

Sentencia T-377/18

ACCION DE TUTELA PARA REALIZACION DE PROCEDIMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-
Procedencia excepcional

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Formas previstas por ordenamiento jurídico

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios
intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad que se ocupa de prestar el servicio público
de salud

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD-Jurisprudencia constitucional

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

De manera excepcional, esta Corporación ha reconocido el amparo de derechos fundamentales relacionados con el acceso al procedimiento de fecundación in vitro que no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios de Salud, actualmente Plan de Beneficios en Salud, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) Cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Esto es, en aquellos casos en que el tratamiento de infertilidad ya hubiese sido iniciado por parte de la EPS, y sea abruptamente interrumpido. Lo anterior, como garantía de los principios de eficacia en la prestación del servicio de salud, y de confianza legítima. (ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad. (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades (infertilidad secundaria) y así garantizar el tratamiento de tales padecimientos, con lo cual, de forma indirecta se combate la infertilidad. (iv) Cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de los derechos fundamentales.

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Precedente constitucional

La Sala observa, que, de manera mayoritaria, las Salas de Revisión de esta Corporación han negado el procedimiento de fertilización in vitro, al considerar dentro de otras razones que (i) estos procedimientos tienen como fin único la procreación y no el restablecimiento de la salud de la paciente; (ii) la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera prima facie una obligación estatal en materia de maternidad asistida, pues en la Constitución dicha garantía implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero, no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación; (iii) quienes son diagnosticados con infertilidad tienen la opción de contemplar la posibilidad de adoptar si así lo desean, con el fin de satisfacer su deseo de conformar una familia; (iv) los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados. Por ello, se deben destinar dichos fondos a la atención de patologías y enfermedades que generen una grave afectación a la vida, antes de garantizar el derecho a la procreación. Salvo en aquellos casos en los que se configuró alguna de las excepciones de grave afectación, cuyo amparo de derechos fundamentales fue concedido, esto es, cuando (i) se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, (ii) se requiere diagnóstico médico, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad, (iii) la infertilidad es producto de otras patologías que ponen en riesgo la vida del paciente, (iv) la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otros derechos fundamentales, como los de igualdad, no discriminación, derecho a conformar una familia.

ACCION DE TUTELA PARA REALIZACION DE PROCEDIMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO- Ausencia de los requisitos establecidos por esta corporación para ordenar el procedimiento de fecundación in vitro

Referencia: Expediente T-6.067.214

Acción de tutela instaurada por Yenny Elibeth Otero Calambas contra la Asociación Indígena del Cauca (AIC) EPS y la Secretaría de Salud Departamental del Cauca.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, Diana Fajardo y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida el dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) por la Sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que confirmó la sentencia dictada el cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Yenny Elibeth Otero Calambas contra la Asociación Indígena del Cauca (AIC) EPS y la Secretaría Departamental de Salud del Cauca.

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán remitió a la Corte Constitucional el expediente T- 6.067.214, posteriormente la Sala de Selección Número Cuatro[1] de esta Corporación, mediante Auto del diecisiete (17) de abril de dos mil diecisiete (2017), eligió el asunto de referencia para efectos de su revisión; por reparto correspondió al Despacho de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, sin embargo, una vez la magistrada sustanciadora, registró el proyecto de sentencia el día treinta y uno (31) de julio de dos mil diecisiete (2017) para su estudio en sala Séptima[2] de Revisión de Tutelas de esta Corporación, los demás magistrados que la integran decidieron salvar su voto frente a la ponencia presentada.

En consecuencia, y de conformidad con los artículos 17[3] del Decreto 2067 de 1991, y

artículo 34[4] del Acuerdo 02 de 2015, mediante auto del 23 de marzo de 2018, el expediente de la referencia se remitió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos, por ser el magistrado siguiente en turno y quien defiende la posición mayoritaria de la Sala, con el fin de que se elaborara el proyecto de fallo correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1.1.1 En el año 2009, mientras la accionante se encontraba en estado de embarazo, ingresó a la unidad de urgencias del Hospital Francisco de Paula Santander de Quilichao (Cauca), debido a una fuerte hemorragia que sufrió.

1.1.2 Indica que mediante ecografía trasvaginal se logró determinar que se trataba de un embarazo ectópico tubárico izquierdo, que requirió la cirugía de urgencia y la extirpación de la trompa de Falopio afectada.

1.1.3 Transcurrido un año de intentos para quedar nuevamente en estado de embarazo, la peticionaria acudió a una cita ginecológica con el fin de encontrar un tratamiento médico que le permitiera lograrlo. En efecto, la Asociación Indígena del Cauca (AIC), entidad prestadora del servicio de salud a la cual se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria dentro del régimen subsidiado, la remitió a Profamilia, en donde le indicaron como única alternativa para concebir, el procedimiento de fecundación in vitro[5].

1.1.4 Luego de que la Asociación Indígena del Cauca EPS se negara a acceder al procedimiento de fecundación in vitro que requiere como única alternativa para quedar en embarazo, el día 22 de septiembre de 2016 instauró acción de tutela en su contra, con el fin de que la referida entidad le realizara dicho tratamiento.

1.1.5 Afirma la accionante no contar con los recursos económicos suficientes que le permitan costear un tratamiento de esta naturaleza, señala que es ama de casa, y que su compañero sentimental le brinda el sustento económico que necesita para cubrir sus necesidades básicas. Arguye que ha tenido que acudir a terapia psicológica ante la frustración y depresión que le causa no poder ser madre. Por último, cabe recalcar que la señora Yenny Elibeh Otero Calambas hace parte del Grupo poblacional Indígena del Cauca,

según lo reporta su historia clínica, sin que se aclare el grupo étnico al que pertenece[6].

1.2. Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, la señora Yenny Elibeth Otero Calambas solicita la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales han sido presuntamente vulnerados por la Asociación Indígena del Cauca EPS, al negar el procedimiento de fertilización in vitro, al cual considera tener derecho con el fin de realizarse como madre.

1.3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

(i) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Yenny Elibeth Otero Calambas, en la cual se certifica que nació el 11 de octubre de 1979, por lo que se deduce que en la actualidad tiene 38 años. (Folio 7).

(ii) Copia de la historia clínica de la señora Yenny Elibeth Otero Calambas, la cual contiene dentro de otras cosas:

-Concepto médico emitido por el Hospital Universitario de San José de Popayán, en el cual se diagnostica a la accionante con “salpingitis crónica”. (Folio 23)

-Concepto médico emitido por parte del Centro Perinatal -medicina especializada- de Popayán, por parte de médico Ginecobstetra, dentro del cual se diagnostica a la accionante con “esterilidad primaria, por daño severo e irreversible bilateral de las trompas de Falopio”. (Folio 35)

-Concepto emitido por parte de Profamilia, dentro del cual se recomienda procedimiento fertilización in vitro, ante la imposibilidad de reconstrucción tubárica. (Folio 44)

1.4. Actuación Procesal

Traslado y contestación de la demanda

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán (Cauca), mediante Auto Nro. 1303 del 23 de septiembre de 2016 se corrió traslado a la Asociación Indígena del Cauca EPS, y se vinculó a

la Secretaría de Salud Departamental del Cauca, con el fin de que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la presente acción de tutela.

Respuesta de la entidad accionada y vinculada

Asociación Indígena del Cauca EPS

El coordinador jurídico de la Asociación Indígena del Cauca, en primer lugar, señaló que se trata de una Entidad Promotora de Salud Indígena, que administra los recursos del Régimen Subsidiado, al cual se encuentran afiliadas las comunidades indígenas y población general.

En relación con el caso de la señora Yenny Elibeth Otero Calambas, manifestó que dicha entidad, no estaba incurriendo en vulneración de derecho alguno

, puesto que la prestación de servicios se ha brindado en debida forma. Sin embargo, indicó que la EPS no puede generar la autorización del servicio de fecundación in vitro, al tratarse de un procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud, según lo establece el Acuerdo 029 de 2011[7] y a la Resolución 5261 de 1994[8] .

Señaló que la exclusión del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad no solo constituye el legítimo desarrollo de una facultad de configuración legal, sino es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio colombiano.

Afirmó que la presente acción de tutela se torna innecesaria, en la medida en que el procedimiento de fertilización in vitro que solicita la señora Yenny Eelibeth, no está encaminado a preservar su salud o su vida, sino a satisfacer únicamente su deseo de concebir. Aclaró que existen otras opciones para acrecentar el grupo de la usuaria, como adoptar si así lo desea.

Recordó que, por regla general, la Corte Constitucional ha negado la autorización de los tratamientos de fertilidad excluidos del POS, solicitados mediante acción de tutela. Trajo a colación las sentencias T-1104 de 2000, T- 946 de 2002 y T -752 de 2007, en las cuales Esta Corporación negó la solicitud de procedimiento de fertilización in vitro, al considerar que

con ello no se vulneraban los derechos a la salud y a la vida digna de las accionantes. “En ninguno de estos casos se acreditó que la falta de dicho procedimiento atentara o pusiera en peligro la vida de las actoras”.

Así, consideró que la señora Yenny Elibeth Otero Calambas no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para acceder a este tipo de tratamientos, puesto que la infertilidad que padece es causa de un problema físico originario que no pone en riesgo su vida. Sin embargo, la entidad solicitó que en caso de que esta Corte decida conceder el amparo invocado, le otorgue la facultad de recobrar lo correspondiente al Fosyga y a la entidad territorial.

Por último, solicitó, en primer lugar, declarar que la Asociación del Cauca EPS, no ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Yenny Elibeth Otero Calmbas, en segundo lugar, declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, en tercer lugar, vincular a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, para garantizarle a la accionante el acceso al servicio y tecnologías no POS en cumplimiento de los principios de oportunidad, continuidad e integralidad, y, en cuarto lugar, que en caso de que se conceda la presente acción de tutela el derecho de recobro sea del 100% sobre lo facturado si fuere un servicio no POS y del 100% para las atenciones futuras ante la Dirección Territorial del Cauca, cuya competencia radica en esta entidad, al tenor del artículo 43.2.2 de la Ley 715 de 2001.

Secretaría de Salud Departamental del Cauca

La referida entidad, indicó que la Asociación Indígena del Cauca se encuentra obligada a garantizar la prestación del servicio de salud a la usuaria, a través de su red contratada, que dicha entidad debe establecer mediante Comité Técnico Científico, de acuerdo con la Resolución 5592 del 24 de diciembre de 2015, la pertinencia del procedimiento, y autorizarlo siguiendo las disposiciones de su médico tratante, lo anterior teniendo en cuenta que la accionante es beneficiaria de las disposiciones fijadas en el Acuerdo 032 del 01 de julio de 2012, además de lo dispuesto por las Sentencias C - 316 de 2008, C- 463 de 2008 y T- 760 de 2008.

Señaló que la Asociación Indígena del Cauca tiene la posibilidad de realizar el recobro correspondiente ante la entidad territorial por el procedimiento NO POS/TECNOLOGIAS NO FINANCIADAS CON CARGO A LA UPC, y así, deberá presentar la cuenta de cobro, las

facturas y soportes que demuestren la prestación del servicio en la oficina de radicación de cuentas de la Secretaría de Salud Departamental del Cauca, una vez se realice el proceso de auditoría a lugar, quien procederá a efectuar el pago conforme a la Ley 1438 de 2011.

Finalmente, afirmó no haber incurrido en ninguna conducta vulneradora de los derechos fundamentales de la accionante, por lo que solicitó ser desvinculada de la presente acción de tutela.

1.5. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, mediante sentencia del 05 de octubre de 2016, negó el amparo solicitado a través de la presente acción de tutela al no acreditarse alguna de las circunstancias previstas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar por esta vía el procedimiento de fecundación in vitro.

Impugnación

La señora Yenny Elibeth Otero Calambas impugnó el fallo de primera instancia, al considerar que su inconveniente para quedar embarazada se debe a una infertilidad secundaria, “no nació con ella, es producto de otra patología, un embarazo ectópico, por el cual me extirparon una trompa de Falopio”.

Indica que la Asociación Indígena del Cauca sí vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a conformar una familia y a la dignidad humana, toda vez que no puede realizarse como madre, lo que ha afectado de forma grave su salud mental y emocional “aspecto que el Estado debe propender, debido a que no cuento con los recursos económicos (...)”[9]

Señaló que la infertilidad es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad del sistema reproductivo que afecta la salud de las personas que la sufren, razón por la cual, el Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud, técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como la fertilización in vitro, ayudando así a superar la afectación en la salud reproductiva

de la paciente.

Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán -Sala Segunda de Decisión Penal-, mediante providencia del 18 de noviembre de 2016, resolvió confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, que denegó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Yenny Elibeth Otero Calambas. Ello se hizo con base en los mismos argumentos expuestos por el A quo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 17 de abril de 2017, expedido por la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

El proceso de revisión de tutela fue inicialmente sustanciado por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, sin embargo, dicho proyecto de sentencia no fue aprobado por la mayoría de los miembros de la Sala, de modo que se designó al Magistrado Alerto Rojas Ríos como nuevo ponente, por las razones que se explicarán en el desarrollo de esta ponencia.

2. Planteamiento del caso

La señora Yenny Elibeth Otero Calambas instauró acción de tutela contra la Asociación Indígena del Cauca EPS, luego de que dicha entidad se negara a realizar el procedimiento médico, fecundación in vitro, bajo el argumento de que no cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para llevar a cabo la práctica excepcional de dicho tratamiento.

En consecuencia, la accionante invoca la protección de sus derechos fundamentales a la

dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad con el fin de que la Asociación Indígena del Cauca EPS, realice el tratamiento fecundación in vitro con el fin poder ser madre biológica.

Problemas jurídicos a resolver

Con miras a resolver la situación planteada, la Sala estima pertinente determinar en primer lugar si la acción de tutela que en esta oportunidad es objeto de revisión resulta procedente, para ello se iniciará por analizar el siguiente problema jurídico:

¿Resulta procedente la acción de tutela instaurada por Yenny Elibeth Otero Calambas, de 38 años, en contra de la Asociación Indígena del Cauca EPS, a través de la cual solicita que le sea realizado el tratamiento de fecundación in vitro que requiere para poder ser madre biológica, en la medida que existen otros medios judiciales a su favor, como lo es, el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud?

Paso seguido, se determinará si en el presente caso concurren los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

¿La Asociación Indígena del Cauca (AIC) EPS, vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de la señora Yenny Elibeth Otero Calambas, al negarle el procedimiento de fertilización in vitro que pretende, bajo el argumento de que su caso no se enmarca dentro de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corte, para acceder a este tipo de procedimientos, específicamente debido a que la disfunción reproductiva que padece la accionante, es causa de un problema físico originario que no pone en riesgo su vida ?

2.1 Subsidiariedad

La jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable[10].

Al respecto este Tribunal ha señalado que “no es suficiente la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo vulnerados.” [11] (Negrillas fuera del texto original).

Sobre la procedencia de la acción de tutela en relación al acceso a tratamientos de fertilidad, debe tenerse en cuenta que, si bien la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentra facultada para dirimir algunas de las controversias[12] suscitadas entre las entidades promotoras de salud y sus afiliados, esta Corporación ha considerado que el uso de este mecanismo, es “principal y prevalente[13]” a menos de que se esté frente a “la inminente consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces, la acción de tutela resultaría siendo procedente[14]”.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que según el literal “e” del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, la Superintendencia debe resolver aquellas controversias relacionadas con las “prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”, esta Sala encuentra que el presente caso se escapa de aquellos asuntos sobre los cuales dicho ente tiene competencia toda vez que el procedimiento de fecundación in vitro resulta pertinente para atender las circunstancias particulares de la accionante, quien a través de esta técnica científica podría darle manejo a su infertilidad y llegar a concebir hijos biológicos.

De este modo resulta evidente para la Sala, que el procedimiento jurisdiccional que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud para solucionar problemáticas suscitadas entre las empresas promotoras de salud y sus afiliados, no es el mecanismo que pueda utilizarse para resolver la solicitud elevada por la accionante dentro del caso objeto de revisión, en la medida en que, dentro de sus competencias no se encuentra prevista la posibilidad de

dirimir una controversia, que aunque se relaciona con una prestación excluida del Plan de Beneficios en Salud, como es el procedimiento de fertilización in vitro, en este caso si resulta pertinente para atender las circunstancias particulares de la señora Yenny Elibeth Otero Calambas quien pretende, desde una perspectiva iusfundamental satisfacer su deseo de ser madre biológica a través del tratamiento de fertilidad que solicita.

Con fundamento en lo expuesto y teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional de forma excepcional ha asumido el conocimiento de controversias de esta naturaleza y, los factores que circunscriben a la señora Yenny Elibeth Otero Calambas como sujeto de especial protección constitucional, (i) el grupo poblacional al que pertenece (indígena) y (ii) la difícil situación económica en la que se encuentra, la Sala concluye que es la acción de tutela el mecanismo idóneo con el cual cuenta la accionante para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, esta Corporación, en Sentencia SU-337 de 2014, especificó las reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa, a saber: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal[15]

El Decreto 2591 de 1991 reglamenta en su artículo 10 la legitimidad e interés en la acción de tutela, y señala que:

“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”

En el presente caso, la señora Yenny Elibeth Otero Calambas acudió al amparo de tutela, en ejercicio directo, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la dignidad

humana y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales han sido presuntamente vulnerados por la Asociación Indígena del Cauca (AIC) EPS, al negar el procedimiento de fertilización in vitro que requiere con el fin de ser madre biológica; por tanto, se cumple con el requisito en mención.

Legitimación en la causa por pasiva

En virtud del numeral 2[16] del artículo 42 y el artículo 5[17] del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando a) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, b) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o c) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En este sentido, siendo la Asociación Indígena del Cauca, una entidad encargada de la prestación y gestión del servicio público de salud, y la entidad encargada de suministrar, si así fuere el caso, el procedimiento de fecundación in vitro a la accionante, la acción de tutela resulta procedente en su contra.

Inmediatez

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que debe existir “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales”[18] lo anterior, en razón a que dicha acción constitucional tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces.[19]

En el caso objeto de revisión, el tiempo transcurrido entre el día 30 de julio de 2016, fecha en la que fue negada la petición solicitada por parte de la accionante, y la acción de tutela por ella interpuesta el 05 de octubre de 2016, transcurrió un lapso de 2 meses y medio aproximadamente. Tiempo que se estima razonable por parte de esta Sala.

Así, la Sala encuentra procedente de la presente acción de tutela, por lo que pasará a realizar el análisis del problema jurídico concerniente al fondo del asunto.

Con el fin de resolver el problema jurídico de fondo, se abordará (i) jurisprudencia constitucional relacionada con tratamientos de fertilidad.

Jurisprudencia constitucional relacionada con tratamientos de fertilidad

Con base en el artículo 43 de la Constitución Política la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la especial protección que se le debe a la mujer por parte del Estado Colombiano, principalmente cuando se encuentra en estado de embarazo y durante el periodo inmediatamente posterior al parto. Sobre la materia, esta Corte también ha señalado que “el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con los asociados no encuentra justificación razonable cuando va dirigida a permitirle, mediante una acción positiva, el derecho a la maternidad de una mujer cuando su función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al Estado.”[20]

Al respecto debe tenerse en cuenta que, frente a los tratamientos de fertilidad, por regla general, las Salas de Revisión de esta Corporación han considerado improcedente la acción de tutela, en razón a que la exclusión de dichos procedimientos del Plan de Beneficios en Salud, se encuentra justificada desde diferentes perspectivas. A saber:

“la exclusión de los tratamientos de fertilidad constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional”[21].

“Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación – aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada

planificación familiar, etc.

Finalmente, en apoyo de lo expuesto, es pertinente destacar que el orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación - como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo.[22]"

"(...) no se puede ordenar y obligar al Estado ni a las entidades promotoras de salud a prestar un procedimiento como es la fertilización in Vitro por cuanto autorizar el mismo supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y del ejercicio de la libertad de configuración normativa (...) [23]"

Ahora bien, de manera excepcional, esta Corporación ha reconocido el amparo de derechos fundamentales relacionados con el acceso al procedimiento de fecundación in vitro que no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios de Salud, actualmente Plan de Beneficios en Salud, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

(i) Cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud[24]. Esto es, en aquellos casos en que el tratamiento de infertilidad ya hubiese sido iniciado por parte de la EPS, y sea abruptamente interrumpido. Lo anterior, como garantía de los principios de eficacia en la prestación del servicio de salud, y de confianza legítima.[25]

(ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad[26].

(iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades (infertilidad secundaria) y así garantizar el tratamiento de tales padecimientos, con lo cual, de forma indirecta se combate la infertilidad[27].

(iv) Cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de los derechos fundamentales.[28]

Así las cosas, se hace necesario en primer lugar traer a colación algunos antecedentes jurisprudenciales relevantes que dando aplicación a las perspectivas expuestas, por regla general, se ha negado el acceso a tratamientos de fertilidad y en segundo lugar señalar algunos de los casos en los que esta Corte ha reconocido el acceso a los mismos, una vez se configura alguna de las causales de excepción reseñadas.

En Sentencia T- 1104 de 2000, la Sala Octava de Revisión de Tutelas resolvió el caso de una paciente, a quien le diagnosticaron “impermeabilidad de su trompa izquierda por síndrome adherencial” que le generaba infertilidad. En consecuencia, su médico tratante le ordenó “cirugía de recanalización de su trompa izquierda”. En esta oportunidad la Sala confirmó el fallo proferido por el juez de primera instancia, que denegó el amparo solicitado, al considerar entre otras cosas que “mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación, como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado”.

Posteriormente, la Sala Cuarta de Revisión, en la providencia T- 689 de 2001, estudió el caso de una paciente que presentaba “hidrosalpinx en el lado derecho, que le causaba inflamación en los ovarios y dolor pélvico resistente”, en consecuencia, su médico tratante ordenó la práctica de una “laparoscopia operatoria”. Así, la Sala confirmó la sentencia de primera instancia que había negado el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, en la medida en que “en varias oportunidades el cuerpo médico que la había atendido, conceptuó que esa dolencia, a parte de la incapacidad para procrear, no conllevaba una afección grave a su salud o a su vida.”

Bajo la misma consideración, en Sentencia T- 946 de 2002, la Sala Novena de Revisión de Tutelas revocó la decisión proferida en segunda instancia que había concedido el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, quien, a causa de la endometriosis severa, “hidrosalpinx y fibroplastia” que padecía, solicitó el procedimiento de

fertilización in vitro. La Sala consideró que “es claro que no procedía la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él” señaló además “en relación con las pretensiones de la accionante, las cuales tienen como última finalidad la procreación y correspondiente configuración de un núcleo familiar, instituciones consagradas en el artículo 42 de la Carta Política, que para su alcance existe también otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece, como el procedimiento de adopción regulado por el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, al cual puede acceder, si lo desea.”

En el mismo sentido, la Sala Séptima de Revisión en Sentencia T-512 de 2003, confirmó el fallo de segunda instancia, que negaba la acción de tutela, interpuesta por una mujer que solicitaba una “salpingoplastia”, para liberar una trompa de Falopio obstruida, al considerar, dentro de otras cosas que la accionante no tenía algún “problema físico derivado de algún otro padecimiento que le impidiera la fecundación y que dicho problema no tenía consecuencias adversas o peligrosas para su vida.”

Vale la pena resaltar también la postura asumida por la Sala Novena de Revisión de Tutelas, en la providencia T- 752 de 2007, en la que se estudió el caso de una paciente a quien su médico tratante le ordenó como única posibilidad para tener un hijo, el procedimiento de fertilización in vitro. La Sala confirmó los fallos de instancia que negaban la solicitud, al considerar que “el problema de infertilidad que presentaba no atentaba en forma grave contra la vida de la peticionaria, ni la falta del tratamiento solicitado generaba consecuencias adversas o peligrosas para su integridad” además señaló que debido a que la finalidad de la solicitud de la accionante radicaba en el único fin de configurar un núcleo familiar, tenía la posibilidad de adoptar si así lo deseaba.

Bajo esta óptica, la Sala Sexta de Revisión, en fallo de tutela T- 424 de 2009 pese a declarar el fenómeno jurídico de carencia actual de objeto por hecho superado, dentro de la acción de tutela interpuesta por una mujer que solicitaba el procedimiento de fertilización in vitro, debido a las dificultades que tenía para concebir. La Sala llamó la atención al juez de instancia, para que en futuras oportunidades verificara el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales exigidos para acceder al procedimiento de fertilización in vitro, pues en el presente caso la accionante no los cumplía. Al respecto indicó: “No está probado dentro del proceso que las afecciones que dice padecer sean producto de alguna enfermedad que

conlleve la realización de algún tratamiento de fertilidad o que los médicos hayan diagnosticado una patología generadora de sus problemas para procrear. Por el contrario, se encuentra demostrado que desde la primera consulta el verdadero interés que la peticionaria ha exteriorizado es ser madre, el cual no ha encontrado eco en los médicos tratantes, pues siempre le han indicado la no viabilidad técnico-científica por el alto riesgo que ello representa para la salud de la paciente”.

Después, en Sentencia T- 550 de 2010, la Sala Octava de Revisión de Tutelas estudió el caso de una paciente, a quien le diagnosticaron “endometriosis”, por lo que solicitó, como única posibilidad de reproducción, el procedimiento de fertilización in vitro. En esta oportunidad la Sala decidió revocar el fallo proferido en segunda instancia, que había concedido el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, al considerar que la referida no se encontraba dentro de los supuestos previstos por esta Corporación para que excepcionalmente se reconociera el acceso al procedimiento de fertilización in vitro vía tutela, toda vez que éste tenía como único propósito propiciar la capacidad de procreación de la actora y no el de restablecer su salud.

Finalmente, es pertinente traer a colación, la decisión tomada por la Sala Sexta de Revisión de Tutelas, en el caso de una mujer, a quien, por causa de tres embarazos ectópicos le fueron extraídas las trompas de falopio, por lo que su médico tratante le ordenó, la fertilización in vitro como único medio para lograr un embarazo. En esta oportunidad la Sala, mediante Sentencia T- 009 de 2014, confirmó el fallo proferido en segunda instancia que había negado el amparo solicitado dentro de la acción de tutela interpuesta, al considerar que el procedimiento solicitado no emergía del deber de recuperar o preservar su salud, sino del entendible deseo de concebir.”

En contraste a las decisiones citadas con anterioridad, los siguientes son casos en los cuales esta Corporación ha reconocido el acceso a tratamientos de fertilización in vitro:

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

En primer lugar, cabe resaltar, la postura asumida por la Sala Sexta de Revisión de esta Corporación, en fallo de tutela T- 572 de 2002, en el cual se decidió el caso de una mujer a quien su médico tratante le ordenó el suministro de medicamentos para tratar su

infertilidad. Luego de no obtener resultado alguno, se ordenó un tratamiento farmacológico más costoso. Su EPS negó la solicitud, por tratarse de medicamentos para tratamiento de infertilidad que no estaban cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, y por tanto debían ser cubiertos por la usuaria. La Sala consideró que no podía interrumpirse abruptamente lo que ya se había comenzado, suspendiendo la entrega de los medicamentos, por lo que confirmó la decisión proferida en segunda instancia que amparó los derechos fundamentales invocados por la accionante.

(ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad:

Bajo la misma perspectiva, en providencia T - 901 de 2004 la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, analizó el caso de una paciente, a quien su médico tratante le diagnosticó “miomas uterinos”, por lo que ordenó a su favor “tratamiento con acetato de leuprolide” con el fin de no comprometer el útero, y así asegurar el éxito de la cirugía, teniendo en cuenta que se trataba de una mujer que no había tenido hijos. Su EPS, negó la solicitud, bajo el argumento de que dicho medicamento se encontraba excluido del POS. En esta oportunidad, la Sala revocó los fallos de instancia que habían denegado el amparo solicitado y, en su lugar lo concedió, al acreditarse que la accionante padecía una enfermedad en su aparato reproductor que requería el referido medicamento con el fin de reducir los miomas uterinos, “previo a la intervención quirúrgica que requería para su extracción, lo cual garantizaría su derecho a la salud, y de contera también mejoraría sus posibilidades de reproducción.”

Posteriormente, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas, mediante Sentencia T - 605 de 2007 concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por una mujer, a quien, su médico tratante le ordenó “cirugía desobstructiva de las trompas de falopio y retiro de adherencias de ovulo izquierdo”. En esta oportunidad, la Sala consideró que “al tratarse de una cirugía de desobstrucción de las trompas de falopio y de retiro de adherencias del ovario izquierdo que tiene directa incidencia en el bienestar general de la paciente y que, si bien, fue prescrita por el médico tratante adscrito a la EPS, dentro del marco de un tratamiento general de infertilidad, este procedimiento no es en sí un tratamiento de este género, simplemente una intervención quirúrgica que busca la recuperación de la salud perdida de la peticionaria y que a la postre, podría incidir de manera positiva en su función

procreativa”.

(iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades (infertilidad secundaria) y así garantizar el tratamiento de tales padecimientos, con lo cual, de forma indirecta se combate la infertilidad:

Bajo este presupuesto, en Sentencia T- 890 de 2009 la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación, resolvió el caso de una mujer, diagnosticada con “miomatosis múltiple causada por una masa anexial izquierda compatible con edometría” el personal médico de su EPS indicó que la esterilidad femenina que sufría la paciente era de origen tubarica, es decir la infertilidad era consecuencia de una enfermedad que sufría la actora en su aparato reproductor, por lo que requería tratamiento quirúrgico para manejar la endometriosis severa y los miomas que padecía “video laparoscopia operativa”. Así las cosas, la accionante solicitó que se le practicara dicho procedimiento, se le brindara atención integral para contrarrestar la enfermedad reproductiva que padece y la autorización del tratamiento de fertilización in vitro.

En consecuencia la Sala concluyó que “la video laparoscopia operativa que fue ordenada a la señora Sandra Patricia Mayorga Osorio busca tratar la endometriosis que, si bien se encuentra asociada en un alto porcentaje a problemas de fertilidad, produce también otro tipo de dolencias como el constante dolor pélvico, irregularidades en el ciclo menstrual, fuertes hemorragias e incluso la miomatosis uterina múltiple que tanto la aqueja. Tales enfermedades no pueden exclusivamente relacionarse con la infertilidad, sino que la infertilidad puede ser la consecuencia directa de aquellas, pero no la única, al punto que esas afecciones inciden negativamente en el bienestar de la peticionaria, en su relación de pareja y en el disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos”. En consecuencia consideró que la acción de tutela era procedente en este caso, para que se autorizara únicamente el procedimiento quirúrgico de laparoscopia “en procura de mejorar la calidad de vida y lograr el más alto nivel de la actora sin que deba atenderse su petición de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro por cuanto el tema relacionado directamente con la infertilidad que padece no compromete sus derechos fundamentales, y el deseo de conformar una familia puede ser suplido a través del proceso de adopción que establece los artículos 61 a 78 y 119 a 128 de la Ley 1098 de 2006, conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

(iv) Cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de los derechos fundamentales:

Con el fin de ampliar las reglas de excepción previstas por la jurisprudencia de esta Corporación, para acceder a tratamientos de fertilización in vitro en virtud del criterio “cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de derechos fundamentales.” En Sentencia T- 274 de 2015, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas resolvió 4 acciones de tutela[29], en la que las actoras, solicitaban el procedimiento de fertilización in vitro y otros tratamientos de fertilidad. En esta oportunidad, la Sala concedió el amparo de los derechos invocados al considerar necesario analizar la procedencia de la acción de tutela para acceder a procedimientos de fertilidad teniendo en cuenta la incidencia que podía tener su negativa en otros derechos fundamentales, “el estudio sobre la procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS, específicamente aquellos dirigidos a tratar los problemas de fertilidad, adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra facetas diferentes a la del derecho a la salud en su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades. En efecto, el análisis debe partir de la premisa de la posible afectación de otros derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica.”

Aun así, en Sentencia T- 398 de 2016, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de esta Corporación, no compartió la decisión adoptada en la providencia T- 274 de 2015, al estudiar dos acciones de tutela[30], en las que sus accionantes solicitaban la práctica del tratamiento de fertilización in vitro como única alternativa para quedar en embarazo. En esta ocasión la Sala dio aplicación a las reglas generales desarrolladas por la jurisprudencia de esta Corte, y negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por las actoras. Señaló lo que a continuación se cita:

“se debe tener en cuenta que al crear unas reglas o criterios para que en sede de tutela se reconozcan, con un alcance general, tratamientos para la infertilidad al resolver casos concretos, también se terminarían zanjando precipitada y anticipadamente, sin haber sido siquiera tratadas, distintas hipótesis que surgirían alrededor del reconocimiento de estos procedimientos. Así, por ejemplo, no es lo mismo que el tratamiento para la infertilidad lo requiera un accionante que ya tiene hijos, a que sea solicitado por alguien que, a pesar de estar en edad reproductiva, no ha logrado llevar a cabo su deseo de procrear.

De igual manera, asuntos y discusiones aún más complejas se tienen que abordar antes de que, a través de un control concreto de constitucionalidad, se implanten reglas generalizadas que promuevan, o no, el suministro o la práctica de procedimientos de fertilización in vitro a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Al respecto, cuestiones como, por ejemplo, la manipulación de embriones, el uso de los embriones concebidos in vitro que sea imposible transferirlos simultáneamente al útero (también llamados embriones sobrantes o supernumerarios), la crio-conservación o congelamiento de dichos embriones y la inseminación o fecundación in vitro post mortem, indudablemente son aspectos y debates públicos, legales y científicos sobre los cuales el juez de tutela terminaría decidiendo por anticipado al ordenar la autorización de aquella técnica de reproducción asistida, pretermitiendo la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico interno.

(...) En suma, recogiendo lo dilucidado hasta aquí, esta Sala no comparte que la sentencia T-274 de 2015 simplemente haya condicionado el suministro de la fertilización in vitro al cumplimiento y acreditación de ciertos requisitos, presupuestos o criterios, puesto que, como se observó, con ello obvió la dimensión, las distintas aristas y otras discusiones que rodean la práctica de dicha técnica de reproducción asistida y que ineludiblemente se tienen que abordar legalmente a través de la construcción de una política pública antes de que, a través de un control concreto de constitucionalidad, se implanten reglas generalizadas que promuevan la provisión de aquel procedimiento a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que volver constante, uniforme y reiterada la postura desarrollada por la providencia T-274 de 2015, conlleva a que el juez de tutela decida por anticipado aspectos o debates públicos, legales y científicos que son, como se

dijo, competencia del legislador, omitiendo todas las variantes y cuestiones que se tiene que introducir a la discusión que se surta en torno al suministro o la garantía de aquella técnica de reproducción asistida”.

A manera de conclusión, la Sala observa, que, de manera mayoritaria, las Salas de Revisión de esta Corporación han negado el procedimiento de fertilización in vitro, al considerar dentro de otras razones que (i) estos procedimientos tienen como fin único la procreación y no el restablecimiento de la salud de la paciente;[31] (ii) la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera prima facie una obligación estatal en materia de maternidad asistida, pues en la Constitución dicha garantía implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero, no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación;[32] (iii) quienes son diagnosticados con infertilidad tienen la opción de contemplar la posibilidad de adoptar si así lo desean, con el fin de satisfacer su deseo de conformar una familia;[33] (iv) los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados. Por ello, se deben destinar dichos fondos a la atención de patologías y enfermedades que generen una grave afectación a la vida, antes de garantizar el derecho a la procreación[34]. Salvo en aquellos casos en los que se configuró alguna de las excepciones de grave afectación, cuyo amparo de derechos fundamentales fue concedido, esto es, cuando (i) se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, (ii) se requiere diagnóstico médico, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad, (iii) la infertilidad es producto de otras patologías que ponen en riesgo la vida del paciente, (iv) la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otros derechos fundamentales, como los de igualdad, no discriminación, derecho a conformar una familia.

Caso concreto

En el presente caso, la señora Yenny Elibeth Otero Calambas, de 38 años, instauró en nombre propio acción de tutela, en contra de la Asociación Indígena del Cauca, luego de que la enunciada entidad se negara a efectuar el procedimiento técnico científico de fecundación in vitro, dada la dificultad que ha tenido para quedar en estado de embarazo. Esto, bajo el argumento de que en su caso no se configuraban las excepciones previstas por

la jurisprudencia constitucional para acceder al referido procedimiento. En consecuencia, la señora Otero invoca la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

La señora Elibeth Otero Calambas tuvo un embarazo ectópico tubárico izquierdo en el año 2009, por lo que se le practicó la cirugía de urgencia correspondiente y la extirpación de la trompa de falopio afectada. A raíz de este incidente, indicó la accionante, se redujeron notoriamente las probabilidades de quedar en estado de embarazo, siendo diagnosticada con “esterilidad primaria por daño severo e irreversible bilateral de las trompas de Falopio.[35]” En consecuencia, mediante concepto emitido por médico especialista[36] se recomendó realizar el procedimiento de “fecundación in vitro,” dada su imposibilidad de reconstrucción tubárica.

Respecto de la posibilidad de acceder al procedimiento de fertilización in vitro vía tutela, de manera general y mayoritaria, la jurisprudencia[37] de esta Corporación ha negado la autorización del referido procedimiento, teniendo en cuenta dentro de otras razones, que, (i) en la mayoría de los casos, dicho procedimiento solo tiene como fin la procreación y no el restablecimiento de la salud del paciente, (ii) si bien el Estado debe abstenerse de interferir en las decisiones reproductivas de las personas, y en su lugar, proteger a la mujer en estado de embarazo con todo lo que esto implica, según lo dispone el artículo 43 superior, no significa que esté en la obligación de garantizar a toda costa su derecho a la maternidad cuando su función procreadora se lo impide, (iii) la adopción es una de las alternativas a las que puede acudir quien desea conformar un grupo familiar si así lo desea, (iv) deben respetarse los criterios de priorización de recursos del Sistema de Seguridad Social, ante aquellas enfermedades que generan una grave afectación al derecho a la vida de quien las padece.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional[38] ha previsto también la posibilidad de que, bajo enumeradas excepciones, puedan autorizarse tratamientos de fertilidad que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud, cuando (i) se busca garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, (ii) la práctica de exámenes o procedimientos resulta necesaria para identificar una condición de salud, asociada a la infertilidad, (iii) la infertilidad es síntoma o consecuencia de otro tipo de enfermedades (infertilidad secundaria), por lo cual, la acción de tutela procede con el fin de garantizar el

tratamiento de las mismas, y de forma indirecta trata la infertilidad y (iv) se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otras garantías constitucionales, distintas al derecho a la salud.

Bajo este panorama, y teniendo en cuenta que en el caso que ahora nos ocupa, la ciudadana Yenny Elbeth Otero Calambas fue diagnosticada con “esterilidad primaria por daño severo e irreversible bilateral de las trompas de Falopio.[39]” La Sala encuentra que su imposibilidad de procrear naturalmente no es producto de otra patología, ni está asociada al desarrollo de una enfermedad, toda vez que la disfunción reproductiva se debe a un problema físico originario[40], que carece de consecuencias adversas o peligrosas para su salud.

En este sentido, y dado que el procedimiento de fertilización in vitro solicitado por Yenny Elbeth Otero, no emerge del deber de preservar o recuperar su salud, sino del específico deseo de procrear, esta Sala reiterará la posición desarrollada por esta Corporación, al no cumplirse con los requisitos exigidos para el excepcional reconocimiento del procedimiento que se solicita en esta oportunidad.

Con base en lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, procederá a confirmar la decisión proferida en segunda instancia, el dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis, (2016) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que a su vez confirmó el fallo dictado el cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016) emitido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, mediante el cual se denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por Yenny Elbeth Otero Calambas, dentro de la acción de tutela por ella instaurada.

Síntesis de la decisión

Se decide la acción de tutela promovida por la ciudadana Yenny Elbeth Otero Calambas, de 38 años de edad, quien instauró acción de tutela con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, y en efecto, se ordene el tratamiento de fertilización in vitro al cual considera tener derecho, dada la dificultad que ha tenido para quedar en embarazo.

Del material probatorio que obra en el expediente[41] se tiene que la accionante fue

diagnosticada con “esterilidad primaria por daño severo e irreversible bilateral de las trompas de Falopio,” circunstancia a raíz de la cual, mediante concepto médico emitido por especialista, se recomendó realizar el procedimiento de “fecundación in vitro” como única alternativa para concebir.

Por regla general, esta Corporación ha denegado el acceso a tratamientos de fertilización in vitro vía tutela[42], sin embargo, ha previsto la posible configuración de circunstancias que permitan su excepcional reconocimiento. A saber: (i) cuando se busca garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, (ii) cuando la práctica de exámenes o procedimientos resulta necesaria para identificar una condición de salud, asociada a la infertilidad, (iii) cuando la infertilidad es síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades, por lo cual, la acción de tutela procede con el fin de garantizar el tratamiento de las mismas, y de forma indirecta trata la infertilidad que padece la persona y (iv) cuando se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otras garantías constitucionales, distintas al derecho a la salud[43].

Hecha la anterior precisión, y teniendo en cuenta que la disfunción reproductiva que padece la ciudadana Yenny Elibeth Otero Calambas, no es producto de otra patología o enfermedad, sino que se debe a un problema físico originario, que no implica consecuencias adversas o peligrosas para su salud, esta Sala procederá a confirmar las decisiones de instancia que denegaron el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, dentro de la acción de tutela interpuesta por la ciudadana Yenny Elibeth Otero Calambas en contra de la Asociación Indígena del Cauca EPS.

En consecuencia, la razón por la cual, la acción de tutela que en esta oportunidad es objeto de revisión, debe ser denegada, se debe a la ausencia de los requisitos establecidos por esta Corporación, para ordenar por esta vía, el procedimiento de fecundación in vitro.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, la decisión proferida en segunda instancia, el dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) por la Sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que a su vez confirmó el fallo dictado el cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016) emitido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, mediante el cual se denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la ciudadana YENNY ELIBETH OTERO CALAMBAS, dentro de la acción de tutela por ella instaurada.

SEGUNDO.- Por Secretaría General de esta Corporación LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Conformada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos y María Victoria Calle Correa.

[2] Conformada por Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo.

[3] Artículo 17: “Cuando el proyecto de fallo no fuere aprobado, el magistrado sustanciador podrá solicitar al Presidente de la Corte que designe a otro para que lo elabore. Cuando el criterio de un magistrado disidente hubiere sido acogido, el Presidente de la Corte podrá asignarle la elaboración del proyecto de fallo”.

[5] Folio 44 del expediente “se debe remitir a un centro de reproducción asistida. Ante la imposibilidad de reconstrucción tubárica se recomienda fertilización in vitro”

[6] Folios 36 a 42 del expediente.

[7] “Por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud.

[8] “Por el cual se establece el Manual de Actividades Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud”

[9] Folio 80 del expediente

[10] “la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario[10]; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia[10]. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros. El examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”. Sentencias T-789 de 2003, T- 456 de 2004, T-328 de 2011, T-079 de 2016, entre otras.

[11] Sentencia T- 468 de 1999, Sentencia T- 582 de 2010.

[12] De acuerdo a las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011: Artículo 41 de la primera Ley: “(...) la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: A. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su

negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. B. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato (...), C. Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. D. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Artículo 126 de la segunda Ley: adiciónense los literales e), f), g) al artículo 41 de la ley 122 de 2007, así E) sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo. F) conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud. G) conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador (...).”(negrilla fuera del texto original)

[13] Sentencia C-119 de 2008.

[14] Sentencia C -119 de 2008.

[15] Estas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016, T-291 de 2016.

[16] “La acción de tutela procederá cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”

[17] “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto”. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

[18] Sentencia SU-241 de 2015.

[19] Sentencia T- 038 de 2017.

[20] Sentencias T- 1104 de 2000, T - 752 de 2007

[21] Sentencias T- 689 de 2001, T -752 de 2007, T- 226 de 2010, T - 306 de 2016, entre otras.

[22] Sentencias T- 1104 de 2000, T- 009 de 2014.

[23] Sentencias T- 550 de 2010, T- 395 de 2010, T- 009 de 2014, T- 398 de 2016 entre otras.

[24] Sentencias T- 572 de 2002, T-633 de 2010, T- 644 de 2010.

[25] Sentencia T - 605 de 2017.

[26] Sentencias T- 636 de 2007, T- 946 2007, T -924 de 2013.

[27] Sentencias T- 512 de 2003, T- 901 de 2004, T- 890 de 2009, T- 605 de 2007, T- 274 de 2015 frente a esta regla de excepción, cabe aclarar lo siguiente: “La Corte ha hecho una distinción entre la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria, a efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela para otorgar tratamientos relacionados con dicha patología cuando la misma sea producto o consecuencia de una enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. En caso de tratarse de una infertilidad originaria o primaria, según ha sostenido esta Corporación, ese mecanismo constitucional es improcedente por cuanto el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. Mientras que, cuando se trata de una infertilidad secundaria, se limita la capacidad de una persona para engendrar causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedades, lo que supone la protección excepcional de los derechos fundamentales por esta vía”. (negrilla fuera del texto original) Sentencia T- 274 de 2015.

[28] T- 528 de 2014, T 274 de 2015, T- 306 de 2016.

[29] Expediente T-4.492.963 dentro de este expediente se estudió el caso de una mujer, quien fue diagnosticada no hodking, razón por la cual solicitó a su EPS autorizar el tratamiento de congelamiento de embriones justificado en el tratamiento de quimioterapia

que iniciaría y con el propósito de quedar embarazada una vez el mismo finalizara. Si bien se comprobó por parte de esta Corporación que la accionante padecía una infertilidad primaria, la Corte denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados al comprobarse que la EPS había realizado dos tratamientos de fertilización in vitro, sin que los mismos resultaran satisfactorios, consecuencia que no es atribuible a la entidad, por otro lado, se acreditó que la accionante devengaba un salario superior a los 4 millones de pesos por lo que podía asumir gran parte del tratamiento. Expediente T-4.715.291 dentro de este expediente se resolvió el caso de una mujer, quien padeció un embarazo ectópico y un aborto espontáneo, su médico le diagnosticó infertilidad de origen multifuncional, además sufría hipotiroidismo, por lo cual le sugirió el procedimiento de fecundación in vitro como única alternativa para quedar en embarazo. En dicha oportunidad afirmó la accionante que “la imposibilidad de tener hijos le ha causado problemas psicológicos y ha afectado la relación con su esposo”. La Corte amparó los derechos fundamentales invocados al tener en cuenta los siguientes factores (i) que la falta del tratamiento podía vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante; (ii) la falta de capacidad económica para sufragar el costo de tratamiento. En todo caso, la sala consideró: “la accionante deberá realizar cierto aporte económico para financiar en una mínima parte el tratamiento de fertilidad. Debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia, debe asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica”. Expediente T-4.725.592 dentro de este expediente se estudió el caso de una mujer, quien padecía miomatosis uterina y obstrucción de la trompa de Falopio izquierda, por lo que su médico tratante prescribió el tratamiento de fertilización in vitro como única alternativa para quedar en embarazo. La Corte amparó los derechos fundamentales invocados al considerar que (i) la falta de tratamiento podía llegar a vulnerar sus derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, en la medida en que su no realización la podía privar de la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida, “sin embargo no existe calidad sobre la causa de la infertilidad de la paciente”, por último y teniendo en cuenta que la accionante se encontraba afiliada al régimen contributivo de salud, la sala consideró que la misma contaba con un mínimo de capacidad para cubrir los gastos del tratamiento de manera

compartida con la EPS. Expediente T- 4.734.867 dentro de este expediente, se resolvió el caso de una mujer, diagnosticada con endometriosis severa, por lo cual su médico tratante le prescribió como única alternativa para quedar en embarazo, el procedimiento de fertilización in vitro más ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides). La Corte concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados, bajo los siguientes argumentos: (i) la falta de medicamento o tratamiento de fertilización in vitro excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante, en la medida que su no realización la podría privar de la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida; (ii) los ingresos económicos de la accionante ascienden a un salario mínimo. Sin embargo al acreditarse su afiliación al régimen contributivo de salud, la Sala consideró que esta contaba con un mínimo de capacidad para cubrir los gastos del tratamiento de manera compartida con la EPS.

[30] Sentencia T- 398 de 2016, Expedientes T-5.211.785 y T-5.235.636, en ambos casos, a las accionantes les fueron extirpadas quirúrgicamente las trompas de falopio debido a embarazos ectópicos tubáricos o a patologías tubáricas que originaron procesos infecciosos. A raíz de lo anterior las mencionadas, con el fin de satisfacer su deseo de procrear solicitaron se ordenara a las entidades accionadas autorizar y suministrar el tratamiento de fertilización in vitro. En esta oportunidad la Sala Segunda de revisión de Tutelas de la Corte negó el amparo solicitado bajo los siguientes argumentos: “examinando las consideraciones expuestas a lo largo de esta sentencia, la Sala advierte que, de acuerdo con el precedente constitucional, no cabe conceder las pretensiones elevadas en ambos casos, pues en ninguno de ellos se encuentra acreditada alguna de las circunstancias en las que esta Corte ha considerado que resulta procedente el amparo para asuntos atinentes a la fertilidad, independientemente que una de las peticionarias no haga parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues, como se explicó, existen regímenes especiales de salud como el del Magisterio o el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se supone son más beneficiosos para sus afiliados o por lo menos igual de favorables al sistema general, razón por la cual, a esta Corte lo que le ha parecido inadmisibles es que esta clase de regímenes especiales no contemplen soluciones acordes con los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, como si sucedería en el Régimen General de Seguridad Social en Salud”.

[32] Sentencias T- 1104 de 2000, T-689 de 2001, T-226 de 2010, T- 550 de 2010, T-935 de 2010, T-935 de 2010, T398 de 2016, entre otras.

[33] Sentencias T- 1104 de 2000, T- 946 de 2002, T-752 de 2007, T- 424 de 2009, T-009 de 2014 entre otras.

[34] Sentencias T- 1104 de 2000, T-689 de 2001, T-760 de 2008, T -226 de 2010, T-424 de 2009, T-935 de 2010, T- 398 de 2016 entre otras.

[35] Dentro de la historia clínica de la accionante, se observa a folio 35 del expediente, que la misma fue diagnosticada con “esterilidad primaria por daño irreversible bilateral en las trompas de Falopio.” Concepto emitido por parte del Centro de Diagnóstico Perinatal, – medicina diagnóstica especializada de Popayán Cauca. A su vez, dentro del concepto emitido por parte de Profamilia se anota a folio 44 del expediente que la referida fue diagnosticada con “enfermedad actual: historia de infertilidad primaria (...)”.

[36] Concepto emitido por especialista de ginecología de Profamilia, entidad a la cual fue remitida la paciente, por parte de la Asociación Indígena del Cauca (AIC) EPS.

[37] Sentencias T- 1104 de 2000, T- 689 de 2001, T-946 de 2002, T-512 de 2003, T-752 de 2007, T-424 de 2009, T- 311 de 2010, T, 226 de 2010, T-550 de 2010, T-935 de 2010, T- 311 de 2010, T- 009 de 2014, T- 398 de 2016 entre otras.

[38] Sentencias T- 572 de 2002, T- 946 2007, T- 890 de 2009, T- 528 2014, T- 274 de 2015, T-633 de 2010, T- 644 de 2010, T- 924 2013, entre otras.

[39] Dentro de la historia clínica de la accionante, se observa a folio 35 del expediente, que la misma fue diagnosticada con “esterilidad primaria por daño irreversible bilateral en las trompas de Falopio.” Concepto emitido por parte del Centro de Diagnóstico Perinatal, – medicina diagnóstica especializada de Popayán Cauca. A su vez, dentro del concepto emitido por parte de Profamilia se anota a folio 44 del expediente que la referida fue diagnosticada con “enfermedad actual: historia de infertilidad primaria (...)”.

[40] “En caso de tratarse de una infertilidad originaria o primaria, según ha sostenido esta Corporación, ese mecanismo constitucional es improcedente por cuanto el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio

de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. Mientras que, cuando se trata de una infertilidad secundaria, se limita la capacidad de una persona para engendrar causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedades, lo que supone la protección excepcional de los derechos fundamentales por esta vía”. (negrilla fuera del texto original) Sentencia T- 274 de 2015.

[41] Dentro de la historia clínica de la accionante, se observa a folio 35 del expediente, que la misma fue diagnosticada con “esterilidad primaria por daño irreversible bilateral en las trompas de Falopio.” Concepto emitido por parte del Centro de Diagnóstico Perinatal, – medicina diagnóstica especializada de Popayán Cauca. A su vez, dentro del concepto emitido por parte de Profamilia se anota a folio 44 del expediente que la referida fue diagnosticada con “enfermedad actual: historia de infertilidad primaria (...)”.

[42] T- 1104 de 2000, T- 689 de 2001, T-946 de 2002, T-512 de 2003, T-752 de 2007, T-424 de 2009, T- 311 de 2010, T, 226 de 2010, T-550 de 2010, T-935 de 2010, T- 311 de 2010, T- 009 de 2014, T- 398 de 2016 entre otras.

[43] Sentencias T- 572 de 2002, T- 946 2007, T- 890 de 2009, T- 528 2014, T- 274 de 2015, T-633 de 2010, T- 644 de 2010, T- 924 2013, entre otras.