

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Caso en que EPS no autoriza procedimiento de fertilización in vitro

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenido

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Regulación legal

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD-Jurisprudencia constitucional

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

SALUD COMO DERECHO PRESTACIONAL-Sostenibilidad financiera

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Déficit de protección de los derechos por imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de fertilización in vitro

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Sexta de Revisión-

Sentencia T-476 de 2023

Referencia: Expediente T-9.284.285

Asunto: revisión de las sentencias de tutela proferidas dentro del proceso de adelantado por Karen Patricia Blanco Julio en contra de Coosalud Entidad Promotora de Salud S.A.

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión de las sentencias proferidas dentro del proceso de tutela de la referencia, previas las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

Karen Patricia Blanco Julio, actuando en nombre propio, presentó solicitud de tutela en contra de Coosalud EPS¹. En su criterio, la entidad accionada vulneró sus derechos a la salud, reproducción, familia y reproducción asistida, al negar el procedimiento de fertilización in vitro que solicitó.

1. Hechos

1. Karen Patricia Blanco Julio, de 26 años edad, y afiliada al régimen contributivo de salud en Coosalud EPS, fue diagnosticada con infertilidad no especificada a causa de la patología: obstrucción tubárica proximal izquierda y distal derecha².

1. El 5 de abril de 2021, un ginecólogo obstetra de Profamilia, mediante un formato manuscrito de “Solicitud de Interconsulta, Apoyo Diagnóstico o Terapéutico”³, indicó lo siguiente: (i) solicitud: “realizar fertilización in vitro”⁴; (ii) impresión diagnóstica: “obstrucción tubárica bilateral”⁵, y (iii) datos clínicos relevantes: “se remite a la clínica de fertilidad para realizar fertilización in vitro”⁶.

1. Con fundamento en este dictamen, en abril de 2021, la accionante solicitó a Coosalud EPS se le autorizara tratamiento de fertilización in vitro.

1. Mediante oficio del 5 de mayo de 2021⁷, Coosalud EPS negó la solicitud por cuanto el

tratamiento está expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud (PBS) y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en la materia y los parámetros de la Ley 1953 de 2019, “los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) son limitados y [...] el cubrimiento de procedimientos y tecnologías por parte del Sistema debe responder a criterios de necesidad y prioridades de salud”⁸. Finalmente, precisó que se le prestarían los servicios de salud que requiriera, en atención a su patología⁹.

1. El 7 de febrero de 2022, a la accionante se le practicó el procedimiento quirúrgico denominado reconstrucción bilateral mediante laparotomía “fimbrioplastia”¹⁰, ordenado por su médico tratante.

1. El 4 de abril de 2022, la accionante fue diagnosticada con “obstrucción tubárica próxima izquierda y distal derecha con leve hidro-salpinx asociado”¹¹.

1. El 9 de agosto de 2022, la tutelante reiteró su solicitud a Coosalud EPS en el sentido de que se le autorizara el “[tratamiento de fertilización in vitro], [...] que [le] fue recomendado por el [...] especialista de P[ro]familiaria” el 5 de abril de 2021¹².

1. Mediante oficio del 30 de agosto de 2022¹³, la EPS negó la solicitud por las siguientes razones: (i) ha atendido integralmente la patología de salud denominada obstrucción tubárica izquierda y distal derecha, que origina el estado de infertilidad¹⁴ en atención a las órdenes médicas que han impartido sus médicos tratantes. (ii) El tratamiento denominado “fecundación in vitro con ICSI” para tratar la patología de infertilidad femenina no especificada, se encuentra excluido de la financiación con recursos públicos asignados a la salud¹⁵. (iii) A pesar de la expedición de la Ley 1953 de 2019¹⁶ y de la Resolución 0228 de 2020¹⁷, no existe “una regulación concreta respecto del [tratamiento de la infertilidad], mediante la cual se obligue a las EPS a practicar dichos procedimientos, únicamente dan a conocer la política pública mediante la cual el Estado en calidad de garante de la salud de los asociados, pretende dar el tratamiento legal adecuado a dicho tema, no encontrándose en el

articulado de dichas normas, disposición alguna que obligue a las EPS la práctica de este tratamiento”¹⁸. Finalmente, precisó que “no resulta procedente el servicio requerido, máxime que a la usuaria se le han garantizados los servicios médicos que ha requerido, incluidos los procedimientos que los médicos tratantes han ordenado a efectos de conjurar la patología que ha originado la infertilidad en la paciente”¹⁹.

1. Pretensiones y fundamentos de la tutela

1. La demandante solicita el amparo de sus derechos a la salud, reproducción, familia y reproducción asistida y, en consecuencia, que se le conceda el acceso al procedimiento de fertilización in vitro recomendado por el especialista de Profamilia. Según indica, Coosalud EPS negó realizar el procedimiento de fertilización in vitro a pesar de que el citado profesional lo ordenó, situación que ha “afectado su salud mental debido al arduo proceso de tratamientos que solo deterioraron su estado de infertilidad y no lograron el objetivo sugerido por la E.P.S.”²⁰, máxime que no cuenta con los recursos económicos para acceder a un proceso de adopción²¹.

1. Contestación de la demanda de tutela

1. Coosalud EPS S.A.²² solicitó declarar improcedente la tutela o en su defecto la carencia de objeto por hecho superado “debido a que a la paciente se [...] ha tratado conforme a su patología médica con oportunidad y eficiencia”²³. En primer lugar, señaló que no se le ha negado procedimiento médico alguno²⁴, y que desde el año 2019 ha tratado la patología denominada “obstrucción tubárica izquierda y distal derecha” mediante “pruebas diagnósticas, citas especializadas, incluso intervenciones quirúrgicas”²⁵, como el procedimiento médico de reconstrucción tubárica bilateral por laparotomía realizado el 7 de febrero de 2022, que es el procedimiento quirúrgico “único, pertinente y adecuado” para liberar la obstrucción padecida²⁶, con la advertencia de que “ningún procedimiento podía

garantizar su completa eliminación”²⁷.

1. En segundo lugar, señaló que el tratamiento de fertilización in vitro para tratar la patología de infertilidad femenina no especificada se encontraba en el listado de servicios y tecnologías excluidas del sistema de salud.

1. En tercer lugar, precisó que la Ley 1953 de 2019 y la Resolución 0228 de 2020 no constituyen una regulación concreta respecto del tratamiento de la infertilidad, “mediante la cual se obligue a las EPS a practicar dichos procedimientos [de fertilización in vitro], contrario a ello, dichos cuerpos normativos tienen como finalidad exhortar y conminar al Congreso de la República para que regule con rigurosidad y concreción lo relacionado con dicho tratamiento”²⁸, máxime si se tiene en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias T-946 de 2002 y T-935 de 2010.

1. Respuesta de la vinculada²⁹

1. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres)³⁰ solicitó ser desvinculada del trámite de tutela debido a la falta de legitimación en la causa por pasiva o, en su defecto, se niegue el amparo. En su criterio, de acuerdo con la normativa vigente, es función de la EPS, y no de la Adres, la prestación de los servicios de salud³¹. Además, indicó “que [las] EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, [...] por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS”³².

1. En relación con el procedimiento de fertilización in vitro, señaló que, aunque la normativa general lo excluía del Plan de Beneficios de Salud, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-074 de 2020, precisó que en casos excepcionales era posible su garantía, para lo cual era imperativo que se cumplieran los requisitos especificados en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019³³.

1. Finalmente, sugirió que se “[modularan] las decisiones que se profieran [...], en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público”³⁴.

1. Sentencia de primera instancia³⁵

1. El 11 de noviembre de 2022, el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Cartagena (Bolívar) negó la tutela, al no acreditarse las condiciones y requisitos previstos en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 y desarrollados en la Sentencia SU-074 de 2020, necesarios para acceder a la financiación parcial y excepcional del tratamiento de fertilización in vitro mediante recursos públicos.

1. Según indicó, dentro del expediente judicial no existe (i) “historial clínico de la pareja con la que la accionante [que] pretende procrear un hijo, ni tampoco información relevante sobre su identidad, edad y estado de salud”³⁶; (ii) “cita con un médico especialista adscrito a dicha EPS en el que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, se haya pronunciado expresamente respecto de la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro”³⁷; (iii) “certeza acerca del número de ciclos que deben realizarse y su frecuencia”³⁸; (iv) ausencia de capacidad económica de la pareja³⁹, y (v) vulneración o amenaza inminente

de otros derechos fundamentales⁴⁰. Por consiguiente, ante la ausencia de todos los requisitos previstos en la Sentencia SU-074 del 2020, negó el amparo.

1. Impugnación⁴¹

1. La accionante señaló que (i) “no ha sido posible de aportar [el historial clínico de la pareja], debido al tedioso proceso al que [ha] sido sometida por parte de la EPS”⁴²; (ii) la EPS “no [h]a brindado los tratamientos y seguimiento adecuado a la realización de los ciclos y la frecuencia solicitada”⁴³; (iii) no cuentan con “los recursos económicos suficientes para solventar el costo de un proceso de una magnitud tan alta como lo es el solicitado, (fertilización in vitro)”⁴⁴, y (iv) fueron vulnerados otros derechos fundamentales, ya que la EPS la “somet[ió] a una serie de procedimientos dolorosos, tediosos y largos que no generaron ningún tipo de mejora”⁴⁵.

1. Sentencia de segunda instancia⁴⁶

1. El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena (Bolívar) confirmó la sentencia de primera instancia. En su criterio, la accionante “no aportó historial clínico de la pareja con la que pretende procrear, ni tampoco información relevante sobre su identidad, edad y estado de salud, lo cual resulta de extrema [necesidad] ante la estrictez de los presupuestos. A su vez, [que] no cuenta con [un] parte m[é]dic[o] en el que se indique fehacientemente respecto de la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro en la accionante y por ende sin especificación de número de ciclos que deben realizarse y su frecuencia, imposibilitándose de esta forma el estudio del caso particular de la paciente ante la ADRES”⁴⁷.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias de tutela proferidas dentro de los expedientes de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Presentación del caso

1. A pesar de la multiplicidad de derechos alegados, el asunto bajo examen versa sobre la posible vulneración de los derechos reproductivos de la accionante, como consecuencia de la negativa de la EPS accionada de realizar el procedimiento de fertilización in vitro exigido.

1. Para los jueces de instancia, la solicitud de tutela cumplió las exigencias de procedibilidad. En el estudio de mérito, negaron las pretensiones debido a la falta de cumplimiento de las condiciones dispuestas en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019, y desarrollados en la Sentencia SU-074 de 2020.

1. La Sala verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela; en caso de que se acrediten formulará el problema jurídico sustantivo del caso y precisará los estándares jurisprudenciales para su resolución.

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución y las disposiciones del Decreto 2591 de 1991, la demanda de tutela debe cumplir con los siguientes requisitos generales de procedibilidad: (i) legitimación en la causa, por activa y por pasiva, (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad.

1. Legitimación en la causa

1. Al igual que lo evidenciaron los jueces de instancia, la Sala constata que la solicitud de tutela cumple con los requisitos de legitimación en la causa tanto por activa⁴⁸ como por pasiva⁴⁹. De un lado, dicha solicitud fue presentada por Karen Patricia Blanco Julio, en nombre propio, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la reproducción, a la familia y a la reproducción asistida. De otro lado, la solicitud se dirige contra Coosalud EPS, presunta responsable de la vulneración de los derechos de la accionante en su calidad de encargada de asegurar la prestación del servicio de salud que demanda.

1. Inmediatez

1. La Sala también constata que la solicitud de tutela se presentó en un término razonable y proporcionado desde el hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales⁵⁰. En efecto, se presentó el 1 de septiembre de 2022, esto es, tan solo 1 día después de obtener la respuesta negativa por parte de la entidad accionada frente a la petición del 9 de agosto de 2022, mediante la cual Coosalud negó el tratamiento de fertilización in vitro que solicitó.

1. Subsidiariedad

1. Los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991 prevén que la tutela es un mecanismo judicial de defensa de los derechos fundamentales de carácter subsidiario. Esto implica que es improcedente ante la existencia de un medio de defensa judicial principal idóneo y eficaz, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esto es, inminente y grave, y que, por tanto, requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables.

1. Esta caracterización constitucional de la acción supone que la garantía de los derechos fundamentales “no es un asunto reservado al juez de tutela”⁵¹; de allí que su protección preferente corresponda a las autoridades judiciales ordinarias⁵².

1. Aunque la Ley 1122 de 2007 permite recurrir a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver los conflictos entre las EPS y sus afiliados, relacionados con la cobertura y acceso a los servicios de salud⁵³, este mecanismo no es idóneo en el presente caso⁵⁴ porque dicha normativa señala expresamente que la superintendencia no conoce de los conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se les asimile y sus usuarios por la prestación de servicios y tecnologías expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud⁵⁵. Esta restricción aplica, precisamente, a la tecnología de fertilización in vitro, mediante la cual se trata la “enfermedad o condición de infertilidad femenina”, según lo especifica la Resolución 2273 de 2021⁵⁶. En consecuencia, la accionante no dispone de un recurso de defensa judicial idóneo distinto de la tutela, pues la autorización de los tratamientos de fertilización in vitro no hace parte de las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud. Por tal motivo, la Sala abordará el estudio de fondo del caso.

1. Problema jurídico sustantivo y metodología de decisión

1. Dado que la tutela supera las exigencias de procedibilidad, el problema jurídico sustantivo que debe resolver la Sala es si Coosalud EPS vulneró los derechos reproductivos de Karen Patricia Blanco Julio al negar la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, por ser un servicio excluido del Plan de Beneficios en Salud. Para estos efectos, reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con (i) los derechos a la salud y a la seguridad social y su relación con los tratamientos de fertilidad y (ii) la garantía extraordinaria de acceso al procedimiento de fertilización in vitro. A partir de esta jurisprudencia resolverá el caso.

1. Los derechos a salud y a la seguridad social y su relación con los tratamientos de fertilidad⁵⁷

1. Los artículos 48 y 49 de la Constitución disponen que la atención en salud y la seguridad social son servicios públicos esenciales a cargo del Estado, cuyo fin es garantizar a todas las personas el acceso a los servicios en salud, de acuerdo con los principios de eficiencia, integralidad, universalidad y solidaridad. En tanto derecho fundamental social, este derecho comprende el “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”⁵⁸.

1. Con el propósito de hacer efectivo este derecho, el legislador estatutario estableció un conjunto de principios orientadores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante, SGSSS)⁵⁹, y dispuso que la prestación del servicio debía ser completa e integral, con independencia de su cubrimiento y financiación⁶⁰. En todo caso, previó algunos criterios para determinar aquellos servicios y tecnologías que podrían ser expresamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente⁶¹.

1. En tanto tratamiento para la infertilidad, el procedimiento de fertilización in vitro se encuentra expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud, de conformidad con el inciso tercero del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 y las resoluciones 244 de 2019⁶² y 2273 de 2021⁶³ del Ministerio de Salud y Protección Social. Dicha exclusión se ha justificado en que el procedimiento hace parte de la faceta prestacional y progresiva del derecho a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos, aunado a su alto costo.

1. La garantía extraordinaria de acceso al procedimiento de fertilización in vitro⁶⁴

1. Antes de la expedición de la Sentencia T-274 de 2015, el acceso a los tratamientos de fertilidad se valoró de manera restrictiva, desde la comprensión del derecho a la salud como ausencia de dolor o ausencia de enfermedad, razón por la cual se avaló la exclusión de dicho tratamiento del Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios en Salud). De manera excepcional, para que el procedimiento se autorizara, se debían acreditar las siguientes condiciones: (i) se pretendiera preservar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud o (ii) que la práctica del procedimiento de fertilidad garantizara los derechos a la vida, la salud y la integridad personal⁶⁵. Este último supuesto se consideró que se configuraba en los siguientes tres supuestos: a) a propósito de la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad, b) para el suministro de medicamentos y c) cuando la infertilidad fuera un síntoma o una consecuencia de otro tipo de patología o enfermedad.

1. La Sentencia T-274 de 2015 fijó una postura jurisprudencial mucho más amplia, en términos de la protección de otros derechos y garantías conexos a los derechos sexuales y reproductivos y, por primera vez, ordenó la práctica de un tratamiento de fertilización in vitro. Esta providencia reiteró el exhorto efectuado en la Sentencia T-528 de 2014, relacionado con la necesidad de regular los tratamientos de fertilidad y su exclusión sin excepciones del POS (hoy PBS). En particular, señaló que esta regulación debía tener en cuenta la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no

cuentan con recursos económicos para sufragar los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro. Asimismo, instó al gobierno nacional para iniciar una discusión abierta sobre la necesidad de ampliar la cobertura del POS respecto de este tipo de tratamientos.

1. La Ley 1953 de 2019 estableció “los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”. Su artículo 3 facultó al Ministerio de Salud y Protección Social para adelantar una política pública relativa a la infertilidad, “con miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del sistema de seguridad social en salud, en el término de 6 meses”. Uno de los componentes que debe incluir la política pública es el relativo al diagnóstico y tratamiento oportuno, de conformidad con el cual se deben establecer “esquemas de atención, diagnóstico y tratamiento oportuno frente a la patología infertilidad: así como fomento de la formación de profesionales de la salud en el área de la infertilidad, desde una perspectiva integral”.

1. Su artículo 4 dispone que una vez establecida la política pública de infertilidad, “en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA), conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública”, que deberá cumplir con los siguientes tres criterios:

“1. Determinación de Requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, número de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja, o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad. || 2. Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad del servicio, y definición de

la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio. || 3. Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública”.

1. En la Sentencia C-093 de 2018, la Corte declaró infundadas las objeciones presidenciales presentadas en contra del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 1953 de 2019. En relación con los derechos sexuales y reproductivos, explicó que comprenden dos facetas: una de cumplimiento inmediato y otra sujeta al principio de progresividad. La primera incluye la autodeterminación reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de pago por Capitalización (UPC). La procreación por medio de asistencia científica con cargo al SGSSS tiene un carácter prestacional y, en consecuencia, está sujeta al mandato de progresividad.

1. A partir de lo dispuesto en los artículos 334 de la Constitución y 6 de la Ley 1751 de 2015, la providencia hizo referencia al alcance del principio de sostenibilidad financiera, orientador del SGSSS. De conformidad con este, el sistema tiene como fin garantizar de manera progresiva el acceso al derecho a la salud, de allí que solo pueda asumir compromisos económicos que se ajusten al límite de sus recursos. En ese sentido, precisó que la financiación de las tecnologías asociadas a técnicas de reproducción asistida debe hacerse con cargo a recursos públicos distintos de la UPC, puesto que: (i) la Ley 1751 de 2015 establece un plan de beneficios excluyente⁶⁶, por lo que ni el Legislador ni el Gobierno Nacional se encuentran facultados para decretar inclusiones individuales y expresas de prestaciones, servicios o tecnologías; (ii) el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 habilita al Gobierno Nacional para que preste los tratamientos de fertilidad con cargo a otros recursos públicos, y (iii) el impacto fiscal negativo que supondría que la fuente de estos procedimientos fuera con cargo a la UPC afectaría de manera grave la sostenibilidad financiera del SGSSS. A partir de estas razones, finalmente, precisó que el acceso a las terapias de reproducción asistida con cargo a los recursos públicos no constituye una regla general, sino un mecanismo de protección individual que se debe conceder únicamente en

aquellos casos en los que la persona acredite el cumplimiento estricto de los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019. Solo en estos casos, precisó, se podría acceder a una financiación excepcional y parcial de los tratamientos de fertilidad de alta complejidad, entre ellos, la fertilización in vitro.

1. Posteriormente, en la Sentencia SU-074 de 2020, la Corte se pronunció sobre el acceso a procedimientos de reproducción asistida y, más específicamente, sobre el tratamiento de fertilización in vitro. Advirtió que existían posturas disímiles en la jurisprudencia a propósito del acceso a estos tratamientos. En consecuencia, unificó la jurisprudencia en relación con el impacto de estos tratamientos sobre el derecho a la salud, más allá de la dimensión de ausencia de dolor o enfermedad y, valoró la afectación de otros derechos fundamentales, así como el potencial efecto negativo de la exclusión de dichos procedimientos del PBS sobre personas de escasos recursos económicos.

1. En primer lugar, evidenció un déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, igualdad, salud y sexuales y reproductivos de las personas con menor capacidad económica, debido a las barreras en el acceso a los tratamientos de reproducción asistida y la exclusión sin ninguna excepción de dichos procedimientos del PBS. En este sentido, indicó que esta circunstancia (i) representaba un obstáculo en el desarrollo del proyecto de vida de las personas con pocos recursos económicos para sufragar dichos procedimientos; (ii) afectaba prima facie los derechos reproductivos y sexuales, así como, los derechos a la autonomía reproductiva, libre desarrollo de la personalidad, vida privada y familiar, y libertad de decidir libre y responsablemente el número de hijos, y (iii) amenazaba el derecho a la salud, debido a los posibles efectos negativos de la infertilidad sobre el bienestar psicológico de las personas.

1. En segundo lugar, en atención a que para la fecha en la que se profirió la sentencia el Ministerio de Salud y Protección Social no había cumplido el mandato dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1953 de 2019, la Corte estableció unos lineamientos provisionales en aras de proteger los derechos fundamentales que pudieran ser afectados por la falta de acceso a los tratamientos de reproducción asistida. Así, advirtió que “la posibilidad

de financiar completamente y en todos los casos los tratamientos de fertilización in vitro con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) sería contraria a la Ley 1953 de 2019 y a la Sentencia C-093 de 2018”.

1. En tercer lugar, en atención al contenido normativo de los principios de solidaridad, universalidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del SGSSS, y a que el acceso a estos tratamientos constituye una ampliación de la faceta prestacional de los derechos reproductivos por medio del sistema de salud, la Sala precisó que estos no podían ser financiados con cargo a los recursos del SGSSS, aunque sí era un deber estatal su prestación. Además, indicó que hacer depender el acceso a los tratamientos de reproducción asistida a la reglamentación gubernamental, sería contrario a las normas legales y a los mandatos constitucionales que exigen la protección inmediata de los derechos fundamentales. En consecuencia, estableció algunos parámetros para garantizar el acceso progresivo y excepcional a la financiación parcial con cargo a recursos públicos de los tratamientos de fertilización in vitro. Así, dio alcance a las condiciones y requisitos dispuestos en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019, de tal forma que su cumplimiento habilitara la financiación parcial estatal de estos tratamientos a favor de personas y parejas con infertilidad, sea esta de tipo primario (persona o pareja con infertilidad que no hubiesen tenido hijos de manera previa) o secundario (persona o pareja con infertilidad que hubiesen tenido hijos), que consistiría, conforme a la pertinencia médica y condición de salud de la persona, en la financiación parcial, con cargo a recursos públicos, de un número máximo de tres ciclos, cuya frecuencia debía ser determinada por el médico tratante.

2. Estos requisitos y condiciones son los siguientes: (i) la persona o pareja con infertilidad debe tener una edad que resulte viable para el tratamiento de fertilización in vitro. (ii) La condición de salud de la persona o pareja con infertilidad debe ser verificada por parte de un médico especialista adscrito a la EPS del paciente, el cual debe prescribir el tratamiento de fertilización in vitro por medio del aplicativo Mi Prescripción (MIPRES), siempre y cuando se hubieren agotado todos los procedimientos y alternativas disponibles para atender la infertilidad de la persona, y siempre que esta no hubiere accedido a procedimientos médicos similares. En caso de que el procedimiento sea ordenado por un médico no vinculado a la EPS a la cual se encuentre afiliada la paciente, es necesario que dicha entidad conozca su

historia clínica, con el propósito de que tenga acceso a la citada opinión médica, y evalúe la idoneidad del tratamiento por parte de un grupo de especialistas adscritos a la EPS. Además, le corresponde determinar al médico tratante el número de ciclos del tratamiento y la frecuencia de su práctica. En relación con estos, como ya se indicó, solo es posible la financiación estatal parcial del tratamiento, y para un número máximo de tres ciclos. (iii) Debe acreditarse que la persona o pareja carezcan de los recursos financieros necesarios para sufragar los costos derivados del tratamiento de fertilidad, lo cual debe haberle impedido acceder a este, por medio de sus propios recursos o de cualquier otro sistema o plan de salud; cuando se trate de solicitantes que se encuentren en el régimen contributivo de salud, la evaluación de este requisito, se indicó, debe ser más estricta. (iv) Finalmente, debe constatarse que la ausencia del procedimiento de fertilización in vitro vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales de la paciente, tales como la dignidad humana, reproductivos, libre desarrollo de la personalidad, vida privada y familiar, conformar una familia, igualdad y, potencialmente, salud⁶⁷. Este requisito debe ser demostrado de forma siquiera sumaria, por medio de circunstancias objetivas, verificables y graves; en relación con estas, en la sentencia en cita se señala:

“se considera que las circunstancias: (i) son objetivas cuando su ocurrencia no depende de opiniones o juicios individuales de las personas o parejas solicitantes, sino que existen referentes externos que fundamentan tales situaciones; (ii) son verificables cuando resultan probadas o pueden demostrarse a partir de cualquier medio probatorio válido; y (iii) finalmente, son graves –como lo ha establecido esta Corporación con miras a determinar la configuración de un perjuicio irremediable– cuando suponen un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. Para ello, corresponde a los solicitantes allegar a la entidad correspondiente las evidencias de las circunstancias que impliquen una especial o excepcional afectación de sus derechos fundamentales, entre las que se encuentran, por ejemplo, el deterioro de la salud mental o del bienestar psicológico o emocional derivado de la infertilidad”⁶⁸.

1. En cuarto lugar, la sentencia en cita precisó que la entidad encargada de autorizar el tratamiento sería la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres) hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social dictara la reglamentación ordenada en la Ley 1953 de 2019 y definiera la autoridad competente para tales efectos. Para hacer operativo el mecanismo, precisó que la evaluación de las solicitudes debía cumplirse en las siguientes tres fases: en primer lugar, la condición de infertilidad de la persona o pareja, así como las dos primeras exigencias previamente referidas (edad y condición de salud), al igual que el concepto técnico favorable respecto de la procedencia del tratamiento de reproducción asistida, debían ser verificadas por un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encontrara afiliada la paciente, o por parte de un grupo de especialistas, si la orden era dictada por un médico ajeno a la EPS. En segundo lugar, solo de acreditarse un concepto médico favorable, en las condiciones previamente citadas, la Adres debía verificar las dos últimas exigencias a que se hizo referencia (capacidad económica y vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la paciente). En tercer lugar, en caso de que todas estas exigencias se cumplieran, previa verificación integral de todas ellas por parte de la Adres, esta remitiría el trámite a la EPS para que llevara a cabo la práctica del procedimiento de fertilización in vitro, mediante su red prestadora de servicios o los convenios respectivos. Como se indicó, le corresponde a la Adres garantizar que los recursos para el pago de los costos que el procedimiento le demande a la EPS estén debidamente apropiados, los cuales no pueden ser asumidos con cargo a los recursos de la UPC, sino que deben corresponder a otras fuentes de financiación estatal.

1. El 20 de febrero de 2020, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1953 de 2019, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la resolución n.º 0228 “por la cual se adopta la política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad”. En su anexo técnico se incluyeron los lineamientos de la política en los componentes: (i) investigativo, relacionado con el fomento de la investigación científica, en los sectores público y privado, sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían ayudar a prevenirla, tratarla y curarla; (ii) preventivo, relacionado con el desarrollo integral e interdisciplinar de estrategias de promoción y prevención de la infertilidad y las enfermedades asociadas; (iii) educativo, relacionado con el componente de educación sexual y reproductiva; (iv) diagnóstico y tratamiento oportuno, relacionado con el establecimiento de esquemas de

atención, diagnóstico y tratamiento oportuno de la patología de infertilidad, y (v) adopción, relacionado con el establecimiento de lineamientos de priorización, que permitan a las personas diagnosticadas con infertilidad garantizar el derecho a formar una familia a partir de la figura de la adopción.

1. A la fecha, el Ministerio de Salud y Protección Social no ha reglamentado el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019, relacionado con el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o terapias de reproducción asistida, de allí que las sub reglas jurisprudenciales descritas en los fj. 44 y 45 sean las que regulen la solución de este tipo de pretensiones en sede de tutela.

1. Caso concreto

1. Karen Patricia Blanco Julio, de 26 años, fue diagnosticada con infertilidad no especificada a causa de la patología de obstrucción tubárica proximal izquierda y distal derecha⁶⁹, por lo cual un médico especialista en ginecología de Profamilia le recomendó iniciar el tratamiento de fertilización in vitro. La accionante solicitó la autorización del tratamiento a su EPS, Coosalud, que lo negó, al considerar que le había brindado y garantizado los tratamientos y procedimientos médicos pertinentes y adecuados para su patología, sumado a que el tratamiento médico de fertilización in vitro se encuentra excluido del PBS⁷⁰. Ante la negativa, la señora Blanco Julio interpuso demanda de tutela en contra de su EPS, en la que solicitó que se ordenara este tratamiento, como medio para proteger sus derechos reproductivos.

1. Los jueces de instancia negaron el amparo al considerar que la accionante no acreditó las exigencias dispuestas en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019 y precisadas en la Sentencia SU-074 de 2020, indispensables para garantizar la financiación parcial y excepcional de tratamientos de fertilización in vitro por medio de recursos públicos.

1. Para la Sala, el presente caso evidencia una inadecuada interpretación no solo de las partes e intervinientes en el proceso, sino de los jueces de instancia, del marco normativo y jurisprudencial para la garantía de los derechos reproductivos, cuando se pretenden resguardar por medio del procedimiento de fertilización in vitro, específicamente detallado en el Título 4.2. En atención a esta circunstancia, ordenará que se cumplan, de manera estricta, las tres fases a que se hizo referencia en el fj. 45, para verificar si el caso de la tutelante puede ser objeto de una financiación parcial, con cargo a recursos públicos, de un número máximo de tres ciclos para este tratamiento de reproducción asistida.

1. A pesar de que en el expediente obra una orden médica en la que se recomienda realizar el tratamiento de fertilización in vitro a la accionante, esta carece de los elementos necesarios para validar los requisitos y condiciones para garantizar el acceso a la financiación parcial de tratamientos de fertilización in vitro, de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, como de manera adecuada lo precisaron los jueces de tutela de instancia.

1. En efecto, de dicha orden médica no es posible evidenciar el cumplimiento de la primera fase de que trata el fj. 45, relacionado con el deber de la EPS de verificar la condición de infertilidad de la accionante y su pareja (de tenerla), así como tampoco de las condiciones de edad y salud que exige la verificación del procedimiento. En relación con estas últimas, como se indicó en el fj. 44, es necesario que la EPS constate, de un lado, que la persona o pareja con infertilidad acredite una edad que resulte viable para el tratamiento de fertilización in vitro; de otro lado, debe acreditarse la prescripción del tratamiento por parte de la EPS en el aplicativo Mi Prescripción (MIPRES) que supone valorar que se hubieren agotado todos los procedimientos y alternativas disponibles para atender la infertilidad de la accionante (siempre que esta no hubiere accedido a procedimientos médicos similares) y, además, exige precisar el número de ciclos del tratamiento y la frecuencia de su práctica. Finalmente, resalta la Sala que la orden médica a partir de la cual la accionante justifica la solicitud del tratamiento fue emitida con anterioridad a los procedimientos prescritos y realizados por el

médico tratante de la EPS, de conformidad con la patología de obstrucción tubárica proximal izquierda y distal derecha⁷¹, circunstancia relevante para valorar la acreditación de las exigencias a que se hizo referencia.

1. En todo caso, a diferencia de la valoración que realizaron los jueces de instancia, a pesar de la insuficiencia de los medios probatorios para validar las exigencias en cita, lo cierto es que, hasta el momento, la EPS accionada no ha cumplido con su carga de emitir un concepto negativo, en el que descarte la totalidad de elementos médicos a los que se ha hecho referencia, y, de esta forma, hacer innecesario el agotamiento de las dos últimas etapas de que trata el fj. 45 de esta providencia. Así las cosas, la Sala amparará el derecho al diagnóstico de la accionante, para que la EPS dé cumplimiento al deber que omitió, como medio para garantizar los derechos reproductivos de la tutelante.

1. Este enfoque resalta la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud en estos asuntos, asegurando que no se niegue de manera arbitraria el acceso a tratamientos potencialmente vitales, sin un proceso de evaluación exhaustivo y conforme a los protocolos establecidos. Por consiguiente, se requiere un amparo judicial que garantice que el derecho de la accionante a buscar opciones de tratamiento para su infertilidad sea respetado, y que cualquier negativa esté sólidamente fundamentada en pruebas diagnósticas y criterios médicos objetivos, y no en la ausencia de procedimientos administrativos.

1. En consecuencia, la Sala revocará las decisiones de instancia para, en su lugar, conceder parcialmente el amparo de los derechos reproductivos de la accionante, y ordenará a Coosalud EPS o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la demandante al momento de proferirse esta sentencia que, en el término de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente decisión, asigne una cita a la tutela, con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que, luego de examinar sus condiciones de salud, se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro en atención a las condiciones descritas en el fj. 44 de esta providencia. En caso de que

el concepto médico sea positivo, deberá remitir el trámite a la Adres para que ante ella se surtan las fases dos y tres del procedimiento administrativo, en los términos referidos en el fj. 45.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena (Bolívar) que, a su vez, confirmó la decisión de primera instancia dictada el 11 de noviembre de 2022 por el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER PARCIALMENTE la protección de los derechos reproductivos de la señora Karen Patricia Blanco Julio, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo. ORDENAR a Coosalud EPS o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, asigne una cita a la tutelante, con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro, en los términos del fj. 44 de la parte motiva. En caso de que el concepto médico sea positivo, deberá remitir el trámite a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres) para que ante ella se

surtan las fases dos y tres del procedimiento administrativo, en los términos referidos en el fj. 45 de la parte motiva.

Tercero. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-476/23

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

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

Referencia: Expediente T- 9.284.285

Magistrado Ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo.

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Sexta de Revisión, salvo el voto en el asunto de la referencia, toda vez que no estoy de acuerdo con la decisión que se adoptó, en el sentido de ordenarle a Coosalud EPS o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la accionante que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro y que, en caso positivo, se surta el procedimiento administrativo ante la ADRES, para que, de ser procedente, autorice su práctica.

Tal como lo expuse en la aclaración de voto a la Sentencia T-316 de 2018, y en los salvamentos de voto a las Sentencias SU-074 de 2020 y C-093 de 2018, las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), relacionadas, entre otros temas, con la disposición, el uso, la conservación y la manipulación del material biológico que resulta de estas técnicas o que se requiere para las mismas, plantean problemas jurídicos y éticos de profunda complejidad que no han sido regulados en el nivel estatutario, como lo explico a continuación.

i. Desconocimiento de la naturaleza humana del embrión y el respeto que le es inherente por esa condición.

Ante todo, este tipo de decisiones desconoce no sólo el hecho biológico de la vida humana naciente, sino que se trata de un derecho fundamental en cabeza del nasciturus. Sobre este

aspecto particular, los avances científicos demuestran que la vida humana empieza con la fecundación, que no hay en la vida naciente una dependencia ontológica respecto de la progenitora, es decir, el cigoto no es una parte de la madre, que esta vida es humana pues no puede ser de otra naturaleza toda vez que su natural desarrollo es el de un ser humano, lo cual impide prácticas ínsitas al procedimiento de fertilización in vitro, práctica esta que como es sabido implica que los cigotos y embriones sean manipulados a través de congelación y desechados en muchas oportunidades.

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

Esa visión distorsionada de la realidad que rebaja la naturaleza humana de un individuo a la de una cosa, simplemente por encontrarse en un grado de desarrollo inicial de su etapa vital, no resulta compatible ni la Constitución Política de 1991, ni con toda la construcción teórica de los derechos humanos en occidente, cuyo pilar fundamental es la consideración de que todo ser humano es digno y tiene derechos, por el solo hecho de pertenecer a la especie humana.

i. En Colombia existe un vacío normativo sobre los derechos involucrados en las prácticas de la reproducción asistida.

En primer lugar, respecto del marco fáctico que rodea la práctica médica de reproducción asistida en sí misma, hay una serie de elementos que requieren de un amplio debate

legislativo y un consenso democrático porque implican una serie de cuestiones que trascienden del plano jurídico al plano ético. Actualmente en Colombia no existe una regulación suficiente sobre la relación entre el donante de gametos y los límites del uso de los mismos en materia de experimentación o de reproducción. Tampoco hay regulación sobre los límites a la experimentación con los genes de un embrión humano.

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

Ese vacío legal se suma a aquel respecto del manejo de embriones producidos in vitro que no son escogidos para ser implantados en úteros maternos. No existe en el país una regulación legal sobre su manejo, conservación o manipulación, lo cual abre una puerta que puede ser aprovechada por actores interesados en la experimentación biológica con células y genes humanos que se encuentran limitados por las legislaciones de otros países. La falta de una postura jurídica clara sobre el reconocimiento de la vida humana del embrión genera un amplio espectro de posibilidades, dentro de las cuales el embrión es usado sin ningún límite como si se tratara de un residuo biológico. Es un asunto de absoluta importancia que implica altos riesgos y que requiere de una normatividad precisa y rigurosa, ajustada a los estándares constitucionales y que actualmente no existe en Colombia.

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

En cuanto la vida para el viviente es su mismo ser, la vida del ser humano, desde que ella aparece con la concepción o fertilización, hasta la muerte biológica, constituye, más que un bien jurídico, un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, por cuanto, conforme al artículo 14 superior, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, esto es, al reconocimiento de su aptitud para ser titular de derechos, entre ellos el primero y principal: la vida.

De manera especial, estima la suscrita que dar una orden que conlleve implícitamente la posibilidad de la eliminación de seres humanos concebidos o la de congelación, no es jurídicamente posible. En efecto, la eliminación de personas en fase embrionaria constituye un atentado contra la vida humana naciente que no está autorizado por la Constitución. La congelación de embriones es en sí misma una afrenta a la dignidad y a la libertad del ser humano.

La Corte debe ser consciente de que estas prácticas envuelven una serie de fenómenos fácticos y jurídicos que encarnan profundos debates y requieren de una legislación seria, precisa y actualizada, en la que se refleje el principio democrático y que parta de una toma de conciencia sobre la importancia de los aspectos regulados.

i. El criterio de sostenibilidad financiera es un argumento válido para la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan de Beneficios en Salud (PBS).

El mantenimiento de las fuentes de financiación de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios, es esencial para alcanzar el equilibrio que debe existir entre las facetas individual y colectiva del derecho a la salud, en la medida en que, dada la escasez de recursos, el suministro de determinados servicios y tecnologías debe hacerse con base en el principio de eficiencia –es decir, con el objeto de procurar la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población– y de manera progresiva, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para proteger este derecho⁷³.

Así, el proceso de exclusión o inclusión de las TRA del Plan de Beneficios en Salud no solo se debe desarrollar en el marco de un proceso de planeación y gerencia de recursos públicos que sea coherente con los principios y valores constitucionales sobre los que se ha edificado el Sistema de Salud, sino que además, en atención a la voluntad del legislador estatutario, dicho proceso debe estar precedido de la participación, no solo de la ciudadanía, sino de la comunidad técnica y científica, de forma que se logre establecer con mayor legitimidad los posibles beneficios, riesgos y las efectividad de los tratamientos.

La sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en el Estado Social de Derecho, sí «puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales⁷⁴, se advierta que la respuesta de las autoridades (...) compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado»⁷⁵.

De este modo, la sostenibilidad fiscal obliga a considerar que, ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer los derechos fundamentales, es necesario garantizar que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo, para el logro de importantes objetivos públicos.

Los cálculos sobre el costo de este tipo de decisiones implican considerar que la financiación de las TRA con cargo a la UPC también puede poner en riesgo la garantía del derecho a la salud, no solo de los mismos pacientes con problemas de infertilidad, sino de todos los afiliados.

En definitiva, este asunto tiene que ver con mi convicción relativa a la existencia de una vida humana a partir del momento de la concepción y de las dificultades que ello implica a la hora de congelar, manipular, conservar o desechar embriones humanos, que son prácticas usuales en estos procedimientos. Son asuntos sobre los cuales, además, como lo expuse en las sentencias antes referidas, no existe ninguna regulación.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

1 Expediente digital, archivo: "01DEMANDA".

2 Expediente digital, archivo: "01DEMANDA", p. 9 y 11.

3 Ibid., p. 12.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 Ibid., p. 12.

7 Ibid., p. 13.

8 Ibid., pp. 14 y 15.

9 Ibid.

10 Ibid. Archivo: "CONSTANCIASECRETARIAL", pp. 47 a 51.

11 archivo: "01DEMANDA", p. 10.

12 Ibid., p. 17.

13 Ibid., p. 19.

14 Ibid., p. 21.

15 Ibid., p. 22.

16 Mediante la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

17 Mediante la cual se adopta la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad.

18 Ibid., p. 23.

20 Ibid., p. 3.

21 Ibid.

22 Expediente digital. Cuaderno "16Contestacion.pdf".

23 Ibid., p. 11

24 Ibid., p. 10.

25 Ibid., p. 4.

26 Ibid., p. 6.

27 Ibid.

28 Ibid., p. 7.

29 Mediante auto de 28 de octubre de 2022, "se declaró la nulidad de todo lo actuado, a fin de que se vinculara a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social ADRES".

30 Expediente digital. Cuaderno "17Contestacion.pdf".

31 Ibid., p. 13.

32 Ibid., p. 14.

33 Ibid. La disposición en cita prescribe: "Artículo 4. Tratamiento de Fertilidad. Establecida la política pública de infertilidad en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA), conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública, cumpliendo con los siguientes criterios: || 1. Determinación de Requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja, o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad. || 2. Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud

y la finalidad del servicio, y definición de la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio. || 3. Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública”.

34 Ibid., p. 15

35 Expediente digital. Cuaderno “18Sentencia”.

36 Ibid., p. 12.

37 Ibid.

38 Ibid., p. 13.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Expediente digital. Cuaderno “03EscritodelImpugnacion.pdf”.

43 Ibid.

44 Ibid.

45 Ibid., p. 3.

46 Expediente digital. Cuaderno “06SENTENCIASEGUNDAINSTANCIA”.

47 Ibid., p. 7.

48 El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona puede presentar acción de tutela para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados. De conformidad con el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, la tutela puede ser ejercida a nombre propio, por medio de un representante legal, por intermedio de un apoderado judicial o mediante un agente oficioso.

49 De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se

dirige la demanda de tutela para responder por la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

50 Cfr., la Sentencia T-038 de 2017. La exigencia de inmediatez busca preservar el carácter urgente e impostergable de la tutela, como medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales, como se ha reconocido, entre otras, en las sentencias SU-241 de 2015 y T-091 de 2018.

51 Sentencia T-043 de 2020.

52 Sentencias SU-691 de 2017 y T-043 de 2021.

53 Su artículo 41, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, previó un mecanismo judicial para solucionar las controversias suscitadas entre los usuarios y las EPS con un procedimiento particular revestido de celeridad e informalidad, cuyo trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud.

54 Este razonamiento también fue propuesto por la Sala Plena en la Sentencia SU-074 de 2020, en los siguientes términos: “si en gracia de discusión se estudiara la idoneidad formal del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud para resolver las controversias derivadas de la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada por los accionantes en el asunto de la referencia, se concluiría que dicha herramienta tampoco resulta adecuada, en la medida en que no se enmarca en las competencias previstas legalmente para dicha entidad, contenidas en el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019”.

55 Artículo 41.e de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

56 “Por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, procedimiento n.º 30 del anexo.

57 La base argumentativa de este acápite corresponde a las sentencias T-760 de 2008, T-258 de 2012 y SU-074 de 2020.

58 Sentencia T-144 de 2020.

59 En particular, se destacan los principios de universalidad, pro homine, equidad, continuidad y oportunidad.

60 En este sentido, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispone: “Artículo 8. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. || En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

61 Estos criterios son los siguientes: “a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; || b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; || c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; || d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; || e) Que se encuentren en fase de experimentación; || f) Que tengan que ser prestados en el exterior”.

62 “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, procedimiento n.º 21 del anexo.

63 “Por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, procedimiento n.º 30 del anexo.

64 La base argumentativa de este acápite corresponde a las sentencias T-274 de 2015, SU-074 de 2020 y T-144 de 2022.

65 Sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T-946 de 2002, T-512 de 2003 y T-572 de 2007, entre otras.

66 Al respecto, indicó: “En suma, se reitera que el plan de beneficios vigente a partir de la legislación estatutaria es de estirpe excluyente, por ello solo debe estar compuesto por

exclusiones explícitas y no hay lugar a la adopción de listados de inclusiones expresas, debido a que se entiende cubierto todo aquello que no haga parte de los listados de exclusiones, los cuales en caso de existir infringen abiertamente el ordenamiento estatutario”.

67 Cfr., entre otras, la Sentencia T-126 de 2017.

68 Sentencia SU-074 de 2020.

69 Expediente digital, archivo: “01DEMANDA”, pp. 9 y 11.

70 De conformidad con la Resolución 244 de 2019.

71 Expediente digital, archivo: “01DEMANDA”, pp. 9 y 11.

72 Sentencia T-968 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa)

73 Sentencia T- 760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

74 Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

75 Sentencia T-032 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)