

Sentencia T-398/16

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Regulación legal/TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Regulación legal en el sistema de salud de las Fuerzas Militares

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Precedente constitucional

Esta Corte ha abordado y desarrollado distintas razones que justifican la no inclusión de los tratamientos para la infertilidad en los planes de beneficios de salud. Así, ha explicado, por ejemplo, que 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”. Ello, ya que a la luz de los artículos 42 y 43 de la Carta Política, se debe garantizar: (i) el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos; y (ii) la especial protección y asistencia del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto.

LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE DE LA ACCION DE TUTELA EN RELACION CON TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD

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

este Tribunal también ha considerado que resulta procedente el amparo para asuntos atinentes a la fertilidad en caso que se presente alguna de las siguientes circunstancias: (a) cuando el tratamiento para la infertilidad ya ha sido iniciado por parte de la Entidad Promotora de Salud y ésta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, sin mediar concepto médico que justifique tal proceder o existir una razón científica que sustente dicha suspensión, hipótesis en la cual se debe garantizar la continuidad en la prestación del servicio; (b) cuando lo requerido por el accionante es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, evento en el

cual el juez constitucional ordena la realización del examen diagnóstico, y no el tratamiento para la infertilidad; y (c) cuando la infertilidad es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad física de la mujer, hipótesis en la que el amparo se dirige a asegurar el suministro de las tecnologías en salud requeridas para tratar directamente aquella enfermedad, más no la prestación de la técnica de reproducción asistida propiamente dicha. De lo anterior se desprende, en primer lugar, que debido al principio de la continuidad en la prestación del servicio de salud, no es permitido que se suspendan los tratamientos para la infertilidad ya iniciados, a pesar de que la entidad promotora de salud no tenga la obligación de suministrarlos por estar fuera de la cobertura del plan de beneficios otorgado a los afiliados.

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-Línea jurisprudencial sobre improcedencia

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Sostenibilidad financiera

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-Improcedencia por no configurarse ninguno de los supuestos excepcionales en materia de fertilización in Vitro

Referencia: expedientes (i) T-5.211.785 y (ii) T-5.235.636 (acumulados).

Acciones de tutela instauradas por: (i) Lina Marcela Cabrera Martínez, contra Comfenalco Valle EPS; y (ii) Heidy Paola López Díaz, contra la Dirección General de Sanidad Militar.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela dados dentro de los procesos de la referencia[1].

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-5.211.785

1.1. Hechos y pretensiones

1.1.1. La señora Lina Marcela Cabrera Martínez tiene 27 años de edad[2] y, en calidad de cotizante, está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo por intermedio de Comfenalco Valle EPS[3].

1.1.2. De acuerdo con el diagnóstico de su médico tratante, adscrito a la EPS accionada y especialista en Ginecología y Obstetricia, la señora Cabrera Martínez perdió ambas Trompas de Falopio, padece infertilidad femenina de origen tubárico y, pese a que su manejo no está cubierto por el Plan Obligatorio de Salud[4], requiere fertilización in vitro para satisfacer su deseo obstétrico[5].

1.1.3. Con fundamento en lo expuesto, y luego de advertir que no puede sufragar directamente dicho tratamiento de reproducción asistida[6], la actora solicitó al juez de tutela amparar, entre otros, su derecho a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a formar una familia, ordenando a la entidad accionada practicar la fertilización in vitro y suministrar un tratamiento integral.

1.2. Traslado y contestación de la tutela

El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Oralidad de Santiago de Cali admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a Comfenalco Valle EPS con el fin de que se pronunciara sobre los hechos materia del amparo solicitado. Además, vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social al trámite de la referencia.

Así entonces, Comfenalco Valle EPS, a través de su apoderada judicial, advirtió que: (i) no hay una fórmula por parte del médico tratante que prescriba expresamente la práctica de la fertilización in vitro pretendida en sede de tutela; (ii) la vida de la accionante no depende del tratamiento de fertilidad solicitado; (iii) dejar de suministrar el procedimiento requerido

no pone en riesgo su salud, pues, por el contrario, la evidencia científica demuestra que la fertilización in vitro se asocia con el desarrollo de diabetes gestacional, preeclampsia y aborto, así como con malformaciones congénitas y parálisis cerebral en el recién nacido; y (iv) ante otra opción para la conformación del núcleo familiar, no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud, tanto así que la Resolución 5521 de 2013 excluyó del POS a los tratamientos para la infertilidad.

Finalmente, la entidad consideró que los problemas de infertilidad no tienen la virtualidad de atentar o vulnerar directamente los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física o a la vida, razón por la cual adujo que los escasos recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se deben destinar a la atención de enfermedades que comprometan materialmente los citados derechos.

Por otro lado, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social resaltó que si bien esta entidad no es responsable directa de la prestación de servicios de salud, los tratamientos para la infertilidad están expresamente excluidos de la cobertura del POS. Además, consideró que conceder a futuro el tratamiento integral solicitado por la peticionaria, frente a condiciones médico-clínicas y patologías desconocidas, desvirtúa la naturaleza de la acción de tutela.

1.3. Decisión de instancia

El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Oralidad de Santiago de Cali, mediante sentencia de agosto 6 de 2015, advirtió que, en lineamiento con el precedente constitucional, si bien el derecho a la maternidad implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas (como la protección a la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada), dicha garantía no incluye la obligación de suministrar tratamientos para la infertilidad, y la exclusión de los mismos en el POS es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa, que a su vez permite garantizar, entre otras cosas, que no se limiten ciertos servicios de salud prioritarios.

De igual forma, sostuvo que a pesar de que la Corte Constitucional ha identificado varias excepciones para conceder tratamientos de fertilidad, respondiendo por ejemplo a casos en los que se pretende salvaguardar el principio de continuidad en el servicio o la afección no

es originaria sino que se deriva de otros problemas de salud, en el sub judice, además de que no está en peligro la salud ni la vida de la actora, el procedimiento de fertilización in vitro solicitado, si bien fue recomendado por el médico tratante adscrito a la EPS accionada, se encuentra excluido del POS y sólo constituye una opción para ser madre, ya que dicha técnica de reproducción asistida no curaría ninguna lesión y únicamente genera una expectativa incierta de brindar un bebé a una familia.

En este orden de ideas, afirmó que, de acuerdo con el diagnóstico de la peticionaria, la realización del referido tratamiento para la infertilidad no es una necesidad imperiosa en el bienestar y mejoramiento de sus condiciones de salud y de su vida digna, motivo por el cual, negó el amparo solicitado.

2. Expediente T-5.235.636

2.1. Hechos y pretensiones

2.1.1. La señora Heidy Paola López Díaz tiene 30 años de edad[7] y, en calidad de beneficiaria, hace parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, específicamente del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares desde el día 25 de enero de 2011[8].

2.1.2. La accionante padece infertilidad primaria y perdió ambas trompas de Falopio, pues le tuvieron que ser extirpadas quirúrgicamente[9] debido a una patología tubárica bilateral que ocasionó procesos infecciosos y un daño total de las mismas[10], motivo por el cual, teniendo en cuenta que médicamente le fue indicado que la única alternativa para procrear era someterse a un tratamiento de fertilización in vitro, la actora informó que solicitó a la Dirección General de Sanidad Militar autorizar dicho procedimiento, obteniendo una respuesta negativa a su petición.

2.1.3. Con fundamento en lo expuesto, y luego de advertir: (i) que no cuenta con los recursos suficientes para asumir el tratamiento requerido[11], ya que éste es de alto costo; y (ii) que ha entrado en un estado depresión, pues la entidad accionada ha puesto en riesgo su deseo de conformar una familia, la demandante solicitó al juez de tutela amparar el derecho a la vida, a la salud y a la familia, así como sus derechos sexuales y reproductivos, ordenando a la entidad demandada: (i) autorizar la fertilización in vitro con

donación de óvulos y/o espermatozoides, preservación y transferencia de embriones; (ii) asumir el pago de todos los costos por la atención médica prestada en el marco del procedimiento; y (iii) brindar una atención integral por cuenta de su patología y del tratamiento pretendido.

2.2. Traslado y contestación de la tutela

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga admitió la acción de amparo y ordenó correr traslado a la Dirección General de Sanidad Militar para que se manifestara frente a los hechos y pretensiones que provocaron su interposición. Además, vinculó al Hospital Militar Central, al Hospital Militar Regional de Bucaramanga y al Ministerio de Defensa Nacional al respectivo trámite de tutela; sin embargo, ésta última entidad no realizó ningún pronunciamiento.

De esta forma, la Dirección General de Sanidad Militar adujo que, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 352 de 1997[12] y el artículo 16 del Decreto 1795 de 2000[13], no le corresponde cumplir funciones asistenciales para prestar servicios de salud, ya que esta tarea está encargada a cada una de las Fuerzas Militares a través de sus respectivas Direcciones de Sanidad, razón por la cual, informó que se dio traslado de la acción de tutela a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional para que se pronunciara acerca del amparo invocado. No obstante, manifestó que en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, establecido en el Acuerdo 002 de 2001, están excluidos los tratamientos para la infertilidad.

Complementando lo anterior, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, luego de ser vinculada en el trámite de revisión, adujo que si bien el Consejo Superior de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional expidió el Acuerdo 007 de 2001, a través del cual estableció el “Plan Complementario de Salud Tratamiento de Infertilidad para los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, el costo de dichos procedimientos, conforme lo dispuso el artículo 4 del citado Plan, tiene que ser asumido totalmente por el usuario que lo requiera.

Por su parte, el Hospital Militar Central adujo que la Dirección General de Sanidad Militar, en calidad de Entidad Promotora de Salud, es la institución competente para autorizar el tratamiento de fertilización in vitro requerido a través de la Dirección de Sanidad del

Ejército Nacional, ya que: (i) dicho procedimiento no está contemplado en el convenio que actualmente tiene la Dirección General del Hospital y la Dirección General de Sanidad Militar; y (ii) el Hospital Militar Central no realiza aquella técnica de reproducción asistida.

Finalmente, el Hospital Militar Regional de Bucaramanga manifestó, primero, que ha venido prestando los servicios de salud solicitados por la actora, pero que el tratamiento de fertilización in vitro pretendido se encuentra excluido del Plan de Servicios de Sanidad Militar y, segundo, que además el Hospital Militar Regional no tendría la facultad legal de dirimir la petición de la accionante, toda vez que el requerimiento de dicho procedimiento lo estudia el comité técnico científico de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

2.3. Decisiones de instancia

La Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante sentencia de agosto 24 de 2015, negó el amparo solicitado considerando que el elevado costo del tratamiento pretendido generaría una merma en la prestación de otros servicios con mayor relevancia para los usuarios, y que la no prestación de dicho procedimiento no pone en riesgo la vida ni la integridad de la actora.

Luego de ser impugnado aquel fallo, el día 15 de octubre de 2015 la Sala de Decisión de Tutelas Número 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia aduciendo argumentos similares a los expuestos por el a quo, al advertir que los tratamientos de fertilidad no son indispensables para conservar la salud y su falta de prestación tampoco compromete la vida ni la integridad personal, motivo por el cual, no consideró que la entidad accionada hubiese vulnerado algún derecho fundamental en cabeza de la peticionaria.

3. Actuaciones en sede de revisión

Mediante auto del 18 de marzo de 2016, se decretaron pruebas vinculando a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y requiriendo a Comfenalco Valle EPS, a la Dirección General de Sanidad Militar y a las accionantes, con el fin de conocer: (i) en qué consisten las patologías o los diagnósticos de las accionantes; (ii) si la infertilidad que padecen es consecuencia de otra enfermedad; (iii) el tratamiento proporcionado a las actoras con ocasión de su diagnóstico y la infertilidad que padecen; (iv) los factores que, en el caso de

las peticionarias, podrían afectar la ejecución de un eventual procedimiento de fertilización in vitro y las variables que incidirían en el éxito reproductivo de dicho tratamiento; y (v) la capacidad económica de las tutelantes.

Sin embargo, teniendo en cuenta que no se habían recibido la totalidad de las pruebas decretadas, la Sala Segunda de Revisión, a través de auto del 5 de abril del año en curso, resolvió suspender los términos para fallar el asunto de la referencia.

Finalmente, mediante oficios de mayo 3 de 2016 y abril 13, 26 y 27 del mismo año, la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado Ponente las pruebas enviadas por Comfenalco Valle EPS, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, la Dirección General de Sanidad Militar, el Hospital Militar Central y las demandantes.

3.1. Intervención del Procurador General de la Nación

En ejercicio de las facultades constitucionales establecidas en los numerales 2 y 7 del artículo 277[14] y en el numeral 5 del artículo 278[15], el Procurador General de la Nación intervino en sede de revisión con ocasión de la tutela formulada por Heidy Paola López Díaz contra la Dirección General de Sanidad Militar (expediente T-5.235.636).

En dicha intervención, la cabeza del Ministerio Público advirtió, en primer lugar, que a la luz de la naturaleza jurídica de la salud según la Constitución Política, la Ley 100 de 1993[16] y la Ley 1751 de 2015[17], la apertura en su prestación no puede incluir servicios que tengan por objeto el desarrollo de otras garantías fundamentales. Motivo por el cual, no sería posible que se desprenda del derecho a la salud la obligación de financiar tratamientos de fertilidad por parte del Sistema General de Seguridad Social, pues escapa de su objeto todo aquello que no tenga por finalidad la prevención, la paliación y la cura de la enfermedad, o la promoción, protección y recuperación de la salud, criterios en los cuales, a su juicio, no se inscriben dichas técnicas de reproducción.

En ese sentido, señaló que un tratamiento de fertilidad artificial “no tiene por objeto mejorar la salud, pues aunque la procreación es una práctica relacionada con la salud es claro que no obedece a su objeto principal, sino que implica el desarrollo de otros derechos, como el de tener una familia. Especialmente porque el primer derecho, se refiere al bienestar físico y psíquico de la persona, mientras el segundo consiste en la capacidad de una persona de

hacer parte de un hogar”.

En segundo lugar, consideró contrario a los valores constitucionales, según los cuales la vida humana es un fin en sí mismo, que el Estado financie procedimientos que implican el desecho de embriones humanos, como de manera usual ocurre con los tratamientos de fertilización. Así pues, adujo que “desde una concepción axiológica de la dignidad humana y de protección de la vida como un derecho y un valor constitucional no es posible acceder a prestaciones que la tornen en un medio manipulable para la garantía de los derechos individuales de otros”.

Por otro lado, explicó que la Corte Constitucional en la sentencia T-274 de 2015[18], para decidir varios casos en los que se solicitó al juez de tutela ordenar a diferentes Entidades Promotoras de Salud la fertilización in vitro, vinculó de manera directa el derecho a la salud, los derechos sexuales y el derecho a formar una familia siguiendo el talante del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[19] en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.

De esa forma, y teniendo en cuenta dicho planteamiento, el Procurador General de la Nación advirtió que “el fallo de la CIDH no es vinculante con la legislación colombiana”[20]; y que, además, “existen razones para reconocer una protección jurídica al embrión”[21].

Finalmente manifestó que, incluso, si en gracia de discusión se acoge aquella postura de la Corte Constitucional, en virtud de la cual la fertilización in vitro puede ser una práctica excepcionalmente garantizada por el Sistema General de Seguridad Social con base en el principio de continuidad y el derecho que tiene todo afiliado a recibir un diagnóstico y los medicamentos de manera oportuna, las pretensiones de la tutelante tampoco prosperarían, ya que: (i) a la actora no se le inició la fertilización in vitro en ningún momento, y por lo tanto no se estaría violando el principio de continuidad; (ii) no se está dejando de garantizar la vida, la salud o la integridad personal de la accionante; y (iii) no se le está negando la práctica de exámenes o procedimiento diagnósticos para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad.

Con fundamentos en lo dicho, y luego de advertir que el caso objeto de estudio plantea asuntos de relevancia constitucional y suficiente trascendencia que ameritan que su decisión esté a cargo de la Sala Plena de esta Corporación, el director del Ministerio Público

solicitó a esta Corte confirmar el fallo de segunda instancia proferido dentro del trámite de la referencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Procedencia de la acción de amparo constitucional

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional que procede en los casos en que no existe otro medios de defensa judicial para la protección de las garantías fundamentales aparentemente amenazadas o vulneradas, o en los que aun existiendo, éste no es idóneo y eficaz para salvaguardar tales prerrogativas, o no tiene la potencialidad de evitar un perjuicio irremediable, esto es, la existencia del riesgo inminente y grave de que un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o un derecho fundamental, sufra un menoscabo, siendo necesaria la adopción de medidas urgentes e impostergables para evitar su concreción.

Ahora bien, con el fin de garantizar la efectiva protección del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las leyes 1122 de 2007[22] y 1438 de 2011[23] otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para resolver, con las potestades propias de un juez, algunas controversias entre las empresas promotoras (o entidades que se les asimilen) y sus afiliados. Así pues, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho con carácter definitivo, entre otros, (i) los asuntos concernientes a la “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”, y (ii) aquellos que versen sobre “prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”[24].

De acuerdo con lo dicho, esta Corporación encuentra que las acciones de tutela presentadas son procedentes, ya que: (i) en relación con el expediente T-5.235.636, la Superintendencia Nacional de Salud no podría ejercer su función jurisdiccional para dirimir la controversia planteada, pues la señora López Díaz no es usuaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si no que hace parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; y (ii) respecto del expediente T-5.211.785, la mencionada entidad no tendría competencia para decidir sobre las pretensiones elevadas en sede de tutela, pues si bien los tratamientos para la infertilidad hacen parte de las exclusiones generales del POS, en el caso concreto la solicitud es pertinente para atender las condiciones particulares de la actora, ya que, tal y como lo indicó el médico tratante, para darle manejo a su infertilidad y poder satisfacer su deseo obstétrico requiere la fertilización in vitro requerida.

Adicionalmente, no sobra advertir que en determinados supuestos en los que inicialmente pudiera ser preciso agotar la instancia de la Superintendencia, eventualmente resultaría procedente la interposición del amparo, en razón de la desproporción que, a la luz de los elementos del caso concreto, se generaría si se remite al accionante a dicha instancia para hacer valer aquello relevante desde una perspectiva constitucional y iusfundamental, en caso de que, por ejemplo, se desconozca la premura con la que se demanda la protección de los derechos invocados, o el desgaste procesal y el espacio de tiempo que la acción de tutela, que se supone es de carácter expedito y rápido, ha tenido que soportar en la jurisdicción constitucional, sometiendo a los actores a otro trámite procesal o a una espera mayor de la que ya han afrontado desde la presentación del escrito de tutela[25].

En consecuencia, y además teniendo presente que existe un término razonable entre las conductas que desencadenaron el presunto menoscabo de los derechos alegados y la interposición del amparo[26], se advierte que la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para examinar la supuesta vulneración o amenaza a las garantías fundamentales de las peticionarias, motivo por el cual, la Sala pasará a plantear y desatar el problema jurídico constitucional, para así verificar si existe, o no, dicho quebranto.

3. Planteamiento del problema jurídico constitucional y esquema de resolución

En el presente caso corresponde a la Sala determinar si las entidades accionadas

vulneraron los derechos fundamentales invocados por las peticionarias al no garantizar la prestación y práctica de la fertilización in vitro requerida por las mismas, ya que si bien médicamente les fue indicada dicha técnica de reproducción asistida para permitir la procreación, la normatividad que regula integralmente el plan obligatorio o de beneficios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no incluyó en su cobertura a los tratamientos para la infertilidad, y el Acuerdo 002 de 2001 hizo lo mismo con el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial.

Para resolver el problema arriba planteado, la Sala, en primer lugar, hará referencia a la regulación y al precedente constitucional en relación con la fertilización in vitro y otros tratamientos para la infertilidad. Y, en segundo y último lugar, realizará un análisis de los casos en concreto.

4. La regulación y el precedente constitucional en relación con la fertilización in vitro y otros tratamientos para la infertilidad

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud[27], mediante el Acuerdo 008 de 1994[28], estableció: (i) que la aplicación del POS está sujeta a las condiciones financieras del sistema y a la economía del país, para garantizar la concordancia entre el costo de las actividades incluidas en el Plan con su respectiva disponibilidad de recursos; (ii) que el criterio fundamental para evaluar la inclusión de actividades, intervenciones o procedimientos dentro del POS será la mayor efectividad en la utilización de los recursos y la mayor eficacia en términos de los resultados deseados a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía; y (iii) que el principio guía de orientación del POS será la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad.

En el mismo sentido, la Ley 1438 de 2011[29] precisó que el Plan de Beneficios en Salud[30] debe actualizarse integralmente una vez cada dos años “atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos”[31] en dicho Plan. Lo anterior, ya que, conforme lo dispuso la Ley 100 de 1993[32], los servicios incluidos en el POS tienen que ser actualizados “de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica

de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema”[33].

Teniendo en cuenta lo dicho, el Acuerdo 008 de 1994, cuando describió las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, incluyó en aquel listado a los tratamientos para la infertilidad. Asimismo, la Resolución 5521 de 2013, norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos en los que se enmarcan los casos acumulados[34], excluyó del POS a los mencionados procedimientos[35]. Y, posteriormente, la Resolución 5592 de 2015, cuando actualizó integralmente el Plan de Beneficios en Salud, no incorporó en éste ninguna técnica de reproducción asistida, siendo necesaria la inclusión explícita de cualquier tecnología para que se entienda cubierta por el citado Plan[36].

Ahora bien, en relación con el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional[37], tal y como lo disponen los artículos 7 y 23 de la Ley 352 de 1997, todos los afiliados y beneficiarios de dicho Sistema tienen derecho a un Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial en los términos que establezca el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con sujeción a los recursos disponibles para la prestación del servicio de salud[38].

De esta manera, aquel Consejo, mediante el Acuerdo 002 de 2001, excluyó de la cobertura del Plan de Servicios de Sanidad a los tratamientos para la infertilidad, aunque admitió que los mismos podrían ser ofrecidos por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional mediante planes complementarios financiados en su totalidad por los afiliados o beneficiarios, y prestados por el Hospital Militar Central, los establecimientos de sanidad militar y policial y aquellos con los cuales se tenga contrato[39], razón por la cual, también expidió el Acuerdo 007 de 2001 con el fin de establecer, en los términos arriba señalados, el “Plan Complementario de Salud Tratamiento de Infertilidad para los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”[40].

En lineamiento con lo anterior, esta Corte ha abordado y desarrollado distintas razones que justifican la no inclusión de los tratamientos para la infertilidad en los planes de beneficios de salud. Así entonces, ha explicado, por ejemplo, que 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”[41]. Ello, ya que a la luz de los artículos 42 y 43 de la Carta Política, se debe garantizar: (i) el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos; y (ii) la especial protección y asistencia del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto.

En este sentido, “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”[42].

Por otro lado, en reiteradas oportunidades esta Corporación también ha advertido que la exclusión de los tratamientos para la infertilidad de los planes de beneficios en salud responde a un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa que, incluso, también atiende a la necesidad de implementar un sistema de salud más universal y que cubra a todos los residentes en el país en todas las etapas de su vida.

Al respecto, por ejemplo, la sentencia T-752 de 2007[43], explicó que “cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud 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”.

De esta forma, en sede de revisión también se ha dicho que “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. El Estado debe garantizar de manera progresiva el derecho fundamental a la salud y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las

necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”[44].

En el mismo orden de ideas, la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-760 de 2008[45] concluyó que, “[c]omo el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”, esta Corporación ha admitido que el POS excluya los tratamientos para la infertilidad incluso cuando el galeno tratante los haya prescrito.

En relación con dicha conclusión, la citada sentencia T-760 de 2008 advirtió lo siguiente:

“En sentencia T-698 de 2001[46], [la Corte Constitucional] negó una laparoscopia operatoria a una mujer que padecía una enfermedad de su aparato reproductor caracterizada por la inflamación de los ovarios y dolor pélvico persistente, igualmente se le diagnosticó un hidrosalpinx en el lado derecho. Esta Corporación argumentó que no procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él. En sentencia T-946 de 2002[47], negó el tratamiento de fertilidad consistente en inseminación y fecundación in-vitro a una mujer que sufría de endometriosis severa, hidrosalpinx y fibroplasia. La Corte reiteró que el tratamiento se encontraba excluido del POS y no era posible ordenarlo mediante tutela y señaló que no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud. En sentencia T-752 de 2007[48], negó una fertilización in-vitro a una mujer beneficiaria del régimen subsidiado que tenía problemas para quedar embarazada. Esta Corporación argumentó que no existe violación de derechos fundamentales por la negación del tratamiento solicitado porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud 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”.

No obstante lo anterior, este Tribunal también ha considerado que resulta procedente el amparo para asuntos atinentes a la fertilidad en caso que se presente alguna de las

siguientes circunstancias: (a) cuando el tratamiento para la infertilidad ya ha sido iniciado por parte de la Entidad Promotora de Salud y ésta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, sin mediar concepto médico que justifique tal proceder o existir una razón científica que sustente dicha suspensión, hipótesis en la cual se debe garantizar la continuidad en la prestación del servicio; (b) cuando lo requerido por el accionante es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, evento en el cual el juez constitucional ordena la realización del examen diagnóstico, y no el tratamiento para la infertilidad; y (c) cuando la infertilidad es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad física de la mujer, hipótesis en la que el amparo se dirige a asegurar el suministro de las tecnologías en salud requeridas para tratar directamente aquella enfermedad, más no la prestación de la técnica de reproducción asistida propiamente dicha[49].

De lo anterior se desprende, en primer lugar, que debido al principio de la continuidad[50] en la prestación del servicio de salud, no es permitido que se suspendan los tratamientos para la infertilidad ya iniciados, a pesar de que la entidad promotora de salud no tenga la obligación de suministrarlos por estar fuera de la cobertura del plan de beneficios otorgado a los afiliados.

Respecto de esta circunstancia, por ejemplo, en la sentencia T-572 de 2002[51] se analizó un caso en el que la EPS demandada suspendió un proceso de inducción a la ovulación para lograr un embarazo cuando el galeno aumentó la dosis del medicamento requerido por la peticionaria. En dicha ocasión, la Sala Sexta de Revisión de esta Corte consideró que romper abruptamente lo que se había comenzado ocasionó un perjuicio irremediable a la actora atentando contra su integridad física y la confianza legítima que había generado el suministro del medicamento que luego se suspendió, razón por la cual, la Sala confirmó la sentencia de segunda instancia, en la que el juez de tutela había ordenado continuar con el tratamiento.

En segundo lugar, que con el fin de proteger el derecho al diagnóstico y contrarrestar la falta de certeza sobre la enfermedad, el amparo constitucional garantiza la práctica de exámenes diagnósticos que permitan al paciente tener pleno conocimiento sobre su estado de salud, lo que en todo caso no implica conceder una técnica de reproducción asistida. En relación con este supuesto, por ejemplo, en la sentencia T-636 de 2007[52], la Sala Séptima

de Revisión ordenó a la EPS accionada autorizar los exámenes cariotipo paterno y cariotipo materno prescritos por el médico tratante a una mujer y a su esposo, argumentando que la negativa de la entidad demandada desconoció la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de los pacientes a que les sean practicados exámenes diagnósticos, pues de ellos se vale el galeno tratante para determinar el manejo de una enfermedad.

De igual modo, la sentencia T-946 de 2007[53] abordó el caso en el que a una mujer, que sufría de fuertes dolores abdominales y a quien su médico tratante le prescribió la práctica de una laparoscopia operativa con fines terapéuticos y de diagnóstico ante la “alta sospecha de endometriosis”, le fue concedido el amparo pues aún su cuadro clínico no respondía a una infertilidad detectada, sino a una situación relevante donde el diagnóstico solamente se podía obtener por el procedimiento quirúrgico de laparoscopia operativa, motivo por el cual, la Corte tuteló sus derechos argumentando que este mecanismo constitucional procede para ordenar una cirugía diagnóstica ante la falta de certeza sobre la patología, ya que sólo así se puede determinar el tratamiento a seguir.

Y, en último lugar, que se debe garantizar el suministro de las tecnologías en salud encaminadas a contrarrestar o tratar una enfermedad en el sistema reproductor que tiene como consecuencia la infertilidad, sin que el amparo constitucional consista en ordenar la práctica del procedimiento de reproducción asistida. Frente a éste escenario, la sentencia T-901 de 2004[54] explicó que se trata de garantizar la “provisión de medicamentos, procedimientos o tratamientos necesarios para combatir la existencia de una patología en el sistema reproductor que produce por sí misma una afección de la salud del paciente y que de manera derivada genera la infertilidad”, salvaguardando el derecho a acceder a aquellas tecnologías que enfrenten tales patologías y, por contragolpe, permitan la recuperación de la función reproductora.

Dicho de otro modo, no se trata de propender en sede de tutela por el suministro de tratamientos para la infertilidad, requeridos simplemente por personas no aptas para concebir, sino de amparar la prestación de “aquellos tratamientos solicitados para la recuperación de personas con enfermedades del aparato reproductor que afectan sustancialmente la salud y la vida en condiciones de dignidad humana, pero que concomitantemente disminuyen o impiden su capacidad reproductiva, caso en el cual habrá de brindarse la protección tutelar deprecada”[55].

En concordancia con lo dicho, esta Corporación ha abordado casos en los que se ha evaluado si, conforme al cuadro clínico de la persona, se debe garantizar el suministro de tecnologías en salud para tratar las enfermedades que afectan el sistema reproductor y, consecuentemente, disminuyen o imposibilitan la fertilidad, con el fin de que eventualmente se pueda lograr la recuperación de las funciones reproductoras, sin que el amparo constitucional consista en conceder la prestación de la técnica de reproducción asistida eventualmente solicitada[56].

Así entonces, por ejemplo, en la citada sentencia T-901 de 2004 se abordó el caso de una mujer que fue diagnosticada con Miomas Uterinos y a la que se le indicó que, previo al procedimiento quirúrgico para extraerlos, debía realizarse un 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 no había tenido hijos. En dicha oportunidad, la Sala Novena de Revisión concedió el amparo argumentando que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, se encontró acreditado que la accionante padecía una enfermedad en su aparato reproductor que requería del medicamento formulado como parte de su tratamiento para reducir los miomas uterinos, previo a la intervención quirúrgica para su extracción, lo cual, a juicio de la Sala, garantizaría su derecho a la salud, y de contera también mejoraría sus posibilidades de reproducción.

De igual manera, en la sentencia T-605 de 2007[57], la Sala Séptima de Revisión concedió el amparo constitucional a una mujer que requería una cirugía desobstructiva de las trompas de Falopio y el retiro de adherencias del ovario izquierdo. En ese caso, a través de las pruebas allegadas al proceso, la Sala constató que se trataba de un procedimiento que tenía directa incidencia en el bienestar general de la paciente y que, aunque podía incidir en su fertilidad, no era en sí mismo un tratamiento de este género, pues simplemente era una intervención quirúrgica que buscaba la recuperación de la salud perdida de la peticionaria y que a la postre, podría incidir de manera positiva en su función procreativa.

Por lo anterior, aquella vez se concluyó que resultaba ostensible la violación del derecho a la salud de la demandante, pues la negativa a practicar la cirugía prescrita impedía a la tutelante tener acceso al más alto nivel posible de salud, ya que convivía con una patología que podía eventualmente redundar en complicaciones mayores en su aparato reproductor.

En ese mismo sentido, la Sala Tercera de Revisión, a través de la sentencia T-890 de 2009[58], advirtió, luego de examinar las pruebas aportadas al proceso, que la video laparoscopia operativa ordenada a la accionante buscaba 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 aquejaba a la actora, motivo por el cual, la Sala señaló que 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 o en su relación de pareja.

En consecuencia, en aquella ocasión la Sala adujo que “la especial situación fáctica que presenta el caso, torna procedente la tutela para que se autorice únicamente el procedimiento quirúrgico de laparoscopia operativa en procura de mejorar la calidad de vida y lograr el más alto nivel de salud en la actora, sin que deba atenderse su petición de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro”.

De igual forma, en la sentencia T-525 de 2011[59] la Sala Segunda de Revisión estudió un caso en el que la demandante padecía una obstrucción en las trompas de Falopio, por lo cual, el médico tratante le prescribió una micro-cirugía con el fin de mejorar sus condiciones de salud y, a su vez, eventualmente lograr que quedara en estado de gestación. En dicha sentencia, la Sala reiteró que “la Corte ha protegido el derecho a la salud, cuando la persona padece de alguna enfermedad o patología, que al ser tratada, le puede permitir a la mujer, de manera natural, quedar en estado de gestación, es decir, recuperar la condición física para procrear. En estos casos, la protección no está dirigida a autorizar tratamientos de infertilidad propiamente dichos, sino a superar o corregir anomalías físicas u orgánicas que permiten garantizar la integridad física, la salud y la vida en condiciones dignas”.

Debido a ello, luego de reiterar que Coomeva EPS no autorizó a la actora un procedimiento que buscaba corregir la patología que padecía y que eventualmente le permitiría de manera natural quedar en estado de gravidez, la Sala Segunda de Revisión ordenó a la EPS accionada realizar la microcirugía tubárica ordenada por el médico tratante.

No obstante lo dilucidado hasta el momento, resulta imperioso aclarar que, a pesar de todo el precedente anteriormente expuesto en torno a la solicitud de la fertilización in vitro y otros tratamientos para la infertilidad en sede de tutela, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en la sentencia T-274 de 2015[60], analizó cuatro casos acumulados en los que las accionantes pretendían que las Entidades Promotoras de Salud demandadas suministraran el tratamiento de fertilización in vitro para lograr quedar en embarazo. En aquella oportunidad, la Sala advirtió que la jurisprudencia constitucional ha abordado dicha pretensión desde la perspectiva del derecho a la salud, avalando la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del POS con sustento en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen la prestación del servicio de salud; sin embargo, consideró necesario presentar algunas consideraciones desde una perspectiva diferente: la de los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, su relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos y su protección a través del sistema de seguridad social en salud.

En este orden de ideas, consideró que “a pesar de estar justificada la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud, dado su considerable costo, ello no significa que en algunos casos no pueda incluirse a efectos de garantizar otros derechos fundamentales que se vean eventualmente involucrados como la salud reproductiva, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia. No corresponde a la Corte hacer una valoración de las prioridades financieras del sistema de seguridad social en salud; se trata de asegurar la garantía de los derechos fundamentales de pacientes que se encuentran en circunstancias especiales y excepcionales”[61].

Por lo anterior, en la citada providencia la Sala Sexta de Revisión estimó que el estudio sobre la posibilidad de acceder a los tratamientos de reproducción asistida, como servicios excluidos del POS, debe ser analizado teniendo en cuenta el cumplimiento de ciertos requisitos[62], con el fin de que el juez constitucional examine su observancia en cada caso concreto, de tal manera que si encuentra acreditada la existencia de dichos presupuestos o criterios, conceda el amparo y garantice el suministro de aquellos tratamientos a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto de la posición arriba esbozada, que vale aclarar, no respondía a una postura planteada, desarrollada, uniforme, constante o reiterada por la Corte Constitucional, esta

Sala no considera acertada la mutación y adición que dicha providencia propuso alrededor de las reglas adoptadas por esta Corporación sobre la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del POS a través de la acción de tutela[63]. En este sentido, además de las consideraciones precedentes, la Sala procederá a plantear algunas reservas frente a los fundamentos de los criterios trazados por la sentencia T-274 de 2015[64].

Para ello, resulta necesario reiterar que, de acuerdo con el recuento de la jurisprudencia constitucional hecho anteriormente, esta Corte, por regla general[65], cuando no ha negado el suministro de procedimientos de fertilización que no tienen otro fin distinto que el de permitir la procreación, ha concedido la protección para el manejo de una condición patológica que afecta la capacidad reproductiva, pero nunca para enfrentar la infertilidad como tal. Lo anterior, teniendo presente entre otras cosas que, conforme ya se adujo, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son limitados y su destinación debe estar guiada por criterios de racionalización y priorización, lo cual, en principio, ha determinado la exclusión de los tratamientos para la infertilidad en los planes de beneficios de salud.

Por lo anterior, un cambio encaminado a establecer como regla la inclusión de las técnicas de reproducción asistida por parte del Sistema de Seguridad Social es, prima facie, del resorte del legislador y, además, por las consecuencias jurídicas y presupuestales que dicho giro podría suscitar, tampoco resulta conveniente que, al resolver casos concretos, las Salas de Revisión de esta Corporación expidan órdenes de alcance general que modifiquen la política pública y decidan, por anticipado, todas las posibles controversias sobre un punto en particular sin que medie una discusión abierta o se aborden en toda su magnitud distintos temas asociados a la fertilización in vitro y a las técnicas de reproducción asistida en general, respecto de los cuales, incluso, existe un vacío legal en el ordenamiento interno.

En lineamiento con lo dicho, es importante resaltar, tal y como lo explicó la sentencia T-528 de 2014[66], que, por ejemplo, distintos países de América Latina han abordado una política pública en relación con las técnicas o tratamientos de reproducción humana asistida de forma distinta y por ello, en todos los casos, previamente se tuvieron que tratar y decidir distintas controversias en torno a dicho tema. Así entonces, en Argentina, para efectos de

garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, se discutió la idea de introducir, o no, requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o al estado civil de los destinatarios. De igual manera, se definieron la clase de establecimientos asistenciales para brindar los servicios, atendiendo a su naturaleza pública o privada.

En Chile, la cobertura de las técnicas de reproducción asistida se tuvo que aplicar por etapas debido al alto costo que ello implicaría para el Estado. En Uruguay, la política pública diferenció entre los procedimientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (aquellos en los que la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar fuera del aparato femenino, transfiriéndose a este los embriones resultantes) y baja complejidad (aquellos en función de los cuales la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino), estableciendo a partir de esa distinción el modo de financiación y el alcance de la cobertura para cada uno de dichos procedimientos, teniendo en cuenta también aspectos como la edad de la mujer y el número de intentos.

Y, finalmente, en Brasil se tuvo que: (i) abordar la necesidad de las parejas a la atención de la infertilidad cuando requieran servicios de alta complejidad para la reproducción humana asistida; y (ii) definir normas específicas o especiales para el financiamiento de aquellos servicios en el ámbito del sistema único de salud (Sistema Único de Saúde – SUS).

Por otro lado, también 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 ese sentido, cabe reseñar algunos casos específicos –e incluso disímiles entre sí– en los que, precisamente, dada la dimensión y las distintas aristas que rodean la práctica de la fertilización in vitro, se han tenido que abordar las cuestiones anteriormente mencionadas o, dicho de otro modo, éstas no se han podido omitir, pues necesariamente para referirse al suministro o la garantía de esa técnica de reproducción, se tiene que introducir en la construcción de la política pública aquellas variantes o cuestiones.

De esta forma, por ejemplo, en España la Ley 35 de noviembre 22 de 1988 estableció un límite de cinco años para la crio-conservación[67], pero después, la Ley 14 de mayo 26 de 2006 derogó aquella disposición y estableció que “[l]os preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida”[68].

En cambio, de forma distinta a como ocurre en el país ibérico, en Costa Rica el Decreto Ejecutivo No.24029-S del 3 de febrero de 1995, a pesar de que fue anulado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el 15 de marzo de 2000 mediante el Voto No. 02306, dispuso en su artículo 10 que “[t]odos los óvulo fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”.

Otro ejemplo, ahora en materia de inseminación o fecundación in vitro post mortem, lo trae España a través de la citada Ley 14 de 2006, en la cual se estableció la inexistencia de la filiación o de alguna relación jurídica entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, salvo que haya dejado consentimiento para que los espermatozoides puedan ser utilizados en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a la esposa. No obstante, la misma norma dispuso que aquel consentimiento se presume otorgado cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del hombre[69].

Por su lado, en Francia tuvo lugar el famoso caso de la viuda Corinne Parpalaix, quien en el año de 1984, luego de la muerte de su marido, reclamó a un banco de espermatozoides los gametos que su esposo, en vida, había decidido depositar allí. No obstante, la institución negó dicha solicitud, pero el Tribunal de Creteil decidió ordenar al banco entregar a la cónyuge superviviente el semen de su marido, con el que efectivamente se inseminó y procreó, sin contar con el consentimiento expreso de su esposo antes de morir para el uso del espermatozoides[70].

En suma, recogiendo lo dilucidado hasta aquí, esta Sala no comparte que la sentencia T-274 de 2015[71] 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[72], 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.

En relación con esa conclusión, vale la pena traer a colación lo advertido en la sentencia C-669 de 2014[73] respecto del contenido del artículo 134 del Código Penal que se demandó en dicha ocasión, con el fin, precisamente, de resaltar la dimensión sumamente compleja y las múltiples aristas o variantes que terminan envolviendo a la práctica de procedimientos como la fertilización in vitro. Ello, toda vez que la referida disposición establece que “[e]l que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses” (las subrayas indican el aparte demandado).

Al respecto, en aquella oportunidad se explicó que “los términos del artículo 134 del Código Penal abren los siguientes interrogantes: (i) si la penalización allí establecida se predica tanto de la fecundación corpórea como de la extracorpórea, o sólo de esta última; (ii) si la excepción al tipo penal se configura únicamente cuando la investigación, el tratamiento o el diagnóstico se orienta al propio preembrión, embrión o feto, o si la excepción trasciende este objetivo específico y se extiende a aquellos casos en que la investigación, el diagnóstico y el tratamiento persigue el beneficio de terceros o el beneficio general de la humanidad; (iii) si la finalidad terapéutica que se exige para exceptuar el tipo penal se predica sólo del tratamiento o diagnóstico, o también de la investigación científica. Ninguna de estas preguntas en torno al sentido y alcance de la excepción al delito de fecundación con fines distintos a la procreación, pueden ser resueltas mediante los criterios interpretativos ordinarios, porque una misma directriz conduce a respuestas divergentes, y porque además, las pautas hermenéuticas colisionan entre sí”[74].

Ahora bien, por otra parte la Sala también advierte que la resolución de casos similares al que hoy ocupa nuestra atención, en principio, no debe limitarse primera y exclusivamente a establecer si la prestación, o no, de tratamientos para la reproducción asistida interfiere

negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social, del derecho a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad o a conformar una familia, pues el juez de tutela, antes de buscar y ordenar la garantía de los derechos fundamentales invocados u objeto de controversia, debe examinar si, en efecto, existe la supuesta acción u omisión vulneradora que se traduce en la falta de suministro de los tratamientos para la infertilidad, y para ello, tiene que indagar con antelación si esa conducta, activa u omisiva, responde al incumplimiento de una obligación correlativa del Estado que consista en proveer este tipo de servicios, para que, en caso de encontrar acreditada dicha obligación, la conducta que se pretenda contrarrestar culmine con el amparo constitucional real y efectivo a través de medidas pertinentes.

Así pues, para realizar el examen arriba expuesto y analizar si en sede de tutela debe prosperar una pretensión dirigida a conseguir el suministro de una técnica de reproducción asistida, la Sala considera que el juez no puede desconocer abiertamente que, como ya se dijo, la aplicación del POS está sujeta, por un lado, a la garantía y materialización del derecho fundamental a la salud, el cual, conforme lo dispuso la Ley Estatutaria 1751 de 2015, “[c]omprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”, razón por la que el Estado debe adoptar políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Y, por otro, a las condiciones financieras del sistema y a la economía del país, para garantizar la concordancia entre el costo de las actividades incluidas en el Plan con su respectiva disponibilidad de recursos.

En ese sentido, no se puede perder de vista, en primer lugar, que los derechos humanos y fundamentales no son objeto de una protección absoluta e incondicionada, tienen la misma jerarquía abstracta y son interdependientes entre sí. De tal modo, que el derecho a la salud tampoco tiene un carácter absoluto, y por ello, el mismo ordenamiento jurídico, como se ha visto, admite y valida algunas limitaciones al mismo, como por ejemplo ocurre con la exclusión o la no inclusión en el POS de distintas tecnologías, prestaciones insumos o servicios.

En lineamiento con lo dicho, también resultaría apenas natural que, en virtud de la conexión e interdependencia de los derechos humanos y fundamentales, tal y como lo

resaltó la sentencia T-274 de 2015[75], la vida privada se relacione con la autonomía reproductiva y el goce de los servicios y técnicas de reproducción asistida, lo cual involucraría el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer aquellas garantías. En ese orden de ideas, por supuesto que los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud y el derecho a la autonomía y la libertad reproductiva y, por ello existiría una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva, la integridad física y psicológica y los derechos sexuales y reproductivos.

Ahora bien, lo anterior no significa que el Estado, con el fin de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentren en un estado de debilidad manifiesta o padezcan cualquier otra circunstancia de vulnerabilidad que le impida obtener un trabajo, suplir su derecho al mínimo vital y acceder a una alimentación básica diaria, no deba adoptar garantías especiales y medidas afirmativas o a su favor para asegurar que la igualdad sea real y efectiva, mediante la creación, por ejemplo, de comedores comunitarios[78] o ayudas humanitarias para la población desplazada, tal y como ya se ha realizado en el país, pero precisamente no en el marco del POS o del Sistema de Seguridad Social en Salud, sino de un plan o política pública concreta, específica y especialmente diseñada para dicho propósito.

Pues bien, algo similar ocurre actualmente con el POS, el Sistema de Seguridad Social en Salud, el derecho fundamental a la salud y las múltiples garantías o derechos que, en virtud de su interdependencia, se pueden invocar con ocasión de que un sujeto no pueda acceder a la fertilización in vitro con recursos propios. Ello, ya que si una persona desea satisfacer su deseo de procrear pero únicamente lo puede lograr a través de esa técnica de reproducción asistida, y carece de capacidad económica para sufragar el procedimiento, seguramente la imposibilidad de engendrar va a repercutir en el desarrollo de su personalidad, en la autonomía personal, en su libertad reproductiva, en la integridad física y psicológica y en sus derechos sexuales.

Sin embargo, dicha circunstancia no hace que, por lo menos actualmente, el Plan de Beneficios en Salud vigente y el Sistema de Seguridad Social en Salud deban garantizar a ese individuo la práctica de la fertilización extracorpórea, sin perjuicio de que el galeno tratante ordene todas las tecnologías en salud pertinentes, no para asegurar la procreación,

sino para corregir o tratar la anomalía que afecta el aparato reproductor del interesado y que consecuentemente perjudica su capacidad reproductiva. Como por ejemplo sucede cuando la mujer tiene ovarios poliquísticos u otro factor ovárico de infertilidad y el médico le prescribe cualquier procedimiento en salud o medicamento descrito en los anexos de la Resolución 5592 de 2015[79] para tratar dicho síndrome u otros factores ováricos[80] y, en consecuencia, recuperar plenamente o aumentar la capacidad reproductiva.

De cualquier modo, lo anterior no quiere decir que el Estado, tal y como se pudo constatar luego de citar el caso de algunos países, no pueda modificar su política pública y decidir las múltiples controversias que, como ya se vio y se seguirá explicando, existen en torno a la fertilización in vitro y la posibilidad de ampliar el Plan de Beneficios en Salud a las técnicas de reproducción asistida. Motivo por el cual, lo atrás explicado constituye otra razón para que la Sala no comparta que la sentencia T-274 de 2015[81] simplemente haya condicionado el suministro de la fertilización in vitro al cumplimiento y acreditación de ciertos requisitos, presupuestos o criterios, postergando así el debate democrático y legal a través de la construcción de una política pública, todo con el fin de que, a través de un control concreto de constitucionalidad, se implanten reglas generalizadas que promuevan la provisión de dicho procedimiento a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En segundo lugar, tampoco se puede perder de vista que el criterio fundamental para evaluar la inclusión de tecnologías dentro del POS es la mayor efectividad en la utilización de los recursos y eficacia en términos de los resultados deseados a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía, con el fin de que dicho Plan incluya los servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad.

En este orden de ideas, con los criterios adoptados en la sentencia T-274 de 2015[82] se desprende que el Estado incurre, per se, en una omisión vulneradora de derechos fundamentales, toda vez que dicho razonamiento parte de la base de que la administración tendría la obligación de proveer este tipo de servicios, conclusión que no comparte esta Sala, pues aquel planteamiento va en contravía de la naturaleza limitada de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y de los criterios de racionalización y priorización

que orientan su destinación, los cuales han marcado la exclusión expresa o la falta de incorporación de este tipo de intervenciones en los planes de beneficios en salud. En consecuencia, la Sala no está de acuerdo con la consideración elevada en aquella providencia, en virtud de la cual: (i) se afirmó que a esta Corte no le corresponde hacer una valoración de las prioridades financieras del Sistema de Seguridad social en Salud; y (ii) se procedió, debido a aquel raciocinio, a plantear los criterios ya citados para acceder a los tratamientos de reproducción asistida, como servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Una posición en ese sentido, por ejemplo, desestimaría de forma categórica las reglas adoptadas por esta Corporación sobre la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud a través de la acción de tutela. Materia en torno a la cual la Corte ha sostenido que las exclusiones del POS son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha afirmado que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos”[83].

Debido a lo anterior, por regla general, cuando una persona necesita un servicio, procedimiento o medicamento que no esté incluido en el POS, debe obtenerlo por su propia cuenta y asumir su costo. No obstante, dicha regla no es absoluta, pues “en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.”[84].

Así entonces, excepcionalmente esta Corporación ha considerado que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud pueden solicitar a las Entidades Promotoras de Salud la provisión de medicamentos, insumos o servicios excluidos del POS, y en caso de que su suministro sea negado, podrán acudir a la acción de amparo, siempre que: “(i) la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de

quien lo requiere; (ii) el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[85].

De esta manera, dichas reglas refuerzan el precedente constitucional desarrollado en torno a la procedencia del amparo para asuntos atinentes a la fertilidad[86], pues estas parten del supuesto de que no en todos los casos, como sucedería con los tratamientos de fertilización que no tienen otro fin distinto que el de permitir la procreación y tampoco buscan asegurar la vida o la integridad de la persona, procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias que plasman las exclusiones en los planes de salud o no incorporan ciertas tecnologías en los mismos, ya que “se requiere que la falta del medicamentos o tratamientos excluidos por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado,[87] pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos”[88], debido a que, frente a estas garantías, “inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos”[89].

Por último, también llama la atención de la Sala que en sede de tutela la sentencia T-274 de 2015[90] haya garantizado, a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la práctica de procedimientos de fertilización que no tienen otro fin distinto que el de permitir la procreación, no sólo omitiendo: (i) la discusión pública que previamente se debería librar para definir si son los recursos del sistema de salud, o no, los que deben soportar el costo de un tratamiento que trasciende la naturaleza y el contenido del derecho fundamental a la salud en los términos del artículo 2[91] de la Ley Estatutaria 1751 de 2015[92], pues conforme lo adujo la mencionada providencia, tratándose de tratamientos de fertilidad, si bien su ausencia no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social, el derecho a la salud reproductiva, a la

igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia; (ii) los criterios fundamentales para evaluar la inclusión de tecnologías en el POS; (iii) la naturaleza limitada de los recursos del sistema de salud; y (iv) los criterios de racionalización y priorización que guían su destinación y han marcado la exclusión de estos tratamientos en dicho plan de salud; sino también subestimando el principio de progresividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en virtud del cual debe existir una “gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios”[93], ya que, conforme lo dispone el artículo 48 superior, el Estado, con la participación de los particulares, tiene que ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social.

Lo anterior, pues necesariamente se minimiza el principio de progresividad si el juez constitucional, tal y como lo hizo en la sentencia T-274 de 2015[94], erróneamente afirma que no le corresponde hacer una valoración de las prioridades financieras del Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que el fundamento de dicho principio exactamente parte de la base de que el Estado tiene la obligación de crear y consolidar condiciones que, de acuerdo con los recursos o insumos disponibles y a través de los medios apropiados[95], le permitan avanzar gradual y constantemente hacia el disfrute del más alto nivel posible de salud, para lo cual, necesariamente, se tienen que priorizar los recursos disponibles, ya que su destinación debe cubrir, primeramente, la más básica realización del derecho y, en esa medida, garantizar las tecnologías más elementales, estudio que, además, se debe realizar por medio de un vehículo adecuado que permita verificar el orden en aquel avance gradual y escalonado que permitiría alcanzar las más plena y posible realización del derecho.

Ello, debido a que la progresividad dirigida a alcanzar ciertas prestaciones aparte protegidas por un derecho, como eventualmente podría ser el caso de los tratamientos para la infertilidad, requiere, no sólo que el Estado introduzca en sus políticas y programas aquellos recursos o medidas dirigidas a obtener gradualmente el logro de las metas que se haya trazado, sino también que, por medio de las autoridades competentes, establezca: (i) la magnitud de los compromisos que adquiere con la sociedad y los usuarios del sistema de salud con el propósito de conquistar dichos objetivos; y (ii) el plan o el modo de operar con el cual adelantaría el cumplimiento de tales deberes. No obstante, “estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser

implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes”[96].

Así entonces, lo arriba explicado no puede dejar de ser la regla general para mutar como excepción en el plan de salud que adopte el Sistema y en la forma en la que éste incorpore tecnologías, más aun cuando las “metodologías utilizadas para [la] definición y actualización del Plan de Beneficios deben ser publicadas y explícitas y consultar la opinión, entre otros, de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, organizaciones de profesionales de la salud, de los afiliados y las sociedades científicas, o de las organizaciones y entidades que se consideren pertinentes”[97]. Tanto así que en la última actualización integral del POS, la cual entró a regir a partir del 1º de enero de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, abrió en todo el país espacios de participación ciudadana para garantizar a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, individual y colectivamente, por representación de las diferentes organizaciones de pacientes, usuarios y comunidad médica, su participación directa y efectiva expresando las preferencias, opiniones y recomendaciones frente a dicha actualización[98].

Con base en lo dicho, también resulta paradójico que la sentencia T-274 de 2015[99] vuelva de la excepción una regla general. Pues si la premisa genérica indica que cuando una persona necesita algún servicio, procedimiento o medicamento que no está incluido en el POS debe obtenerlo por su propia cuenta y asumir el costo, no pueden crearse ciertos requisitos o criterios generales para, específicamente, condicionar el suministro de la fertilización in vitro –que no está incluida en el POS- al cumplimiento y la acreditación de tales presupuestos, con el fin de lograr la financiación de esa técnica de reproducción asistida por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En ese sentido, a pesar de que la premisa genérica arriba expuesta no es absoluta, pues esta Corte, cuando están acreditadas ciertas circunstancias en el caso concreto, ha inaplicado las restricciones y limitaciones previstas por el POS para ordenar en sede de

tutela el suministro de tecnologías no incluidas en dicho Plan; ello difiere sustancialmente de la creación de reglas o criterios genéricos que, en caso de cumplirse, avalan única y exclusivamente la provisión de una técnica de reproducción asistida a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues en este segundo escenario la regla general indicaría que cuando una persona requiera ese procedimiento de reproducción -no incluida en el POS-, en vez de sufragarlo por su propia cuenta, debería acreditar el cumplimiento de los criterios o requisitos establecidos por la sentencia T-274 de 2015[100].

Justamente, siguiendo la línea expuesta y acogida en la presente providencia, la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-528 de 2014[101], en vez de apelar a la implantación de reglas generalizadas que promuevan la provisión de la fertilización in vitro a cargo del Sistema de Salud, concluyó que la EPS accionada no vulneró los derechos fundamentales del actor a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad, al no autorizar esa técnica de reproducción asistida por estar excluida del POS, con todo y que fue prescrita por el médico tratante como única alternativa para lograr la procreación.

Sin embargo, muy conforme con lo explicado hace un momento, la Sala exhortó al Gobierno Nacional para que realizara la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e iniciara una discusión abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del POS a dichas técnicas científicas.

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala abordará los casos en concreto.

5. Análisis de los casos en concreto

De las pruebas y los antecedentes relacionados en esta providencia se desprende que a las señoras Lina Marcela Cabrera Martínez y Heidy Paola López Díaz les fueron extirpadas quirúrgicamente las Trompas de Falopio debido a embarazos ectópicos tubáricos o a patologías tubáricas que originaron procesos infecciosos, motivo por el cual, ambas accionantes carecen de dichos órganos en su aparato reproductor.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el ánimo de alcanzar o permitir la procreación y satisfacer su deseo obstétrico, las señoras Cabrera Martínez y López Díaz pretenden que el juez constitucional ordene a las entidades accionadas autorizar y suministrar el tratamiento de fertilización in vitro a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, respectivamente.

En relación con dicha solicitud, 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 inadmisible 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.

En este orden de ideas, no se concederá el amparo solicitado debido a que las entidades demandadas nunca iniciaron e interrumpieron inesperadamente el tratamiento para la infertilidad solicitado, ni tampoco lo requerido por las actoras es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, pues incluso dicho diagnóstico ya se efectuó y, finalmente, en ningún de los dos escenarios la protección solicitada se dirige a obtener el tratamiento de una condición patológica que afecta la capacidad reproductiva, toda vez que se pretende la prestación de la fertilización in vitro únicamente para permitir la procreación y enfrentar la infertilidad como tal, y no se busca tratar una enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad de las peticionarias y, como consecuencia, genere la incapacidad para procrear o un síntoma de infertilidad.

Se arriba a la anterior conclusión, primero, ya que, como quedó probado, la infertilidad de la señora López Díaz es primaria en la medida en que no es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad, pues proviene directamente de un factor irreversible producto de la extirpación quirúrgica de ambas trompas de Falopio, situación que también comparte la

señora Cabrera Martínez, en la medida en que, conforme lo adujo su médico tratante, perdió ambas trompas de Falopio por una resección y extirpación de las mismas, razón por la que ambas actoras requerirían de la fertilización in vitro solamente para satisfacer su deseo obstétrico y alcanzar la gestación.

Y segundo, toda vez que, como se explicó, esta Corte, en relación con el tema de la autorización de procedimientos de fertilización que no tienen otro fin distinto que el de permitir la procreación, por lo general[102], cuando no ha negado la tutela, ha concedido el amparo para el tratamiento de una condición patológica que afecta la capacidad reproductiva, pero nunca para enfrentar la infertilidad como tal. En otras palabras, resultaría procedente la protección en sede de tutela para asuntos atinentes a la fertilidad en caso que la infertilidad sea un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad física de la mujer, evento en el que la salvaguarda se dirigiría a asegurar el suministro de las tecnologías en salud requeridas para tratar directamente aquella enfermedad, más no la prestación de la técnica de reproducción asistida propiamente dicha.

Por lo anteriormente dilucidado, esta Sala no accederá a las solicitudes de las accionantes y, en consecuencia, confirmará, por las razones expuestas y en los términos de esta providencia, los fallos de tutela proferidos dentro de los procesos de la referencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la orden de suspensión del trámite de revisión de los fallos proferidos con ocasión de las acciones de tutela instauradas por: (i) Lina Marceal Cabrera Martínez, contra Comfenalco Valle EPS; y (ii) Heidy Paola López Díaz, contra la Dirección General de Sanidad Militar.

SEGUNDO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas y en los términos de esta providencia, la sentencia del 6 de agosto de 2015 proferida por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de

Oralidad de Santiago de Cali, en el proceso de tutela iniciado por Lina Marcela Cabrera Martínez contra Comfenalco Valle EPS (T-5.211.785).

TERCERO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas y en los términos de esta providencia, la sentencia del 15 de octubre de 2015 proferida por la Sala de Decisión de Tutelas Número 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual se confirmó la sentencia de agosto 24 de 2015 dictada por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de tutela iniciado por Heidy Paola López Díaz contra la Dirección General de Sanidad Militar (T-5.235.636).

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-398/16

ACCION DE TUTELA Y TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD-No existe transgresión del principio de continuidad de tratamiento, como tampoco se presenta acción de tutela por sujetos de especial protección (Aclaración de voto)

Referencia: Expedientes AC T-5.211.785 y T-5.235.636.

Acción de tutela instaurada por Lina Marcela Cabrera Martínez contra Comfenalco Valle EPS y Heidy Paola López Díaz contra la Dirección general de Sanidad Militar

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

No obstante estar de acuerdo con las decisiones adoptadas en los asuntos de la referencia, en cuanto confirmaron las sentencias proferidas por los jueces de instancia, quienes negaron las acciones de amparo. Mi reparo, y la razón de ser de mi aclaración de voto, consiste en que, en oportunidad anterior, en la sentencia T-375 de 2016, fuimos partidarios de conceder la acción de tutela y amparar los derechos fundamentales a la intimidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, prohibición de discriminación y el derecho a conformar una familia. La decisión se tomó con fundamento en la jurisprudencia sobre los derechos sexuales y reproductivos, contenida en las sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015, sin embargo, en el asunto que examinó la Sala Cuarta de Revisión, la situación fáctica expuesta protegió a una pareja que deseaba tener un hijo recurriendo a la fecundación in vitro con semen tratado, lo anterior, en razón de que uno de los cónyuges presenta anticuerpos para el VIH, razón por la cual se estudió el caso concreto a la luz del precedente de la Corte, relativa a la protección constitucional dirigida a las personas que padecen del virus del VIH como sujetos de especial vulnerabilidad. Dicha situación, a mi modo de ver, resulta especialísima en cuanto involucra un sujeto de especial protección, y, por consiguiente, agrega un enfoque adicional al estudio que normalmente, conforme la jurisprudencia, se realiza en estos casos.

En el asunto sub examine la negativa del amparo se circunscribe a señalar que las entidades demandadas nunca iniciaron o interrumpieron inesperadamente el tratamiento

de infertilidad, asimismo, se advierte que lo requerido por las actoras tampoco lo es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad, o para diagnosticar su causa, ni se dirige a obtener el tratamiento de una condición patológica que afecta la capacidad reproductiva, y que busque el tratamiento de una enfermedad que afecte la salud e integridad de las peticionarias.

Debo precisar que en los fallos T-274 de 2015[103], y T-306 de 2016[104] las patologías presentadas generaban un riesgo a la integridad y la salud de los pacientes. Especialmente, en la tutela T-306 de 2016, la Corte analizó los principios de integralidad y continuidad del tratamiento, en consideración a que la EPS había practicado a la accionante los exámenes diagnósticos previos y necesarios (como el cariotipo con bandeo de sangre y el espermograma a su pareja) y tal como lo dice la médica tratante, “ya están todos los estudios adicionales”. Al respecto, señalo la Sala Cuarta que “Escindir el tratamiento o interrumpirlo estando en curso y a esa altura de lo ya ganado en diagnósticos y pronósticos médicos, atenta claramente contra el derecho a la salud de la peticionaria en su faceta reproductiva y en la arista de continuidad del servicio de salud”. Se dijo además, que el concepto de continuidad en los tratamientos de esterilidad, demanda una mirada más integradora, teniendo en cuenta que se trata de medidas clínicas y terapéuticas escalonadas cuya piedra angular es el diagnóstico inicial, conformado para este caso, con los estudios previos realizados a la pareja.

En consideración a que los casos objeto de estudio, no implican circunstancias como las que hasta ahora ha señalado la jurisprudencia, es decir, no existe ninguna circunstancia excepcional que vulnere el derecho a la salud y la integridad física de los accionantes, no existe trasgresión del principio de continuidad del tratamiento, como tampoco se presenta la acción de tutela por sujetos de especial protección, es por lo que comparto la decisión esbozada en la presente sentencia.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

[1] Los expedientes de la referencia fueron seleccionados y acumulados para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, mediante Autos del 12 y 26 de noviembre de 2015.

[2] Tal y como lo corrobora la copia de la cédula de ciudadanía de la actora anexada en el expediente de la referencia. Folio 1, cuaderno 1.

[3] Así lo confirmó la entidad accionada en la contestación de la tutela. Folio 21, cuaderno 1.

[4] En adelante POS.

[5] Además, en dicho diagnóstico, suscrito el 2 de junio de 2015, consta: (i) que la actora es una “paciente con salpingectomía por embarazo ectópico y pérdida de ambas trompas”, pues en cada una sufrió dicho tipo de embarazo y en la trompa derecha padecía salpingitis aguda. Motivo por el cual, en la trompa derecha se le realizó una resección y en la otra una salpinguectomía; y (ii) que se le realizó una laparotomía con ocasión del embarazo ectópico tubárico. Folios del 2 al 5, cuaderno 1 y folios del 30 al 32 del cuaderno de revisión del expediente T-5.211.785, en adelante, cuaderno principal de revisión.

[6] Al respecto, la peticionaria informó que es una mujer de escasos recursos económicos, pues devenga un salario mínimo mensual legal vigente producto de su trabajo como auxiliar de enfermería. No obstante, la empresa empleadora aportó una certificación suscrita en marzo de 2016, en la que consta que la actora se desempeña como auxiliar de laboratorio desde abril del 2014, y actualmente recibe un salario mensual de \$630,000 más un auxilio de alimentación por un valor de \$30,000. Asimismo, la actora informó que está casada con el señor Nelson Alberto Montes Correa, quien devenga un salario de \$1,271,260. Folio 7, cuaderno 1 y folios 67, 72, 77 y 79 del cuaderno principal de revisión.

[7] Tal y como lo corrobora la copia de la cédula de ciudadanía de la actora anexada en el expediente de la referencia. Folio 47, cuaderno 1.

[8] Al respecto, obra copia del carné de servicios de salud de la accionante anexado en el folio 46 del cuaderno 1, y la información suministrada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en relación con su afiliación, contenida en los folios 87 y 88 del cuaderno principal de revisión.

[9] Conforme lo explicó el Jefe del Área de Ginecología y Obstetricia del Hospital Militar Central, médico especialista Ginecólogo, dicho procedimiento se denomina Salpinguectomía

Bilateral.

[10] En relación con este hecho, el informe suministrado por el Jefe del Área de Ginecología y Obstetricia del Hospital Militar Central también explicó que, de acuerdo con la historia clínica de la actora, debido a la patología tubárica bilateral (obstrucción proximal e Hidrosalpinx grado II en la trompa derecha y grado III en la izquierda) y a los procesos infecciosos que desarrolló (Enfermedad Pélvica Inflamatoria Crónica de origen infeccioso), la tutelante no estaba apta para la fertilidad. Folio 63 del cuaderno 1 y folios 36, 87 y 91 del cuaderno principal de revisión. // De igual forma, el médico Javier Noriega Rangel de la Clínica Foscal de Bucaramanga, evaluó a la actora el día 13 de julio de 2015 y la diagnosticó con infertilidad primaria, Síndrome de Ovario Poliquístico y un factor Tuboperitoneal irrecuperable (pues no tiene trompas de Falopio), razón por la que, según lo adujo el galeno, la única alternativa para la accionante, desde el punto de vista de la fertilidad, es someterse a una Fertilización in vitro (folio 10, cuaderno 1). Del mismo modo, el Jefe del Área de Ginecología y Obstetricia del Hospital Militar Central informó que su factor de infertilidad es irreversible y sólo podría ser manejable en el futuro “con Fertilización In Vitro o Adopciones de embriones o bebés” (folio 91 del cuaderno principal de revisión).

[11] Al respecto, la accionante informó que actualmente está desempleada y vive con su compañero permanente, quien asume todos los gastos de manutención, pues su única fuente de ingreso asciende a \$300,000 y proviene del arriendo de una casa que está a nombre suyo y de un tercero, monto que destina para el pago de un crédito de educación por el cual paga una cuota mensual de \$230,000. Folio 46, cuaderno principal de revisión.

[12] Ley 352 de 1997, artículo 14. “FUNCIONES ASIGNADAS A LAS FUERZAS MILITARES. El Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea serán las encargadas de prestar los servicios de salud en todos los niveles de atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, a través de las unidades propias de cada una de las Fuerzas Militares o mediante la contratación de instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP. // PARÁGRAFO. En los establecimientos de sanidad militar se prestará el servicio de salud asistencial a todos los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares contemplados en los artículos 19 y 20 de la presente Ley, en los términos y condiciones que determine el Comité

de Salud de las Fuerzas Militares”.

[13] Decreto 1795 de 2000, artículo 16. “FUNCIONES ASIGNADAS A LAS FUERZAS MILITARES. El Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea serán las encargadas de prestar los servicios de salud a través de las Direcciones de Sanidad de cada una de las Fuerzas a los afiliados y sus beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, por medio de sus Establecimientos de Sanidad Militar; así mismo podrán solicitar servicios preferencialmente con el Hospital Militar Central o con Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP. // PARAGRAFO. Las Direcciones de Sanidad a las que se refiere el presente artículo serán las creadas por las normas internas de cada Fuerza.

[14] Artículo 277 superior. “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: // (...) 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo. (...) 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (...)”.

[15] Artículo 278 superior. “El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: // (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad (...)”.

[16] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

[17] “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[18] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[19] En adelante, CIDH.

[20] Al respecto de esta consideración, explicó lo siguiente: “de una parte, lo allí decidido [refiriéndose al caso fallo Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica] no es compatible con la

Constitución Política en la medida en que ésta protege la vida del ser humano por ser valiosa en sí misma y no por o exclusivamente para proteger a la mujer embarazada y, además protege al que está por nacer por el hecho de ser persona, reconociendo sus derechos inherentes e inalienables, sin perjuicio de su reconocimiento jurídico positivo y sin fijar arbitrariamente momento límites para ello como es el caso de la implantación -como sí lo hizo la Corte IDH en esta sentencia-; y por otra parte, la interpretación contenida en la sentencia contra Costa Rica citada, evidentemente no es uniforme y reiterada como lo exige la jurisprudencia constitucional, pues es el único caso en el que la Corte IDH ha sostenido tal posición. // Con todo, tal y como se señaló, el problema jurídico del caso de Costa Rica, era la prohibición de la F.I.V., en tanto, en Colombia ha sido, la financiación de los tratamientos de fertilización artificial. Luego, los dos son asuntos diferentes, de tal forma que su falta de vinculación se da incluso, por la falta de pertinencia del contenido de la cuestión. // En consecuencia, esta vista fiscal considera que la Corte Constitucional no debe usar la referida sentencia interamericana como parámetro a la hora de pronunciarse sobre el caso de tutela en consideración y, en lugar de ello, debe actuar de conformidad a su propio precedente judicial”.

[21] En relación con este punto, advirtió que “desde una perspectiva jurídica y constitucional, que es la perspectiva aquí pertinente, es igualmente claro que el nasciturus es una persona humana y, por tanto, también es sujeto de la dignidad humana y titular de todos los derechos que a esta intrínseca e inherentemente le pertenecen. Esto, por cuanto la personalidad es un concepto jurídico y moral que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos reconocen a todo miembro de la especie humana, sin perjuicio de ninguna consideración externa relativa a sus condiciones físicas, su entorno, o la voluntad o las pretensiones de otros (incluyendo sus progenitores)”.

[22] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[23] “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[24] Ahora bien, poner en marcha dicho procedimiento judicial no requiere ninguna formalidad ni la actuación por medio de apoderado. De igual forma, es una acción

preferente y sumaria dentro de la cual se dicta un fallo máximo diez días después de haberse elevado la solicitud, dicha decisión puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación. Este trámite deberá llevarse a cabo de acuerdo a los “principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción” (artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011).

[25] En este sentido, no obstante el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud, por regla general, es idóneo y eficaz para resolver los asuntos que enumera el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, también se ha considerado que “resulta desproporcionado señalar que dicho mecanismo es preferente sobre el recurso constitucional, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de la personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos” (sentencia T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[26] Dado que, primero, las actuaciones que dieron lugar a la supuesta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por las actoras se empezaron a concretar entre junio y julio de 2015, época durante la cual a ambas les fue indicado que para satisfacer su deseo obstétrico y manejar la infertilidad tendrían que someterse a un tratamiento de fertilización in vitro, a su vez excluido del POS y del Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial y, segundo, que las acciones de tutela fueron elevadas en julio y agosto de 2015, esta Sala entiende que hay una proximidad temporal entre el supuesto menoscabo a las garantías fundamentales de las peticionarias y la activación del mecanismo de amparo, toda vez que transcurrió un término razonable (entre uno y dos meses), en el que las demandantes acudieron a la jurisdicción constitucional a través de esta vía.

[27] Al respecto, es necesario aclarar que la Ley 1122 de 2007 creó la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y dispuso que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

mantendría vigentes sus funciones mientras no entrara en funcionamiento la CRES. No obstante, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2560 de 2012, suprimió la CRES y trasladó sus funciones al Ministerio de Salud y Protección Social.

[28] “Por el cual se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Sin embargo, es menester recordar que actualmente el mismo Plan de Beneficios en Salud cubre a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente que estos se encuentren vinculados al régimen contributivo o subsidiado de salud, pues incluso a partir de la expedición de los Acuerdos 011 de 2010, 027 de 2011 y 032 de 2012 de la CRES, se unificó el POS del régimen contributivo y subsidiado para toda la población.

[29] “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[30] Anteriormente denominado Plan Obligatorio de Salud (POS). Sin perjuicio de que cualquiera de las dos nominaciones esté correctamente empleada.

[31] Artículo 25 de la Ley 1438 de 2011.

[32] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

[33] Parágrafo 2º del artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

[34] Al respecto resulta menester recordar que la Resolución 5521 de 2013 quedó derogada desde el 1º de enero de 2016, momento a partir del cual empezó a regir la Resolución 5592 de 2015, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”.

[35] Resolución 5521 de 2013, artículo 130. “Exclusiones específicas. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y son las siguientes: (...) 4. Tratamientos para la infertilidad. (...)”.

[36] Cfr. Artículos 4, 5 y 6 de la Resolución 5592 de 2015.

[37] En este punto, resulta necesario aclarar que 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 que el sistema general, motivo por el cual, a esta Corte le ha parecido inadmisibile 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. // Al respecto, la sentencia T-549 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández precisó lo siguiente: “ (...) debe recordarse que el legislador pretendió al establecer los regímenes de excepciones al régimen general de la Ley 100 de 1993: (i) que los derechos en salud contengan beneficios y condiciones superiores a los que rigen para los demás afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la dicha ley y, a su vez, (ii) en ningún caso, consagre un tratamiento discriminatorio o menos favorable al que se otorga a los afiliados al sistema integral general”. // En el mismo sentido lo expresó la sentencia C-1095 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, así: “la Constitución habilita a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional para tener un régimen especial en materia prestacional y de salud y que ello obedece a la especialidad de sus funciones relacionadas con el mantenimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades públicas y con la defensa de la soberanía, independencia e integridad territorial -Artículos 217 y 218 de la Carta-. Luego, como lo ha expuesto la Corte en reiteradas oportunidades, la sola existencia de regímenes especiales no comporta vulneración alguna del derecho de igualdad, a menos, claro está, que en ella se adviertan discriminaciones injustificadas. Entonces, es claro que la sola existencia de un sistema especial de seguridad social no implica la vulneración del derecho de igualdad pues él tiene un claro fundamento constitucional. // Por otra parte, no debe perderse de vista que la existencia de un sistema especial de seguridad social se explica por el propósito de proteger los derechos adquiridos por el personal excluido del régimen general y por la intención de implementar condiciones prestacionales más favorables para cierto grupo de trabajadores en razón de la especialidad de sus funciones. Por ello, no debe olvidarse que un desarrollo del principio de igualdad es precisamente la existencia de una clara correspondencia entre los particulares riesgos implícitos en el desempeño de una actividad específica y el diseño de un sistema de seguridad social que dé cobertura a esos riesgos particulares.”. // Cfr. Sentencias T-456 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-625 de 2009,

M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-065 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

[39] Acuerdo 002 de 2001, artículo 9. “ACTIVIDADES, INTERVENCIONES Y PROCEDIMIENTOS. Adóptese las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, aquellas incluidas en la Clasificación Única de Procedimientos en Salud vigente, establecida por el Ministerio de Salud, para la atención por el SSMP. // PARAGRAFO 1.- Se exceptúan los casos en que constituyan parte de tratamientos de infertilidad y de ortodoncia, rehabilitación e implantología oral, diferentes a los estipulados en el presente Acuerdo. // PARAGRAFO 2.- Las excepciones determinadas en el párrafo anterior, serán prestadas por los establecimientos de sanidad militar, establecimientos de sanidad policial y Hospital Militar Central como Planes Complementarios, en los términos señalados en el artículo 35 del Decreto 1795 de 2000 (...)”. // Decreto 1795 de 2000, artículo 35. “PLANES COMPLEMENTARIOS. El SSMP [Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional], previo concepto favorable del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, podrá ofrecer planes complementarios a través de sus Establecimientos de Sanidad o de aquellos con las cuales tenga contratos para la prestación del Plan de Servicios de Sanidad. Tales planes serán financiados en su totalidad por los afiliados o beneficiarios”.

[40]Aquel Plan, de acuerdo con sus artículos 3, 4 y 5, dispuso que: (i) las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas son las siguientes: Inseminación artificial intrauterina (homóloga y heteróloga), Aspiración foricular de ovario por laparoscopia, Espermograma básico, Análisis moco cervical (prueba post coito), Inmunoterapia- hipo sensibilización con antígenos -(linfoterapia), Seguimiento ecográfico folicular y Lavado y capacitación espermática; (ii) el número de procedimientos diagnósticos y terapéuticos no podrá exceder de tres; y (iii) la totalidad de su financiamiento está en cabeza del afiliado o beneficiario, para lo cual el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional aplicará las tarifas de venta de servicios aprobadas por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

[41] Sentencia T-1104 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada, entre otras, por la sentencia T-550 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[42] Ibídem.

[43] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[44] Sentencia T-550 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[45] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[46] Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[47] Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

[48] Corte Constitucional, sentencia T-820 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

[49] Cfr. T-689 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-946 de 2002 y 901 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-870 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-890 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-550 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-935 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-924 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-009 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[50] Sobre el principio de continuidad, la sentencia T-760 de 2008 advirtió que “el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; irrespetar el derecho a la salud una EPS que suspende un servicio de salud que se requiere, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador”.

[51] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[52] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Acerca del derecho al diagnóstico, esta providencia adujo que dicha garantía debe salvaguardarse si de no efectuarse el examen diagnóstico «(i) se pone en peligro la salud y la vida del paciente (Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2001); (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma (Corte Constitucional. Sentencias T-260 de 1998, T-185 de 2004); (iii) se desconoce la estrecha relación que existe entre el resultado del examen y el tratamiento integral de la enfermedad (Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2004); (iv) se imposibilita que el paciente pueda ser tratado médicamente en

forma tal que se le facilite “desarrollar al máximo sus actividades diarias y desempeñarse normalmente en sociedad” (Corte Constitucional. Sentencia T-304 de 2005)”».

[53] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[54] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[55] Sentencia T-901 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[56] De acuerdo con lo anterior, en la sentencia T-924 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, se adujo lo siguiente: “una vez determinada la causa de la infertilidad, y cuando se logra establecer que esta es producto de otra enfermedad, la Corte ha protegido los derechos fundamentales de las mujeres y le ha ordenado a las EPS que le realicen los procedimientos y tratamientos que sean necesarios para tratar dicha patología, pues se considera que tienen como propósito fundamental lograr la recuperación de la salud de la paciente, sin que ello implique ordenar el tratamiento de fertilidad”.

[57] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[58] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[59] M.P. Mauricio González Cuervo.

[60] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[61] Sentencia T-274 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, En ese mismo sentido, concluyó que “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”.

[62] Estos criterios o requisitos fueron enlistados de la siguiente manera: “(i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Como se expuso previamente, tratándose de tratamientos de fertilidad debe ampliarse el ámbito de protección en la medida que, si bien esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social, el derecho a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, facetas que igualmente deben ser protegidas por el juez constitucional. // (ii) Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. Cuando se han agotado otros medios y los mismos no han dado resultado, los tratamientos de fertilidad in vitro no cuentan con un homólogo o sustituto dentro del POS, precisamente por la naturaleza de los mismos y su considerable costo. // (iii) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

Debe exigirse un mínimo de diligencia del afiliado en demostrar a la EPS a la que se encuentre afiliado o, de ser el caso, al juez de tutela que conozca el asunto, de su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado. // El afiliado deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados. El monto que deberá sufragar el paciente para acceder a tales procedimientos, a través de la cuota moderadora o el copago según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital. (...) (iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios, y no la descarte con base en criterios médico-científicos. En caso de ser prescrito por un galeno particular, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante,

justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento. // (v) Que el galeno haya prescrito el tratamiento evaluando las condiciones específicas de la paciente, en factores como: (i) la condición de salud; (ii) la edad; (iii) el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia; (iv) la capacidad económica; previendo los posibles riesgos y efectos de su realización y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento”. Sentencia T-274 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[63] Resulta pertinente recordar que estas reglas, conforme lo citó la sentencia T-760 de 2008, son las siguientes: “(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.” (Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[64] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[65] Salvo en los casos en los que se inicie e interrumpa injustificadamente el tratamiento y el juez proteja la continuidad en la prestación del servicio.

[66] M.P. María Victoria Calle Correa.

[67] Artículo 11 “1. El semen podrá criopreservarse en Bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años. // 2. No se autorizará la criopreservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación. // 3. Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se criopreservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años. // 4. Pasados dos años de criopreservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes”.

[68] Numeral 3 del artículo 11 de la citada Ley 14 de mayo 26 de 2006, sancionada por el

Rey de España y suscrita por el Presidente del Gobierno de turno, Felipe González Márquez.

[69] Artículo 9 ibídem.

[70] Cfr. ANSÓN OLIART, Francisco. Se fabrican hombres (informe sobre la genética humana). Ediciones Rialp S.A. Madrid, 1988, p. 27 y 28; DOLGIN, Janet L. Defining the family: law, technology, and reproduction in an uneasy age. New York University Press New York and London, 1997, p. 201 y s.s.

[71] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[72] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[73] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[74] Sentencia C-669 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[75] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[76] Artículo 55. “SUSTANCIAS Y MEDICAMENTOS PARA NUTRICIÓN. Las coberturas de sustancias nutricionales en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC son las siguientes: a. Aminoácidos esenciales con o sin electrolitos utilizados para alimentación enteral. // b. Medicamentos descritos en el anexo 1 que hace parte integral de este acto administrativo, utilizados para los preparados de alimentación parenteral. // c. La fórmula láctea que se encuentra cubierta exclusivamente para las personas menores de 12 meses de edad, hijos de madres con diagnóstico de infección por el VIH/SIDA, según posología del médico o nutricionista tratante. // d. Alimento en polvo con vitaminas, hierro y zinc, según guía OMS para personas menores entre seis (6) y veinticuatro (24) meses de edad. // PARÁGRAFO: No se cubren con cargo a la UPC las nutriciones enteras u otros productos como suplementos o complementos vitamínicos, nutricionales o nutracéuticos para nutrición, edulcorantes o sustitutos de la sal y cualquier otro diferente a lo dispuesto en el presente artículo”.

[77] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud

—SGSSS y se dictan otras disposiciones”.

[78] Por ejemplo, la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá adelanta un plan oficialmente denominado: Atención Integral a Personas en Situación de Inseguridad alimentaria y Nutricional en Comedores Comunitarios, que “son espacios físicos y sociales en los cuales se propicia la inclusión social de personas, familias y poblaciones en condiciones de pobreza y vulnerabilidad social, se suministra alimentación servida (almuerzo con un aporte nutricional entre el 35% y el 40% de los requerimientos calóricos diarios para una persona) y se realizan actividades de inclusión social y comunitaria”.

Consultado en:

http://portel.bogota.gov.co/portel/libreria/php/frame_detalle_scv.php?h_id=24219

[79] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”.

[80] Así, por ejemplo, el Anexo 2 de la citada Resolución, al codificar el listado de procedimientos en salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, contemplo tecnologías como las siguientes: cistectomía o resección de quiste en ovario, resección cuneiforme en ovario, resección de tumor en ovario, punción y drenaje de lesión en ovario, fulguración en ovario (excepto por laparoscopia), escisión de ovario remanente, aspiración de ovario, liberación de torsión de ovario (excepto por laparoscopia), entre otros.

[81] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[82] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[83] Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver, entre otras, las Sentencias SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis; SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-883 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

[85] Así lo reiteró la sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, cuando recordó que “[e]stos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-557 y T-829 de 2006 (MP Manuel José

Cepeda Espinosa), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-565 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-788 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-1079 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)”.

[86] Por su puesto con excepción de aquella postura dilucidada por la citada sentencia T-274 de 2015, de la cual, tal y como se ha venido explicando, esta Sala se aparta.

[87] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[88] Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[89] Sentencia T-939 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz, citada en la T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[90] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[91] Artículo 2. “ NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

[92]“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[93] Artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

[94] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[95] En relación con este asunto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es

que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos. Además, el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales” (CIDH, Informe Anual, 1993, OEA/Ser. L/V/II.85 Doc. 8rev, 11 de febrero de 1994). // En el mismo sentido, conforme lo adujo la sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, «vale resaltar que de acuerdo con los términos empleados por el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], la tarea de asegurar protección a la salud constituye una labor de permanente actualización y perfeccionamiento, razón por la cual los Estados no pueden justificar el alcance de un determinado grado de satisfacción del derecho para cesar los esfuerzos que permitan un mejor cumplimiento. Tal es el sentido según el cual debe comprenderse “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”». Lo anterior, a su vez, se ajusta al mandato de progresividad expresado en el artículo 2 del citado Pacto, el cual prescribe que los Estados Partes “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

[96] T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[97] Artículo 25 de la Ley 1438 de 2011.

[98] Cfr. Resolución 5592 de 2015, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”.

[99] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[100] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[101] M.P. María Victoria Calle Correa.

[102] Salvo en los casos en los que se inicie e interrumpa injustificadamente el tratamiento y el juez proteja la continuidad en la prestación del servicio.

[103] Las patologías que presentaban las demandantes eran linfoma de Hodgkin, embarazos ectópicos, y endometriosis.

[104] Abortos espontáneos.