguientes razones:

Primero, porque, como lo confirmó la Corte Constitucional en el año 2019, el mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud ante la Superintendencia de Salud no es un medio eficaz para atender los derechos de salud de los usuarios del sistema. En efecto, la Corte Constitucional señaló que, mientras persistan dichas dificultades, el mecanismo jurisdiccional en mención no puede ser considerado un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en salud.

En segundo lugar, dicho mecanismo no es idóneo en este caso porque la demora en el procedimiento de fertilización in vitro podría significar un perjuicio irremediable para los derechos sexuales y reproductivos de la accionante. En efecto, como lo señaló el profesional

Luis Hincapié en la prueba anexada por la accionante, en los tratamientos de reproducción asistida para las mujeres el transcurso del tiempo adquiere una relevancia particular para el eventual éxito del procedimiento. En esa medida es claro que el tiempo que toma el proceso ante la Superintendencia de Salud es superior al de la tutela, lo que hace que aumente la probabilidad de que se materialice un perjuicio irremediable.

En consecuencia, la accionante no cuenta con un mecanismo judicial idóneo para obtener la protección de sus derechos fundamentales, razón por la que se tiene por cumplido el requisito de subsidiariedad.

2. Planteamiento del problema jurídico.

7. En este caso la señora Patricia presentó acción de tutela en la que solicitó a la EPS Solidaridad dar continuidad a su proceso de fertilización in vitro en el centro médico Imbanaco, pues consideró que la profesional que la atendió en la IPS de Profamilia tuvo una actitud hostil con ella. En las decisiones de instancia, los jueces de tutela consideraron que no se presentó una afectación del derecho a la salud, debido a que no se le negaron los servicios médicos a la accionante. Así, consideraron que las entidades accionadas dieron trámite a todos los exámenes y tratamientos ordenados por el médico tratante para llevar a cabo la fertilización in vitro. En consecuencia, concluyeron que la accionante debe agotar los mecanismos internos ante la IPS o EPS para formular su queja con respecto al alegado maltrato por parte de la médica tratante.

8. A partir de lo anterior, se observa que en este caso existen tres escenarios de análisis de la eventual violación de los derechos fundamentales de la accionante. El primero, corresponde a la actuación de la EPS Solidaridad por no haber autorizado el traslado de la accionante al centro médico Imbanaco. El segundo, corresponde a la presunta afectación de la continuidad en el procedimiento de fertilización in vitro de la accionante. El tercero está relacionado con la posible afectación de los derechos de la accionante en la relación médico-paciente, particularmente si la médica tratante adscrita a la IPS de Profamilia, vulneró los derechos de la señora Patricia con su actitud y sus recomendaciones médicas en el procedimiento de fertilización in vitro.

Previo a la formulación del problema jurídico, es importante señalar que en el presente asunto la acción de tutela se dirige a que se cambie la institución prestadora de servicios de

salud para el tratamiento de reproducción asistida, y no su autorización. Por tanto, a partir del análisis de las afirmaciones de los profesionales médicos y las partes, se asumirá que dicho tratamiento en efecto fue autorizado.

En efecto, se puede ver, en primer lugar, que en la historia clínica de la paciente, en consulta de 27 de septiembre de 2022, aparece que el profesional Luis Hincapié afirmó que sí está aprobado el tratamiento de reproducción asistida en los siguientes términos: “paciente con edad reproductiva elevada, con adecuada reserva ovárica, tiene aprobado tratamiento asistido considero que por su edad no se debe diferir el tratamiento de FIV”.

En segundo lugar, en septiembre de 2022, la IPS de Profamilia, entidad a la que la accionante fue remitida por la EPS Solidaridad, señaló:

“pareja con infertilidad factor ovulatorio y pólipos en endometrios histeroscopia quirúrgica y estudio del factor masculino fish espermático y test de fragmentación para luego realizar in vitro propio y semen propio ya que ella no quiere óvulo donado importante realizar procedimiento rápidamente por edad.”

En tercer lugar, en las pruebas enviadas por la misma EPS Solidaridad el 14 de junio de 2023, la entidad envió una autorización del procedimiento de miomectomía y una historia clínica en la que se afirmaba que dicho procedimiento debía realizarse como un requisito previo a la fertilización in vitro:

“Paciente de 40 años con infertilidad de 1 año Baja reserva con antecedente de miomectomía y polipectomía actualmente cursa con hematómetra y pólipos en cavidad endometrial se solicita laparoscopia e histeroscopia con receptos copia previo a in vitro ss test de fragmentación para complemento de estudio masculino”.

En cuarto lugar, en la respuesta remitida por la EPS accionada en el trámite de revisión no se cuestionó la necesidad del tratamiento ni su autorización. Por el contrario, la argumentación se sustentó en la alegada diligencia de la entidad para garantizar la continuidad del tratamiento.

Por lo tanto, la Sala se concentrará en evaluar las afectaciones que sobre los derechos fundamentales a la salud – en su faceta de continuidad y libre escogencia del prestador-

plantea la accionante en el marco del tratamiento que adelanta, sin que le corresponda a la Sala en este caso verificar o cuestionar la procedencia del tratamiento, debido a que este fue determinado por los médicos tratantes y las partes, cuyo criterio tiene presunción de veracidad.

9. En virtud de lo anterior, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulnera una EPS los derechos a la salud -en su faceta de continuidad y libertad de escogencia en el prestador- y reproductivos de una mujer cuando niega su solicitud de traslado de IPS fundamentada en el hecho que perdió la confianza en su médico tratante y quiere dar continuidad a su tratamiento de reproducción asistida?

¿Vulnera una profesional médica los derechos a la salud, sexuales y reproductivos de una paciente de 41 años cuando le manifiesta que tiene una edad muy avanzada para realizar el procedimiento de fertilización in vitro y que considere otras opciones para ser madre?

10. Para abordar los anteriores problemas jurídicos, la Sala estudiará, en primer lugar, lo que ha establecido la Corte Constitucional en torno a los principios de oportunidad, continuidad y la libre escogencia del prestador para los usuarios del sistema de salud. El estudio de dichos principios es relevante porque las solicitudes de la accionante están dirigidas a que la EPS Solidaridad dé continuidad al procedimiento de fertilización in vitro y a que le permita escoger el prestador de servicios. En segundo lugar, y comoquiera que la señora Patricia señaló que la dilación en el proceso afecta de manera significativa el éxito de su tratamiento de reproducción asistida, se hará un análisis de la continuidad de los tratamientos en el contexto de los derechos reproductivos y de la importancia que tiene el transcurso del tiempo en este tipo de procedimientos. Por último, se examinará el tema de la relación médico-paciente y, en particular, se profundizará sobre esta relación en el contexto de los derechos reproductivos. Este análisis es necesario, debido a que la actora solicitó el traslado de IPS porque consideró que la profesional médica que la atendió fue hostil con ella y desacreditó su intención de continuar con el tratamiento de reproducción asistida.

3. La continuidad, la oportunidad y la libre escogencia del prestador en el sistema de salud.

11. Como quiera que la accionante solicitó a la EPS Solidaridad que autorice su traslado de

IPS y que continúe con el tratamiento de fertilización in vitro a través de la institución en la que inició dicho procedimiento, en este punto se analizará el alcance de los principios de continuidad y oportunidad en la prestación de los servicios de salud, y en qué consiste el derecho a la libre escogencia del prestador de salud.

12. El artículo 49 de la Constitución establece que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado que “debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad”. El artículo 6 de la Ley 1751 de 2016 establece cuáles son los principios que deben regir la prestación del servicio público de la salud. Dicha disposición hace referencia a la universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos. Para efectos de lo pretendido en este caso, se analizarán en particular los principios de continuidad, oportunidad y libre elección.

13. El principio de continuidad en el servicio, según el numeral 3.21 del artículo 3 de la ley 1438 de 2011, consiste en que: “toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. De manera que, la continuidad está relacionada directamente con la garantía que tienen los usuarios de que no se presente una interrupción, retardo o suspensión del servicio médico prestado.

14. En concreto, este principio supone una prohibición a los prestadores de salud de “realizar actos u omitir obligaciones para dar prioridad al cumplimiento de exigencias de tipo formal o contractual que menoscaben las garantías fundamentales”. Esto quiere decir que los servicios de salud, en ningún caso, pueden ser suspendidos por razones de carácter administrativo, económico, o de conveniencia para el prestador. Así, el tratamiento de salud sólo podrá ser interrumpido hasta el momento en el que el paciente ya no lo necesite, pues: “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización” de aquél..

15. Para garantizar la continuidad no basta con demostrar que se proporcionó el servicio de salud, pues este principio también establece que se deben cumplir unos estándares mínimos

de calidad en la prestación de los servicios de salud. En este sentido, la Corte estableció que, para garantizar la continuidad en el servicio de salud, los prestadores deben tener en cuenta los siguientes criterios:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y [deben ser] de calidad; (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos; (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

16. En consecuencia, se puede decir que la continuidad exige que el servicio de salud tenga la menor cantidad de obstáculos posibles, y que pueda prestarse de manera permanente y durable hasta que el paciente lo necesite.

17. En el presente caso, el cambio de prestador de salud tuvo lugar porque la accionante fue trasladada a la EPS Solidaridad, pues la EPS Coomeva entró en liquidación en febrero de 2022. Por esta razón, en este punto también es necesario analizar el principio de continuidad en los casos en los que hay un cambio de EPS por liquidación.

18. El Decreto 1424 del 2019, que regula las condiciones para garantizar la continuidad de los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, establece que en los trámites administrativos de traslado entre estas entidades debe garantizarse la continuidad en la prestación del servicio. En esa medida, impone a las EPS receptoras de los afiliados las siguientes obligaciones: (i) disponer, a través de su página web y de un medio de comunicación de amplia circulación, los datos y la fecha a partir de la cual la entidad se hará responsable de la prestación de los servicios de salud; (ii) informar a los aportantes, a través de un medio de comunicación de amplia circulación, los lugares y las direcciones en donde se prestarán los servicios; (iii) indicar a los pacientes con enfermedades de alto costo y madres gestantes la red prestadora de servicios de salud disponible, quien será responsable de garantizar la continuidad en la atención en salud; y (iv) adelantar de forma previa a la efectividad de la asignación, los procesos de contratación necesarios para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios a la población que le fue asignada.

19. En el mismo sentido, artículo 1º del Decreto 3045 de 2013, consagra el principio de continuidad en los casos en los que a una EPS se le revoque la autorización de funcionamiento:

“El presente decreto tiene por objeto establecer las condiciones para garantizar la continuidad en la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y la prestación del servicio público de salud a los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud – EPS del régimen contributivo o subsidiado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, cuando dichas entidades se retiren o liquiden voluntariamente, ocurra la revocatoria de la autorización de funcionamiento del régimen contributivo o del certificado de habilitación para el régimen subsidiado o sean sujeto de intervención forzosa administrativa para liquidar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud”

21. Así pues, si una EPS autoriza o tiene obligaciones vigentes con sus afiliados, el hecho de que esa entidad entre en liquidación no significa que la obligación con sus afiliados cese. Por el contrario, las obligaciones ya contraídas con los afiliados deben ser asumidas por la entidad que la remplazó, puesto que los usuarios son reasignados y sobre ellos no pueden recaer las cargas de las actuaciones administrativas. La EPS receptora de las afiliaciones se convierte entonces en la entidad encargada de garantizar las obligaciones contraídas. Por lo tanto, en los casos en los que exista una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo, decretada por un juez de tutela, es la entidad receptora la que debe asumir la obligación impuesta y no puede justificar su negativa a suministrar el servicio con base en el argumento de que, al no haber sido parte en el trámite de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso.

22. Otro principio que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud es la libre escogencia del prestador de salud. Este principio, consagrado en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, plantea que: “el Sistema de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo”. Asimismo, el artículo 159 de esta ley establece que la libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud es una de las garantías de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. La libre escogencia tiene una doble connotación a favor del usuario: de una parte, le

permite escoger las Empresas Promotoras de Salud -EPS- a las que se quieren afiliar para la prestación del servicio de salud; y, de otra parte, tienen la libertad para escoger las IPS que estén dentro de la red de la EPS que escogieron en la que se suministrarán dichos servicios. Así, la libertad de escogencia está ligada a la autonomía que tiene el usuario de optar por el prestador en el que más se sienta cómodo y que sea más acorde a lo que él considera un servicio integral y de calidad. Hace parte de los principios que rigen el derecho a la salud porque permite garantizar que los usuarios puedan ser escuchados en lo que prefieren y consideran que más les conviene.

24. La libertad de escogencia es un derecho de doble vía. Desde la perspectiva de los usuarios, corresponde al derecho elegir al prestador de salud de las instituciones adscritas en la red de su EPS. Desde la perspectiva de las EPS configura el derecho de estas entidades de escoger a los prestadores de salud que quieren contratar. Sin embargo, en el caso de las EPS, el margen de acción para escoger a su red prestadora de salud se encuentra limitado por el deber de garantizar: “(i) la pluralidad de IPS con el fin de que los usuarios tengan la posibilidad de escoger; (ii) la prestación integral del servicio y la calidad; y (iii) la idoneidad y calidad de la IPS”.

25. El derecho a la libre escogencia de los usuarios tampoco es absoluto, pues por regla general deberán elegir dentro de los prestadores que se encuentran adscritos a la red de la EPS a la que están afiliados. En tal sentido, la Corte Constitucional señaló que: “las EPS deben suministrar los servicios de salud, en favor de sus afiliados, pero a través de las instituciones con las que establezcan convenios para el efecto”. Por tanto, la libertad de escogencia de los afiliados está limitada a las IPS que hacen parte de la red de prestadores de la EPS en la que se encuentran afiliados.

26. Sin embargo, existen excepciones a esta regla general, que están ligadas a la calidad en la prestación del servicio de salud. En efecto, la Corte señaló que los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como: “la atención de urgencias, cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para recibir un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS”. También podrá plantearse la elección de una IPS no adscrita en aquellos eventos en los que un cambio en el prestador a uno de la respectiva EPS suponga la súbita

interrupción de un tratamiento médico y que atente contra la salud del usuario.

4. Las dos dimensiones de los derechos sexuales y reproductivos.

27. La accionante afirmó en su escrito de tutela que la negativa de la EPS Solidaridad de autorizar el traslado de la IPS de Profamilia al centro médico de Imbanaco supuso una vulneración de sus derechos sexuales y reproductivos. Por tanto, en este punto se analizará el contenido y alcance de estos derechos.

28. En primer lugar, es necesario precisar que, aunque las categorías de derechos reproductivos y derechos sexuales suelen asimilarse, lo cierto es que tienen definiciones propias y hacen referencia a ámbitos de protección distintos. En efecto, los derechos reproductivos reconocen y protegen la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, mientras que los derechos sexuales reconocen, respetan y protegen la libertad y las preferencias sexuales. Por tanto, son dos conceptos diferentes en la medida que la “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”. Sin embargo, es claro que ambos derechos “están intrínsecamente relacionados, puesto que la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye al desarrollo de una vida sexual libre de riesgos de embarazos no deseados o situaciones distantes a los intereses personales”.

29. Los derechos sexuales les proporcionan a todas las personas la autoridad para decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién. Así, este derecho garantiza que el ámbito de la sexualidad esté libre de todo tipo “de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción”. Los derechos sexuales se estructuran a través de tres facetas:

“la primera, relacionada con la oportunidad de disponer de información y educación adecuada sobre los distintos aspectos de la sexualidad humana; la segunda, que tiene que ver con la posibilidad de acceder a los servicios de salud sexual; y la última, correspondiente a la facultad de contar con toda la educación e información respecto de la totalidad de los métodos de anticoncepción, así como la potestad de elegir de forma libre alguno de ellos”.

30. Por otro lado están los derechos reproductivos, que son aquellos que les otorgan a todas las personas la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de

procrear o no, cuándo y con qué frecuencia hacerlo. Estos derechos se fundamentan en el artículo 42 de la Constitución Política que consagra el derecho a la familia y el derecho de los individuos y las parejas a decidir libremente el número de sus hijos.

31. La titularidad de estos derechos recae en todos los individuos, como lo indica el artículo 42 de la Constitución. Por tanto, estos derechos “reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción”. Sin embargo, los derechos reproductivos tienen una protección reforzada en relación con las mujeres, pues el desarrollo y alcance de estos se definió, en gran medida, gracias a los debates y las reivindicaciones que plantearon las mujeres en torno a la autonomía sobre su cuerpo y a la manera en la que quieren llevar los procesos de reproducción y de gestación. En este sentido, la Corte indicó que:

“tanto hombres y mujeres son titulares de estos derechos, pero es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación”.

32. Los derechos reproductivos tienen dos dimensiones: la primera, relacionada con la autodeterminación reproductiva, y, la otra, relativa al acceso a los servicios de la salud reproductiva. Por tanto, en estos derechos existe una faceta relacionada con la libertad, que supone una restricción al Estado y a los particulares de interferir en las decisiones de las personas sobre sus cuerpos, y una faceta prestacional, que supone una responsabilidad del Estado para adoptar medidas positivas que garanticen el goce efectivo de estos derechos.

33. La autodeterminación reproductiva se traduce en la libertad que tienen las personas de decidir cuándo, cómo y con quien quieren asumir la posibilidad de procrear. Es decir, la autodeterminación reproductiva es:

“el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no”.

Por lo tanto, se vulnera la autodeterminación reproductiva cuando, por ejemplo, se recurre a

la coacción para obtener una decisión respecto del desarrollo de la progenitura o cuando se ejerce presión para que una determinada persona tome una decisión relacionada con la posibilidad de procrear.

34. La otra dimensión de los derechos reproductivos es el acceso a los servicios de salud reproductiva. Esta dimensión se traduce en la obligación del Estado de asegurar los medios para que las personas puedan hacer efectiva la autodeterminación reproductiva.

35. La Corte Constitucional, a partir de la Observación General número 22 del comité DESC, estableció tres criterios bajo los cuales se debe adelantar la prestación de los servicios de salud reproductiva: la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad.

De un lado, la disponibilidad supone que la asistencia médica prestada por el Estado debe asegurar que la oferta de los servicios sea adecuada y completa. Este criterio incluye, entre otras cosas, que los profesionales de la salud estén debidamente capacitados y que las medicinas esenciales hagan parte de la oferta farmacológica.

De otro lado, la accesibilidad implica asegurar que los servicios requeridos para la materialización de los derechos reproductivos se puedan utilizar por todas las personas, independientemente de su ubicación geográfica o su situación de vulnerabilidad.

Finalmente, en cuanto al criterio de calidad, los procedimientos, servicios e insumos que se suministren, estos deben tener un fundamento empírico y, además, estar actualizados científicamente.

36. La Corte Constitucional también estableció que uno de los varios elementos del derecho a la salud reproductiva es el acceso a la tecnología científica para procrear hijos biológicos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimiento de fertilización in vitro. Por tanto, una de las garantías de los derechos reproductivos es poder acceder a los procedimientos de reproducción asistida que permiten tratar algunos casos de infertilidad. Sin embargo, la garantía del derecho al acceso a la tecnología para procrear hijos biológicos hace parte de la faceta prestacional de los derechos reproductivos y, en esa medida, tiene un cumplimiento progresivo y no inmediato. Por lo tanto, la Corte, como se presentará a continuación, estableció unos criterios para que, de manera gradual, se puedan conceder este tipo de tratamientos vía tutela.

5. El principio de continuidad en las técnicas de reproducción asistida.

37. Como se mencionó, una de las expresiones de los derechos reproductivos es la posibilidad de acceder a tratamientos de reproducción asistida. Por esta razón, hay varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se determinó cuándo es viable otorgar vía tutela este tipo de servicios de salud. Sin embargo, como ya se explicó, en el presente caso no está en debate la autorización del procedimiento, sino la orden de dar continuidad al mismo. En consecuencia, en el siguiente apartado, se hará una referencia general a lo que estableció la Corte sobre la autorización de la fertilización in vitro, pero se hará énfasis particular en el principio de continuidad de estos tratamientos.

38. La sentencia SU-074 de 2020 señaló que existen dos posiciones jurisprudenciales de la Corte en torno al acceso a los tratamientos de fertilización in vitro.

39. La primera posición que asumió la Corte señalaba que, por regla general, la acción de tutela era improcedente para solicitar tratamientos de fertilidad excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud y, por tanto, solo podía ser concedida cuando se demostrara: (i) que con el tratamiento se buscaba garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud y (ii) cuando de la práctica del procedimiento de fertilidad dependían los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal del paciente.

40. En diferentes sentencias que recogían esa primera posición, la Corte analizó el acceso a los tratamientos de reproducción asistida desde la perspectiva del derecho a la salud, la vida digna y a la integridad personal del paciente, y concluyó que no era procedente ordenar que se realizaran esos procedimientos. Los motivos que llevaron a la Corte Constitucional a negar los tratamientos de fertilidad en esas decisiones fueron, principalmente, los siguientes:

“(i) Las patologías cuya protección se reclama no ponen en peligro la salud, la vida, la dignidad o la integridad; (ii) El derecho a la procreación implica únicamente un deber de abstención del Estado en lugar de una acción positiva; (iii) No puede obligarse al Estado a garantizar la maternidad biológica cuando las circunstancias fisiológicas no permiten su goce y por lo tanto se trata de una prestación que únicamente puede ser concedida por el Legislador; (iv) Las personas o parejas con infertilidad pueden acudir a la adopción como alternativa para satisfacer su deseo de conformar una familia y proyectarse vitalmente en su descendencia; (v) Se trata de tratamientos que no están incluidos en el Plan de Beneficios en

Salud ; vi) Los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados”.

41. En la segunda posición jurisprudencial, la Corte analizó el acceso a los tratamientos de reproducción asistida desde el enfoque de otros derechos fundamentales diferentes a la salud, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y los derechos reproductivos. Esta posición se consolidó desde la sentencia T- 274 de 2015, en la que se ordenó, por primera vez, la práctica de tratamientos de fertilización in vitro en consideración a los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia en materia de derechos sexuales y reproductivos. A partir de dicha sentencia, varias decisiones tuvieron en cuenta elementos adicionales para establecer si era procedente conceder los tratamientos, como por ejemplo la situación psicológica, socioeconómica o la posibilidad de poder volver a tener hijos.

42. Luego de la identificación de las dos posiciones de la jurisprudencia, la sentencia SU-074 de 2020 estableció que negar el acceso a los tratamientos de fertilización in vitro genera un déficit de protección en varios derechos como la dignidad humana, los derechos reproductivos, el 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. Sin embargo, también señaló que la posibilidad de financiar completamente y en todos los casos los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) era insostenible en términos fiscales y, por tanto, no podía ser la regla general. En esa medida, la Corte concluyó que solo cuando los derechos mencionados se encuentren especialmente vulnerados o amenazados, se podrá otorgar la financiación parcial de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad.

43. En ese marco, la Corte estableció las condiciones y requisitos para que las personas y parejas con infertilidad pudieran acceder a la financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales. Así, a partir de lo dispuesto por la ley 1953 de 2019, definió que tales requisitos son: (i) edad; (ii) condición de salud de la pareja infértil; (iii) número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y la condición de salud; (iv) capacidad económica de la pareja; (v) frecuencia; y (vi) tipo de infertilidad.

44. Ahora bien, como ya se señaló, en el presente caso la discusión no se da sobre la autorización del tratamiento de fertilización in vitro, pues las pretensiones se centran en la continuidad del tratamiento de reproducción asistida. Por esta razón, a continuación, se analizarán las sentencias que tocaron el tema de la continuidad del tratamiento.

45. Primero, en la sentencia T-572 de 2002 la Corte analizó una acción de tutela interpuesta por una mujer que había empezado un proceso de fertilización in vitro y que recibió medicamentos por parte de su médico para inducir la ovulación. Ante la ausencia de resultados favorables, el médico prescribió un tratamiento farmacológico diferente y con mayores dosis. Sin embargo, la EPS accionada negó tal prestación por encontrarse excluida del POS. En dicha ocasión, la Corte concedió la protección invocada porque consideró que se presentaban dos circunstancias excepcionales que tornaban procedente el amparo: (i) que se trataba de la entrega de medicamentos; y (ii) que había un tratamiento médico en curso.

46. Después, en la sentencia T-633 de 2010 la Corte estudió dos casos, uno en el que el accionante era un hombre y el otro en el que la accionante era mujer. En ambos casos la EPS había negado la autorización para que se les practicara el procedimiento de fertilización in vitro. En dicha decisión, la Corte estableció que la EPS no había violado el principio de continuidad en la salud porque sólo se habían realizado exámenes diagnósticos para determinar la causa de la infertilidad de la pareja accionante y, por lo tanto, no se había iniciado formalmente ningún tratamiento de fertilización in vitro.

47. La sentencia T-644 de 2010, por su parte, concluyó que una institución médica había vulnerado el derecho de la accionante porque, aunque el procedimiento de fertilización in vitro ya había sido iniciado, “fue posteriormente suspendido sin mediar un concepto médico o científico que justificara ese proceder”. En esta medida, ordenó un ciclo adicional de dicho procedimiento, aunque recalcó que se trataba de una medida excepcional en virtud de la transgresión del principio de continuidad.

48. Con base en lo anterior, se puede observar cómo la Corte, en las mencionadas decisiones, se concentró en el análisis de dos factores para determinar si se debía o no ordenar la continuidad del procedimiento: (i) el inicio del procedimiento y (ii) las razones de su interrupción. Para la Corte, en las mencionadas sentencias, el principio de continuidad en los escenarios de tratamientos de reproducción asistida es un criterio que permite prevenir

interrupciones o suspensiones injustificadas en tratamientos que ya se iniciaron.

49. Ahora bien, no obstante esas decisiones, aún es necesario profundizar sobre la importancia que tienen los principios de oportunidad y continuidad en el contexto de los tratamientos de reproducción asistida y en el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos, sobre todo para las mujeres. En efecto, estos dos principios no sirven únicamente para verificar si un procedimiento ya empezó y se suspendió, sino que también permiten entender que el transcurso del tiempo es un factor clave en los procesos de reproducción y que, en el caso de las mujeres, las dilaciones o demoras pueden tener consecuencias particularmente nocivas e irremediables. Estos criterios son fundamentales para analizar los derechos reproductivos de las mujeres desde la perspectiva del transcurso del tiempo, pues ayudan a comprender que los procesos reproductivos están ligados al cuerpo y, por lo tanto, a lo inminente de los procesos biológicos.

50. Los principios de continuidad y oportunidad entonces permiten entender la importancia de la celeridad y deben ser aplicados con especial atención en el caso de los tratamientos de reproducción asistida. Es decir, en estos procedimientos se debe tener particular consideración del tiempo, ya que el éxito de los tratamientos depende en gran medida de la edad de las mujeres que los toman.

51. Ciertamente, la probabilidad de éxito de los tratamientos de reproducción asistida disminuye entre más edad tienen las mujeres. Aunque la relación entre la fertilidad de las mujeres y su edad no tiene un porcentaje definitivo y es un tema que evoluciona constantemente, existe consenso en torno a que el aumento de la edad de las mujeres supone cierto descenso en su fertilidad.

52. Así, por ejemplo, un estudio realizado por la especialista en medicina reproductiva Fiorella Bagnarello González señaló que la fertilidad de la mujer alcanza el máximo entre los 20 y los 24 años, disminuye relativamente poco de los 30 a los 32 años y después se reduce de forma progresiva con más rapidez a partir de los 37 años, y aceleradamente a partir de los 40. El estudio señaló que la tasa de fertilidad es de un 4 a un 8% menor en mujeres de 25 a 29 años, de 15 a un 19% menor entre los 30 a 34 años, de 26 a 46% menor en las de 35 a 39 años y hasta 95% menor en las de 40 a 45 años. En el mismo sentido, al analizar las cifras de nacimientos en Colombia establecida por el DANE se constató que, por ejemplo, en 2021,

hubo 154 019 nacimientos de madres entre 25 y 29 años, 54.963 nacimientos de madres entre 35 y 39 años, y tan solo 14 798 nacimientos de madres entre 40 y 44 años .

53. De tal forma que es posible afirmar que a medida que el tiempo pasa disminuye la probabilidad de éxito de los procedimientos de fertilización. En este sentido, un estudio publicado en la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad indicó que la tasa de éxito de la FIV es de 40% en las mujeres entre 25 y 29 años, del 32% de las en las mujeres entre 35 y 39 años, mientras que solo de 17% de las mujeres entre los 40 y los 46 años. La doctora Fiorella Bagnarello señaló, en el mismo sentido, que las tasas de abortos espontáneos en los ciclos de concepción natural son generalmente bajas y estables antes de los 30 años (7 a 15%), después aumentan entre los 30 y 34 años (8 a 21%) y a partir de los 40 son relativamente frecuentes (34 a 52%).

54. Ahora bien, estas cifras no significan que no es posible un embarazo después de cierta edad, ni que la edad deba ser un criterio para aplicar los tratamientos de reproducción asistida. De hecho, se debe reiterar que, aunque la edad puede ser un elemento a tener en cuenta para acceder a los tratamientos médicos, en ninguna circunstancia se puede utilizar este criterio para justificar tratos discriminatorios contra las mujeres, especialmente en los escenarios relacionados con la reproducción. Lo que se pretende al exponer esas cifras es señalar que la edad y el paso del tiempo determinan en gran medida la posibilidad de éxito de estos tratamientos y, por lo tanto, la celeridad es un elemento a tener en cuenta cuando se realicen.

55. Sumado a lo anterior, hay que decir que el éxito de los tratamientos de reproducción asistida es relevante para los derechos de las mujeres porque estos se han convertido en un mecanismo que les permite tener hijos biológicamente en un contexto en el que las personas deciden tener su primer hijo más tarde en la vida. Así, por ejemplo, el estudio publicado por la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad en Europa afirmó que tanto los hombres como las mujeres tienen menos intenciones de procrear en su juventud. De este modo, dicho estudio mencionó que esto se atribuye a diferentes factores como cambios en la sociedad, la intensidad del trabajo y la carrera.

56. Estos cambios sociales en los patrones de reproducción son particularmente relevantes para las mujeres porque la posibilidad de postergar la maternidad representa, en cierta

medida, un avance significativo para la reivindicación de los derechos de las mujeres. En efecto, la disminución en la presión que tienen las mujeres para reproducirse a cierta edad ha permitido que: (i) adquieran mayor autonomía sobre sus cuerpos y su derechos sexuales y reproductivos porque pueden decidir con más libertad en qué momento pueden plantearse la posibilidad de ser madres; y (ii) tener una ventana de tiempo más amplia para desarrollarse, si así lo desean, desde el punto de vista académico, o para ingresar y establecerse en el mercado laboral y, en general posicionarse de la forma que quieren en la sociedad antes de ser madres. En ese sentido, se ha explicado que el aplazamiento de la decisión de la maternidad permite a las mujeres escalar en el mundo laboral y obtener salarios a los que les sería más difícil acceder si fueran madres. En ese sentido, el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) de Argentina explicó en relación con las mujeres en dicho país que mientras en 2001 el 32% de los nacimientos eran de mujeres de 30 años o más, en 2016 esa proporción alcanzó al 38% de los nacimientos. En tal sentido, dicho centro precisó que la decisión de ser madre ha implicado en ciertos escenarios dificultades para la participación plena de las mujeres en la economía, a diferencia de la paternidad, pues la brecha de participación laboral entre varones y mujeres aumenta entre aquellos que tienen hijos.

57. Estas afirmaciones no significan que se pueda hacer un juicio definitivo sobre las repercusiones de ser madre en la vida laboral o académica ni mucho menos pretenden establecer que la maternidad sea opuesta a este tipo de proyectos. Lo que se quiere es destacar que, por la concepción social de la maternidad, se mantienen situaciones de discriminación de las mujeres y de la maternidad en el campo laboral, académico y económico. En consecuencia, la postergación de la decisión de la maternidad constituye en la actualidad una herramienta para la realización de los proyectos de vida de muchas mujeres.

58. En suma, se puede ver que, por un lado, el transcurso del tiempo reduce la probabilidad del éxito de los tratamientos de reproducción asistida y, por el otro, que hay una tendencia que permite ver que las mujeres están postergando la edad en la que deciden ser madres. La longevidad reproductiva se convierte en un avance relevante para los derechos de las mujeres porque les permite posicionarse con autonomía en su proyecto de vida y en la decisión de ser o no madres. En esa medida, adquiere particular relevancia garantizar la continuidad y oportunidad en los tratamientos de reproducción asistida – que dependen en gran medida del paso del tiempo-, pues las dilaciones, retrasos o barreras injustificadas en

estos procedimientos pueden significar una afectación mayor para los derechos reproductivos de las mujeres que desean ser madres más adelante en sus vidas.

59. Esta realidad supone que el juez tiene el deber de analizar si en la ejecución de estos procedimientos hay elementos que dilatan o entorpecen el tratamiento de manera desproporcionada o injustificada, y los efectos particulares que ello tiene sobre el éxito de tratamiento en el caso concreto. Aunque el juez no tiene los elementos técnicos para establecer a ciencia cierta si un tratamiento médico se dilató injustificadamente o no, lo cierto es que sí se deben decretar pruebas técnicas para verificar que las órdenes tengan una justificación y no sean producto de prejuicios o falta de voluntad para adelantar el proceso. Así, cuando se analice la continuidad en un escenario de tratamiento de reproducción asistida, se deberá considerar que, por regla general, estos procesos deben adelantarse de forma célere y continua y se deberán estudiar las razones presentadas por los profesionales médicos para dilatar los procesos.

6. Relación médico- paciente y el principio de autonomía en el contexto de los derechos reproductivos.

60. En el presente caso la accionante señaló que una de las razones por las cuales quiere ser trasladada de IPS es porque la médica que la atendió tuvo una actitud hostil hacia ella y hacia el procedimiento de reproducción asistida. Por esta razón, en este punto, se analizará cuál es el contenido del concepto de la relación médico-paciente, y cuáles son los estándares que se deben seguir, particularmente en el contexto de los derechos reproductivos.

61. La relación médico-paciente hace referencia a los principios, obligaciones y deberes que existen entre el médico y su paciente. Como lo señala la doctrina especializada en esta área, esta relación implica obligaciones especiales sobre todo para el médico, de atender el interés del paciente, debido a que el conocimiento especializado del médico genera un desequilibrio de poder entre ambas partes de la relación.

62. Uno de los pilares de la relación médico paciente es la autonomía que tiene el paciente para decidir y ser informado sobre los tratamientos que quiere tomar. Así, la sentencia T-401 de 1994 resolvió el caso de una persona con una deficiencia renal crónica que había sido tratada con una diálisis peritoneal. Cuando el peticionario se negó a realizar uno de los procedimientos, el médico decidió enviarlo, sin advertirle de qué se trataba, a la Unidad de

Salud Mental, para someterlo a una valoración por parte del psiquiatra y la psicóloga de la Clínica. En dicha decisión, la Corte señaló que la relación médico-paciente se encuentra estructurada a partir de dos principios fundamentales: primero, la capacidad técnica del médico y, segundo, el consentimiento idóneo del paciente. Así mismo, señaló que la comunicación entre médico y paciente no sólo es importante desde el punto de vista del respeto de la dignidad humana, sino también desde la perspectiva terapéutica. El paciente necesita, además de querer la curación, creer en ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla.

63. En la sentencia T-762 de 2004 la Corte estableció que otro de los presupuestos de la relación médico paciente es el consentimiento informado. La Corte precisó que el modelo vertical de relación médico-paciente mutó a uno en el que predomina el derecho del paciente a la autodeterminación y el respeto a su libertad. En efecto, indicó que en el nuevo modelo estos son factores preponderantes en la relación, en tal forma que el derecho a la información se constituye en una manifestación concreta del derecho de la protección a la salud y por ende a la vida.

64. En la sentencia T-216 de 2008, la Corte hizo un recuento jurisprudencial sobre la garantía del principio de autonomía en la relación médica y concluyó que la relación médico-paciente debe tener en cuenta los siguientes elementos:

“(i) Asegurar una comunicación fluida entre la persona profesional de la medicina y el/la paciente encaminada a respetar su dignidad humana y a fortalecer su derecho a adoptar decisiones autónomas.

(ii) Garantizar que en la relación médico- paciente no predomine un esquema vertical (paternalista) en donde el/la paciente es visto(a) de manera pasiva – como quien debe literalmente padecer o sufrir -.

(iii) Velar porque la relación médico- paciente esté mediada por elementos que refuercen el derecho de las/los pacientes a decidir con libertad, así como propender por el diálogo discursivo, el apoyo, la solidaridad y el interés por el contexto social, familiar y emocional de los/las pacientes.

(iv) Reforzar la decisión autónoma de los/las pacientes en aquellos casos en los que se

discute la conveniencia o no de los tratamientos médicos prescritos.

(v) Informar a los y las pacientes de manera clara, detallada, completa integral sobre las distintas alternativas de curación, de paliación o de mitigación del dolor relacionados con la enfermedad que tienen así como acerca de las bondades y de los riesgos que se ligan con los tratamientos y alternativas recetadas.”

65. En la sentencia T- 508 de 2019 la Corte analizó la garantía del principio de autonomía en el contexto de los derechos reproductivos. En dicha decisión, la Corte estudió el caso de una mujer con pólipos en el endometrio que tenía fuertes dolores pélvicos y que solicitó a su EPS autorizar una histerectomía radical, un tratamiento que tiene como consecuencia no poder tener hijos de manera definitiva. Sin embargo, la EPS negó la solicitud porque la accionante no tenía orden médica. El médico tratante se negó a prescribir dicha orden porque consideró: “que a sus 30 años no tiene hijos y más adelante puede cambiar de opinión respecto a esta decisión”.

66. Para abordar el análisis del caso, la Corte profundizó sobre el consentimiento libre e informado de las mujeres en materia de salud reproductiva. Aunque no se refirió puntualmente a la relación médico- paciente, sí señaló que el consentimiento libre e informado es “una expresión del derecho a la autonomía personal, pues solo el paciente puede valorar los beneficios y los riesgos que suponen una intervención médica y, solo él, podrá determinar si está dispuesto a someterse a ella o no”.

67. La sentencia señaló que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer estableció que se deben adoptar:

“todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

Adicionalmente señaló que, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “(...) los profesionales de la salud están en la obligación de garantizar que las decisiones que las mujeres adopten en materia sexual y reproductiva sean libres, por ejemplo cuando se selecciona el método de anticoncepción de preferencia”. A partir de esto, concluyó que las

actuaciones que estén encaminadas a limitar la posibilidad con la que cuenta una persona para optar por una u otra decisión respecto a la realización de un procedimiento o intervención médica que afecte su integridad física constituyen, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana.

68. Del análisis anterior se puede, entonces, concluir que en la relación médico paciente un principio fundamental es el de la libertad y la autonomía del paciente para decidir después de haber sido informado de manera integral sobre el procedimiento médico a realizar. Adicionalmente, este derecho se refuerza en el escenario de los derechos reproductivos y, por lo tanto, el médico debe respetar la autodeterminación reproductiva del paciente y no ejercer ninguna presión en la decisión personal relacionada con la posibilidad de procrear.

69. Para las mujeres, este principio de autonomía reproductiva es de suma relevancia y su respeto ayuda a superar los escenarios de discriminación que se han presentado en estos temas. En efecto, este concepto permite evitar que haya cualquier tipo de coacción, presión o reproche por parte de los profesionales médicos en las decisiones que las mujeres adoptan en materia sexual y reproductiva. Por tanto, se puede decir que estos tienen el deber de informar qué tratamiento es mejor desde un punto de vista técnico, pero esto no puede llegar hasta el punto de interferir en el derecho a decidir qué opción es mejor en torno a la posibilidad de tener hijos o no.

Caso concreto

70. En el presente caso, la señora Patricia presentó acción de tutela en la que solicitó a la EPS Solidaridad dar continuidad a su proceso de fertilización in vitro en el centro médico Imbanaco, pues consideró que la profesional que la atendió en la IPS de Profamilia, a la que fue trasladada por la liquidación de su EPS anterior, tuvo una actitud hostil con ella porque le señaló que a su edad era riesgoso ser madre y le aconsejó considerar otras posibilidades. En las decisiones de instancia, los jueces de tutela consideraron que no se presentó una afectación del derecho a la salud, debido a que no se le negó a la accionante ningún servicio por parte de la IPS Profamilia ni de la EPS Solidaridad. Los jueces de tutela consideraron, además, que la accionante debe agotar los mecanismos internos ante la IPS o EPS para formular su queja con respecto al alegado maltrato por parte de la médica tratante.

71. Con base en lo anterior le corresponde a la Sala, en primer lugar, determinar si la

actuación de la EPS Solidaridad, que no autorizó el traslado de la paciente de la IPS de Profamilia a el centro médico Imbanaco – o incluso a cualquier otro prestador-, vulneró los derechos a la salud, en su faceta de libre escogencia del prestador, continuidad y relación médico paciente. En segundo lugar, se debe establecer si la profesional Lina Castillo, como médica adscrita a la IPS de Profamilia, vulneró los derechos de la accionante cuando le manifestó que tiene una edad muy avanzada para realizar el procedimiento de fertilización in vitro y le aconsejó buscar otra posibilidad para poder ser madre.

72. Para abordar estas preguntas, se analizarán los tres escenarios de vulneración de los derechos que planteó la accionante en el escrito de tutela, esto es: (i) una posible violación del derecho a la salud- en su faceta de libre escogencia del prestador -; (ii) una posible vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de la accionante por la interrupción de su procedimiento y la dilación en el tiempo del tratamiento de fertilización in vitro, y (iii) una posible vulneración de sus derechos a la relación médico – paciente por el trato que recibió por parte de la médica tratante de la IPS Profamilia.

i. Vulneración al derecho a la salud en su faceta de libre escogencia del prestador.

73. En relación con el derecho de la accionante a escoger la institución prestadora de salud, se observa que en el presente caso están probados los siguientes hechos:

74. En primer lugar, la accionante acreditó que el 20 de septiembre de 2022 hizo una solicitud a la EPS Solidaridad en la que pidió que se le diera traslado al centro médico Imbanaco. En la petición presentada por la señora Patricia solicitó lo siguiente:

“se me autorice el tratamiento a cabalidad y continuar con el médico tratante desde su principio que fue que realizo la miomectomía y tiene el conocimiento de cómo realizar el proceso, además ya me estaba suministrando medicamento para aumentar la ovulación y realizar el procedimiento INVITRO. Cabe resaltar que cada día que pasa aumenta de tamaño los miomas que no se me pudieron extraer y pueden ocasionar una barrera para el avance del procedimiento”.

75. Además, también se advierte que la clínica de los ANDES – la primera a la que fue enviada la accionante después del traslado de EPS- manifestó en la historia clínica, el 26 de abril de 2022, que “la paciente refiere que en Coomeva tenía autorización para fertilización in

vitro, con el doctor Luis Carlos Hincapié, paciente solicita continuar proceso con mismo especialista, se realiza remisión a infertilidad, de acuerdo con protocolo de la EPS”. Es decir, desde que la accionante fue trasladada a la EPS Solidaridad, manifestó la voluntad de que la esta autorizara que el tratamiento de fertilización in vitro fuera en el centro médico Imbanaco, con el doctor Luis Carlos Hincapié.

76. Para establecer cuál fue la respuesta de la entidad a las solicitudes de la accionante, la magistrada sustanciadora, mediante auto de 07 de junio de 2023, requirió a la EPS Solidaridad para que se pronunciara sobre la solicitud de traslado. Sin embargo, en la respuesta enviada por la EPS el 14 de junio de 2023, la entidad se limitó a señalar que el 30 de mayo de 2023 le fue autorizado a la accionante un procedimiento de miomectomía uterina por laparoscopia y una miomectomía uterina por histeroscopia, pero no se pronunció directamente sobre las respuestas a los derechos de petición, sobre el traslado solicitado, ni confirmó o negó que dicha petición se hubiera presentado.

77. De hecho, la única que se refirió a la respuesta emitida por parte de la EPS Solidaridad al derecho de petición fue la señora Patricia, en su escrito de tutela. La accionante señaló que el 31 de octubre de 2022 la entidad le indicó que debía continuar con el mismo prestador de servicios médicos. El despacho, en auto de 16 de mayo de 2023, solicitó a la accionante que enviara las pruebas de dicha respuesta, pero estas no fueron allegadas.

78. Por lo tanto, frente a la respuesta de la EPS a la solicitud de traslado, no obra ninguna prueba en el expediente, salvo la afirmación de la accionante en el escrito de tutela. De modo que, sobre este aspecto, se dará aplicación de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 que opera en los procesos de tutela, en virtud la cual se presumen como ciertos los hechos cuando el juez haya requerido pruebas a la entidad accionada y estas no se hubieren rendido. En consecuencia, se concluirá que la manifestación de la accionante es cierta y que, en efecto, la EPS Solidaridad le respondió a la accionante que debía continuar en la misma entidad.

79. Por otro lado, el centro médico Imbanaco señaló, en su respuesta al escrito de tutela, que hace parte de la red de prestadores de la EPS Solidaridad. Concretamente, en el escrito de contestación de la tutela el centro médico indicó lo siguiente:

“se informa al Despacho que se contactó al área encargada y se informó que se tiene

convenio vigente con la EPS Solidaridad. Se necesita autorización por parte de la entidad para que el centro médico Imbanaco como IPS, pueda prestar el servicio que se está solicitando”.

80. Por esta razón, el despacho solicitó a la EPS Solidaridad, en auto de 7 de junio de 2023, que indicara las razones por las cuales no hizo el traslado en los términos que solicitó la accionante. La entidad no emitió una respuesta específica sobre este requerimiento y se limitó a describir la atención que ha recibido la paciente en los siguientes términos: “siendo valorada por medicina reproductiva en Profamilia (prestador red) y en CMI (prestador no red)”. De dicha frase se puede inferir la EPS Solidaridad manifestó el centro médico Imbanaco no hace parte de su red de prestadores.

81. Sin embargo, lo cierto es que la EPS Solidaridad en ningún momento manifestó explícitamente que la razón por la cual negó al traslado es porque el centro médico Imbanaco no hacía parte de su red de prestadores. Tampoco se advierte que la entidad hubiera cuestionado la afirmación del centro médico Imbanaco cuando señaló que sí tenía un convenio vigente con esa EPS. Además, en la página web de la EPS Solidaridad se advierte que el centro médico Imbanaco de Cali S.A hace parte del directorio de clínicas y hospitales disponibles. A partir de lo anterior se puede concluir que, en efecto, el centro médico Imbanaco S.A hace parte de la red de prestadores de la EPS Solidaridad.

82. Ahora bien, como se indicó en los párrafos 22 al 26 de esta sentencia, el derecho a la libre escogencia del prestador de salud permite a los usuarios elegir la institución en la que se sientan más cómodos. El único límite de este principio es que los usuarios deberán elegir dentro de los prestadores que se encuentran adscritos a la red de la EPS a la que están afiliados.

83. A partir de lo expuesto, se advierte entonces que: (i) desde abril de 2022 la EPS Solidaridad sabía que la señora Patricia tenía la intención de continuar su procedimiento en el centro médico Imbanaco; (ii) a partir de la presunción de veracidad se concluye que la EPS Solidaridad no autorizó la solicitud de traslado al centro médico Imbanaco; y (iii) el centro médico Imbanaco hace parte de la red de prestadores de la EPS Solidaridad. Por lo tanto, en virtud del principio de libre escogencia del prestador en salud, la señora Patricia tenía la facultad de pedir el traslado a dicha institución si así lo prefería y, por tanto, al no permitir

dicho traslado, la entidad está vulnerado esta faceta del derecho a la salud. Es más, no se entiende por qué la EPS no permitió que continuara su procedimiento en el centro médico Imbanaco desde que se afilió a la EPS si la usuaria ya había empezado el tratamiento en dicha institución y se sentía cómoda con el médico que la atendía.

84. Con fundamento en lo anterior se concluye que, en lo relativo al derecho a la salud, en su faceta de libre escogencia de prestador de salud, la EPS Solidaridad vulneró los derechos a la salud – en su faceta a la continuidad y a la libre escogencia del prestador- y reproductivos de la accionante cuando decidió no autorizar el traslado a el centro médico Imbanaco de Cali. Con fundamento en lo anterior, la Sala ordenará a la EPS Solidaridad que, si la accionante aún lo quiere, autorice el traslado de la señora Patricia al centro médico Imbanaco o a la institución que ella prefiera, siempre y cuando esté dentro de la red de prestadores de la entidad accionada.

ii. El derecho a la salud en la faceta de la continuidad en el tratamiento de reproducción asistida.

85. Una de las pretensiones de la accionante es que se ordene a la EPS Solidaridad dar continuidad al tratamiento de fertilización in vitro porque considera que, desde que fue trasladada a esa entidad, se presentaron retrasos y dilaciones injustificadas en el procedimiento. En efecto, la accionante señaló que desde que fue trasladada a la EPS accionada han pasado 9 meses sin que se haya presentado un avance significativo en su proceso de fertilización in vitro.

86. Frente a esto, en primer lugar, se debe aclarar que, en sede judicial, no es posible determinar exactamente si los diferentes exámenes prescritos por la IPS Profamilia son necesarios o, como ella aduce, son una forma de dilación del proceso. En efecto, se advierte que la accionante fue trasladada a la EPS Solidaridad en febrero de 2022 y para el momento de la expedición de esta sentencia no se ha iniciado realmente el proceso de fertilización in vitro en la IPS de Profamilia. Sin embargo, también se observa en las historias clínicas de las diferentes instituciones que la accionante, a pesar de haber tenido varios procesos quirúrgicos, continúa con unos miomas en el útero que no le permiten dar inicio al procedimiento de reproducción asistida. De manera que, en principio, se presume que los diversos exámenes y procedimientos están sustentados en una necesidad médica y

científica.

87. No obstante, lo que sí se puede establecer es que, a pesar de que la accionante inició su procedimiento en el centro médico Imbanaco de Cali, la EPS Solidaridad decidió trasladarla a la IPS Profamilia sin presentar ninguna explicación. Como ya se demostró en párrafos anteriores, el centro médico Imbanaco sí hace parte de la red de prestadores de la EPS Solidaridad y, por lo tanto, no hay una justificación del cambio de IPS desde la perspectiva de la continuidad del servicio, pues la EPS nunca explicó por qué se presentó un traslado si la usuaria manifestó su voluntad de continuar el proceso en dicho centro médico.

88. En efecto, los trámites administrativos derivados del traslado de la señora Patricia de una EPS a otra significaron una interrupción en el procedimiento de reproducción asistida. Ciertamente, se puede ver en el historial clínico que, como consecuencia de la liquidación de la EPS Coomeva, la accionante se afilió en febrero de 2022 a la EPS Solidaridad. En el marco de esta nueva afiliación primero fue remitida a la clínica de los Andes, en donde le indicaron, en el mes de abril de 2022, que no tenían profesionales especializados en tratamientos de reproducción asistida. Luego, la señora Patricia tuvo su primera cita en Profamilia el 28 de junio de 2022, casi cinco meses después de estar afiliada a la EPS Solidaridad y con médicos completamente nuevos que no habían seguido su proceso anterior.

89. Esta interrupción, que tiene origen en causas administrativas, provocó una afectación en la continuidad del tratamiento, la cual, tiene consecuencias particularmente adversas en el caso de la accionante. En efecto, se trata de una situación en la que la edad de la paciente y los meses que transcurran pueden determinar el eventual éxito del tratamiento. Aunque, como ya se señaló, no es posible determinar si hubo una dilación del proceso con los exámenes, sí es posible afirmar que se trataba de una situación apremiante que requería de particular premura, al menos en lo que concierne a los trámites administrativos. En efecto, el profesional Luis Carlos Hincapié en cita médica particular que tuvo con la accionante en septiembre de 2022 señaló que se trata de:

“paciente con edad reproductiva elevada, con adecuada reserva ovárica, tiene aprobado tratamiento asistido considero que por su edad no se debe diferir el tratamiento de FIV”. Igualmente, la médica Lina Castillo señaló que “es importante realizar procedimientos rápidamente por edad”.

Por lo tanto, es claro que este caso, por tratarse de un procedimiento de reproducción asistida, se debían evitar trámites administrativos innecesarios y que afectaran la continuidad en la prestación de los servicios de salud.

90. Por consiguiente, para la Sala está demostrado que en este caso se presentó la interrupción injustificada de un procedimiento en el que la celeridad juega un papel preponderante y por tanto hubo una vulneración al principio de continuidad en el tratamiento de la paciente. Como se señaló en las consideraciones de esta sentencia, en los tratamientos de reproducción asistida el paso del tiempo es decisivo, pues no sólo incide particularmente en el éxito del procedimiento, sino que está directamente ligado a la realización de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que deciden ser madres por este mecanismo. Por tanto, dilatar estos procesos no sólo supone una afectación a los derechos reproductivos sino una forma de violencia institucional para las mujeres que desean ser madres gestantes y dependen del transcurrir del tiempo. En esa medida, los prestadores de salud en este caso tenían la obligación de no atrasar el procedimiento de la accionante y de actuar con la celeridad que los médicos tratantes ya habían advertido.

91. Por estas razones, se concluye que en el presente caso también se configuró una vulneración de los derechos a la salud -en lo relacionado con la continuidad del tratamiento- y los derechos reproductivos de la accionante. Ciertamente, los trámites administrativos derivados del traslado de IPS interrumpieron el tratamiento que ya se había iniciado y significaron un tiempo adicional, lo que en casos de reproducción asistida puede afectar el éxito del procedimiento. Por lo tanto, se ordenará a la EPS hacer todo lo necesario para dar continuidad al tratamiento con la mayor celeridad posible y en consideración a la importancia que tiene el transcurso del tiempo en el procedimiento de la accionante.

92. Finalmente, sobre las moras administrativas, es necesario destacar que en la respuesta enviada el 14 de junio de 2023 la EPS Solidaridad indicó que el 30 de mayo anterior fueron ordenados procedimientos de miomectomía uterina por laparoscopia y miomectomía uterina por histeroscopia en la Clínica de Occidente. Sin embargo, la accionante, en respuesta de 5 de junio de 2023, señaló que la IPS a la que fue remitida no cuenta con las instalaciones necesarias para realizar esos procedimientos y que ella prefiere seguir el procedimiento con el centro médico Imbanaco. De tal forma que, la EPS debe asegurar el traslado oportuno de la accionante al centro médico Imbanaco, si mantiene su elección sobre ese centro médico, y

tanto la EPS como a la IPS deben eliminar las barreras administrativas que generen moras para el desarrollo de los procedimientos necesarios para que la accionante pueda adelantar el procedimiento de fertilización in vitro.

iii. Relación médico-paciente

93. Finalmente, la accionante manifestó que la razón por la que solicitó el traslado al centro médico Imbanaco es porque la profesional que la atendió en la IPS Profamilia, la médica Lina Castillo, tuvo un trato hostil con ella. En ese sentido, señaló que la profesional “tiene una actitud arrogante”, que “trata de cambiar su decisión” y que le brindó un trato “humillante, déspota, poco ético y discriminatorio”. Además, señaló que la profesional le dijo frases como “usted con la edad tiene es un riesgo ser madre” o “por qué no piensa en otra posibilidad”. Por último, señaló que se deben tener en cuenta las posibles consecuencias psicológicas y emocionales que dicha hostilidad puede ocasionar en ella y su tratamiento. En ese sentido advirtió que la profesional médica ya tiene un criterio influenciado que puede dificultar el procedimiento y por eso este no ha avanzado.

94. Frente a esto, se observa que en las consultas realizadas en junio de 2022 por la médica Lina Castillo se consignó en la historia clínica que: “la paciente es enfática que quiere óvulo propio a pesar de baja probabilidad de embarazo”. En ese entonces el plan de manejo prescrito por la profesional de la salud fue: “Pareja con antecedente de miomectomía, baja reserva por edad, se explica probabilidad de embarazo con 40 años que los cumple el 6 /07/2022, ss histerosonografía perfil hormonal AHM ESPERMOGRAMA”. Es decir, la profesional consignó en la historia médica las advertencias que le planteó a la paciente y las registró como información médica sobre los riesgos del procedimiento.

Así mismo en septiembre de 2022 la profesional señaló lo siguiente:

“pareja con infertilidad factor ovulatorio y pólipos en endometrios histeroscopia quirúrgica y estudio del factor masculino fish espermático y test de fragmentación para luego realizar in vitro propio y semen propio ya que ella no quiere óvulo donado importante realizar procedimiento rápidamente por edad”.

95. A partir de lo anterior, se observa que las manifestaciones de la profesional Lina Castillo, en principio, corresponden al diagnóstico médico sobre el riesgo del procedimiento que, de

hecho, consignó en las historias médicas. La médica señaló que la edad de la accionante en un tratamiento de reproducción asistida es riesgosa y que la probabilidad de que la paciente quede embarazada son muy pocas. Para la Sala estas afirmaciones no suponen una negación de la autonomía de la paciente ni una presión para que tome una decisión sobre el tratamiento. Por el contrario, en los términos consignados en la historia clínica se trata información necesaria que debe tener en cuenta la paciente antes de tomar la decisión de llevar a cabo el tratamiento. En cuanto a la presunta voluntad de la médica de dilatar el proceso, se reitera que no se tienen los elementos científicos para establecer que la profesional tuviera la voluntad de dilatar el tratamiento porque tiene un criterio influenciado.

96. Como se señaló en las consideraciones (párrafos 60 al 69 de esta sentencia), hay una ruptura de los principios médico-paciente cuando el profesional de la salud niega la autonomía del paciente para decidir sobre el tratamiento que quiere tomar, o, en el caso de los derechos reproductivos, cuando genera una presión o una barrera para que la persona tome una decisión en torno a la posibilidad de procrear.

98. Esto, sin embargo, no obsta para hacer un llamado a todos los médicos para que siempre desplieguen un trato respetuoso, amable y empático con los pacientes. La humanización en la atención médica debe ser un imperativo. En efecto, la señora Patricia manifestó que no se encuentra cómoda con la médica tratante y, por tanto, tiene el derecho de pedir a la EPS Solidaridad que cambie la profesional, pues, en virtud del principio de libre escogencia del prestador de salud, la percepción subjetiva del paciente importa, aunque no se verifique una mala práctica médica. Además, es necesario reiterar que los profesionales en salud, en los casos en los que están involucrados derechos sexuales y reproductivos, deben tener un especial cuidado en el respeto a la autodeterminación reproductiva y no interferir a través de juicios morales o subjetivos en las decisiones personales de los pacientes. En el caso específico de los tratamientos de reproducción asistida es necesario reiterar que cualquier comportamiento que suponga la fijación de estereotipos etarios para el ejercicio de los derechos reproductivos en las mujeres supone un tipo de violencia de género.

99. En síntesis, a partir de lo expuesto, se concluyó que la actuación de la EPS Solidaridad generó la violación de los derechos a la salud -en su faceta de libre escogencia del prestador y continuidad- y reproductivos, debido a que la entidad (i) se negó a trasladar a la señora Patricia al centro médico Imbanaco aunque este hiciera parte de su red de prestadores; (ii)

adelantó un traslado de IPS que afectó la continuidad en el tratamiento y en el que no consideró la importancia del transcurso del tiempo en los tratamientos de reproducción asistida. Finalmente, se concluyó que no existe prueba de que la médica tratante incurriera en conductas violatorias de los principios de la relación médico paciente. Sin embargo, se precisó que la paciente tiene el derecho de pedir a la EPS Solidaridad que cambie la profesional, pues, en virtud del principio de libre escogencia del prestador de salud, la percepción subjetiva del paciente es relevante, aunque no se verifique una mala práctica médica.

100. En virtud de lo anterior, la Sala revocará la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura que confirmó en su totalidad la sentencia de primera instancia y que concluyó que a la accionante no se le han negado los derechos a la salud por parte de la IPS Profamilia y de la EPS Solidaridad.

101. En estos términos, se concederán las pretensiones planteadas por la señora Patricia y se ordenará a la EPS Solidaridad autorizar el traslado- si la accionante aún lo desea- al centro médico Imbanaco de Cali S.A o al prestador que ella escoja dentro de la red de prestadores de la EPS Solidaridad, para que allí continúe con su proceso de reproducción asistida. Además, se ordenará a la entidad accionada dar toda la celeridad posible al procedimiento de la accionante, sin importar de la IPS en la que decida continuar con su tratamiento, para que pueda iniciar el proceso de fertilización in vitro.

102. Adicionalmente, se instará a la EPS Solidaridad para que, en relación con las actuaciones relacionadas con procesos de fertilización, se abstenga de imponer barreras administrativas que impidan el desarrollo oportuno de procedimientos de fertilización, en los que el tiempo es apremiante e incide en la protección de los derechos a la salud, pero también en la autonomía y los derechos reproductivos de las mujeres.

Síntesis de la decisión

103. La Sala estudió el caso de una mujer que presentó acción de tutela en la que solicitó a la EPS Solidaridad dar continuidad a su proceso de fertilización in vitro en el centro médico Imbanaco, pues consideró que la profesional que la atendió en la IPS de Profamilia tuvo una actitud hostil con ella porque le señaló que a su edad era riesgoso ser madre y le aconsejó considerar otras posibilidades. La accionante solicitó que se autorizara el traslado de IPS y

que se le diera continuidad al tratamiento de fertilización in vitro que ya había iniciado.

104. En las consideraciones, la Sala examinó los principios de oportunidad, continuidad y la libre escogencia del prestador en el derecho a la salud. En segundo lugar, se hizo un análisis de la continuidad en el contexto de los derechos reproductivos y de la importancia que tiene el transcurso del tiempo en este tipo de procedimientos. Por último, la sentencia hizo un estudio del concepto de relación médico- paciente, particularmente en el contexto de los derechos reproductivos.

105. En el caso concreto se abordaron los tres escenarios de vulneración que planteó la accionante en el escrito de tutela, esto es: (i) una posible violación del derecho a la salud, en su faceta de libre escogencia del prestador con el que quiere que se lleve a cabo su tratamiento de reproducción asistida (ii) una posible vulneración de su derecho a la salud en su faceta de continuidad por la interrupción de su procedimiento y la dilación en el tiempo del tratamiento de fertilización in vitro y (iii) una posible vulneración de sus derechos a la relación médico - paciente por el trato que recibió por parte de la profesional Lina Castillo.

106. Así, se concluyó, en primer lugar, que la EPS vulneró el derecho a la salud de la accionante - en su faceta de libre escogencia del prestador- porque se demostró que esta había solicitado el traslado, que la entidad se había negado al traslado, y que la IPS a la que había solicitado el traslado hacía parte de la red de prestadores. En esa medida, se concluyó que la EPS no tuvo ningún fundamento para no permitir el traslado de la paciente.

107. En segundo lugar, se determinó que la EPS vulneró el derecho a la salud - en su faceta de continuidad- pues el traslado a una IPS diferente derivó en una serie de trámites administrativos que retrasaron su tratamiento. Sobre esto la Sala de Revisión indicó que dicha interrupción tiene una gravedad particular en el caso de la accionante, que estaba en un tratamiento de reproducción asistida en el que la edad de la paciente y los meses que transcurran pueden determinar el eventual éxito del tratamiento. En consecuencia, la Sala concluyó que, por tratarse de un proceso de fertilización in vitro, había un deber reforzado de celeridad, y por lo tanto la EPS no atendió a los estándares que exige la continuidad en un servicio de salud.

108. En tercer lugar, la Sala de Revisión analizó el contenido de la relación médico- paciente. Al revisar lo manifestado por la médica que atendió a la accionante concluyó que no se había

presentado una vulneración de la autonomía de la paciente ni se había ejercido ninguna presión para influenciarla a tomar una decisión en particular. Así, la Sala determinó que sus manifestaciones se enmarcaban en el ejercicio médico de informar los riesgos y las eventuales alternativas. Sin embargo, precisó que la accionante tiene el derecho de pedir a la EPS que cambie la profesional tratante, pues, en virtud del principio de libre escogencia del prestador de salud, la percepción subjetiva del paciente importa, aunque no se verifique una mala práctica médica.

109. Por lo expuesto, la Sala decidió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura, y en su lugar ordenar a la EPS Solidaridad (i) autorizar el traslado- si la accionante aún lo desea- al centro médico Imbanaco de Cali S.A o al prestador que ella escoja dentro de la red de prestadores de la EPS Solidaridad, para que allí continúe con su proceso de reproducción asistida; y (ii) dar toda la celeridad posible al procedimiento de la accionante, sin importar de la IPS en la que decida continuar con su tratamiento, para que pueda iniciar el proceso de fertilización in vitro.

.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura, que confirmó el fallo emitido el 18 de noviembre de 2022 por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Buenaventura, en el que se negó la protección de los derechos a la salud, la vida digna y derechos sexuales y reproductivos de la señora Patricia y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la salud- en su faceta de libre escogencia del prestador y continuidad- y reproductivos de la accionante.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS Solidaridad que, en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta decisión, autorice el traslado, si la accionante aún lo desea, al

centro médico Imbanaco de Cali S.A o al prestador que ella escoja dentro de la red de prestadores de la EPS Solidaridad, para que allí continúe con su proceso de reproducción asistida.

TERCERO. ORDENAR a la EPS Solidaridad que adelante todas las actuaciones administrativas necesarias para garantizar que se adelanten de forma célere y oportuna los procedimientos médicos pertinentes relacionados con el tratamiento de fertilización in vitro de la señora Patricia. Asimismo, se insta para que, en adelante, la entidad tome en especial consideración la importancia del tiempo y de una actuación célere en el desarrollo de los tratamientos de reproducción asistida.

CUARTO. LIBRAR por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General