

T-528-14

Sentencia T-528/14

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

DERECHO EN AMERICA LATINA EN RELACION CON TECNICAS Y TRATAMIENTOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA E INCLUSION EN SISTEMA PUBLICO DE SALUD

DERECHO A LA REPRODUCCION HUMANA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN SU FACETA DE SALUD REPRODUCTIVA-Relación

SUBREGLAS QUE HA ESTABLECIDO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PARA INAPLICAR EL POS CUANDO PRESTACION DEL SERVICIO SE REQUIERE CON NECESIDAD-Insuficiencia de regulación en los tratamientos de fertilidad

La infertilidad se reitera, es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad del sistema reproductivo que afecta la salud de las personas que la sufren. Si bien, la Sala reconoce que esta enfermedad no involucra gravemente la vida y, no necesariamente, la dignidad o a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud, sí puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad/maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja. Esta situación pone en evidencia que hay una dimensión prestacional del derecho a la salud en la cual no se ha avanzado en lo absoluto, y que deja desprotegido a un sector de la población que demanda servicios médicos para el tratamiento de su infertilidad, como lo tiene para otra cualquier causa de salud. Así las cosas, el Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización in vitro, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente. No hacerlo, puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas. Para precisar esta última idea, y teniendo presente que estamos ante un área de la salud que tiene sus particularidades, entre otras cosas, porque involucra una cantidad de dimensiones del entorno humano, no puede en términos generales concluirse que toda negativa de

acceso a la realización de tratamientos de fertilidad vulnera derechos fundamentales, pues debe atenderse a las circunstancias personales de quien solicita este servicio de salud. No es lo mismo, que el tratamiento de fertilidad lo requiera una pareja que ya tiene hijos, al menos uno, y ha materializado su derecho a la reproducción humana y a fundar una familia, a que sea solicitado por una pareja en edad reproductiva que no ha logrado hacer realidad su deseo de ser padre biológico/madre biológica, debido a la infertilidad que afecta su salud reproductiva. Es claro que en el segundo evento descrito, las personas se encuentran en un nivel de afectación mayor al que se enfrenta en el primero y que la negativa de acceso al servicio de salud supone una carga desproporcionada, toda vez que implica una restricción para hacer efectivos los derechos a la reproducción humana, la libertad y la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y a la libertad para fundar una familia. Lo anterior, es indicativo de que hay una gran ausencia del Estado en la atención de la infertilidad

DERECHO AL DISFRUTE DEL MAS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD/PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Insuficiencia de regulación en los tratamientos de fertilidad

Considerando la insuficiencia de regulación existente en lo que tiene que ver con la exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad, que precisa ser superada, la Sala exhortará al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice 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 inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas

DERECHO A LA INFORMACION, GUIA Y ACOMPAÑAMIENTO PARA GARANTIZAR EL GOCE EFECTIVO DEL DERECHO A LA SALUD-Caso en que al demandante se le vulneró este derecho

Las EPS tienen el deber de brindar a los afiliados información, guía y acompañamiento en el

acceso a los servicios de salud solicitados, en relación con el diagnóstico de la enfermedad, el grado de afectación en la salud, los tratamientos a seguir, las alternativas médicas disponibles, las entidades encargadas de prestarlos, entre otros asuntos de relevancia para la atención del padecimiento, todo ello orientado a garantizar la accesibilidad al servicio sin obstáculos ni barreras. No hacerlo, vulnera el derecho fundamental a la salud

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD Y PLAN OBLIGATORIO DE SALUD

ACCESO A TRATAMIENTO DE FERTILIDAD EXCLUIDO DEL POS- Todo paciente tiene derecho a que se determinen las causas de la infertilidad y a un diagnóstico certero con el fin de establecer los tratamientos y procedimientos pertinentes

Concluye la Sala que Salud Total EPS no vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad del accionante, debido a la negativa de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro ordenado por el médico tratante, como única alternativa para lograr reproducirse, debido a que este servicio está excluido del POS. No obstante, sí vulneró su derecho fundamental a la salud en la faceta de información, guía y acompañamiento, y así será declarado en la parte resolutive de esta providencia. En este sentido, se prevendrá a Salud Total EPS para que en el futuro, ante casos similares, no incurra en la misma conducta

Referencia: expediente T-4276301

Acción de tutela presentada por Andrés Fernando Montilla Varela contra Salud Total EPS

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, el cuatro (04) de octubre de dos mil trece (2013) y, en segunda instancia, por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Conocimiento de Palmira, Valle, el veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013), dentro del proceso de tutela iniciado por Andrés Fernando Montilla Varela contra Salud Total EPS[1].

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres (3), mediante Auto proferido el treinta y uno (31) de marzo de dos catorce (2014).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y solicitud

El señor Andrés Fernando Montilla Varela, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad, que considera vulnerados por Salud Total EPS al negarle el “procedimiento denominado Fertilización In Vitro”, que requiere en atención a su discapacidad física de tipo reproductivo[2].

En consecuencia, peticona que se ordene a Salud Total EPS que autorice el inicio de los procedimientos de reproducción asistida de la pareja conformada por Andrés Fernando Montilla Varela y Sirley Suárez Tamayo, en las oportunidades que se requieran y hasta su culminación, tendientes a subsanar la discapacidad reproductiva que afecta al accionante, y que puede incluir “medicamentos, ayudas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas poco invasivas, técnicas de reproducción asistida (FIV), donación de gametos, preservación y transferencia de embriones, actividades que pueden estar o no incluidas en el plan obligatorio de salud (POS), en cabeza del doctor HECTOR NARVAEZ ROSERO, Médico Andrólogo y especialista en medicina reproductiva, en razón del respeto a la continuidad en la prestación de la atención y de la relación médico-paciente ya entablada con el mencionado profesional, sin exigir el pago de cuotas moderadoras y/o copagos”.

El accionante fundamentó su solicitud de tutela en los siguientes hechos relevantes:

1.1. En la actualidad se encuentra afiliado al régimen contributivo en salud a Salud Total EPS[3].

1.2. Señala que desde hace varios años sostiene una unión marital de hecho con la señora Sirley Suárez Tamayo[4], y que en el seno de dicha convivencia ha sido infructuoso lograr un embarazo, razón por la cual buscaron ayuda médica con la que se logró definir que la causa de la imposibilidad de concebir se debe a la “esterilidad en el varón”[5] relacionada con una “disminución importante en el número de espermatozoides en el semen, en asocio con una alteración en el movimiento y forma de los mismos”.

1.4. Señala que con el concepto emitido por el médico especialista en medicina reproductiva, tienen dos (2) cosas claras, la primera, es “la certeza que los avances de la técnica y los procedimientos científicos, a los que [tienen] derecho, [les brinda] la posibilidad para hacer realidad [su] sueño de ser padres y constituir una familia” y, la segunda, “que la discapacidad reproductiva que [lo] afecta es secundaria a procesos patológicos que [le] han generado la imposibilidad de tener un hijo, siendo este último uno de los supuestos fácticos determinados repetidamente por la Corte Constitucional como requisito para proceder a obtener, mediante la acción de tutela, el suministro de tratamientos de [fertilidad]”[7].

1.5. Explica, que la situación por la que pasa lo ha afectado emocionalmente en lo personal y en su relación de pareja, al punto de poner en riesgo su salud mental y su estabilidad familiar y social, debido a que “como pareja es vehemente [su] deseo de construir una familia con la presencia de [...] hijos”.

1.6. Afirma, que el valor del procedimiento requerido tiene un estimado aproximado de diecisiete millones novecientos mil pesos (\$17.900.000), cifra que no alcanzan a sufragar toda vez que devenga su sustento como empleado de la Personería de Palmira, percibiendo un salario básico mensual de un millón siete mil setenta pesos (\$1.007.070)[8], y su compañera Sirley Suárez se desempeña como ama de casa.

1.7. Narra que vive con su pareja en una vivienda arrendada en la ciudad de Palmira, cancelando un canon mensual de doscientos treinta mil pesos (\$230.000)[9], y que paga

por concepto de servicios públicos domiciliarios un valor promedio de ciento treinta y cinco mil pesos (\$135.000)[10]. Además que asumió una obligación crediticia con Macrofinanciera por un valor mensual de doscientos treinta y nueve mil seiscientos veintiséis pesos (\$239.626) para adquirir una vivienda[11].

1.8. Considerando que está por fuera de sus posibilidades económicas la realización del “procedimiento denominado Fertilización In Vitro”, cuenta que elevó un derecho de petición al Comité Técnico Científico de Salud Total EPS, regional Valle del Cauca, para que autorizara el tratamiento recomendado por su médico tratante. El veintitrés (23) de abril de dos mil doce (2012), el Comité Técnico Científico negó la autorización para la realización del procedimiento, en los siguientes términos: “Justificación Técnica y Normativa de la Negación: Este comité en Sesión, decide dar por NEGADO el servicio solicitado, teniendo en cuenta las siguiente consideraciones: EXCLUIDO EXPRESAMENTE DEL POS +...”[12].

1.9. Estima que Salud Total EPS, al recibir la indicación del tratamiento recomendado por el médico tratante, no adscrito a su red de servicios, estaba en la obligación de evaluar la pertinencia del procedimiento recomendado, con un médico especialista que sí hiciera parte de dicha red[13].

1.10. Explica que como consecuencia de la oligoastenozoospermia, presenta una seria afectación en la calidad, cantidad y morfología de sus espermatozoides, lo que genera una discapacidad física de tipo reproductivo que afecta directamente su relación de pareja.

2. Respuesta de Salud Total EPS

La Administradora de Salud Total EPS de la ciudad de Cali radicó escrito de respuesta ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, el veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013)[14], mediante el cual solicita denegar la petición del señor Andrés Fernando Montilla Varela, principalmente, porque (i) no ha existido amenaza y/o vulneración de los derechos fundamentales del usuario, toda vez que el procedimiento solicitado es considerado por la Corte de segunda generación, y (ii) Salud Total EPS no se encuentra obligada a la asunción del costo económico total derivado del tratamiento de fertilización in vitro, teniendo en cuenta que no está cubierto por el POS, adicionalmente el tratamiento ordenado no es indispensable para la vida ni la salud del paciente y tiene la alternativa de la adopción[15]. En defecto de lo anterior, y en caso de que se ordene a Salud Total

asumir el costo económico del tratamiento de fertilidad denominado fertilización in vitro, solicita que se concrete de manera puntual, y que en ningún caso se dictamine un tratamiento integral sobre posibles procedimientos, medicamentos y/o métodos que no se sabe si van a tener existencia en algún momento o que el tutelante podrá llegar a requerir.

En dicha contestación agrega los siguientes hechos y consideraciones:

2.1. La esterilidad del varón no se cataloga científicamente como una enfermedad. Afirma que la oligozoospermia y la astenozoospermia no son una enfermedad sino que corresponden a condiciones del semen del señor Montilla que le generan la esterilidad, problema éste que no se puede tratar médicamente y/o quirúrgicamente[16] y, en razón de ello, es que la pareja busca la fertilización in vitro.

2.2. El procedimiento de fertilización in vitro solicitado por el señor Montilla Varela, corresponde a un procedimiento excluido del plan de beneficios del POS de conformidad al Acuerdo 029 de 2011[17] y la Resolución 5261 de 1994[18], en razón de ello, la negativa de la EPS.

2.3. Las órdenes aportadas con la demanda de tutela, son originadas de una consulta particular en el centro de fertilización in vitro Fecundar, entidad con la cual Salud Total no tiene convenio[19].

3. Decisión del juez de tutela de primera instancia

El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, mediante providencia del cuatro (04) de octubre de dos mil trece (2013)[20], amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Andrés Fernando Montilla Varela, en consecuencia, ordenó a Salud Total EPS iniciar las gestiones pertinentes para vincular al accionante y a su pareja en el programa de fertilidad in vitro, con los médicos adscritos a su red o, en su defecto, firmar convenio con quien lo viene tratando, y autorizar el procedimiento de fertilización in vitro, tal y como se lo ha recomendado el especialista. Así mismo, autorizar el tratamiento, los procedimientos quirúrgicos, los medicamentos, los insumos y los demás elementos que llegare a necesitar para alcanzar el fin requerido y que eventualmente se encuentran fuera del POS. La

decisión, se fundamentó en que la negación del procedimiento denominado fertilización in vitro, ordenado al accionante por su médico tratante, le está generando una afectación a su derecho a la salud mental y a su dignidad humana, toda vez que este no puede realizarse como padre de familia, aspecto que el Estado debe propender por satisfacer debido a que el actor no cuenta con los recursos económicos para costearlo de manera particular.

4. Impugnación

El once (11) de octubre de dos mil trece (2013), la Gerente de la sucursal Cali de Salud Total EPS, presentó impugnación peticionando revocar el fallo de tutela en su integridad, en salvaguarda de los recursos del sistema general de seguridad social en salud y, en su lugar, negar por improcedente la acción instaurada[21]. Planteó como argumentos de la inconformidad, que se ordena (i) un tratamiento de fertilidad excluido taxativamente del plan de beneficio del POS, y (ii) un tratamiento integral, futuro e incierto, sin existir orden médica que lo fundamente y sin tener en cuenta que Salud Total EPS ha garantizado el acceso a los servicios de salud que ha requerido Andrés Fernando Montilla Varela.

5. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El Juzgado Primero Penal de Circuito de Conocimiento de Palmira, Valle, mediante providencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)[22], revocó la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, el cuatro (04) de octubre de dos mil trece (2013), bajo el entendido de que no se configuran los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para autorizar la práctica de un tratamiento excluido en el POS. En primer lugar, porque no existe vulneración al principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, debido a que Salud Total EPS no le ha iniciado al accionante ningún tratamiento en relación con el diagnóstico de la infertilidad que padece, quien acudió de manera particular a otra entidad; y, en segundo lugar, el procedimiento de inseminación in vitro solicitado no es necesario para preservar la vida, la salud o la integridad personal del paciente, pues este a pesar de que no puede concebir, puede desarrollar su vida de manera normal.

Teniendo en cuenta que la presente solicitud de amparo realizada por el señor Andrés Fernando Montilla Varela, en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la

salud reproductiva, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad, pretende que se ordene a la entidad Salud Total EPS que inicie el procedimiento de reproducción asistida –fertilización in vitro– a la pareja integrada por el accionante y su compañera Sirley Suárez Tamayo, de forma integral y hasta su culminación; además, que en la petición de tutela el accionante indicó que su pareja “coadyuva en todo [su] pretensión encaminada a lograr el tratamiento de fertilización asistida que [requieren] para tener un hijo”, la magistrada ponente le requirió el envío del escrito de coadyuvancia[23].

Es así, como el veintisiete (27) de junio de dos mil catorce (2014) la Secretaría General de la Corporación envió al despacho, entre otros documentos, el escrito de coadyuvancia con constancia de presentación personal ante la Notaría Segunda de Palmira, en donde se lee: “SIRLEY SUAREZ TAMAYO, mayor de edad y vecina de la ciudad de Palmira, actuando en mi propio nombre y representación, manifiesto a usted señora Magistrada que coadyuvo y comparto todos los puntos expuestos en la Acción de Tutela en contra de SALUD TOTAL EPS, que interpuso mi cónyuge [...], quiero manifestarle su señoría que me agrego a las pretensiones expuestas en este proceso, ya que estoy dispuesta a cumplir con todos los protocolos médicos que se llegasen a necesitar, para adelantar lo referente a la FERTILIZACIÓN IN VITRO, pues es la única forma o alternativa que nos queda para poder conseguir este objetivo y de esa forma sentirnos realizados como personas y de esa manera reafirmar los afectos de una familia la cual es base fundamental de la sociedad”[24].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

El señor Andrés Fernando Montilla Varela interpuso acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad, que considera vulnerados por Salud Total EPS debido a que no autorizó la

práctica del procedimiento de fertilización in vitro, con el argumento de que los tratamientos de fertilidad están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, además, porque dicho procedimiento no es indispensable para la vida ni la salud del paciente. Dicha petición fue coadyuvada en su integridad por la señora Sirley Suárez Tamayo, quien es la compañera permanente del tutelante.

De acuerdo con estos hechos, corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera una entidad encargada de asegurar (Salud Total EPS) los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad de una persona (Andrés Fernando Montilla Varela), debido a la negativa de la EPS de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro ordenado por el médico tratante, por ser un servicio excluido del POS, cuando esta es la única alternativa para lograr reproducirse, además, sin ofrecer ningún tipo de información, guía ni acompañamiento?

Para desarrollar el anterior interrogante, la Sala procederá a (i) señalar la regla jurisprudencial de la improcedencia del amparo de tutela para solicitar un tratamiento excluido del POS como lo es la fecundación in vitro; (ii) revisar el derecho en América Latina en relación con las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida y su inclusión en el sistema público de salud; (iii) precisar la relación entre el derecho a la reproducción humana y el derecho fundamental a la salud en su faceta de salud reproductiva; (iv) recordar las subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad, con un enfoque en los tratamientos de fertilidad; (v) insistir en el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y en la progresividad del derecho fundamental a la salud, y (vi) reiterar que los usuarios tienen derecho a la información, la guía y el acompañamiento para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Finalmente, (vii) estudiará el caso concreto.

3. Improcedencia de la acción de tutela para solicitar un tratamiento excluido del POS como lo es la fecundación in vitro

3.1. De conformidad con diferentes pronunciamientos de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte, una entidad encargada de prestar un servicio de salud no vulnera los derechos fundamentales de una persona por no autorizar la práctica de un tratamiento excluido del

POS, del cual no depende la vida, la salud o la integridad personal del solicitante[25]. Esto ocurre, por ejemplo, con los tratamientos de fertilidad, los cuales se encuentran expresamente exceptuados del POS por la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social[26] y la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud[27].

En este orden de ideas, la Sala Segunda de Revisión ha reconocido en la sentencia T-760 de 2008[28], 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, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. [...]. Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad”.

3.2. Sin embargo, esta Corporación también ha considerado que existen algunos casos excepcionales en los cuales una entidad prestadora de servicios de salud debe autorizar la práctica de un tratamiento excluido del POS. Primero, cuando se vulnera el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, al suspender abruptamente un tratamiento que se venía practicando, sin que medien razones médicas o científicas para ello[29]; lo anterior, como garantía de los principios de eficacia en la prestación del servicio de salud y de confianza legítima. Segundo, cuando el tratamiento solicitado es necesario para proteger la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva[30].

3.3. Sobre el primer evento, por ejemplo, en la sentencia T-572 de 2002[31], en un caso en el que la EPS accionada suspendió la entrega de un medicamento para la fertilidad cuando el médico aumentó la dosis requerida por la peticionaria, una Sala de Revisión de la Corte ordenó a la entidad continuar con el suministro del medicamento al considerar que la interrupción abrupta del tratamiento ponía en riesgo la salud e integridad personal de la paciente. En esa oportunidad señaló que “en [el] presente caso, en el informe enviado a la Sala Sexta de Revisión, el ginecólogo-obstetra, médico tratante de la peticionaria, indica que “[l]o importante a tener en cuenta es que sin este medicamento (pergonal) o cualquier

otro que se requiera para la estimulación de la ovulación, la [paciente] es incapaz de lograr un embarazo y esto si llevaría la afectación psicológica y por lo tanto física...". Romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos anteriormente mencionados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima)".

3.4. Ahora bien, sobre el segundo evento, la Corporación ha señalado que la negativa de una entidad a practicar un servicio de salud que constituye parte de los tratamientos de fertilización, del cual depende la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, vulnera los derechos fundamentales del paciente y en el caso concreto ha garantizado el acceso a (i) la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad, (ii) el suministro de un medicamento o (iii) la práctica de tratamientos integrales, en pacientes que padecen una enfermedad que afecta su aparato reproductor. Veamos:

3.4.1. Práctica de exámenes diagnósticos: en la sentencia T-636 de 2007[32], en un caso en el cual el médico tratante ordenó a una mujer y a su esposo practicarse los exámenes cariotipo paterno y cariotipo materno para determinar la causa de los múltiples abortos espontáneos que había sufrido la peticionaria, la Sala Séptima de Revisión ordenó a la EPS autorizar los exámenes requeridos, toda vez que la negativa a realizarlos vulneró el derecho fundamental a la salud sexual y reproductiva de la peticionaria[33], y desconoció la jurisprudencia constitucional sobre el derecho que tienen los pacientes a que les sean practicados exámenes diagnósticos, porque de ellos se vale el médico tratante para determinar el tratamiento integral de una enfermedad[34].

En igual orden de ideas, en la sentencia T-946 de 2007[35], en el caso de una paciente que sufría de fuertes dolores abdominales y a quien su médico particular había determinado la necesidad de practicarle una laparoscopia operativa con fines terapéuticos y de diagnóstico ante la "alta sospecha de endometriosis", la Sala Tercera de Revisión ordenó a la EPS autorizar el procedimiento quirúrgico denominado "laparoscopia operatoria", incluido el cuidado preoperatorio y postoperatorio, bajo el entendido de que la tutela procede excepcionalmente para ordenar una cirugía diagnóstica ante la falta de certeza sobre la enfermedad, pues con ella puede determinarse el tratamiento a seguir. Nótese que en esta oportunidad la realidad fáctica no ubicaba el caso como de infertilidad detectada, sino en un

momento previo donde el diagnóstico solamente se podía obtener mediante el procedimiento quirúrgico descrito.

3.4.3. Práctica de tratamientos integrales: en la sentencia T-890 de 2009[38] la Sala Tercera de Revisión dispuso a la EPS accionada ordenar el procedimiento de laparoscopia operativa prescrito por el médico de la peticionaria, para tratar una miomatosis uterina múltiple de pequeños elementos, endometriosis severa e hidrosalpinx causado por una masa anexial compleja izquierda producto de una obstrucción tubárica. En esta ocasión se consideró que si bien la enfermedad que padecía la accionante estaba asociada a problemas de infertilidad, también era causante de otro tipo de dolencias ajenas a la infertilidad, como “el constante dolor pélvico, irregularidades en el ciclo menstrual, fuertes hemorragias...” que incidían negativamente en el bienestar de la peticionaria, en su relación de pareja y en el disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos[39]. La Sala de Revisión precisó que:

“[...] la infertilidad es una enfermedad que afecta el sistema reproductivo y que interfiere con la capacidad, temporal o permanente, de una pareja heterosexual para alcanzar un embarazo, a pesar de mantener una vida sexual activa por más de un año y sin control anticonceptivo voluntario. || Según la denominación anglosajona, se conocen dos tipos de esta enfermedad: la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria. La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional en forma reiterada ha sostenido que “el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. En este sentido, se entiende que la improcedibilidad de la tutela para otorgar este tipo de tratamientos se predica de la llamada infertilidad originaria”[40]. || Por su parte, la infertilidad secundaria hace referencia -generalmente- a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir. En las mujeres las principales causas de este tipo de infertilidad son los problemas ováricos, ovulación deficiente, obstrucción no genética de las trompas de Falopio, alteraciones hormonales o enfermedades infecciosas que son transmitidas sexualmente; en el hombre, anomalías repentinas en la producción hormonal. Así, la infertilidad secundaria es causada por otro

tipo de afecciones físicas o enfermedad autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela” (negritas y cursivas originales)[41].

3.4.4. Concretamente, en tratándose de la infertilidad primaria, la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-512 de 2003[42], negó la protección constitución del derecho a la salud y a la vida de una paciente a quien le fue practicada una laparoscopia y, posteriormente, el ginecólogo tratante le ordenó una salpingoplastia para liberar una trompa de Falopio que estaba obstruida. En la ratio decidendi de dicha providencia, la Sala indicó que la acción de tutela procede solo en aquellos casos en que la infertilidad es producto de otros males o enfermedades, ya que se autoriza el tratamiento médico para enfrentarla en procura de recuperar las funciones reproductivas; por ende, al estudiar el caso concreto consideró que la accionante tenía un “problema físico originario”, no derivado de algún otro padecimiento, que le impedía la fecundación y que la esterilidad no tenía consecuencias adversas o peligrosas para su vida.

En la sentencia T-752 de 2007[43], la Sala Novena de Revisión negó la tutela interpuesta por una ciudadana beneficiaria del régimen subsidiado que solicitaba un tratamiento de fertilización in vitro como “última esperanza para tener un hijo”. Sostuvo que las pruebas obrantes en el expediente permitían concluir que el problema de infertilidad de la paciente era originario y que no afectaba en forma grave la vida de esta, al igual que tampoco generaba consecuencias adversas o peligrosas para su integridad. Igualmente, argumentó que no existe violación de los 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.

Así mismo, en la sentencia T-424 de 2009[44] la Sala Sexta de Revisión negó la tutela a una paciente que sufría desde años atrás de dolores bajos y que, debido a un mal tratamiento médico, no había podido quedar embarazada; en el escrito petitorio la ciudadana solicitaba que le fuera autorizada la fecundación in vitro. Previo estudio de la línea jurisprudencial sobre los alcances de la acción de tutela en relación con los

tratamientos de fertilidad, al analizar el caso en concreto, la Sala adujo que no estaba probado en el expediente que la afección que padecía la actora tuviera su origen en una enfermedad, o que los médicos hubieran diagnosticado alguna patología que le impidiera procrear. En razón de ello, concluyó que la esterilidad era originaria y que no se afectaba la vida de la paciente[45].

3.4.5. En relación con la infertilidad secundaria, la Corporación ha sentado una clara línea jurisprudencial que ha tenido avances en la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-901 de 2004[46] la Sala Novena de Revisión fijó una pauta de avanzada en esta materia[47], al estudiar el caso de una mujer a quien su ginecólogo tratante le diagnosticó “miomatosis uterina de grandes elementos”, enfermedad que le fue comprobada mediante ecografía transvaginal. Previo a la cirugía de extracción de miomas, un médico particular le recetó a la peticionaria el medicamento denominado acetato de leuprolide con el fin de no comprometer el útero en la intervención quirúrgica. Al valorar la pruebas del caso, la Sala estimó que la actora padecía un problema de infertilidad “no originario” que le impedía concebir y que tenía su génesis en los miomas de gran tamaño ubicados en su aparato reproductor, que además le causaban alteraciones menstruales, hemorragias severas y anemia progresiva, situación que desmejoraba considerablemente su calidad de vida y afectaba el disfrute de su derecho a la salud. Ante tal panorama, indicó que el medicamento requerido por la paciente era parte de un tratamiento para reducir su afección y de contera también mejoraría sus posibilidades reproductivas.

Más adelante, en la sentencia T-605 de 2007[48], 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, a quien la EPS le negó la cirugía por estar excluida del Plan Obligatorio de Salud bajo el argumento de ser parte de un tratamiento contra la esterilidad. La ratio decidendi de dicha providencia indicó que los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad social. Así, consideró que la atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de fertilidad los cuales, si bien se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, deben excepcionalmente prestarse cuando se comprometen derechos fundamentales de los usuarios del servicio de seguridad social en salud. En el caso

examinado constató que la cirugía que solicitaba la paciente tenía directa incidencia en su bienestar general y que ese procedimiento no es en sí un tratamiento de fertilidad, sino “simplemente una intervención quirúrgica que busca la recuperación de la salud perdida de la peticionaria y que a la postre, podría incidir de manera positiva en su función procreadora”.

3.5. La Sala observa que en los casos expuestos con anterioridad, la Corporación ha partido del supuesto de que la infertilidad no se considera una enfermedad de aquellas que involucran gravemente los derechos a la vida y a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud. Es decir, tal afección, si bien puede impactar negativamente el proyecto de vida de las personas, no compromete de una manera inmediata y urgente la vida en sí misma. En razón de ello, ha venido reiterando la regla jurisprudencial según la cual no procede el amparo de tutela para solicitar un tratamiento excluido del plan de beneficios como lo es la fecundación in vitro, porque el mismo no es necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, de quien lo solicita[49].

De todas maneras, es importante precisar que si bien la infertilidad no impide el vivir, sí puede afectar otras facetas humanas que involucran una dimensión de la vida digna. En este sentido, explicó el doctor Fernando Zegers Hochschild, que la “Organización Mundial de la Salud (OMS) definió [la] infertilidad como una enfermedad reconociendo de esta manera que la salud de las personas afectadas, así como su entorno familiar, se ven seriamente dañadas” (negritas fuera de texto)[50]. Además, resaltó que “desafortunadamente, algunos países aun consideran la fertilidad como una cuestión de anhelos o deseos personales y por ello, no le otorgan suficiente prioridad en los programas de salud de la mujer”[51]. En cuanto a las consecuencias de este padecimiento, precisó que la “infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso”[52].

3.6. Sin embargo, en esta oportunidad, valorando el tiempo que ha transcurrido desde la adopción de la Constitución Política de 1991, el desarrollo paulatino del contenido prestacional del derecho a la salud, la progresividad de los sustentos teóricos y

conceptuales de la jurisprudencia constitucional en el tema y los cambios legislativos, que ya incorporan la regulación del derecho fundamental a la salud en un proyecto de ley estatutaria[53]; la Sala observa que la salud reproductiva es un aspecto de este derecho en donde puede reconocerse una insuficiencia de regulación y una opacidad de la jurisprudencia de la Corporación, que en la actualidad merece ser tomado en consideración, máxime cuando la disponibilidad del servicio en relación con los centros de fertilidad ha aumentado en el país en comparación con la década anterior[54].

Lo anterior, sin desconocer que la ampliación progresiva del plan de beneficios debe sopesar el contraargumento del equilibrio financiero del sistema de salud. Pero, si bien esta condición, que ha funcionado como una suerte de contención de los costos al interior del régimen, debe ser tomada en cuenta, permitiendo que el avance sea progresivo y modulado, no puede ser un argumento per se para paralizar en el tiempo la extensión del plan obligatorio de salud.

Es así como la jurisprudencia de la Corte ha mediado para equilibrar las tensiones existentes entre las estrategias de contención de los costos diseñadas por el sistema contra la garantía del derecho fundamental a la salud de los usuarios de estos servicios.

4. Derecho comparado en América Latina en relación con las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida y su inclusión en el sistema público de salud

4.1. Varios países de la región han avanzado en la regulación de las técnicas para atender la infertilidad y en su inclusión en el sistema público de salud, ampliando el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida que existen desde la década de los setenta, pero que aún solo están al alcance de las personas con mayor poder adquisitivo.

4.1.1. En Brasil, el Ministerio de Salud mediante la Portaria (Ordenanza) No. 3149 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil doce (2012)[55], destinó recursos financieros a los establecimientos de salud que realizan procedimientos de atención a la reproducción humana asistida, en el ámbito del sistema único de salud (Sistema Único de Saúde – SUS)[56], incluyendo la fertilización in vitro y/o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, bajo las siguientes consideraciones: (i) la Constitución de 1988 consagra en el Título VIII del Orden Social, en el capítulo VII, artículo 226, párrafo 7, la responsabilidad del Estado con respecto a la planificación familiar; (ii) la asistencia en la planificación

familiar debe incluir la provisión de todos los métodos y técnicas para la concepción y la anticoncepción, científicamente aceptados, de conformidad con la Ley No. 9263 del doce (12) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996), que regula el artículo 226 de la Constitución Federal que se ocupa de la planificación familiar; (iii) la Portaria (Ordenanza) No. 426/GM/MS del veintidós (22) de marzo de dos mil cinco (2005), instituye la Política Nacional de Atención Integral en Reproducción Humana Asistida; (iv) la Portaria (Ordenanza) No. 1459/GM/MS del veinticuatro (24) de junio de dos mil once (2011), instituyó en el ámbito del sistema único de salud (SUS) la Red Cigüeña, cuyos artículos 2 y 4 consagran la garantía de acceso a acciones de planificación reproductiva; (v) la necesidad de las parejas a la atención de la infertilidad en referencia a los servicios de alta complejidad para la reproducción humana asistida, y (vi) entendiendo que ya existe un conjunto de iniciativas de atención a la reproducción humana asistida en el SUS, y que las normas para el financiamiento de los servicios en el ámbito de dicho sistema están en la fase de definición.

4.1.2. En Argentina, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación sancionó el cinco (5) de junio de dos mil trece (2013) la Ley 26.862, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida[57]. Dicha norma incluye en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, entre ellos, la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca el Ministerio de Salud de la Nación, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o al estado civil de los destinatarios. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los tres (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga)[58]. La Ley 26.862, que busca materializar la prevalencia de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, fue reglamentada por el Decreto 956 de 2013[59], normativa que identifica las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y alta complejidad comprendidas en la Ley,

ubicando entre estas últimas a la fecundación in vitro[60].

4.1.3. En Uruguay, el poder legislativo mediante la Ley No. 19.167 del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), reguló las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realizan. Entre estas técnicas, se incluyeron la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, cigotos y embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional contemplada en el artículo 25 de la Ley[61], que pueden aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil. El artículo 3 del texto normativo establece como deber del Estado garantizar “que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud”. El artículo 5, diferencia entre los procedimientos de reproducción humana asistida de alta complejidad y baja complejidad y establece su cobertura. Así, define como técnicas o procedimientos de baja complejidad aquellos en función de los cuales la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino, los cuales quedan comprendidos dentro de los programas integrales de asistencia que deben brindar las entidades públicas y privadas que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud y serán financiados por este, cuando la mujer no sea mayor de cuarenta (40) años[62]. Continúa señalando la disposición normativa que las técnicas o procedimientos de alta complejidad son aquellas en virtud de las cuales la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar fuera del aparato femenino, transfiriéndose a este los embriones resultantes, sean estos criopreservados o no, precisando que serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos, a través del Fondo Nacional de Recursos con el alcance y condiciones que establecerá la reglamentación a dictarse por el poder ejecutivo. Igualmente, indica que las prestaciones a brindarse incluyen los estudios necesarios para el diagnóstico de la infertilidad así como el tratamiento, material de uso médico descartable y otros estudios que se requieran, el asesoramiento y la realización de los procedimientos terapéuticos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad, las posibles complicaciones que se presenten y la medicación

correspondiente en todos los casos.

4.1.4. En Chile también se viene avanzando en el tema del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA). Recientemente se aprobó la ley de reproducción asistida, después de un largo proceso de acercamiento y sensibilización del tema. La Ministra de Salud precisó que se aplicará por etapas “debido al alto costo que implicará para el Estado. En una primera instancia las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) deberán ofrecer las técnicas de baja complejidad (inseminación artificial y medicación para relaciones sexuales programadas) y solo en algunas excepciones brindarán las de alta complejidad (esencialmente, fertilización in vitro)”[63].

4.1.5. En México, hasta el momento no se ha regulado el derecho a la planificación familiar en el aspecto referente a la fertilización como una prestación pública a cargo del erario popular, pues aún está en la fase de discusión la reglamentación general de la materia, que incluye lo relativo a los métodos de reproducción asistida[64]. No obstante, en lo que tiene que ver con el acceso a los tratamientos de fertilidad humana y procreación asistida, con cargo a los recursos del Estado, se cuenta con la vía de los hospitales públicos y especializados dependientes de la Secretaría de Salud, que recuperan una cuota por la prestación del servicio, proporcional al resultado de un examen socio económico individualizado realizado al paciente, como es el caso del Hospital de la Mujer que presta el servicio de atención a la infertilidad en el ramo de la atención médica en ginecobstetricia. Dichos centros hospitalarios cuentan además con un Cuadro Básico de Insumos aprobado por la Secretaría de Salud para la Atención Médica Básica, en donde se enlistan los medicamentos cuya provisión corre por cuenta del Estado, que para el año en curso (2014) incluye como artículos 10 y 20 del apartado 9 “Gineco-Obstetrícia”, las sustancias Clomifeno y Gonadotropinas, propias del tratamiento patológico de la infertilidad. A estos medicamentos tienen acceso, incluso, las personas que hacen parte del seguro popular[65], cuyos servicios se encuentran descritos en el Catálogo Universal de Servicios de Salud de Intervención Pública; en el que rige actualmente no se consideran los métodos de reproducción humana asistida. El seguro social de los trabajadores y el de los servidores públicos al servicio del Estado, presta ayudas de planificación familiar como asistencia médica preventiva en salud, ya sea a través de su personal e instalaciones, o indirectamente por medio de instituciones públicas o privadas con quienes celebra convenios para tal efecto, además, goza de autonomía para su organización y la

administración de los recursos. Los institutos han incluido en su planilla de servicios, tanto el tratamiento a nivel patológico de la infertilidad, como los procedimientos de reproducción asistida, y basta con que se cumplan con las cuotas propias del trabajador o prestador de servicios, para que junto con su pareja puedan tener acceso a tales procedimientos de alta y baja complejidad de fertilización humana[66].

4.2. Como puede observarse, cinco (5) países de la región, con una situación económica, social y política similar a la de Colombia, han avanzado en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida, y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales. Ello facilita que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, a partir de las experiencias acumuladas, revise 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, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

5. Relación entre el derecho a la reproducción humana y el derecho fundamental a la salud en su faceta de salud reproductiva

5.1. El derecho a la reproducción humana se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación[67], al libre desarrollo de la personalidad[68], a la intimidad personal y familiar[69] y a la libertad para fundar una familia[70].

Coherente con lo anterior, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia[71], y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que “la decisión [...] de tener hijos biológicos [...] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar [, y...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”[72]. Además, que “la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”.

5.2. Asimismo, existe un vínculo estrecho entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica[73], este último conectado, a su vez, con el

derecho a la salud, debido a que “[s]iendo la preservación de las condiciones físicas, psicológicas y espirituales de la persona objeto de protección del derecho fundamental a la integridad personal existe una estrecha relación entre este derecho y el derecho a la salud[, pues este último] protege igualmente la preservación de la integridad de la persona humana, no sólo frente a agresiones humanas sino también frente a todo tipo de agentes naturales o sociales”[74]. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[75] sostuvo 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. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.

“148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades[76]. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que ‘la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud’” (negritas fuera de texto)[77].

5.3. El derecho a la salud es un derecho fundamental[78]. El carácter fundamental del derecho a la salud hoy en día no tiene discusión, pero para alcanzar tal categoría la Corte hizo un desarrollo progresivo que protegió dicho derecho por tres (3) vías. La primera, acudió a establecer su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le permitió identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad[79]; la segunda, apeló a reconocer su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo que llevó a la Corporación a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; y la tercera, afirmó

en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna[80].

Así, la Sala Séptima de Revisión señaló en la sentencia T-859 de 2003[81] que el derecho a la salud es un derecho fundamental “de manera autónoma”, “cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”[82].

Hoy en día, se reitera, no hay discusión en cuanto a la fundamentabilidad del derecho a la salud, y en este sentido cursa el proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, cuyo objeto, según el artículo 1, es “garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”[83].

5.4. El derecho a la salud protege múltiples ámbitos de la vida humana, lo que da lugar a diferentes dimensiones del concepto. Es así como identificamos distintas categorías, entre ellas, la salud física, la salud psicológica, la salud mental, la salud emocional y la salud social, que derivan de un mismo núcleo pero que impactan en formas muy diversas la vida de las personas. Dentro de las categorías anotadas aparecen involucradas la salud sexual y reproductiva. Interesa en este asunto centrar la atención en la salud reproductiva, que es entendida como

“[...] un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no

estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”[84].

Al respecto, precisó la Corte IDH que la “salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables”. Igualmente, que según el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, “[d]eberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”[85] para combatir la infertilidad, lo que guarda estrecha relación con el goce de los beneficios del progreso científico.

El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[86], y en el ámbito interamericano se encuentra contemplado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[87] y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocido como “Protocolo de San Salvador”[88]. Partiendo de este amplio reconocimiento, señaló la Corte IDH que “[d]el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia[,] se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”[89].

5.5. No obstante lo anterior, este órgano de decisión debe tener en cuenta que el derecho a la salud es un derecho complejo, ello no solo por las múltiples perspectivas vitales que involucra sino también por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. Al respecto, la Sala Segunda de Revisión señaló en la sentencia T-760 de 2008 que “[l]a complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales

disponibles”[90]. De esta manera, deben reconocerse las limitaciones de carácter presupuestario que imperan al momento de garantizar el derecho a la salud, lo que ha obligado a la Corporación a decantarlo y racionarlo caso por caso, de tal manera que se cobije a las personas más necesitadas o más desaventajadas.

Así lo precisó la Sala Séptima de Revisión: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”[91].

Siguiendo esta línea jurisprudencial, y sin desconocer las restricciones de tipo presupuestario que delinear su evolución, se concluye que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo, conduce a que se presente una insuficiencia en su regulación constitucionalmente inadmisibles.

6. Subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad.

Insuficiencia de regulación en los tratamientos de fertilidad

6.1. Como ya lo manifestó la Sala, los tratamientos de fertilidad se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud por el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social[92] y el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud[93], en cumplimiento de los principios de universalidad, equidad y eficacia enunciados en la Ley 100 de 1993[94]. Dicha exclusión ha encontrado su justificación, de un lado, por la faceta prestacional y progresiva que desde un principio caracterizó el derecho a la salud[95] y, por otro, debido a que los tratamientos para la esterilidad resultan ser muy costosos[96].

6.2. Sin embargo, como ya fue mencionado en el acápite tercero, la Corporación también ha considerado que existen algunos casos excepcionales en los cuales una entidad prestadora de servicios de salud debe autorizar la práctica de un tratamiento excluido del

POS. Primero, cuando se vulnera el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, al suspender abruptamente un tratamiento que se venía practicando, sin que medien razones médicas o científicas para ello; y, segundo, cuando el tratamiento solicitado es necesario para proteger la vida, la salud o la integridad personal del usuario, incluyendo la salud sexual y reproductiva, evento en el cual ha concedido el amparo de tutela siempre que el solicitante requiera con necesidad (i) la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, (ii) el suministro de un medicamento, o (iii) la práctica de tratamientos integrales, en donde, en todo caso, no se incluyen los tratamientos de fertilidad como sería el caso de la fertilización in vitro.

6.3. La sentencia T-760 de 2008[97] recordó la jurisprudencia constitucional que precisó los criterios de aplicación de la regla de acceso a los servicios de salud que se requieren y se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en los siguientes términos:

“la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie[98]; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”[99]”.

En relación con el último criterio mencionado, esto es, el que tiene que ver con que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud a quien está solicitándolo; la Corporación, ha precisado que cuando el servicio fue ordenado por un galeno particular, si el concepto no fue controvertido por la EPS accionada mediante un dictamen científico que demuestre la impertinencia del tratamiento o procedimiento, siguiendo el derrotero expuesto por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-760 de 2008[100], es posible que se ordene a la entidad acusada que realice la práctica médica o quirúrgica solicitada, de ser procedente, lo que deberá ser analizado en cada caso concreto[101].

Finalmente, esta regla de acceso fue sintetizada por la sentencia T-760 de 2008[102], en el sentido de que una entidad que niega un servicio médico que se requiere con necesidad, no incluido en el plan obligatorio, desconoce el derecho a la salud de la persona. Precizando que “desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere”.

6.4. Retomando el tema, como se indicó anteriormente, uno de los criterios para autorizar el acceso a los servicios de salud que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, es cuando la falta del servicio médico vulnera o amenaza, de forma grave, los derechos a la vida, la salud o la integridad personal de quien lo solicita.

La infertilidad, que consiste en “la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”[103], siendo “[l]as causas más comunes [entre otras], daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica”[104]; se reitera, es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad del sistema reproductivo que afecta la salud de las personas que la sufren. Si bien, la Sala reconoce que esta enfermedad no involucra gravemente la vida y, no necesariamente, la dignidad[105] o a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud, sí puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad/maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja[106]. En este sentido, la infertilidad “ocasiona por lo general situaciones que podrían establecerse como carentes de bienestar psicológico y social [por lo que] debiera ser incluida en la lista de enfermedades de interés desde un enfoque preventivo de salud pública”[107].

Esta situación pone en evidencia que hay una dimensión prestacional del derecho a la salud en la cual no se ha avanzado en lo absoluto, y que deja desprotegido a un sector de la población que demanda servicios médicos para el tratamiento de su infertilidad, como lo

tiene para otra cualquier causa de salud[108]. Así las cosas, el Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida[109], como es el caso de la fertilización in vitro[110], por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente. No hacerlo, puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas.

Lo anterior, es indicativo de que hay una gran ausencia del Estado en la atención de la infertilidad. En razón de ello, y dada la incapacidad del Estado para responder a esta problemática, las parejas se ven obligadas a asumir el alto costo de los tratamientos, aspecto este que en muchos casos se constituye en una barrera infranqueable en términos de accesibilidad al servicio de salud, toda vez que podrán acceder a los tratamientos de reproducción asistida quienes tengan recursos económicos para financiarlos, situación que genera una discriminación de la población desfavorecida económicamente que en todo caso no tendrá más alternativa que aceptar con resignación sus limitaciones reproductivas, dado que el Estado no ha asumido una política pública de inclusión de estos procedimientos en el Plan Obligatorio de Salud.

6.5. Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, se concluye que hay una insuficiencia de regulación en lo que tiene que ver con la exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad, en donde se incluye la fertilización in vitro, que amerita que se inicie la revisión y discusión pública y abierta de la política pública. El Estado colombiano, comprometido con la observancia de las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento del derecho fundamental a la salud[113], derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[114] y del Protocolo de San Salvador[115], conforme con el artículo 93 Superior, tiene la obligación de “adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros”[116], además la de “reconocer suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales”[117]. En concreto, estas obligaciones internacionales lo implican en la adopción de las medidas positivas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a “disfrutar del más alto nivel posible de salud”[118]. Por ejemplo, el Estado podría pensar en la organización de programas de financiamiento privado en condiciones de

economía de escala, que permitan a personas de escasos recursos económicos, acceder a programas y servicios de fertilidad[119].

7. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Progresividad del derecho fundamental a la salud

7.1. La salud no es únicamente la ausencia de afecciones y enfermedades en una persona, sino un estado completo de bienestar físico, mental y social, acorde con las posibilidades y las condiciones dentro de las cuales la persona se relaciona con el Estado, su familia y los demás integrantes de la comunidad.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud[120] define la salud de la siguiente manera:

“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. || El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

En correspondencia con esta definición, el artículo 48 de la Constitución Política colombiana adopta un concepto amplio de la seguridad social, que explicado por la Corporación “incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general [...]. [Resaltando que involucra un] conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona”[121].

7.2. Atendiendo al propósito de ampliar el concepto del derecho a la seguridad social, la comunidad jurídica en el ámbito internacional de los derechos humanos considera que la salud incluye una amplia gama de libertades y derechos que procuran el nivel más alto posible de bienestar físico, mental y social para toda la humanidad, reconociéndole, además, una concepción universal y expansiva en cuanto abarca un gran cuerpo de servicios y asistencias a cargo del Estado, la sociedad y la familia[122].

Lo anterior explica por qué el derecho fundamental a la salud comprende algunas prestaciones que prima facie podrían ser consideradas desproporcionadas o, inclusive, ajenas al deber de garantizar a la persona el bienestar que caracteriza a este derecho, pero

que analizadas dentro de un determinado contexto médico y terapéutico resultan lógicas, razonables, necesarias y conducentes para la adecuada atención de la persona afectada.

Por esta razón la Corte ha vinculado prestaciones como el transporte de enfermos y sus familiares, la adecuada nutrición del paciente, el derecho a la vivienda, el acceso a agua limpia y potable, la inclusión de determinados medicamentos, tratamientos y procedimientos no previstos en el Plan Obligatorio de Salud para que, excepcionalmente, hagan parte de este paquete esencial de servicios de salud que se ofrecen a todos los afiliados al sistema[123]. Es así como la Corporación ha venido ampliando progresivamente la gama de ayudas que, según el caso, resulten necesarias para la adecuada protección del derecho consagrado en el artículo 49 de la Carta Política.

Esta afirmación resulta corroborada por lo expuesto en la sentencia T-274 de 2009[124], en la cual quedó consignado:

“[...] 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”. Aunado a lo anterior, dicha estructura del derecho se ajusta al mandato de progresividad señalado en el artículo 2° de la Convención, el cual prescribe a las organizaciones estatales el deber de adoptar las medidas que sean necesarias “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”.

“En este entendido, la salud no ha de ser comprendida de manera exclusiva como la facultad de goce de un determinado conjunto de condiciones biológicas que permita la existencia humana, pues esta garantía “abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”. De ahí resulta que el derecho a la salud ha de ser considerado dentro de

un complejo contexto en el cual se observan los vínculos que guarda esta garantía con otros derechos fundamentales –como el derecho a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana, la vida, entre otros–” (negrillas fuera de texto).

7.3. Para la adopción de las prestaciones señaladas, además de los principios de universalidad e integralidad del sistema de seguridad social en salud[125], se ha tenido en cuenta el de progresividad, según el cual el Estado debe ampliar cada vez más el espectro de protección en las áreas relacionadas con el derecho a la salud. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política que establece que, “[e]l Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social...”[126].

De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un sistema que le permita acceder a los servicios de salud necesarios para superar sus afecciones reproductivas, aunque no sean de aquellas que involucran gravemente la vida, la dignidad o la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud. La respuesta negativa, absoluta e insuperable, obstaculiza de manera irrazonable la posibilidad de disfrutar “del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Ahora bien, si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año dos mil catorce (2014), pasados más de veinte (20) años desde la expedición de la Ley 100 de 1993[127], y más de cinco (5) años desde el proferimiento de la sentencia T-760 de 2008[128], el Estado siga dando la misma respuesta a las personas que padecen de infertilidad, sabiendo que el sistema de seguridad social en salud debe ser progresivo. De tal manera, a medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo, generando discriminaciones por omisión, pues “[e]l que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”[129]. Así lo señaló la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-595 de 2002[130], en la que también precisó:

Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes. En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, 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.

7.4. Por lo anterior, considerando la insuficiencia de regulación existente en lo que tiene que ver con la exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad, que precisa ser superada, la Sala exhortará al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice 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 inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

8. Derechos de los usuarios a la información, la guía y el acompañamiento para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud

8.1. Ha señalado la Corporación que el derecho a la salud incluye los derechos de los usuarios a la información, la guía y el acompañamiento en la ruta de acceso a un servicio de salud requerido. Es así, como las entidades del sistema de salud “tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que [en] su entender, le garantice en mayor medida su derecho. Este derecho se manifiesta a través de obligaciones de diferente tipo, como la garantía de que el consentimiento para los procedimientos médicos sea informado o el deber de brindar información y acompañamiento para obtener los servicios de salud requeridos, que se encuentran fuera del plan de beneficios”[131].

Esta dimensión del derecho a la salud, que también se predica del régimen subsidiado, incluye el derecho a recibir información sobre los derechos y los deberes que, dentro del sistema de seguridad social en salud, corresponden a cada uno de los actores: usuarios, Estado, aseguradores y prestadores.

“4.3.2. Las EPS tienen el deber de brindar a las personas la información que sea necesaria para que puedan saber cuál es el servicio de salud que requieren, cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, así como también, cómo acceder a los servicios de salud que requieren. La jurisprudencia ha señalado que una EPS no desconoce el derecho a la salud cuando, a través de su médico tratante, le ha brindado al paciente información simple, aproximativa, inteligible y leal sobre los riesgos que conlleva una cirugía que se le debe practicar. El deber de informar y orientar al paciente sobre los tratamientos a seguir y las entidades encargadas de prestarlos, se predica también de las IPS. || [...]

“[...] 4.3.4. Las EPS en el contexto del régimen subsidiado, tienen la obligación de brindar la información y el acompañamiento necesario a las personas, incluso cuando se trata de

servicios de salud que estas requieran y la entidad no esté obligada a garantizar. En el régimen subsidiado la jurisprudencia ha indicado que en “los casos en los cuales se demanda la atención en salud a una [EPS subsidiada] que alega no tener la obligación de suministrar tratamientos excluidos del POS-S, surgen dos opciones de protección constitucional que deben ser aplicadas por el juez de tutela de acuerdo al caso concreto. La primera supone que la ARS garantice directamente la prestación del servicio, solución excepcional que se da en razón a que se trata de un menor o de un sujeto de especial protección constitucional;[132] la segunda de las opciones, la regla general, supone un deber de acompañamiento e información, pues en principio la prestación corresponde al Estado.” Esta solución, consiste en reconocer que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado se le niega un servicio por no tener que garantizarlo directamente, la EPS subsidiada -antes, ARS-, junto con las autoridades administrativas del sector salud, tienen los deberes de informar e indicar a las personas cómo acceder, efectivamente, al tratamiento requerido, y el deber de acompañarlo en el trámite para reclamar dicho servicio de salud.[133]...”[134].

8.2. En este orden de ideas, las EPS tienen el deber de brindar a los afiliados información, guía y acompañamiento en el acceso a los servicios de salud solicitados, en relación con el diagnóstico de la enfermedad, el grado de afectación en la salud, los tratamientos a seguir, las alternativas médicas disponibles, las entidades encargadas de prestarlos, entre otros asuntos de relevancia para la atención del padecimiento, todo ello orientado a garantizar la accesibilidad al servicio sin obstáculos ni barreras. No hacerlo, vulnera el derecho fundamental a la salud.

9. Salud Total EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de Andrés Fernando Montilla Varela, en la faceta de información, guía y acompañamiento

9.1. El señor Andrés Fernando Montilla Varela interpuso la acción de tutela contra Salud Total EPS al considerar que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad, porque no le autorizó la práctica del tratamiento de fertilización in vitro debido a que es un procedimiento excluido del POS. Esta solicitud de amparo fue coadyuvada por la señora Sirley Suárez Tamayo, quien es la compañera permanente del tutelante[135].

9.2. Luego de varios exámenes practicados al peticionario, se le diagnostica esterilidad en el varón[136]. En el registro de la consulta médica realizada por la Fundación Salud Hombre, se reitera el diagnóstico y se indica que la enfermedad actual es “INFERTILIDAD PRIMARIA”[137]. Su médico tratante[138] resumió las condiciones de su caso así:

“El señor MONTILLA VARELA ANDRES FERNANDO de 40 años de edad, [...], asistió a consulta el 8 de julio de 2013 por deseo de fertilidad de 8 años de evolución. Entre sus antecedentes reporta LAPAROTOMIA EXPLORATORIA A LOS 9 AÑOS, VARICOCELECTOMIA IZQUIERDA A LOS 16 AÑOS, BY PASS GASTRICO EN 2007. || [...] Impresión Diagnóstica: Disfunción Reproductiva secundaria a: || Oligozoospermia[139], Astenozoospermia[140] || Plan terapéutico: || 1. Fertilización In Vitro”.

Es claro que el peticionario solicita a Salud Total EPS que autorice la realización del tratamiento de fertilización in vitro, porque su médico tratante lo diagnosticó como la única opción viable para que él y su compañera, Sirley Suárez Tamayo, puedan concebir.

9.3. El veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013), el Comité Técnico Científico de Salud Total EPS negó el servicio de tratamiento de fertilidad, “fertilización in vitro”, solicitado por el señor Montilla Varela debido al diagnóstico “ESTERILIDAD EN EL VARON”, teniendo en cuenta que conforme con el Acuerdo 029 de 2011 está excluido expresamente del POS[141]. Ni en esa oportunidad, ni en otra posterior, la Entidad le suministró al usuario algún tipo de información, guía y acompañamiento que le ayudara a encontrar alternativas. Por ejemplo, entre otras, (i) pudo corroborar el diagnóstico realizado por su médico tratante, teniendo en cuenta que el mismo fue elaborado en una institución particular con la cual la accionada, según afirmó, no tenía convenio; (ii) pudo practicarle el examen de fertilidad a su compañera Sirley Suárez Tamayo, que también se encuentra afiliada al sistema; (iii) pudo explicarle las opciones de reproducción asistida que le ofrece el mercado y recomendarle posibles centros médicos especializados a los que pudiera acudir; (iv) pudo recomendarle atención psicológica o psicosocial. Es posible que el suministro de información y una adecuada guía y acompañamiento hubieran sido determinantes de una actitud diferente a la que asumió el paciente ante la negativa de Salud Total EPS. Desde el principio su queja fue que su compañera y él no obtuvieron de parte de la Entidad una orientación clara, concreta y eficiente acerca de la discapacidad reproductiva que los afecta, razón por la cual se vieron obligados a consultar en el Centro de Biomedicina

Reproductiva del Valle S.A., Fecundar, en donde finalmente fueron atendidos[142].

9.4. Si se considera, que una faceta importante del derecho a la salud es la que está relacionada con la obligación de las Entidades Prestadoras de Salud de ofrecer a sus usuarios información, guía y acompañamiento, en este específico aspecto falló Salud Total EPS, si se toma en consideración el posible impacto emocional que pudo tener el señor Montilla Varela al enterarse de la negativa de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro ordenado por su médico tratante, por ser un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud. Ello fue determinante de una vulneración al derecho fundamental a la salud del accionante, máxime cuando debe entenderse como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”[143] que le permita vivir dignamente.

9.5. Se observa, tal como lo indica el médico tratante, que la infertilidad que padece el peticionario es una condición secundaria a la oligozoospermia y la astenozoospermia, y no aparece registro en su historia clínica de que dichas condiciones puedan superarse mediante un tratamiento médico o quirúrgico. Al respecto, la entidad accionada afirmó que “el inconveniente de sus (sic) [OLIGOSPERMIA] ES INHERENTE A SU ORGANISMO Y EN ESTE MOMENTO NO HAY TRATAMIENTO MÉDICO PARA CORREGIR Y COMO SE INFORM[Ó] ES POR ELLO QUE BUSCAN LA FERTILIZACIÓN INVITRO”[144]. Y agrega, “No hay un tratamiento confiable disponible hoy en día para aumentar la concentración espermática”[145] (mayúsculas, negrillas y subrayas originales).

9.6. Quedó demostrado en el proceso que Andrés Fernando Montilla Varela devenga su sustento como empleado de la Personería de Palmira, percibiendo un salario básico mensual de un millón siete mil setenta pesos (\$1.007.070)[146], que su compañera Sirley Suárez se desempeña como ama de casa, que vive con su pareja en una vivienda arrendada en la ciudad de Palmira, cancelando un canon mensual de doscientos treinta mil pesos (\$230.000)[147], y que paga por concepto de servicios públicos domiciliarios un valor promedio de ciento treinta y cinco mil pesos (\$135.000)[148]. Si se hacen cálculos, se puede concluir que el salario del accionante alcanza para cubrir los gastos de la pareja, y que si se destina a otros campos sería en detrimento de las obligaciones básicas que ya han sido adquiridas, entre ellas, el pago de la vivienda, los servicios públicos domiciliarios, la alimentación y el vestido.

9.7. En atención a lo anterior, concluye la Sala que Salud Total EPS no vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad de Andrés Fernando Montilla Varela, debido a la negativa de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro ordenado por el médico tratante, como única alternativa para lograr reproducirse, debido a que este servicio está excluido del POS. No obstante, sí vulneró su derecho fundamental a la salud en la faceta de información, guía y acompañamiento, y así será declarado en la parte resolutive de esta providencia. En este sentido, se prevendrá a Salud Total EPS para que en el futuro, ante casos similares, no incurra en la misma conducta.

9.8. En este orden de ideas, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Conocimiento de Palmira, Valle, el veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013), mediante la cual se revocó la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, el cuatro (04) de octubre de dos mil trece (2013), dentro del proceso de tutela adelantado por Andrés Fernando Montilla Varela contra Salud Total EPS. En su lugar, modificará el fallo del cuatro (04) de octubre de dos mil trece (2013), emanado del Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, en el sentido de conceder el amparo al derecho fundamental a la salud del accionante, en la faceta de información, guía y acompañamiento.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Conocimiento de Palmira, Valle, el veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013), mediante la cual se revocó la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, el cuatro (04) de octubre de dos mil trece (2013), dentro del proceso de tutela adelantado por Andrés Fernando Montilla Varela contra Salud Total EPS. En su lugar, MODIFICAR el fallo del cuatro (04) de octubre de dos mil trece (2013), emanado del Juzgado Cuarto Penal Municipal con

Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, en el sentido de CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la salud del accionante, en la faceta de información, guía y acompañamiento, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- EXHORTAR al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice 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 inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

Tercero.- PREVENIR a Salud Total EPS para que en casos futuros, similares al estudiado en esta sentencia, no incurra en conductas que atenten contra el derecho a la salud de los usuarios, en su faceta de información, guía y acompañamiento.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] A folios 32-33 del cuaderno principal obra el Auto del veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013) emanado del Juzgado Cuarto (4) Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Palmira, Valle, mediante el cual se avoca conocimiento y se vincula al Ministerio de Salud y Protección Social, sin embargo en el curso del proceso no realiza ninguna actuación.

[2] Folios 2 al 11 del cuaderno principal. En adelante, los folios que se refieran harán parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[3] Folio 13. En el escrito de respuesta de Salud Total EPS se reconoce que el señor Montilla Varela está afiliado desde el nueve (9) de agosto de dos mil cinco (2005) en calidad de cotizante y su estado actual de afiliación es activo (folio 44).

[4] A folio 24 aparece una declaración juramentada realizada el veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), en la Notaría Tercera del Círculo de Palmira Valle, por Andrés Fernando Montilla Varela y Sirley Suárez Tamayo, en donde manifiestan que viven en unión libre y conviven bajo el mismo techo en forma permanente sin interrupción alguna, desde hace ocho (8) años y tres (3) meses. Igualmente, el señor Montilla Varela manifiesta que él es quien vela y sufraga todos los gastos del hogar como es techo, alimentación, medicina, vestuario y demás de su compañera permanente. Se encuentran en el expediente las fotocopias de las cédulas de ciudadanía de Sirley Suárez Tamayo, con fecha de nacimiento del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), y Andrés Fernando Montilla Varela, con fecha de nacimiento del treinta (30) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973) (folios 30-31).

[5] A folios 13 al 18 se encuentra la Historia clínica del señor Andrés Fernando Montilla Varela, de Salud Total EPS. El diagnóstico se lee a folios 16-17, 22- 23.

[6] A folio 22 aparece el resumen de la historia clínica del señor Montilla Varela suscrita por el médico andrólogo y especialista en salud sexual y reproductiva masculina, Héctor Narváz Rosero, el cinco (5) de agosto de dos mil trece (2013), en donde consta la impresión diagnóstica: “Disfunción Reproductiva secundaria a: || Oligozoospermia, Astenozoospermia...” y se señala como Plan terapéutico: “1. Fertilización In Vitro”. Se

incluyen los exámenes médicos –Espermograma– realizados en el Centro de Biomedicina Reproductiva del Valle S.A, Fecundar (folios 19-21).

[7] Apoya su argumento en la sentencia T-605 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

[8] A folio 25 se encuentra un certificado laboral suscrito por la Directora Administrativa y Financiera de la Personería de Palmira, el veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013), en donde se lee que el señor Andrés Fernando Mantilla Varela labora en dicha agencia del Ministerio Público desde el nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009) en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, con un salario mensual de Un millón siete mil setenta pesos (\$1.007.070). El anterior certificado lleva anexos los comprobantes de pago de los meses de julio y agosto de dos mil trece (2013) (folio 26), en donde aparece un valor neto a pagar de Seiscientos noventa y seis mil doscientos cuarenta y cuatro pesos (\$696.244).

[9] A folio 14 se encuentra el contrato de arrendamiento suscrito el seis (6) de enero de dos mil nueve (2009) entre Diego Fernando Angarita Ruiz (arrendador) y Andrés Fernando Montilla Varela (arrendatario).

[10] Se anexan las facturas de servicios públicos domiciliarios del mes de agosto de dos mil trece (2013) (folios 27 al 29).

[11] Folio 26.

[12] A folio 23 aparece el Acta del Comité Técnico Científico de Salud Total EPS de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013). Esta afirmación es confirmada por Salud Total EPS en la respuesta a la tutela en los siguientes términos: “Es importante aclarar al despacho que la EPS SALUD TOTAL tramito (sic) la solicitud de tratamiento de infertilidad ante el Comité Técnico Científico, el cual después de verificar y constatar con historia clínica que ordenado corresponden (sic) a TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD este fue negados (sic) de acuerdo a la normatividad legal vigente...” (folio 48).

[13] Apoya su argumento en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[15] Plantea que la solicitud no corresponde a un derecho fundamental (salud) sino a una

exclusión taxativa del POS, como lo es el tratamiento de fertilidad que proviene de una enfermedad primaria (oligospermia u oligozoospermia) de la cual en el momento no hay tratamiento conocido toda vez que “[n]o hay un tratamiento confiable disponible hoy en día para aumentar la concentración espermática” (folio 46).

[16] Agrega que “[a]corde con la historia clínica el señor Montilla tiene una situación inherente a su semen que le impide la procreación puesto que el problema de ESTERILIDAD deriva de las complicaciones propias de la baja cantidad de espermatozoides que produce y su poca motilidad” (mayúsculas y subrayas originales) (folio 47) .

[17] Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud. El artículo 49 que establece las tecnologías en salud excluidas del Plan Obligatorio de Salud, señala: “3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad”.

[18] Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El artículo 18 señala: “DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD: En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación: || C. Tratamientos para la infertilidad”.

[19] Apoya su argumento en las sentencias T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez caballero) y T-087 de 2003 (MP Manuel José Cepeda espinosa).

[20] Folios 72 al 87.

[21] Folios 97 al 105.

[22] Folios 116 al 124.

[23] Conforme con el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, “[q]uien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.

[24] Folio 12 del cuaderno de revisión. A folio 13 del mismo cuaderno, obra la constancia de afiliación de la señora Sirley Suárez Tamayo al régimen contributivo de Salud Total EPS SA a partir del nueve (9) de agosto de dos mil cinco (2005).

[25] Ver las sentencias T-1104 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-946 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-512 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-424 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-587 de 2009 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

[26] Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). El artículo 130 establece las exclusiones de cobertura específicas, en donde se incluyen los tratamientos para la infertilidad.

[27] Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El artículo 18 señala: “DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD: En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación: || C. Tratamientos para la infertilidad”.

[28] MP Manuel José Cepeda Espinosa (acápito 3º, numeral 3.5).

[29] Sobre el principio de continuidad, en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Sala Segunda de Revisión señaló que “el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; irrespeta 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” (aparte 8.1. sobre el derecho constitucional de toda persona para acceder a los servicios de salud). El principio de continuidad también fue objeto de análisis en la sentencia T-143 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[30] La obligación de una entidad encargada de prestar servicios de salud de autorizar un servicio requerido, aun si el mismo está excluido del POS, surge cuando es necesario para proteger la vida, la salud o la integridad personal del afiliado (aparte 4.4.3. de la sentencia T-760 de 2008, ya referida). En estos casos, la entidad deberá prestar el servicio de salud y podrá repetir ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

[31] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[32] MP. Humberto Antonio Sierra Porto. En la sentencia T-636 de 2007 se sintetizaron las subreglas sobre el derecho al diagnóstico, que fueron establecidas en la sentencia T-304 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

[33] Al respecto, en la misma sentencia, después de un recuento sobre la incidencia del derecho internacional en la protección de los derechos sexuales y reproductivos, especialmente en las mujeres, la Sala Séptima de Revisión concluye lo siguiente: “[...] La titularidad de estos derechos –sexuales y reproductivos– recae particularmente en cabeza de las mujeres, pues una adecuada atención en salud sexual y reproductiva constituye un elemento clave para obtener mayor equidad de género y social. En esa misma dirección, se indicó que la salud sexual y reproductiva no se reduce únicamente a garantizar la ausencia de enfermedades o dolencias. Se encamina, del mismo modo, a proteger el sistema reproductivo en todos sus aspectos, funciones y procesos de forma que las mujeres puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, exenta de riesgos, así como de “la posibilidad de procrear y de la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia” –Naciones Unidas. Documento A/Conf.171/13: Informe de la CIPD de Naciones Unidas, 18 de octubre de 1994–. Abarca, aspectos que desde el punto de vista social y educacional se encaminen a reforzar de manera integral la protección de los derechos sexuales y reproductivos estrechamente relacionados con la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad”.

[34] Sobre el derecho al examen diagnóstico, en esta sentencia se señaló lo siguiente: “[...] El derecho al examen de diagnóstico debe garantizarse siempre que de no efectuarse tal examen (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)”.

[35] MP Jaime Córdoba Triviño.

[36] MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[38] MP Luis Ernesto Vargas Silva. Ver en el mismo sentido las sentencias T-605 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto) y T-946 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[39] Concluyó la Sala, que “la especial situación fáctica que presenta este 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 por cuanto el tema relacionado directamente con la infertilidad que padece no compromete sus derechos fundamentales...”. En este sentido, también puede consultarse la sentencia T-605 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

[40] Sentencia T-946 de 2007 (cita original de la sentencia).

[41] En tratándose de la improcedencia de la protección constitucional en casos de infertilidad primaria, también pueden consultarse las sentencias T-512 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-752 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-424 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En relación con la infertilidad secundaria, la Corte ha sentado una clara línea jurisprudencial que ha tenido avances en la protección de los derechos fundamentales. Ejemplo de ello son las sentencias T-901 de 2004 (MP Clara Inés

Vargas Hernández), T-605 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-870 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[42] MP Eduardo Montealegre Lynett.

[43] MP Clara Inés Vargas Hernández. Esta sentencia mereció un especial estudio en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), al referirse a la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud.

[44] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[45] En similar sentido pueden consultarse las sentencias T-935 de 2010 y T-633 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). La Sala Octava de Revisión en ambas decisiones, al analizar los argumentos esgrimidos por el juez de instancia, expuso las siguientes observaciones: “[...] el fallo no efectuó el estudio del desarrollo jurisprudencial que ha hecho esta Corporación, a efectos de determinar en que casos es o no procedente que por esta vía se ordene el tratamiento de fertilización in Vitro. En este orden, tal providencia no tuvo en cuenta que la procedencia para que resulte de manera excepcional por vía constitucional la autorización de dicho tratamiento se debió verificar tres supuestos desarrollados por ésta Corporación así cuando: (i) el tratamiento una vez iniciado es suspendido si mediar razón alguna, (ii) media el derecho de diagnóstico y no se tiene certeza sobre la enfermedad que padece la paciente y (iii) la patología de infertilidad es una enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad”.

[46] MP Clara Inés Vargas Hernández.

[47] Antes de esta sentencia, la Corte Constitucional profirió las sentencias T-1104 de 2000 (Vladimiro Naranjo Mesa) y T-689 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño), en las cuales trató los casos de dos mujeres que padecían infertilidad secundaria derivada de otras enfermedades, razón por la que les fue ordenada por los médicos tratantes una laparoscopia operativa para recanalizar la trompa izquierda y para tratar un hidrosalpinx en el ovario derecho, respectivamente. La posición primigenia de la Corte se centró en que, a pesar de las enfermedades autónomas que padecían las accionantes en sus sistemas reproductivos, no se comprometía el derecho a la salud haciendo inviable la tutela, sumado

a que los tratamientos contra la infertilidad se encontraban excluidos del POS.

[48] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[49] Al respecto puede verse la sentencia T-633 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa).

[50] Doctor Fernando Zegers Hochschild. Descripción y análisis de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como tratamiento de la Infertilidad. Documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica, septiembre, 2012.

Consultado

en

http://www.eticayreproduccionhumana.udp.cl/publicaciones/fallo/Documento_tecnico_infertilidad_Problema_salud.pdf (junio de 2014). Es importante aclarar que el documento citado constituyó un insumo probatorio de gran relevancia en el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, en donde se decidieron las alegadas violaciones de derechos humanos ocurridas como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la fecundación in vitro que había estado vigente en Costa Rica desde el año dos mil (2000), tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012).

[51] Ibídem.

[52] Ibídem. Según indican Jorge Luis Calero y Felipe Santana, la infertilidad “para quienes la vivencian, sí constituye un padecimiento que tiene importantes implicaciones en la vida social y psicológica de las personas que la padecen, pues acarrea una serie de dificultades en el seno de la familia que está en construcción, toda vez que para una pareja, tener hijos significa haber llegado a la cúspide de sus expectativas”. En Calero, Jorge Luis; Santana, Felipe (2006, abr.). La infertilidad como evento de frustración personal. Reflexiones de un grupo de varones de parejas infértiles. Revista Cubana Endocrinol [revista en la Internet], 17(1). Disponible en:

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532006000100002&lng=es (junio de 2014).

[53] Proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. El

artículo 1 establece: “Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismo de protección”.

[54] Para comprobar el avance en cuanto a la disponibilidad de programas, servicios y tratamientos de fertilidad, no es sino ingresar a la Web con el criterio de búsqueda “centros de fertilidad en Colombia” para enterarse de toda la oferta que hay en el momento, entre otros, se observan: Centro colombiano de fertilidad y esterilidad; Profamilia; Reprotec. Centro de fertilidad; Inser. Instituto de fertilidad humana; Natale. Centro Latinoamericano de fertilidad; Fecundar. Centro de reproducción humana; Gestar. Reproducción humana; entre muchos otros.

[55] La norma puede ser consultada en http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html (julio de 2014).

[56] En Brasil, el SUS es financiado por el Gobierno Federal, por los estados (provincias) y también por las municipalidades. Los municipios brindan la atención básica en puestos de salud. Las provincias ofrecen la atención de media complejidad, con hospitales más grandes, más variedades y especializados, y el Gobierno Federal financia algunos hospitales federales, en general, los hospitales vinculados a Universidades Públicas Federales y a sus cursos de Medicina. Los tratamientos de reproducción humana asistida que son ofrecidos por el sistema público de salud, solo están disponibles en algunas provincias y en sus grandes ciudades (en general en las capitales de las provincias). Así las cosas, las parejas (heterosexuales o del mismo sexo) pueden recurrir al sistema público de salud para requerir los procedimientos necesarios para superar su infertilidad, tomando en consideración los factores geográficos y temporales (se habla de un trámite que demora algunos años en razón de los exámenes y tratamientos que deben ser realizados).

[57] El primer avance al respecto lo había realizado en 2010 la provincia de Buenos Aires, Argentina, convirtiéndose en la primera de América Latina en brindar este servicio de fomento a la fertilidad a través de la salud pública. Veronica Smink de BBC Mundo, Cono Sur, en un artículo titulado “Argentina, pionera en el derecho a la fertilidad”, publicado el 14 de junio de 2013, comentó: “En la provincia de Buenos Aires nacieron 75 bebés por la ley de fertilidad asistida aprobada en 2010. || Por su parte, el gobernador de la provincia de

Buenos Aires, Daniel Scioli, señaló que el éxito que ha tenido allí la ley de fertilidad asistida desde que fue aprobada hace tres años demuestra que no hay que temer por las dificultades económicas. || “Era uno de los tantos mitos que había: se decía que no se iba a poder hacer”, señaló, al tiempo que informó que desde que se aprobó la norma 12.000 personas realizaron consultas, 135 quedaron embarazadas y hubo 75 nacimientos. || Más allá del optimismo, lo cierto es que la ley bonaerense tiene varias restricciones que no aplican a la ley nacional y que podrían aumentar considerablemente el número de personas que se benefician con la norma. || A diferencia de la ley provincial, que sólo da acceso al tratamiento a parejas con problemas de infertilidad en la que la mujer tiene entre 30 y 40 años, la ley nacional beneficia a cualquier adulto que quiera realizarse el tratamiento, sin contemplar si es infértil, su edad o su estado civil. También beneficia a parejas homosexuales”. Versión digital disponible en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/06/130610_argentina_fertilidad_vs.shtml?print=1 (julio de 2014).

[58] Al respecto, el artículo 8 de la Ley 26.862 de 2013, señala: “Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brindan atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brindan servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en

la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro". El artículo 3 establece que la autoridad de aplicación de la ley es el Ministerio de Salud de la nación, y el artículo 7 consagra lo referente a los beneficiarios en los siguientes términos: "Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer". El texto normativo puede ser consultado en <http://bioetica.flacso.org.ar/textos/ley-26682.pdf> (julio de 2014).

[59] En los considerandos del Decreto, se indica: "Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley Nº 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). || Que la Ley Nº 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa". El texto normativo puede ser consultado en <http://www.unc.edu.ar/gestion/serviciosytramites/cici/servicio-de-informacion-tecnica-legal/novedades-en-legislacion/2013/decreto-956-2013-reproduccion-medicamente-asistida-reglamentacion/view> (julio de 2014).

[60] El artículo 2 del Decreto 956 de 2013, dispone: "Definiciones. Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica

controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. || Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...”.

[61] El artículo referido habla de la “situación de una mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio. || Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo...”.

[62] Sin embargo, el artículo bajo cita señala que “[s]erán igualmente cubiertas por el Sistema Nacional Integrado de Salud durante los veinticuatro (24) meses siguientes a la fecha de promulgación de esta ley las mujeres que hayan sobrepasado dicho límite de edad. En caso de mayor edad, la reglamentación establecerá la forma de financiamiento”.

[63] Barquet, Paula, El Observador, “Por alto costo, ley de reproducción asistida se aplicará por etapas”, 12 de enero de 2014. Versión digital disponible en <http://www.elobservador.com.uy/noticia/269348/por-alto-costo-ley-de-reproduccion-asistida-s-e-aplicara-por-etapas/> (julio de 2014). Continúa explicando el texto: “Esta definición surge del proceso de reglamentación de la ley, que el Ministerio de Salud Pública (MSP) inició en diciembre y deberá concluir a principios de marzo”. [...] No van a aparecer todas las prestaciones de una para todo el mundo. Pero se va a dar un cronograma en el que se fijará con qué población se empieza y cuáles serán los criterios de prioridad”, afirmó [la Ministra Susana] Muñiz. Y agregó: “Nos comprometimos; esto va a salir”. || Se hará una inclusión progresiva de las prestaciones pero “con variaciones”. En una primera etapa estarán disponibles las técnicas de baja complejidad, y las de alta complejidad solo en algunas excepciones. Se tendrá en cuenta a las mujeres que están cerca de los 40 años (límite de edad para recibir las técnicas, de acuerdo a la ley) y a las que estén a medio camino de un proceso de fertilización. || Falta definir cómo se financiará la aplicación de esta ley. El texto

aprobado solo indica que el Fondo Nacional de Recursos (FNR) subsidiará las técnicas de alta complejidad, y que las de baja serán prestaciones obligatorias del SNIS [Sistema Nacional de Investigación para la Salud]”.

[64] En México, el derecho a la protección de la salud de las personas está consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política, específicamente, en relación con el acceso a los servicios en la materia y al derecho fundamental a la formación de la familia y a la libertad de planificación familiar. Asimismo, en la fracción XVI, artículo 73, se faculta al Congreso de la Unión (órgano legislativo nacional) para emitir leyes sobre la salubridad general en la República. La Ley General de Salud regula los servicios de planificación familiar (artículo 67) como parte de los Servicios Básicos de Salud (artículos 23 y 27, fracción V), de prestación pública a los derechohabientes de los sistemas de seguridad social en el país (artículo 35) a cargo de instituciones públicas, como agentes y empresas privadas, siempre con la supervisión y aprobación de la Secretaría de Salud. Igualmente, contiene disposiciones generales sobre investigaciones en esta área (artículo 68, fracción IV) y uso de medicamentos y materiales de carácter experimental en seres humanos (artículo 100), las mismas que se amplían en el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud y en Materia de Control Sanitario para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

[65] En México el “sistema de seguridad social” ubica a los derechohabientes en tres grandes grupos: (i) el seguro social de los trabajadores del régimen obligatorio, que corresponde a todos los trabajadores, o voluntario, que cubre a las familias que lo convengan; (ii) el de los servidores públicos al servicio del Estado, y (iii) el de los usuarios del sistema de salud en materia de protección social en salud (seguro popular).

[66] En relación con el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), para acceder a los tratamientos de fertilidad es indispensable que exista una pareja legalmente establecida, ya sea matrimonio o concubinato. El único requisito para su aceptación es que sean derechohabientes del ISSSTE, sin importar la lengua indígena que hable la pareja. En todos los casos se incluye atención psicológica. Entre los tratamientos de reproducción asistida disponibles en el Centro Médico Nacional “20 de Noviembre” del ISSSTE, se encuentran: inseminación artificial intrauterina IAH; fertilización in vitro convencional FIV-TE; fertilización in vitro con mínima estimulación ovárica (IA, FSHr,

LHr y antagonista) MiniFIV; fertilización in vitro en ciclo natural modificado, y fertilización in vitro por descongelación de oocitos. La información puede ser consultada el portal del ISSSTE en <http://www2.issste.gob.mx:8080/index.php> (junio de 2014).

[67] El derecho a la libertad está contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política en los siguientes términos: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. || El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. || El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. El derecho a la libertad también está consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y ha sido interpretado por la Corte IDH en forma amplia, de tal manera “que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”. Ver Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (pág. 44, párr. 142). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (junio de 2014).

[68] Este derecho está consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, que reza: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. La Corte IDH ha señalado que la maternidad y la paternidad “forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad” y que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye [...] la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”. Cfr. Caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa*

Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) (pág. 45, párr. 143).

[69] El artículo 15 de la Constitución Política, señala: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar...”. La Convención Americana (1969), establece en el artículo 11.2. que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

[70] El derecho a la libertad para fundar una familia, está consagrado en el artículo 42 Superior en el siguiente sentido: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. || [...] || Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. || La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...”. El derecho a fundar una familia también es regulado en el artículo 17.2. de la Convención Americana (1969), así: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

[71] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5 (“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”).

[72] Citado en Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (pág. 43, párr. 137).

[73] El derecho a la integridad personal está consagrado en el artículo 12 de la Constitución Política, el cual preceptúa: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. La Sala Plena de la Corte

Constitucional en la sentencia SU-200 de 1997 (MsPs Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo) delimitó el ámbito de protección del derecho a la integridad personal en los siguientes términos: “En cuanto a la integridad personal, valor cuya jerarquía es cercana al de la vida y cuyas violaciones casi siempre la ponen en peligro, se relaciona con la preservación del sujeto en sus componentes físicos, psicológicos y espirituales, los cuales se hallan integrados en un conjunto armónico que justamente constituye la esencia del ser humano. Tales elementos y el todo resultante de su articulación deben permanecer inalterados por agresiones, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques y lesiones, por acción u omisión de autoridades o particulares”. En igual sentido pueden consultarse las sentencias T-409 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis) y T-489 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[74] Cfr. sentencia T-636 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[76] Cfr. la Constitución de la Organización Mundial para la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del diecinueve (19) de junio al veintidós (22) de julio de mil novecientos cuarenta y seis (1946), firmada el veintidós (22) de julio de mil novecientos cuarenta y seis (1946) por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el siete (7) de abril de mil novecientos cuarenta y ocho (1948); http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (cita original).

[77] Cfr. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) (pág. 47, párrs. 147-148). Continúa explicando: “El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, ‘los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a

alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”. Ibid., pág. 48, párr. 148.

[78] Sobre la fundamentabilidad del derecho a la salud puede verse la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y el proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[79] En relación con este primer momento del derecho a la salud y su carácter prestacional pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-491 de 1992 (Mp Eduardo Cifuentes Muñoz), T-571 de 1992 (MP Jaime Sanín Greiffenstein), SU-111 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-560 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-545 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) y T-1104 de 2000 (Vladimiro Naranjo Mesa).

[80] Cfr. sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), acápite 3°.

[81] MP Eduardo Montealegre Lynett.

[82] Cfr. sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), acápite 3°, num. 3.2.1.3.

[83] Este proyecto de ley estatutaria fue revisado por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). La Corporación declaró exequible el artículo 1 del proyecto, “en el entendido que la expresión “establecer sus mecanismos de protección” no dará lugar a normas que menoscaben la acción de tutela”.

[84] Cfr. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995). Citado en Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) (pág. 48, párr. 148).

[85] Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) (págs. 48-49, párr. 149).

[86] El artículo 15 b) del Pacto DESC, establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;...”.

[87] El artículo XIII de la Declaración Americana, dispone: “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”.

[88] El artículo 14 del Protocolo de San Salvador, señala: “1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: [...] b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;...”.

[89] Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) (pág. 49, párr. 150).

[90] MP Manuel José Cepeda Espinosa (acápito 3°, num. 3.2.3.).

[91] Cfr. sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto). Esta posición fue retomada para su análisis en la sentencia T-760 de 2008, acápito 3°, num. 3.2.3.

[92] Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). El artículo 130 establece: “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...”.

[93] Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El artículo 18 señala: “DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD: En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que

sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación: || C. Tratamientos para la infertilidad”.

[94] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. El artículo 2 de la Ley 100 define los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación que orienta la prestación del servicio público esencial de seguridad social.

[95] Cfr. sentencia T-1104 de 2000 (MP Vladimiro naranjo Mesa).

[96] En la exposición de motivos del Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara, “por medio de la cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado”, más conocida como Ley Sara, se incluye un cuadro con los costos de un tratamiento por infertilidad, en donde aparece la fertilización in vitro con un valor de nueve millones cien mil pesos (\$9.100.000). Proyecto disponible para consulta en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=109&p_consec=37709#_ftn21 (junio de 2014).

[97] MP Manuel José Cepeda Espinosa (acápito 4º, numeral 4.4.3.).

[98] Este aspecto es el que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio está autorizada legalmente a cobrar.

[99] Estos 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). En la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud, la Sala Sexta de Revisión ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la práctica del servicio requerido (examen de

carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, 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” (cita original).

[100] MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[101] Al respecto también puede consultarse la sentencia T-890 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En este último fallo se planteó: “5.4.2.1. La Sala reitera entonces, que se irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando (i) desconoce el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud, (ii) sin ninguna consideración de carácter científico o técnico, (iii) sólo por el hecho de no estar adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio en cuestión, especialmente, (iv) si la entidad nunca cuestionó la validez o idoneidad del concepto médico”.

[102] MP Manuel José Cepeda Espinosa (acápito 4°, numeral 4.4.3.2.1.).

[103] Organización Mundial de la Salud (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 (junio de 2014).

[104] Cfr. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012) (acápito VI, pág. 21). Según Fernández, Malbys; Herrera, Patricia, y González, Idarmis (2002), “[l]a infertilidad se define como la incapacidad involuntaria para la fecundación por más de un (1) año, que de prolongarse de forma definitiva, se denomina esterilidad. A su vez se debe precisar que la infertilidad primaria es cuando no existe antecedente de embarazo; y secundaria, cuando existe este antecedente, pero no se logra una nueva gestación”. Consultar en: Infertilidad

como evento paranormativo. Su repercusión familiar. En *Revista Cubana de Medicina General integral*, v.18, n.2, ciudad de La Habana, mar.-abr. 2002. Disponible en http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252002000200002.

[105] En la sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en el marco de la solución de los problemas jurídicos generados por los cortes de energía eléctrica en las instalaciones de la Cárcel Distrital de Cartagena, debido al incumplimiento en los pagos de algunas facturas de Electrocosta por parte de INPEC-Cárcel Distrital de Cartagena, se analizó la naturaleza jurídica de la expresión constitucional “dignidad humana” y las consecuencias normativas de su determinación. En esa oportunidad, la Sala Séptima de Revisión precisó que la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. En el primer sentido, que es el que interesa para el caso concreto, identificó a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

[106] Es importante aclarar que el impacto de la infertilidad dependerá del proyecto de vida que se ha formulado la persona que padece dicha afectación en la salud, pues no debe desatenderse el hecho que se presenta cada vez con mayor frecuencia en el mundo contemporáneo, de parejas o personas que deciden no tener hijos y, por tal razón, su situación no los aflige. Contrario a ello, hay quienes no logran el sentido de su existencia si no se reproducen. En razón de ello, la expresión que utiliza la Sala en el sentido de afirmar que “esta enfermedad no involucra gravemente la vida y, no necesariamente, la dignidad o a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud”.

[107] Roa Meggo, Ysis (2012). La infertilidad como problema de salud pública en el Perú. *Revista peruana de ginecología y obstetricia*, 58, 79-85, p. 81. Reconoce la autora que “[e]sta es una enfermedad crónica que genera discapacidad, ya que el individuo es incapaz

de tener hijos y puede vivir con el diagnóstico de infertilidad por muchos años. Aunque esto no deteriora directamente su salud física, es según las investigaciones clara causante del deterioro de su salud mental y por consecuencia muchas veces del deterioro de su salud física". Y continúa explicando: "Para quienes la viven constituye un padecimiento que tiene importantes implicaciones en la vida social y psicológica, pues acarrea una serie de dificultades en el seno de la familia que está en construcción, toda vez que, para una pareja, tener hijos significa haber llegado a la cúspide de sus expectativas. Además, muchas mujeres infértiles en los países en desarrollo consideran que, sin hijos, sus vidas carecen de esperanza". *Ibíd.*, p. 82. Disponible en <http://www.scielo.org.pe/pdf/rgo/v58n2/a03v58n2.pdf> (junio de 2014).

[108] La exposición de motivos del Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara, señala que "[l]a Sociedad Española de Fertilidad (SEF) a través de su presidente ha pedido al sector salud de la administración que mantenga tratamientos de fertilidad dentro de la cartera del servicios del Sistema Nacional de Salud (SNS) a pesar de la crisis económica, pues la infertilidad es una enfermedad biológica, psicológica y social que no se puede dejar de atender y que responde a motivos de salud y no a satisfacer los deseos del paciente. || El presidente de la SEF doctor, Federico Pérez ha defendido el reconocimiento de la esterilidad como una enfermedad afirmando que [l]as alteraciones de la capacidad reproductiva constituyen, sin lugar a dudas, un problema médico, cuya asistencia y tratamiento, no se trata de un lujo o capricho fruto de la presión social, sino de una necesidad para poder dar respuesta a un trastorno o enfermedad frecuente en [dicho] país. || En el mismo sentido se pronunció el doctor Roberto Matorras, jefe de la Unidad de Reproducción Humana del Hospital de Cruces [al indicar que] no hay que olvidar que las parejas estériles no están en situación de elegir: quieren tener un hijo, no pueden tenerlo y se enfrentan a un problema que incluso es capaz de generar por sí mismo trastornos psicoemocionales con un claro impacto sobre la salud. || La diputada remarca que el deseo de tener un hijo, es un derecho natural, intrínseco de todo ser humano, y no poder hacerlo causa angustias, frustra y produce un gran desgaste en la salud psicofísica de la pareja que no puede desarrollar una vida plena, máxime cuando esa esperanza, se ve truncada por la imposibilidad de contar con los medios económicos de poder acceder a los tratamientos de fertilización asistida, pero además, por la falta de respaldo del sistema de salud y carencia de las normas que lo regulen". Proyecto disponible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_nu

mero=109&p_consec=37709 (junio de 2014).

[109] Explica el perito Fernando Zegers-Hochschild que “[l]as técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial”. Cfr. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, op. cit., pág. 21.

[110] Precisa el perito Fernando Zegers-Hochschild que “la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida”. Continúa explicando que “[l]as fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno”. Cfr. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, op. cit., págs. 21-22.

[111] Como fue señalado en el acápite 4º, la reproducción se conecta con la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y la libertad para fundar una familia.

[112] En este punto la sala está pensando, por ejemplo, en la edad de quien solicita el tratamiento, el hecho de que no haya podido reproducirse en razón de su condición, su precaria situación económica que le impide asumir el costo del procedimiento para tratar la

infertilidad, entre otras situaciones que pueden estimarse para orientar la decisión.

[113] Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 22º período de sesiones (2000). Observación general No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). Acápites 2º. Obligaciones de los Estados partes, num. 34-37. Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#disfrute> (junio de 2014).

[114] Ratificado por el Estado colombiano el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

[115] En diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), Colombia adhirió al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, llamado Protocolo de San Salvador. La Ley 319 del veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996) aprobó dicho Protocolo.

[116] *Ibíd.*, num. 35.

[118] Al respecto pueden consultarse los siguientes instrumentos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), artículo 12: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988), artículo 10: “1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El Comité DESC señaló que “[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”. Ver Observación General adoptada por el Comité DESC, No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, acápites 1º. Contenido normativo del artículo 12, num. 8º.

[119] Coherente con los anteriores compromisos, el veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013), el Representante a la Cámara Laureano Augusto Acuña, radicó en la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 109 de 2013 Cámara, “por medio de la cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado”, el cual tiene como objeto: “La presente ley tiene como objeto reconocer la infertilidad humana como enfermedad, garantizar el acceso integral subsidiado a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización homólogas reconocidas por la (OMS) a través del sistema de salud del Estado colombiano y su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud (POS). || Para los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo (artículo 1). La idea es que se incluyan en Plan Obligatorio de Salud, procedimientos y tratamientos como la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca el Ministerio de Salud. Asimismo, los procedimientos de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo (artículo 3). El proyecto de ley fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 779/13 y se encuentra en curso (estado actual: tránsito a plenaria).

[120] La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

[121] Ver sentencias C-408 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz. Unánime), C-107 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández. Unánime) y C-776 de 2010 (Jorge Iván Palacio Palacio. Unánime).

[122] Los alcances de las obligaciones estatales relativas a las prestaciones de desarrollo progresivo han sido precisados en el campo de los derechos sociales por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas al interpretar el Pacto Internacional sobre la materia, en especial su artículo 2, numeral 1º, que dice: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto 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". El concepto de progresividad como obligación de lograr el máximo nivel de protección posible y de avanzar gradualmente hacia esa meta, fue desarrollado ampliamente en relación con la salud (artículo 12 del Pacto) en la "Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (11 de mayo de 2000, Período No. 22 de sesiones). En un plano más general, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes frente a la progresividad, puede verse la "Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (Quinto Período de Sesiones, 1990, E/lg 91/23), en especial en el párrafo 9. Cabe destacar que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos también se recoge el principio de "desarrollo progresivo" con el fin de "lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas" en los instrumentos allí indicados (artículo 26). En un sentido más preciso y siguiendo el lenguaje del Pacto Internacional se puede ver el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho 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).

[123] Dentro de este universo de reiteración de la ampliación del POS por vía de jurisprudencia, un ejemplo relevante es el de la cirugía de bypass gástrico para el tratamiento de la obesidad mórbida en sus grados III o IV. Desde el año dos mil tres (2003) inicia una tendencia que marca la evolución en la respuesta a este tipo de reclamos por vía de tutela. Así, durante el período de inicio de la línea, en el año dos mil tres (2003) hasta el año dos mil siete (2007), la Corporación consideró que este tipo de tratamientos estaba excluido del POS legal, pero concluyó que por su necesidad para el tratamiento de los pacientes podía ordenarse por vía de tutela, siempre y cuando se siguieran las reglas creadas por la jurisprudencia. Lo anterior, con la posibilidad de que las Empresas

Prestadoras de Salud (EPS) recobrarán ante el FOSYGA el costo de esta clase de intervenciones. Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-264 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-828 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-1229 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería), T-027 de 2006 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-867 de 2006 (MP Marco Geraldo Monroy Cabra), T-447 de 2007 (MP Marco Geraldo Monroy Cabra), T-639 de 2007 T-639 de 2007 y T-112 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño). Sin embargo, a partir de dos mil ocho (2008) la Corte cambió esta postura y acogió, con apoyo en conceptos de la Superintendencia de Salud, el Ministerio de Protección Social y el Instituto de Medicina Legal, una nueva tesis que partía del supuesto de que la cirugía sí estaba incluida en el POS y, por ende, las EPS no podían abstenerse del deber contractual de practicarlas. Entre otras, pueden ser consultadas las sentencias T-414 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-586 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-1180 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-049 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). Este es solo un ejemplo.

[124] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[125] El artículo 2 de la Ley 100 de 1993, establece que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Entendiendo por universalidad “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”, y por integralidad “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley”.

[126] El tema del principio de progresividad del derecho a la salud puede verse en las sentencias C-776 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y C-228 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez. Unánime).

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

[128] MP Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia la Sala Segunda de Revisión fijó los parámetros en materia de salud, definiendo el derecho a la salud como un “derecho

fundamental autónomo”, y para su protección y efectividad impartió órdenes a las autoridades que hacen parte del sistema; estas acciones estuvieron encaminadas a diseñar las políticas públicas necesarias para solucionar los problemas de congestión judicial por el desbordado ejercicio de la acción de tutela, en especial por la ineficacia en la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades responsables. En este fallo, y partiendo de la premisa de que “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”, en relación con los tratamientos de fertilidad, la Sala de Revisión con apoyo en las sentencias T-698 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-946 de 2002 y T-752 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), reiteró la regla aplicada hasta ese momento en materia de accesibilidad a procedimientos de reproducción asistida: “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” (acápite 3º, numeral 3.5.2.).

[129] En relación con el tema, la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Quinto Período de Sesiones, 1990, E/Ig 91/23), establece: “9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una

parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (negritas fuera de texto).

[130] MP Manuel José Cepeda Espinosa. En esa oportunidad, correspondió a la Sala de Revisión plantear la cuestión de si Transmilenio S.A. desconoció los derechos constitucionales invocados por un ciudadano que debía desplazarse en una silla de ruedas, debido a que los buses alimentadores del Sistema Troncal de Transmilenio, que son los que circulan cerca al lugar de su residencia, no son accesibles para personas que padecen una discapacidad física como la suya. Concluyó que “el ámbito de protección de la libertad de locomoción de una persona discapacitada contempla la posibilidad de acceder al sistema de transporte público básico de una ciudad en condiciones de igualdad, es decir, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas. La dimensión positiva de este derecho fundamental supone, por lo menos (i) contar con un plan, (ii) que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y (iii) que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las leyes vigentes que desarrollan la Constitución en este ámbito”. En este orden de ideas, tuteló “los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad [del ciudadano], en razón a su discapacidad especialmente protegida, y en consecuencia [ordenó] a Transmilenio S.A. que en el término máximo de dos años, a partir de la notificación de la presente, diseñe un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas, y que una vez diseñado el plan inicie, inmediatamente, el proceso de ejecución de conformidad con el cronograma incluido en él”.

[131] Cfr. sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Acápito 6°, numeral

6.3.

[132] Esta solución también tiene lugar cuando el servicio de salud realmente no se encuentra excluido del POS-S. La sentencia T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), por ejemplo, reiteró la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), sin embargo en el caso concreto se ordenó a Comfama ARS autorizar y practicar el examen de diagnóstico denominado ‘radiografía de tórax PA lateral’ a la accionante, según lo ordenado por su médico tratante, por cuanto se constató que este servicio de salud se estaba contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (Subsidiado). El juez de instancia había fallado sobre el supuesto contrario, porque la ARS había suministrado información falsa al respecto (cita original de la sentencia).

[133] En la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional decidió que “una persona que requiera indispensablemente atención médica y el acceso a ella esté garantizado por una entidad territorial, tiene el derecho a: (i) recibir de ésta información sobre el servicio de salud, los beneficios con que cuenta y lo que debe hacer para recibir la atención que requiera; (ii) a que ésta le indique específicamente la institución encargada de prestarle el servicio y (iii) a que le acompañe en el proceso que culmine con la atención, de tal forma que se le garantice el goce efectivo de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a acceder a los servicios de salud.”. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras en las sentencias T-341 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). Cita original de la sentencia.

[134] Sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Acápites 4º, numeral 4.3.

[135] Folio 12 del cuaderno de revisión.

[136] Folios 16, 18 y 22.

[137] El registro de la consulta externa, con fecha de impresión del cinco (5) de junio de dos mil trece (2013), está firmada por el cirujano urólogo Mauricio Alexander Henao Ramírez (folio 16).

[138] Héctor Narvárez Rosero, especialista en andrología de Fecundar Reproducción Asistida (folio 27).

[139] También conocida como “Oligospermia (Especialidad - urología). Disminución del recuento de espermatozoides, usualmente por debajo de 20.000 por centímetro cúbico de eyaculado”. Diccionario Académico de la Medicina de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, disponible en <http://www.idiomamedico.org/diccionario.php> (junio de 2014).

[140] Según el Instituto Ingenes. Fertilidad y genética, “[l]a astenozoospermia o astenospermia es la disminución de la movilidad de los espermatozoides del hombre y compromete la fertilidad debido a que impide que éstos se desplacen hasta el óvulo y lo penetren”. Consultado en <http://www.ingen.es.com/primeros-pasos/entendiendo-la-infertilidad/causas/factor-masculino/astenozoospermia/> (junio de 2014).

[141] Folio 23.

[142] Folio 3 (reverso).

[143] Ver artículo 10 del Protocolo de San Salvador (1988).

[144] Folio 45.

[145] Folio 46.

[146] A folio 25 se encuentra un certificado laboral suscrito por la Directora Administrativa y Financiera de la Personería de Palmira, el veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013), en donde se lee que el señor Andrés Fernando Mantilla Varela labora en dicha agencia del Ministerio Público desde el nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009) en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, con un salario mensual de Un millón siete mil setenta pesos (\$1.007.070). El anterior certificado lleva anexos los comprobantes de pago de los meses de julio y agosto de dos mil trece (2013) (folio 26), en donde aparece un valor neto a pagar de Seiscientos noventa y seis mil doscientos cuarenta y cuatro pesos (\$696.244).

[147] A folio 14 se encuentra el contrato de arrendamiento suscrito el seis (6) de enero de dos mil nueve (2009) entre Diego Fernando Angarita Ruiz (arrendador) y Andrés Fernando

Montilla Varela (arrendatario).

[148] Se anexan las facturas de servicios públicos domiciliarios del mes de agosto de dos mil trece (2013) (folios 27 al 29).