

Sentencia T-274/15

Referencia: expedientes T-4.492.963; T-4.715.291; T-4.725.592; y T-4.734.867 (acumulados).

Acciones de tutela interpuestas por Mónica Vivian Calderón Barrera en contra de la EPS Coomeva (T-4.492.963); Diana Rincón Caicedo en contra de la EPS-S Emssanar (T-4.715.291); Angélica María Solarte Ortega en contra de la EPS Sura (T-4.725.592); y Claudia Isabel Cataño Urrea en contra de la EPS Coomeva (T-4.734.867).

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil quince (2015)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Martha Victoria Sáchica Méndez (E) y los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela dictados por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, que confirmó el emitido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de la misma ciudad (T-4.492.963); por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali (T-4.715.291); por el Juzgado 26 Civil Municipal de Cali (T-4.725.592); y por el Juzgado Segundo de Menores de Buga, que confirmó el proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad (T-4.734.867).

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-4.492.963

1.1. Hechos

1.1.1. La señora Mónica Vivian Calderón Barrera, de 38 años de edad¹, manifiesta que en el 2007 fue diagnosticada con un “*linfoma no hodgkin*”², razón por la cual solicitó a la EPS Coomeva autorizar el tratamiento denominado “*congelamiento de embriones*”. Lo anterior, justificado en el proceso de quimioterapia al que debía someterse en razón a la referida enfermedad y con el fin de poder quedar embarazada una vez este finalizara.

1.1.2. Indica que la entidad no dio respuesta a dicha solicitud, por lo que instauró una acción de tutela en su contra. De ese proceso tuvo conocimiento el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, que mediante sentencia del 19 de abril de 2007 concedió la protección invocada y ordenó a la EPS Coomeva autorizar el procedimiento de congelamiento de embriones.

1.1.3. Refiere que una vez finalizó la quimioterapia, con la autorización de su médico tratante le fueron implantados los embriones, pero no obtuvo la respuesta adecuada al tratamiento y fue imposible quedar embarazada.

1.1.4. Señala que acudió ante el médico Luis Carlos Hincapié del Centro Médico Imbanaco, quien después de realizar una valoración y una toma de laboratorio le diagnosticó “*infertilidad primaria: fx ovulatoria – historia de q/t por linfoma no hodgking, historia de hiperestimulación ovárica: no respuesta, que ocasionó compromiso de la reserva ovárica*”, y le indicó que la única oportunidad para poder quedar embarazada era a través del tratamiento de fertilización *in vitro* con donación de óvulo.

1.1.5. Sostiene que solicitó a la EPS Coomeva la autorización de dicho procedimiento, la cual fue negada por la entidad bajo el argumento de que el mismo no se entendía incluido dentro de la decisión proferida en el 2007 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán.

1.1.6. Con base en lo anterior, solicita que se le ordene a la EPS Coomeva garantizar el tratamiento integral para el diagnóstico de infertilidad primaria, así como para las posteriores y posibles complicaciones que se deriven del tratamiento de fertilización *in vitro* y del embarazo.

1.2. Contestación de la entidad accionada.

En escrito radicado el 12 de marzo de 2014, la Directora de la Oficina Popayán, Regional Sur Occidente, de la EPS Coomeva afirma que la señora Calderón Barrera se encuentra afiliada a esa entidad en calidad de cotizante secundaria, reportando el último ingreso base de cotización por \$2’762.000, demostrando

¹ Ver cuaderno principal. Folio 11. Cédula de ciudadanía de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera, donde consta como fecha de nacimiento el 24 de marzo de 1976.

² De acuerdo con lo informado por la EPS Coomeva, el linfoma no hodgkin es un cáncer que comienza en las células llamadas linfocitos que se encuentran en los ganglios linfáticos y en otros tejidos linfáticos (como el bazo o la médula ósea).

con ello una capacidad económica, no solo para iniciar el tratamiento sino para asumir el costo de los viáticos que llegara a necesitar.

Asimismo, informa que el señor Manuel Enrique Ardila Quiñones, esposo de la accionante, figura como cotizante principal y ostenta un ingreso base de cotización de \$3'099.000, reafirmando lo concerniente a la capacidad económica para cubrir los gastos del procedimiento solicitado.

Por otro lado, señala que el tratamiento de fertilidad requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, según lo establece el numeral 4° del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013³, y que las obligaciones específicas de las aseguradoras en cuanto al derecho a la maternidad implican la protección a la mujer embarazada, pero no contemplan el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación. Además, aduce que el tratamiento solicitado por la accionante fue ordenado por un médico particular que no hace parte de la red de prestadores de la EPS Coomeva.

De igual forma, aclara que debe tenerse en cuenta la edad de la paciente, en tanto la procreación pone en riesgo no solo su vida sino la del futuro ser, que puede desencadenar malformaciones congénitas severas e incluso la muerte materna. Refiere así mismo que el hecho de que la accionante no pueda concebir un embarazo de forma biológica no significa que su estado de salud esté en condiciones de indefensión que amerite un tratamiento especial para aliviar dolencias o afecciones.

Por último, indica que en materia de tratamientos de infertilidad, los precedentes constitucionales han determinado que, por regla general, la tutela no resulta procedente dado el alto costo de esa clase de procedimientos y a que su efectividad supone la disminución del cubrimiento de otras prestaciones que se consideran prioritarias.

1.3. Decisiones objeto de revisión.

1.3.1. Primera instancia.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán, mediante sentencia del veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014), negó la protección invocada por la señora Mónica Vivian Calderón Barrera al considerar que no obra prueba en el expediente que certifique: (i) la existencia de un procedimiento de fertilidad iniciado que haya sido suspendido posteriormente de manera injustificada; (ii) haber requerido un examen diagnóstico para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; y (iii) que por la condición de infertilidad se haya visto afectada en su salud por la acción u omisión de la EPS Coomeva.

³ Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Señala que el médico que dictaminó el tratamiento no hace parte de la red de prestadores de la entidad accionada. Por otro lado, indica que la tutela incoada por la señora Calderón Barrera es improcedente, en la medida que el procedimiento de fertilización *in vitro* no está encaminado a preservar la salud o la vida de la paciente, sino que su finalidad es el deseo de concebir, el cual no puede atribuirse a la entidad accionada. Además, aclara, existen otras opciones para acrecentar el grupo familiar.

Finalmente, aduce que la accionante no probó la inminencia del perjuicio irremediable, ni acreditó haber acudido a otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos fundamentales.

1.3.2. Impugnación.

La señora Mónica Vivian Calderón Barrera impugnó el fallo mediante escrito presentado el 26 de marzo de 2014, en el cual manifiesta que dentro de los documentos anexados a la acción de tutela se encuentra la historia clínica, donde se inscribe que la infertilidad primaria que padece se debió al procedimiento de quimioterapia que generó un “*compromiso de la reserva ovárica*”.

De igual forma, señala que con la decisión del juez de instancia se están vulnerando sus derechos sexuales y reproductivos, y reitera la petición inicial expuesta en el escrito de tutela.

1.3.3. Segunda instancia.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, mediante sentencia del siete (7) de mayo de dos mil catorce (2014), confirmó el fallo proferido en primera instancia. Explica que el tratamiento de fertilización *in vitro* es un procedimiento que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, según lo dispuesto en el literal “c” del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, por lo que no se puede extender al Estado la obligación de suministrarlo.

Cita jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ en la cual se han establecido los casos en los que es posible conceder el tratamiento de fertilización *in vitro*, a saber: (i) cuando el procedimiento, una vez iniciado, es interrumpido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder; (ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; y (iii) cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la integridad física o la vida de la mujer.

Al analizar cada uno de los anteriores requisitos, el *ad quem* concluye que: (i) no se acredita que la accionante haya comenzado un tratamiento y que

⁴ Cita las sentencias T-471 de 2001, T-752 de 2007, T-946 de 2007 y T-870 de 2008.

posteriormente el mismo fuere interrumpido; (ii) no solicita un examen diagnóstico para determinar la causa asociada a la infertilidad, en tanto el mismo ya está definido en la fórmula médica que se anexa al expediente; y (iii) el padecimiento de la actora no es una infertilidad secundaria; es decir, no puede afirmarse que sea un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad.

Indica además que el tratamiento de fertilización *in vitro* con donación de óvulo no se prescribe como curativo o paliativo de un linfoma, sino para permitirle concebir ya que no puede hacerlo de forma biológica.

Finalmente, afirma que el constituyente decidió ubicar el derecho a la salud entre los denominados económicos, sociales y culturales, y que dado el alto costo de los tratamientos de fertilidad su cubrimiento implica no solo la disminución en el reconocimiento de otras prestaciones, sino que afecta la sostenibilidad fiscal del sistema de seguridad social en salud.

1.4. Pruebas.

1.4.1. Solicitud de exámenes expedida por el médico Luis Carlos Hincapie, del Centro Médico Imbanaco. (Cuaderno principal, folio 5).

1.4.2. Cotización del tratamiento de fertilización *in vitro* con donación de óvulo expedida por la Unidad de Medicina Reproductiva del Centro Médico Imbanaco por un valor de \$19'926.240. (Cuaderno principal, folios 6 y 7).

1.4.3. Solicitud de autorización para el tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado por diagnóstico de reserva ovárica comprometida, expedida por el médico Luis Carlos Hincapie del Centro Médico Imbanaco. (Cuaderno principal, folio 8).

1.4.4. Historia clínica de Mónica Vivian Calderón Barrera expedida por el Centro Médico Imbanaco. (Cuaderno principal, folio 9).

1.4.5. Fórmula de diagnóstico de infertilidad primaria expedida por el médico Luis Carlos Hincapie del Centro Médico Imbanaco. (Cuaderno principal, folio 10).

1.4.6. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera. (Cuaderno principal, folio 11).

2. Expediente T-4.715.291

2.1. Hechos

2.1.1. La señora Diana Rincón Caicedo, de 37 años de edad⁵, manifiesta que desde el 2002 ha intentado concebir un hijo sin obtener resultados satisfactorios.

2.1.2. Señala que en el 2004 quedó en estado de embarazo, pero el mismo fue ectópico debido al diagnóstico *“tuba interna izquierda-salpingectomía (forma de anticoncepción irreversible)”*.

2.1.3. Indica que en el 2007 logró quedar nuevamente embarazada, pero al tercer mes sufrió un aborto espontáneo, razón por la cual le fue realizado un legrado obstétrico.

2.1.4. Refiere que posteriormente fue sometida a un procedimiento de *histerosalpingografía*, cuyo resultado fue *“imagen de pólipo a nivel del tercio proximal de la trompa izquierda en su unión con el cuerno uterino. Obstrucción de la unión entre el tercio medio y el tercio lateral de la trompa izquierda a correlacionar con antecedentes quirúrgicos, trompa derecha permeable”*. Agrega que su esposo también se ha realizado exámenes como el *espermograma*, cuyo resultado fue *“factor masculino leve”*.

2.1.5. Sostiene que el 10 de febrero de 2014 asistió a una cita con el Dr. Carlos Felipe Ruiz Melo -especialista en ginecología y obstetricia, medicina reproductiva, infertilidad y laparoscopia-, quien emitió el siguiente diagnóstico: *“paciente con deseo reproductivo desde hace 15 años, obstrucción tubárica izquierda por embarazo ectópico, salpingectomía izquierda, legrado obstétrico por aborto, tiene además hipotiroidismo y síndrome de ovario poliquístico, los cuales está tratando y está compensada. Se considera que tiene infertilidad de origen multifuncional (obstrucción en las trompas factor ovulatorio y factor masculino con espermograma en límite inferior)”*.

2.1.6. Menciona que, ante ese diagnóstico, el médico le informó que el procedimiento idóneo era la realización del tratamiento de fertilización *in vitro* en la entidad Fecundar *“como única opción actualmente para poder ser madre”*.

2.1.7. Señala que su médico tratante presentó la autorización para dicho tratamiento ante la EPS-S Emssanar, entidad que en respuesta calendada el 15 de mayo de 2014 negó el procedimiento de fertilización argumentando que el mismo se encuentra expresamente excluido del Plan Obligatorio de Salud.

2.1.8. Agrega que el hecho de no poder tener hijos le ha causado problemas psicológicos y ha afectado la relación con su esposo. De igual forma, pone de presente que no cuenta con los recursos económicos para cubrir los gastos del tratamiento ordenado por su médico particular, no trabaja, y que su esposo, que devenga un salario mínimo mensual, es quien está a cargo del sostenimiento del hogar.

⁵ Ver cuaderno principal. Folio 22. Cédula de ciudadanía de la señora Diana Rincón Caicedo, donde consta como fecha de nacimiento el 21 de septiembre de 1977.

2.1.9. Con base en lo anterior, solicita que se le ordene a la EPS-S Emssanar autorizar el tratamiento de fertilización *in vitro* hasta obtener un resultado positivo y brindar el tratamiento integral para la patología que padece.

2.2. Trámite procesal

Mediante auto proferido el 5 de junio de 2014, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali admitió la acción de tutela y vinculó al Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-.

Posteriormente, a través de auto interlocutorio emitido el 9 de septiembre de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali declaró la nulidad de lo actuado, a partir inclusive del auto admisorio de la demanda de tutela. Lo anterior, al considerar que el juzgado de conocimiento profirió la sentencia de primera instancia haciendo caso omiso a la solicitud de la entidad accionada de vincular como litisconsorcio necesario a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, entidad encargada de las prestaciones de los servicios NO POS de las EPS-S.

De esa forma, mediante auto fechado el 10 de septiembre de 2014 el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali admitió la acción de tutela y vinculó a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca en calidad de litisconsorte necesario.

2.3. Contestación de las entidades accionadas

2.3.1. EPS-S Emssanar

En escrito radicado el 17 de septiembre de 2014, el representante legal de la EPS-S Emssanar aclara, de manera preliminar, que el tratamiento de fertilidad solicitado se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013.

Explica que según lo consagrado en el artículo 5° del Decreto 320 de 2012⁶ existe un factor de compensación decreciente en la asignación de los recursos del Sistema General de Participaciones para la salud, tratándose de prestaciones de servicios de salud a la población pobre no asegurada y de actividades no cubiertas. Por lo tanto, sostiene, *“el hecho de asumir aquellas prestaciones que no se encuentran dentro de nuestra cobertura del POS-S se traduce en la disminución de recursos de la EPS como régimen subsidiado, por cuanto el mecanismo de giro directo se basa en que los recursos que administra la Nación se giran directamente a las aseguradoras (EPS-S) y prestadores por parte del*

⁶ Por medio del cual se define el factor NO POS-S y el porcentaje de recursos destinado a financiar el Fondo de Salvamento y Garantía para el Sector Salud FONSAET, aplicables a la distribución de recursos del Sistema General de Participaciones para salud de la vigencia fiscal 2012 y se dictan otras disposiciones.

Tesoro Nacional a las cuentas de las EPS e IPS, para las prestaciones del servicio de salud exclusivas del Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con la normatividad vigente”.

Por último, señala que la accionante no se encuentra desprotegida en cuanto a la prestación del servicio de salud requerido, dado que al Estado le asiste la obligación de trasladar los recursos necesarios a los entes territoriales para garantizar su efectividad.

2.3.2. Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca

En la respuesta allegada el 17 de septiembre de 2014, el jefe de la oficina jurídica de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca explica que los servicios requeridos por los pacientes deben ser prestados por la Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado a través de las Instituciones Prestadoras de Salud que tengan contratos vigentes de prestación de los servicios de salud.

Por esa razón, considera que la EPS-S Emssanar es la entidad aseguradora que debe brindar los servicios de salud que requiere la accionante en forma integral y oportuna, a través de las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud.

2.4. Decisión objeto de revisión

Mediante sentencia proferida el veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014), el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali negó la protección de los derechos invocada por la accionante al no hallar acreditados los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para otorgar a través de la acción de tutela el tratamiento de fertilidad.

Sostiene que la fertilización *in vitro* es un procedimiento excluido del POS y por esa razón no puede extenderse al Estado la obligación de suministrarlo, en la medida en que existen razones tanto normativas como jurisprudenciales que justifican tal negativa.

Explica el fallador que tal exclusión “*es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa*”; y que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la improcedencia de la acción de tutela en estos casos “*por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión [de los tratamientos de fertilidad] constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional*”.

Así mismo, menciona que otorgar esa clase de tratamientos supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y que, dado que el Estado debe garantizar

de manera progresiva el derecho fundamental a la salud, el plan de beneficios no puede ser ilimitado.

Finalmente, hace referencia a los casos en los que excepcionalmente la Corte Constitucional ha concedido los tratamientos de fertilidad y al analizarlos en el caso concreto concluye que los problemas de infertilidad de la accionante no se identifican dentro de tales excepciones.

2.5. Pruebas

2.5.1. Formulario de solicitud de procedimientos NO POS, a través del cual el médico especialista Carlos Felipe Ruiz Melo solicita la autorización del tratamiento de fertilización *in vitro* para la paciente Diana Rincón Caicedo. (Cuaderno principal, folios 7 y 8).

2.5.2. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, mediante el cual la EPS-S Emssanar negó el tratamiento de infertilidad solicitado por el médico tratante de la señora Diana Rincón Caicedo. (Cuaderno principal, folio 6).

2.5.3. Copia de la historia clínica de la señora Diana Rincón Caicedo en el Hospital Departamental Mario Correa Rengifo. (Cuaderno principal, folios 9 a 13).

2.5.4. Copia de la historia clínica de la señora Diana Rincón Caicedo en el Hospital Universitario del Valle. (Cuaderno principal, folios 13 a 20).

2.5.5. Copia de la historia clínica de la señora Diana Rincón Caicedo en la Cooperativa de Servicios Solidarios de Salud Coemssanar IPS. (Cuaderno principal, folio 21).

2.5.6. Fotocopia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la EPS-S Emssanar de la señora Diana Rincón Caicedo. (Cuaderno principal, folio 22).

2.5.7. Fotocopia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la EPS-S Emssanar del señor Germán Rosero Giraldo, esposo de la accionante. (Cuaderno principal, folio 23).

3. Expediente T-4.725.592

3.1. Hechos.

3.1.1. La señora Angélica María Solarte Ortega, de 46 años de edad⁷, manifiesta que desde hace más de diez años está casada con el señor Juan Fernando Mejía Toro.

⁷ Ver cuaderno principal. Folios 21 y 22. Cédula de ciudadanía de la señora Angélica María Solarte Ortega donde consta como fecha de nacimiento el 7 de agosto de 1968.

3.1.2. Indica que hasta el momento no ha logrado quedar embarazada y dado que el médico tratante de la EPS Sura, a la cual se encuentra afiliada, no le ofreció un tratamiento que garantizara una solución efectiva, decidió acudir a médicos particulares quienes le diagnosticaron “*miomatosis uterina, descrita y obstrucción de la trompa de Falopio izquierda*”.

3.1.3. Señala que el doctor Eduardo Otero Hincapié, del centro médico Imbanaco, emitió el siguiente diagnóstico: “*paciente para tratamiento quirúrgico con fertilización in vitro, se dan órdenes de exámenes de laboratorio para valoración e inicio de tratamiento en octubre*”.

3.1.4. Refiere que el 5 de septiembre de 2014 radicó una petición ante la EPS Sura, solicitando la autorización del tratamiento de fertilidad, sin recibir una respuesta por parte de la entidad.

3.1.5. Sostiene que la infertilidad que padece no es originaria o de base. Al contrario, su condicionamiento biológico sí permite la reproducción, pero tal posibilidad está alterada debido a una enfermedad en su sistema reproductivo, lo que hace imposible que lleve un embarazo a feliz término sin la ayuda de técnicas especializadas.

3.1.6. Menciona que por más de 8 años ha estado sometida a tratamientos que le han ocasionado grandes afectaciones físicas, emocionales y psicológicas; y agrega que carece de los recursos económicos para sufragar el tratamiento de reproducción asistida prescrito por su médico tratante.

3.1.7. Con base en lo anterior solicita que se le ordene a la EPS Sura realizar el procedimiento de fertilización *in vitro* las veces que sea necesario para lograr quedar en embarazo, así como brindar el tratamiento integral requerido para el manejo y curación de su enfermedad.

3.2. Trámite procesal

Mediante auto proferido el 7 de octubre de 2014, el Juzgado 26 Civil Municipal de Cali admitió la acción de tutela y vinculó Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA-, Ministerio de Salud y Protección Social.

3.3. Contestación de las entidades accionadas

3.3.1. Ministerio de Salud y Protección Social

En escrito radicado el 9 de octubre de 2014, el director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social pone de presente, en primer lugar, que el tratamiento de fertilización *in vitro* se encuentra expresamente excluido del Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Resolución núm. 5521 de 2013.

Presenta algunas consideraciones generales sobre la jurisprudencia y la normatividad vigente respecto de las solicitudes de tratamientos excluidos del POS, el tratamiento integral, los pagos y las cuotas moderadoras y los principios de legalidad del gasto público y de la buena fe en la ejecución de los recursos del Fosyga.

Finalmente solicita que, en caso de que la tutela prospere, se ordene a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, brindando al afiliado los servicios POS y NO POS que requiera, absteniéndose de hacer pronunciamiento alguno sobre la facultad de recobro ante el Fosyga. Lo anterior con el fin de que las EPS utilicen los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin, teniendo en cuenta que podrían verse afectados recursos públicos.

3.3.2. EPS Sura

En la respuesta a la acción de tutela allegada el 9 de octubre de 2014, el representante legal de la EPS Sura menciona que mediante escrito calendado el 6 de octubre de 2014 la entidad dio respuesta a la solicitud de autorización del tratamiento de fertilización *in vitro* presentada por la accionante, en la cual le informa que ese procedimiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud. Además, pone de presente que el médico que prescribió dicho tratamiento no hace parte de la red de prestadores de la EPS Sura.

Por otro lado, señala que la señora Solarte Ortega tiene 46 años de edad y que pasados los 35 *“los embarazos son considerados de alto riesgo, no solo para la madre, también para el nasciturus, dado que existe mayor probabilidad de malformaciones congénitas graves”*. Por lo anterior, considera que la accionante podría optar por *“diferentes posibilidades que contempla la sociedad para saciar su deseo de ser madre”*, como lo es la adopción.

Por último, manifiesta que la ausencia del procedimiento solicitado no pone en riesgo la vida digna, ni la integridad personal de la paciente; y anexa un listado de las prestaciones asistenciales brindadas a la accionante con el fin de demostrar que ha cumplido sus obligaciones como entidad prestadora de servicios de salud.

3.4. Decisión objeto de revisión

Mediante sentencia proferida el diecisiete (17) de octubre de dos mil catorce (2014), el Juzgado 26 Civil Municipal de Cali declaró improcedente la tutela instaurada por la señora Angélica Solarte Ortega. Señala que el cuadro de infertilidad que la accionante presenta y su falta de tratamiento no comprometen de forma grave su salud, ni generan un riesgo inminente o consecuencias adversas para su integridad física.

Manifiesta además que en mujeres pre menopáusicas o perimenopáusicas, los embarazos son de alto riesgo, tanto para la madre como para el hijo, tales como *“mayor tasa de prematuridad, mayor incidencia de enfermedades maternas relacionadas con la salud cardiovascular (hipertensión), así como una probabilidad acentuada en el neonato de sufrir restricción del crecimiento fetal (nacimiento de niños de bajo peso), malformaciones y elevado riesgo de padecer enfermedades genéticas (síndrome de down)”*.

Finalmente, sostiene que si el anhelo de la accionante es el de acrecer su núcleo familiar, puede lograr ese objetivo a través del proceso de adopción.

3.5. Pruebas

3.5.1. Copia de la historia clínica de la señora Angélica María Solarte Ortega en el Centro Médico Imbanaco de Cali. (Cuaderno principal, folios 8 y 9).

3.5.2. Fórmulas médicas y resultados de diferentes exámenes diagnósticos tomados a la señora Angélica María Solarte Ortega en el Centro Médico Imbanaco de Cali. (Cuaderno principal, folios 10 a 18).

3.5.3. Petición radicada el 5 de septiembre de 2014 en la EPS Sura, mediante la cual la señora Angélica María Solarte Ortega solicita la autorización del tratamiento de fertilización *in vitro*. (Cuaderno principal, folios 19 y 20).

3.5.4. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Angélica María Solarte Ortega. (Cuaderno principal, folios 18 y 19).

3.5.5. Copia del carné de afiliación a la EPS Sura de la señora Angélica María Solarte Ortega (Cuaderno principal, folio 20).

3.5.6. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Juan Fernando Mejía Toro, esposo de la accionante. (Cuaderno principal, folio 24).

3.5.7. Respuesta a la petición formulada por la señora Angélica María Solarte Ortega el 5 de septiembre de 2014. (Cuaderno principal, folio 49).

4. Expediente T-4.734.867

4.1. Hechos

4.1.1. La señora Claudia Isabel Cataño Urrea, de 42 años de edad⁸, manifiesta que se encuentra afiliada a la EPS Coomeva en el régimen contributivo.

⁸ Ver cuaderno principal. Folio 7. Cédula de ciudadanía de la señora Claudia Isabel Cataño Correa, donde consta como fecha de nacimiento el 10 de mayo de 1973.

4.1.2. Sostiene que lleva 18 años viviendo en unión marital de hecho con el señor Marco Alejandro Viveros Ortiz y juntos tienen la expectativa de ser padres biológicos.

4.1.3. Indica que en el año 2009 le diagnosticaron “*endometriosis severa*”, enfermedad que le ha impedido quedar embarazada.

4.1.4. Señala que a raíz de ese diagnóstico fue sometida a dos intervenciones de laparoscopia, el 10 de marzo de 2010 y el 6 de febrero de 2014, respectivamente, así como a diferentes tratamientos requeridos por los médicos tratantes adscritos a la EPS Coomeva⁹.

4.1.5. Refiere que su médico tratante le prescribió el procedimiento de fertilización *in vitro* más ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), por lo que solicitó la respectiva autorización ante la EPS Coomeva, entidad que mediante oficio del 1º de julio de 2014 negó lo peticionado.

4.1.6. Aduce que es una persona de escasos recursos económicos y que no puede asumir el costo del tratamiento.

4.1.7. Con base en lo anterior, solicita que se le ordene a la EPS Coomeva autorizar el procedimiento de fertilización *in vitro* más ICSI, la práctica de los exámenes que llegare a necesitar, así como el tratamiento integral para la patología que padece.

4.2. Trámite procesal

Mediante auto del 27 de agosto de 2014, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Buga admitió la acción de tutela y citó a la accionante a su Despacho con el fin de tomar su declaración sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

El 1º de septiembre de 2014 se llevó a cabo la diligencia de declaración. Allí la señora Claudia Isabel Cataño Urrea reiteró lo señalado en el escrito de tutela y adicionalmente mencionó que: (i) su núcleo familiar está compuesto por su esposo y por ella; (ii) los gastos de la familia corren por cuenta de los dos; (iii) sus ingresos económicos ascienden a un salario mínimo entre ambos dado que son independientes. Ella vende ropa y su esposo trabaja como planillador en una empresa de carga; (iv) como bienes tienen una casa y un carro; y (v) no puede pagar el tratamiento de fertilización *in vitro*, ya que cada procedimiento tiene un costo aproximado de 25 millones de pesos.

⁹ Los tratamientos a que hace referencia la accionante son: “*ultrasonido vaginal, resonancia magnética de abdomen y de pelvis, resonancia nuclear magnética de pelvis, histerosalpingografía, endoscopia-biopsia y estudios y pruebas especiales de prolactina a través de la técnica de quimioluminiscencia directa, estradiol de tercera generación, hormona luteinizante LH, hormona folículo estimulante FHS*”. Escrito de tutela. Ver cuaderno principal, folio 1.

4.3. Contestación de la entidad accionada

En escrito radicado el 3 de septiembre de 2014, la directora de la Oficina Tuluá de la EPS Coomeva manifiesta, en primer lugar, que el tratamiento de fertilización *in vitro* solicitado está excluido del Plan Obligatorio de Salud y que la falta de realización del mismo no pone en riesgo la vida o la salud de la paciente.

Indica que, por regla general, la tutela no es procedente en materia de tratamientos de infertilidad. Así mismo, señala que la efectividad de esta clase de procedimientos supone la disminución del cubrimiento de otras prestaciones que se consideran prioritarias, y agrega que la Corte Constitucional ha indicado que la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida.

4.4. Decisiones objeto de revisión constitucional

4.4.1. Primera instancia

Mediante providencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil catorce (2014) el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Buga negó la protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior, al considerar que el problema de infertilidad de la accionante no se identifica con ninguna de las tres excepciones indicadas por la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela en esta clase de asuntos, esto es: (i) cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique tal proceder; (ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud asociada con la infertilidad; y (iii) cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente como la vida, la integridad y la salud.

4.4.2. Impugnación

La señora Claudia Isabel Cataño Urrea impugnó la anterior decisión a través de oficio radicado el 15 de septiembre de 2014, argumentando que es a raíz de la enfermedad que padece (endometriosis severa) que presenta dificultades para concebir biológicamente, siendo este un requisito establecido por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela cuando a través de ella se solicita la autorización de los tratamientos de fertilidad.

4.4.3. Segunda instancia

En sentencia proferida el nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014) el Juzgado Segundo de Menores de Buga confirmó la decisión de primera instancia, al considerar que no se puede obligar al Estado ni a las EPS a prestar un procedimiento como la fertilización *in vitro*, por cuanto ello implicaría la limitación de otros servicios de salud prioritarios. Además, negar el acceso a esa clase de tratamientos no conlleva la vulneración de derechos fundamentales, en la medida que no se pone en riesgo grave la salud, la integridad o la vida del paciente.

4.5. Pruebas

4.5.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Claudia Isabel Cataño Urrea. (Cuaderno principal, folio 7).

4.5.2. Formulario de solicitud de procedimientos NO POS, a través del cual el médico tratante solicita la autorización del tratamiento de fertilización *in vitro* para la paciente Claudia Isabel Cataño Urrea. (Cuaderno principal, folio 9).

4.5.3. Fórmulas médicas y solicitudes de exámenes diagnósticos a nombre de la señora Claudia Isabel Cataño Urrea, expedidas por el Centro Médico Imbanaco de Cali. (Cuaderno principal, folios 9 a 11).

4.5.4. Respuesta de la EPS Coomeva a la solicitud de autorización del tratamiento de fertilización *in vitro*. (Cuaderno principal, folio 12).

4.5.5. Resultados de diferentes exámenes diagnósticos a nombre de la señora Claudia Isabel Cataño Urrea, expedidas en el Centro Médico Imbanaco de Cali. (Cuaderno principal, folios 13 a 25).

4.5.6. Historia clínica de la señora Claudia Isabel Cataño Urrea en la EPS Coomeva. (Cuaderno principal, folios 29 a 72).

II. TRÁMITE SURTIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Con la finalidad de dar mayor claridad a los hechos expuestos en la acción de tutela interpuesta por la señora Mónica Vivian Calderón Barrera (expediente T-4.492.963), esta Corporación practicó algunas pruebas mediante Auto calendado 18 de noviembre de 2014.

Posteriormente, la Sala profirió el Auto del 16 de enero de 2015, mediante el cual requirió la información que no fue suministrada y adicionalmente solicitó algunos conceptos sobre el impacto económico que generaría la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud, así como las implicaciones de una negativa en ese sentido respecto de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos.

Finalmente, mediante Auto proferido el 16 de febrero de 2015, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional dispuso acumular los expedientes T-4.715.291, T-4.734.867 y T-4.725.592 entre sí y al expediente T-4.492.963, por presentar unidad de materia para que fueran fallados en una sola sentencia.

1. Auto proferido el 18 de noviembre de 2014.

1.1. En esta decisión la Sala dispuso:

“Primero. Ordenar a la señora Mónica Vivian Calderón Barrera que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto: (i) informe cuál es su situación económica actual, especificando sus ingresos y egresos mensuales, y allegando los documentos que permitan acreditar lo informado en respuesta a este proveído; y (ii) en caso de contar con la misma, remita a esta Corporación una copia de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán el 19 de abril de 2007.

Segundo. Ordenar al Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, remita una copia del expediente de la acción de tutela instaurada el 9 de abril de 2007 por la señora Mónica Vivian Calderón Barrera en contra de la EPS Coomeva. Para mayor claridad, se remitirá a dicho Despacho una copia de la acción de tutela que ahora se estudia.

Tercero. Ordenar a la Directora de la Oficina Popayán de la EPS Coomeva Regional Sur Occidente que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto: (i) indique qué actuaciones realizó en virtud del fallo proferido el 19 de abril de 2007 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán. Para ello, deberá allegar una copia de la historia clínica de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera, donde conste todo el tratamiento recibido para las patologías de *“linfoma no hodking”* y de infertilidad, así como aquellos documentos que sirvan de soporte probatorio para acreditar lo informado a este Despacho; y (ii) emita un concepto preciso donde explique en qué consiste la patología de la accionante y el diagnóstico *“1. INFERTILIDAD PRIMARIA. A) FX OVULATORIA – HISTORIA DE Q/T POR LINFOMA NO HODKING. B) HISTORIA DE HIPERESTIMULACIÓN OVÁRICA: NO RESPUESTA. A+B COMPROMISO DE LA RESERVA OVÁRICA”* y si la infertilidad de la accionante es consecuencia de otra enfermedad. Para ello, serán remitidos la historia clínica y el diagnóstico dictado por el médico particular Luis Carlos Hincapie del Centro Médico Imbanaco.

Cuarto. Ordenar al Centro Médico Imbanaco de Cali que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto: (i) emita un concepto preciso donde explique en qué consiste la patología de la accionante y el diagnóstico emitido por el médico Luis Carlos Hincapie de *“1. INFERTILIDAD PRIMARIA. A) FX OVULATORIA – HISTORIA DE Q/T POR LINFOMA NO HODKING. B) HISTORIA DE HIPERESTIMULACIÓN OVÁRICA: NO RESPUESTA. A+B COMPROMISO DE LA RESERVA OVÁRICA”* y si la infertilidad de la accionante es consecuencia de otra enfermedad; y (ii) especifique qué tratamiento se le ha otorgado a la accionante en virtud de la infertilidad que padece. Para mayor claridad, se remitirá una copia de la acción de tutela que ahora se estudia con sus respectivos anexos”.

1.2. En respuesta a lo solicitado por la Sala de Revisión, la señora Mónica Vivian Calderón Barrera allegó una copia de la sentencia proferida el 19 de abril de 2007 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán¹⁰. Así mismo, anexó diferentes documentos a través de los cuales pretendió demostrar su situación económica actual y las razones por las cuales no cuenta con la capacidad económica para sufragar el tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado, a saber:

(i) Certificación expedida el 27 de noviembre de 2014 por la Sociedad Acción S.A., donde consta que la accionante se encuentra vinculada laboralmente con dicha empresa mediante contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada, cuya última labor desempeñada es la de Médico Fonosalud desde el 26 de diciembre de 2013, devengando un salario fijo por valor de \$3'431.955 más un promedio variable salarial por valor de \$902.966.

(ii) Extracto bancario del Banco Citibank del mes de noviembre de 2014 a nombre de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera, donde consta una deuda total por \$7'499.182.

(iii) Certificación expedida el 27 de noviembre de 2014 por el Banco Falabella S.A. donde consta una deuda por 3'878.913 a nombre de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera.

(iv) Comprobante de pago de la factura expedida en octubre de 2014 por la Compañía de Financiación Especializada FINESA a nombre de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera, por un valor de \$807.847.

(v) Extracto bancario del Banco de Bogotá a nombre de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera, donde consta una deuda total de \$2'449.856.

(vi) Factura de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (S.C.A.R.E.) Fondo especial para auxilio solidario de demandas -FEPASDE- a nombre de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera por un valor de \$253.700.

(vii) Estado de cuenta de Bancoomeva a nombre de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera, por un valor mensual de \$673.845.

(viii) Contrato de arrendamiento celebrado entre la señora Isabel Cristina Osorio Meneses como arrendadora y Mónica Vivian Calderón Barrera como arrendataria por un valor de \$621.000, más \$229.000 de administración.

¹⁰ En la parte resolutive de dicha providencia, el Despacho ordenó a la EPS Coomeva autorizar y realizar el procedimiento de congelamiento de embriones y disponer de todo lo necesario para preservar la salud de la accionante. Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, sentencia proferida el 19 de abril de 2007.

(ix) La accionante aclara que a lo anterior deben sumarse los gastos de manutención que incluyen alimentación, transporte y servicios (agua, luz y teléfono).

1.3. Por su parte, el Gerente Clínico del Centro Médico Imbanaco de Cali informó que los médicos especialistas, dentro de los cuales se encuentra el doctor Luis Carlos Hincapie, no tienen ninguna dependencia laboral, sino que actúan como IPS independientes, están habilitados por la Secretaría de Salud y prestan sus servicios de manera particular. Por ello, recomendó hacer la solicitud directamente a dichos profesionales. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación se comunicó vía telefónica con el doctor Luis Carlos Hincapie el día 9 de diciembre de 2014, quien remitió un informe médico señalando lo siguiente¹¹:

“1. La señora Calderón recibió tratamiento con quimioterapia para el tratamiento de Linfoma No Hodking. (Agosto – Diciembre/2007).

2. Antes de este tratamiento se realizó ciclo de Hiperestimulación ovárica y congelación de embriones con el fin de preservar su fertilidad. (Marzo 2007).

3. Tres años después de su tratamiento con Quimioterapia, y posterior a autorización de hemato-oncología se realiza Transferencia de Embriones congelados, pero lastimosamente el resultado es negativo.

4. Posteriormente se realiza intento de fertilización in vitro y no se obtuvo respuesta. Resultado que indica compromiso de la Reserva Ovárica, la cual es consecuencia del tratamiento con Quimioterapia para su patología. Los fármacos utilizados para tratamientos oncológicos son tóxicos para las células germinales del ovario.

5. Por la razón anterior, en septiembre de 2012, se realiza tratamiento de Ovodonación, con transferencia de embriones en fresco y luego congelados, sin éxito. (Fecundar: Mayo/2012)

6. La condición de la señora calderón es corroborada con los niveles muy bajos de la Hormona Antimulleriana. Examen que evalúa la capacidad de respuesta del ovario a estos tratamientos.

7. Las razones mencionadas permiten concluir que la señora Mónica Vivian Calderón, presenta una infertilidad Primaria, la cual es explicada por el compromiso de la reserva ovárica producida por el tratamiento de quimioterapia recibido por su patología: Linfoma No Hodgkin”.

1.4. Finalmente, la EPS Coomeva remitió la historia clínica de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera. Sin embargo, no emitió el concepto solicitado donde debía explicar en qué consiste la patología de la accionante y si su infertilidad es consecuencia de otra enfermedad.

¹¹ El doctor Luis Carlos Hincapie, del Centro Médico Imbanaco, allegó por correo electrónico el informe médico referido, el cual fue incorporado al expediente mediante oficio del 12 de diciembre de 2014 de la Secretaría General de la Corte Constitucional.

2. Auto proferido el 16 de enero de 2015. Solicitud de información adicional.

2.1. Teniendo en cuenta que no fueron allegadas las pruebas solicitadas al Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, la Sala consideró pertinente requerir a ese Despacho para que contestara lo ordenado en el Auto del 18 de noviembre de 2014. Así mismo, dado que la EPS Coomeva no emitió el concepto solicitado, se requirió a esa entidad para que allegara la información correspondiente.

2.2. De igual forma, considerando las diferentes manifestaciones sobre el impacto económico dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud que podría generar el autorizar los tratamientos de reproducción asistida, la Sala suspendió los términos para fallar el asunto del expediente T-4.492.963 (accionante Mónica Vivian Calderón Barrea) y ordenó la práctica de algunas pruebas adicionales. Así, mediante proveído del 16 de enero de 2015, dispuso:

“PRIMERO.- REQUERIR al Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, allegue la respuesta a lo ordenado en el Auto del 18 de noviembre de 2014, esto es, una copia del expediente del proceso de tutela iniciado el 9 de abril de 2007 por la señora Mónica Vivian Calderón Barrera en contra de la EPS Coomeva.

SEGUNDO.- REQUERIR a la Directora de la Oficina Popayán de la EPS Coomeva Regional Sur Occidente para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, allegue la respuesta a lo ordenado en el Auto del 18 de noviembre de 2014, esto es: (i) indique qué actuaciones realizó en virtud del fallo proferido el 19 de abril de 2007 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán; y (ii) emita un concepto preciso donde explique en qué consiste la patología de la accionante y el diagnóstico *“1. INFERTILIDAD PRIMARIA. A) FX OVULATORIA – HISTORIA DE Q/T POR LINFOMA NO HODKING. B) HISTORIA DE HIPERESTIMULACIÓN OVÁRICA: NO RESPUESTA. A+B COMPROMISO DE LA RESERVA OVÁRICA”* y si la infertilidad de la accionante es consecuencia de otra enfermedad. Para efecto de lo anterior, serán remitidos la historia clínica y el diagnóstico dictado por el médico particular Luis Carlos Hincapie del Centro Médico Imbanaco.

TERCERO.- ORDENAR a la señora Mónica Vivian Calderón Barrera que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, especifique en un escrito: (i) cuáles son sus ingresos y egresos mensuales; (ii) a cuánto ascienden los gastos de servicios públicos y manutención; (iii) si tiene a otras personas o familiares a su cargo; (iv) si actualmente tiene préstamos o deudas a su nombre, y de ser así, a cuánto ascienden las mismas; y (v) si tiene bienes o propiedades a su nombre y de ser así, cuál es el valor de los mismos. Para ello, deberá allegar los documentos adicionales que permitan acreditar lo informado en respuesta a este proveído.

CUARTO.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que informe a esta Corte: (i) cuáles han sido los estudios científicos y presupuestales realizados para determinar la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud; (ii) cuál es el impacto fiscal que generaría sobre los recursos

destinados para el sistema de seguridad social en salud, el incluir tales tratamientos dentro del Plan Obligatorio de Salud; (iii) si actualmente los tratamientos de fertilidad se encuentran en la lista de espera de inclusiones. En caso de estar en dicha lista, cuál es el tiempo estimado para su inclusión en el POS. En caso contrario, esto es, de no estar en la lista de espera de inclusiones, explique las razones por las cuales se ha tomado dicha determinación; y (iv) cuántos tratamientos de reproducción asistida fueron realizados en Colombia en los últimos 10 años, en qué instituciones o centros médicos se efectuaron y cuáles eran las condiciones socio económicas de las personas que acudieron a la realización de tales tratamientos. Para ello dispondrá de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente auto y deberá allegar los documentos que permitan acreditar lo informado en respuesta a este proveído u otro dato que considere relevante.

QUINTO.- ORDENAR al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que informe a esta Corte: (i) si es posible medir o determinar el impacto fiscal que llegare a tener la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud, y de ser así, cómo se mide dicho impacto; (ii) en caso de haberse medido o de tener información al respecto, cuál es el impacto fiscal que generaría sobre los recursos destinados para el sistema de seguridad social en salud, el incluir los tratamientos de reproducción asistida dentro del Plan Obligatorio de Salud. Para ello dispondrá de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente auto y deberá allegar los documentos que permitan acreditar lo informado en respuesta a este proveído u otro dato que considere relevante.

SEXTO.- INVITAR a las Facultades de Medicina de las Universidades de los Andes, de la Pontificia Javeriana, del Rosario y Nacional de Colombia, y a la Facultad de Salud Pública de Universidad de Antioquia para que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de este auto, indiquen: (i) en qué consiste el diagnóstico de infertilidad, sus causas y efectos en la salud de los pacientes; (ii) cuáles son los diferentes tratamientos de reproducción asistida; (iii) bajo qué parámetros o limitaciones deben ser realizados los mismos, por ejemplo, a cuantos intentos está sujeto el tratamiento, si tiene algún límite de edad o contraindicación médica específica; y (iv) de conocerlo, cuál sería el efecto sobre la salud de los pacientes, el no realizar los tratamientos de reproducción asistida.

SÉPTIMO.- INVITAR a Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI-, a Pacientes Colombia, a la Federación Médica Colombiana, a la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y de Reforma Estructural al Sistema de Salud y Seguridad Social -CSR-, a la Asociación de Facultades de Medicina y a la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana -Profamilia-, para que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de este auto, indiquen: (i) en qué consiste el diagnóstico de infertilidad, sus causas y efectos en la salud de los pacientes; (ii) cuáles son los diferentes tratamientos de reproducción asistida; (iii) bajo qué parámetros o limitaciones deben ser realizados los mismos, por ejemplo, a cuantos intentos está sujeto el tratamiento, si tiene algún límite de edad o contraindicación médica específica; (iv) de conocerlos, cuáles han sido los estudios científicos y presupuestales desarrollados para determinar la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud; y (v) de conocerlo, cuál es el impacto fiscal que podría generarse sobre los recursos destinados para el sistema de seguridad social en salud, el incluir tales tratamientos dentro del Plan Obligatorio de Salud. Dispondrán de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente auto.

OCTAVO.- INVITAR a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los derechos de la Infancia, adolescencia y familia, a la Defensoría Delegada para los derechos de la niñez, juventud y las mujeres, a la Consejería para la Equidad de la Mujer, y a las organizaciones Sisma Mujer y Women's Link Worldwide, para que, dentro del marco de sus competencias académicas participen en torno a la discusión de varios aspectos relevantes del expediente bajo estudio, para lo cual se les enviará copia de la demanda de tutela. Es de especial interés para la Corte establecer: (i) de conocerlos, cuáles son los efectos o el impacto que podría tener para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y de la pareja, el no realizar los tratamientos de reproducción asistida; (ii) si podría tratarse de un acto de discriminación en cuanto al género y en contra de las personas que no cuentan con los recursos económicos suficientes, la no inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud. Dispondrán de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente auto.

NOVENO.- SOLICITAR la colaboración al Representante a la Cámara Laureano Augusto Acuña Díaz, autor del proyecto de ley “*Por medio del cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado*”, radicado en la Cámara de Representantes el 26 de Septiembre de 2013, para que remita a esta Corporación los estudios, el análisis, así como la exposición de motivos que dieron lugar a la presentación del proyecto”.

2.3. *Respuesta de la EPS Coomeva y conceptos.*

En respuesta a la información requerida, la EPS Coomeva informa que en cumplimiento al fallo proferido el 19 de abril de 2007 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, le fueron realizados a la señora Mónica Vivian Calderón Barrera dos procedimientos de fertilización *in vitro*, el 17 de septiembre y 18 de diciembre de 2012.

Por otro lado, menciona que la quimioterapia puede dañar los ovarios y reducir la cantidad de hormonas que producen, y que los posibles efectos de la misma dependen del medicamento utilizado, la edad del paciente y de su estado general de salud.

Indica que el 80% de las mujeres agota su reserva ovárica entre los 45 y los 50 años, lo que da lugar a la menopausia; sin embargo, 15 años antes empieza una notable reducción del número de óvulos, por lo que la edad condiciona en gran medida la fertilidad de la mujer. Por último, explica que la patología “*linfoma no hodgkin*” es un cáncer que comienza en las células llamadas linfocitos, que se encuentran en los ganglios linfáticos y en otros tejidos linfáticos (tal como el bazo o la médula ósea).

2.4. *Concepto solicitados*

De igual forma, se recibieron algunos de los conceptos solicitados del 16 de enero de 2015, según se resume a continuación¹²:

2.4.1. Ministerio de Salud y Protección Social

La Dirección de regulación de beneficios, costos y tarifas del aseguramiento en salud del Ministerio de Salud y Protección Social precisa que, en estricto sentido, los tratamientos de fertilidad para la reproducción asistida no están excluidos del POS, *“pues nunca han sido cobertura del mismo; aunque las normas relacionadas titularon ‘exclusión’ esta debe entenderse como no inclusión en virtud de que estos tratamientos no han sido priorizados para la actualización del plan obligatorio de salud”*.

Señala que en desarrollo del Decreto Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- expidió los Acuerdos 003 y 008 de 1994, este último que aprueba, entre otros aspectos, *“la aplicación del POS sujeta a las condiciones financieras del sistema y a la economía del país, para garantizar la concordancia entre el costo de las actividades incluidas en el Plan con su respectiva disponibilidad”*, y que *“la mayor efectividad en la utilización de los recursos, la mayor eficacia en términos de los resultados deseados y a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía, sean los criterios fundamentales para inclusión de actividades, intervenciones o procedimientos dentro del POS”*.

Agrega que esa normatividad adoptó como principio guía de orientación del POS la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana, y costo-efectividad. De esa forma, aprobó las exclusiones y limitaciones del POS que no contribuyeran al diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad, aquellos considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios, y los que definiera en forma taxativa el CNSSS, dentro de los cuales se encuentran los procedimientos de infertilidad.

Afirma que si bien los tratamientos de reproducción asistida aparecen como exclusión desde la creación del POS, *“la atención de las patologías de base que pueden llevar a esta condición que no corresponde a la finalidad exclusiva de tratamiento de la infertilidad, se encuentra cubierta en el POS”*. Sin embargo, explica, esto no quiere decir que los tratamientos de infertilidad no puedan ser financiados con otras fuentes como es el caso del Fosyga, con el

¹² La Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia informó que dado el alto volumen de expedientes que con fines de estudio técnico y de emisión de conceptos llegan a esa Facultad, no es posible designar un experto para la resolución de los cuestionamientos planteados.

La Facultad de Medicina del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario señaló que por razones administrativas no era posible atender el requerimiento hecho por la Corte Constitucional.

La Asociación Colombiana de Facultades de Medicina -Ascofame- mencionó que no cuenta dentro de su staff con especialistas médicos ni clínicos en el área, por lo cual no es posible proporcionar la información solicitada.

fin de garantizar el derecho a la salud según las condiciones propias de cada paciente.

Aclara que por las razones expuestas el impacto fiscal de incluir las tecnologías en salud no ha sido calculado. Finalmente, informa que los tratamientos de fertilidad no se encuentran en la lista de espera de inclusiones para ser financiado con recursos del POS y que dentro del proceso de actualización a realizar en 2015 no hay tecnologías nominadas para tratamiento de la infertilidad.

2.4.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La Subdirección de Salud y Riesgos Profesionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público señala que la actualización del Plan Obligatorio de Salud, a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, inicia con la etapa de nominación, para luego someter las propuestas a los procesos de priorización, evaluación, selección y posterior inclusión en el POS. En esas etapas es que se realiza la evaluación fiscal.

Explica que para determinar con razonable confianza el impacto fiscal que tendría una eventual inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el POS, sería necesario disponer, como mínimo, de información sobre la población, su distribución etaria, el costo de los tratamientos y la frecuencia de uso que podrían tener. A partir de esa información se determina el valor en que debería incrementarse la Unidad de Pago por Capitación para cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado, para después establecer el efecto que tiene dicho aumento frente a los recursos disponibles que financian cada uno de estos regímenes.

Acto seguido, cita algunas referencias internacionales y de información contenida en la jurisprudencia constitucional para obtener los siguientes costos de algunos tratamientos de fertilidad¹³:

Fecundación <i>in vitro</i>	Inseminación artificial	Inyección intracitoplasmática de espermatozoides	Implante de ovocitos donados
\$20'547.100 ¹⁴	\$17'000.000 ¹⁵	\$20.950.000 ¹⁶	\$32'230.500 ¹⁷

Aclara que estos costos pueden estar siendo subestimados e incluso llegar a ser más altos, en tanto podrían verse influenciados por factores específicos de las personas que acceden a los tratamientos, como la edad, el número de ciclos

¹³ Sentencia T-226 de 2010 y Vásquez (2012). Disponible en <http://www.consumer.es/web/es/bebe/antes-del-embarazo/metodos-para-quedarse-embarazada/2012/09/11/212917.php>.

¹⁴ Corresponde a la cotización Fecundar Reproducción Asistida referida en la Sentencia T-226 de 2010. El valor de la cotización se escribe en valor presente 2015 utilizando la inflación de los últimos años.

¹⁵ Basado en el caso español, con diez ciclos de tratamiento.

¹⁶ Basado en referencias internacionales para el caso español.

¹⁷ *Ibíd.*

del tratamiento al que se somete, los antecedentes médicos y la simultaneidad de tratamientos.

Concluye que el impacto fiscal que se generaría como consecuencia de la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el POS es relativamente incierto, y de acuerdo con las estimaciones preliminares y las referencias internacionales, podría estar entre 17 millones y 350 millones por cada tratamiento, afectando así la sostenibilidad fiscal del Sistema de Seguridad Social en Salud.

2.4.3. Defensoría del Pueblo

La Defensora Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de Género de la Defensoría del Pueblo se remite, en primer lugar, a las consideraciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en virtud de las cuales, desde la perspectiva de género, los derechos sexuales inciden en el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres, *“pues involucran el derecho a ser reconocidas como ciudadanas plenas, dignas, libres y, en consecuencia, a ser tratadas como personas integrales y no como seres exclusivamente reproductivos, así como a ejercer su sexualidad de manera placentera sin que esta implique necesariamente el embarazo”*.

A continuación hace referencia a diferentes instrumentos internacionales, como: (i) la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, donde se estableció que los derechos sexuales y reproductivos hacen parte de los derechos humanos, y se incluyó el derecho a la fertilidad asistida dentro de los derechos reproductivos; (ii) la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing de 1995, donde se determinó que los derechos reproductivos incluyen el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia (artículo 95); y (iii) el Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo de 2013, donde al constatar que no se ha avanzado en la meta de acceso universal a la salud sexual y reproductiva, se planteó que el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo incluye la garantía del acceso universal a técnicas de fertilización asistida (artículo 43).

A juicio de la defensora delegada, cuando los Estados no brindan garantías para el ejercicio real y efectivo del derecho humano de las mujeres a la fertilidad asistida, se limita el alcance de otros derechos fundamentales como la libertad *“ya que la no autorización de la reproducción asistida limita el ejercicio de la ciudadanía, traducida en la ausencia de la capacidad para decidir la manera como quiere hacerse madre o padre, la utilización o no de métodos de fertilización, qué tipo de familia conformar, cuándo y cuántos hijos tener”*; la igualdad *“porque limitar el acceso a la fertilidad asistida, a la condición económica de las personas, implica una acción de discriminación que en el caso de las mujeres con escasos recursos económicos adquiere una mayor repercusión”*; la integridad personal, física, psíquica y social *“ya que*

limita la posibilidad de disfrutar la vida con funciones orgánicas, psíquicas, morales y sociales plenas”; y el derecho a la salud sexual y reproductiva “en la medida en que no se generan las condiciones para garantizar el goce efectivo de un estado general de bienestar físico, mental y social, de acuerdo a los estándares internacionales definidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Menciona que el Ministerio de Salud y Protección Social diseñó la política pública de salud sexual y reproductiva en el año 2003, ampliada por el plan decenal de salud 2010-2012. Sin embargo, la misma no incorpora los métodos de fertilización asistida, porque no ha sido reconocida como una necesidad sentida de las mujeres en Colombia.

En virtud de lo anterior, sostiene que la Defensoría del Pueblo comprende que el Ministerio de Salud y Protección Social haya sido especialmente cuidadoso en aplicar el principio de progresividad al manejo integral de la infertilidad en favor de lograr objetivos considerados prioritarios; no obstante, aclara, a 20 años de existencia del plan de beneficios, se debería considerar suspender esta exclusión específica dentro del POS.

2.4.4. Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Procuraduría General de la Nación

La Procuradora Delegada pone de presente, de manera preliminar, que el tratamiento de fecundación con óvulo donado es de alto costo de acuerdo con los valores publicados por las clínicas y asociaciones especializadas¹⁸, lo que a su juicio es una circunstancia que debe ser analizada por la Sala de Revisión. Señala que el no realizar de manera gratuita los tratamientos de reproducción asistida a una persona que presenta una situación de salud diferente a la considerada normal, no afectaría el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Considera que la obligación del Estado de garantizar el acceso a la información de los posibles tratamientos, así como las posibilidades de financiación del mismo, no puede interpretarse como un imperativo categórico para obligarlo a financiar todos los tratamientos posibles o el de la elección de

¹⁸ Los precios de la inseminación artificial y de fecundación *in vitro* van, de media, desde los 600 hasta los 3.000 euros por ciclo; mientras que la inyección espermática y el implante de ovocitos no bajan de los 4.500 euros y 6.000 euros, respectivamente. (EROSKY CONSUMER. Disponible en <http://www.consumer.es/web/es/bebe/antes-del-embarazo/metodos-para-que-darse-embarazada/2012/09/11/212917.php>, el 25 de febrero de 2015 a las 2:00 pm). En el caso de las clínicas de fertilidad colombianas, es conocido que debido a que es ideal congelar un número de óvulos que oscila entre los 30 y los 40 por el bajo grado de supervivencia, el tratamiento puede costar desde la aplicación de los medicamentos hasta la congelación de los óvulos, un promedio de \$15'000.000 más una mensualidad de \$500.000 hasta que se realice la implantación y todos los demás costos que se deben asumir en un embarazo. (CECOLDES, Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad. Disponible en <http://www.saludesteticaencolombia.com/fertilidad/mainannounce2.asp?key=67>, el 26 de febrero de 2015 a las 11:00 am).

la paciente. En el mismo sentido, afirma que no puede considerarse una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos la no prestación gratuita de los tratamientos, que por demás no cuentan con toda la evidencia científica necesaria para garantizar de manera efectiva el resultado que la mujer desea.

Finalmente, la Procuradora Delegada considera que lo expuesto en su intervención no es óbice para que el Ministerio de Salud y Protección Social desarrolle los siguientes aspectos como parte de sus funciones: (i) promover la investigación en materia de salud, en los sectores público y privado, sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos, presentes y futuros, que podrían coadyuvar a prevenirla, tratarla y curarla; (ii) promover un enfoque integral, oportuno, inter y multidisciplinario y colegiado, en la articulación e implementación de los programas que se desarrollen en el campo de la infertilidad; (iii) procurar que se brinde un diagnóstico, en forma ágil y oportuna, de las causas de la infertilidad; (iv) impulsar el tratamiento inter y multidisciplinario, integral y expedito de la infertilidad en las personas beneficiarias de la política; (v) ofrecer a la población el acceso oportuno a la información relacionada con la prevención de la infertilidad; (vi) fomentar la formación de los profesionales de la salud en el área de la infertilidad, desde una perspectiva integral; y (vii) impulsar campañas dirigidas a la población, relativa al problema de la infertilidad y su abordaje terapéutico por parte del sistema de salud¹⁹.

2.4.5. Federación Médica Colombiana²⁰

El Presidente de la Federación Médica Colombiana remite el concepto emitido por el médico cirujano Francisco Pardo Vargas, quien señala que la infertilidad, definida como la incapacidad para concebir luego de un año de relaciones sexuales sin protección contraceptiva, *“es un problema de salud reproductiva de preocupante incremento y mundialmente se reconoce como una enfermedad con una incidencia que en Colombia alcanza actualmente un 20%”*.

Señala que según la Asociación Médica Mundial la infertilidad *“constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves”*. Así mismo, que de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad afecta a las personas que la padecen, a su entorno familiar y social, y pueden tener profundos efectos psicológicos.

¹⁹ A juicio de la interviniente, tales campañas podrían incluir la explicación, entre otros, de los siguientes temas: los hábitos de vida saludables que actúan como factores protectores de la infertilidad sobrevenida; las condiciones biológicas para iniciar la reproducción antes de que la mujer tenga una edad en que la fertilidad empiece a disminuir significativamente, con el fin de evitar problemas de infertilidad o tener más oportunidad de recibir tratamiento oportuno, en caso de tenerlos; el efecto de las infecciones de transmisión sexual sobre la infertilidad; el efecto de factores emocionales sobre la fertilidad; la relación entre las causas de la infertilidad y otras patologías asociadas; los programas y tratamientos de infertilidad; y otros temas relevantes para la atención integral de la infertilidad.

²⁰ El mismo documento remitido por la Federación Médica Colombiana fue allegado a esta Corporación por la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y por una Reforma Estructural al Sistema de Salud - CSR-.

En cuanto a los diferentes tratamientos de reproducción asistida enumera los siguientes: (i) inducción de ovulación, como el tratamiento más sencillo y económico con un éxito reproductivo del 18%, indicado únicamente para pacientes jóvenes; (ii) inseminación intrauterina o artificial, cuyo éxito gestacional no supera el 20 o 25% y puede intentarse durante tres meses; y (iii) la fertilización *in vitro*.

En este punto hace referencia a la fertilización *in vitro* con cultivo intravaginal o INVO, como procedimiento alternativo, que se realiza en un dispositivo plástico colocado en la cavidad vaginal y que hace las veces de una incubadora. Al respecto, señala que ha sido reconocida mundialmente la conveniencia de este sistema para el manejo de la infertilidad en países con limitaciones económicas, que se puede desarrollar en cualquier IPS de segundo nivel y tiene un 30% de probabilidades de un resultado exitoso.

Resalta igualmente que la edad de la mujer es uno de los factores más importantes al evaluar los problemas de fertilidad, en tanto la posibilidad de éxito disminuye superados los 40 años, tiempo después del cual aumenta el riesgo de padecer dolencias como preeclampsia, hipertensión, diabetes, anomalías cromosómicas fetales o pérdidas del embarazo. Sin embargo, aclara, en general se considera que el límite para realizar un tratamiento de reproducción asistida es de 48 años, mientras que no existan las contraindicaciones médicas que pongan en riesgo la vida de la madre.

Por otro lado, hace referencia a los Decretos Reglamentarios 1938 de 1994 y 806 de 1998, mediante los cuales la infertilidad fue excluida del registro de salud sexual y reproductiva. Para tal determinación, explica, no se esgrimió ningún argumento científico ni fiscal.

Finalmente, señala que el impacto fiscal generado por incluir los tratamientos de fertilidad en el POS sería considerable, porque en un promedio general se acepta que al menos el 30% de los casos de infertilidad se tratan con fertilización *in vitro*, y si se tiene en cuenta su costo aproximado de 14'000.000, representaría un total de 9,8 billones de pesos para su financiación.

2.4.6. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - Acemi-

El presidente ejecutivo de Acemi explica que la infertilidad es definida por la OMS como una enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Explica que según esta organización, la infertilidad *“tiene como consecuencia en la mujer la disminución de la posibilidad de mantener una relación estable, a través de la reducción de la posibilidad de contraer*

matrimonio, incrementa la posibilidad de divorcio/ separación o incrementa el riesgo de poligamia”.

Menciona que antes de someter a una mujer a un tratamiento de reproducción asistida se debe descartar como causa de la infertilidad otras patologías o trastornos que pueden ser manejados con tratamiento médico convencional. Señala asimismo que existen códigos de práctica en los que se regulan algunas conductas que buscan garantizar la calidad de la atención en los tratamientos de fertilización *in vitro*.

Finalmente, pone de presente que no conoce un estudio concreto en relación a este asunto, pero que *“las inclusiones del POS se basan en un estudio técnico que hace el Ministerio de Salud y Protección Social sobre la utilización de servicios de mayor prevalencia de acuerdo con el perfil epidemiológico de la población y la disponibilidad de recursos para suministrarlos y financiarlos”.*

2.4.7. Asociación Probienestar de la Familia Colombiana -Profamilia-

El Director Médico de Profamilia explica que la infertilidad es la incapacidad para lograr la gestación tras un año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo.

Indica que la mayoría de personas que tienen problemas de infertilidad *“no presentan ninguna repercusión física negativa: no muestran síntomas específicos, no padecen ningún dolor, malestar, ni impedimento físico; ni corren riesgo de presentar otros trastornos físicos derivados de este problema, pueden pasar gran parte de su vida, o toda ella, desconociendo si son fértiles o infértiles y disfrutando de una vida plena, ya vivan solas o en pareja”.* Sin embargo, explica que una vez descubierta esa enfermedad puede permanecer como tal, sin incidir en la calidad de vida de la persona, o puede convertirse en un *“problema personal”.*

Sobre el interrogante referente a bajo qué parámetros o limitaciones deben ser realizados los tratamientos de fertilidad, específicamente en cuanto a la fertilización *in vitro* y la microinyección espermática ICSI, indica que deben tenerse en cuenta el número de ciclos que se hayan realizado previamente. Así, las tasas de embarazo y de recién nacido vivo disminuyen conforme aumenta el número de ciclos realizados.

Refiere que algunos estudios desarrollados en Inglaterra sobre un total de 35.714 pacientes, y otros similares en Australia y Estados Unidos, concluyen que del cuarto ciclo en adelante las tasas de embarazo disminuyen de forma marcada. Por último, aclara que las contraindicaciones específicas de cualquiera de los tratamientos de reproducción asistida son las enfermedades hepáticas agudas o crónicas, neoplasia activa, así como las infecciones de transmisión sexual.

2.4.8. Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana

La Decana Académica de la Pontificia Universidad Javeriana explica que la infertilidad es la incapacidad que tiene una pareja de llevar un embarazo a feliz término, que puede ser primaria, *“cuando la mujer nunca ha estado en embarazo”*, o secundaria, *“cuando la mujer ya ha estado previamente embarazada y tiene al menos un hijo nacido vivo”*²¹.

Señala que la infertilidad no conlleva serios efectos directos para la salud biológica de la mujer. Sin embargo, las consecuencias desde el punto de vista psicológico son variables y pueden ir desde un trastorno adaptativo leve, depresión o hasta el suicidio.

Por otro lado, indica que una de las principales contraindicaciones de los tratamientos de infertilidad es que el/la paciente tengan patologías o condiciones que contraindiquen el uso de los medicamentos requeridos o de los procedimientos planeados. Así mismo, que no existe un número límite de intentos preestablecido para esta clase de tratamientos, los cuales deben hacerse dependiendo de las características de cada caso en particular.

2.4.9. Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad Javeriana

La directora del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad Javeriana, previa consulta al Grupo de Acciones Públicas del Departamento de Derecho Público, hace referencia específica al caso concreto de la señora Mónica Vivian Calderón Barrera (expediente T-4.492.963).

En primer lugar, señala que revisados los documentos y la historia clínica de la accionante se puede constatar que *“la infertilidad que padece la accionante no es originaria o de base, o por su simple capricho, lo que quiere decir que su condicionamiento biológico sí le permite la reproducción, pero de momento, está alterada como consecuencia de la enfermedad en su sistema reproductivo, lo que hace imposible que lleve un embarazo a feliz término, sin la ayuda de técnicas especializadas que la accionante no está en la posibilidad de costear”*.

Considera entonces que ante la negativa de practicar el tratamiento de reproducción asistida, la EPS accionada está desconociendo el derecho fundamental a la salud, *“por cuanto le impide desarrollar a cabalidad uno de los roles que como mujer y ser humano le puede asistir de manera natural, y es el de ser madre, de manera que al obstaculizarse [esa] posibilidad, se compromete su derecho a la dignidad y a estar en un estado de bienestar*

²¹ Explica que aunque con frecuencia las causas de la infertilidad son desconocidas, es común que la misma se presente por malformaciones de los conductos de Müller, las disgenesias gonadales, el síndrome de Turner, el síndrome de ovario poliquístico, diversas enfermedades hormonales, la falla ovárica prematura, el síndrome de Kallman, los tratamientos para el cáncer y enfermedades autoinmunes, entre otras.

físico, mental y social pleno”. En virtud de lo anterior, solicita conceder la protección invocada.

2.4.10. Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia

La Decana de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia presenta el concepto técnico realizado por la doctora Diana Molina sobre los efectos que en la salud mental de los pacientes podría generar un diagnóstico de infertilidad.

Señala que es una enfermedad que en sí misma no pone en peligro la salud física, pero sí genera un impacto en el bienestar social y mental de las personas y/o parejas²². Al respecto, explica: *“Syme describió la infertilidad, desde el punto de vista emocional y psicológico, como una pérdida. Esta pérdida se podría vivir en diferentes fases: la primera, cuando el embarazo no ocurre y se suponía que debía ocurrir; y la segunda, cuando se realiza un tratamiento y este no resulta exitoso, o cuando un eventual embarazo culmina en aborto. Debido a que la infertilidad se vive como una pérdida, esta situación desencadena en un duelo. (...)”*.

Explica que la cultura nos imprime la idea de que la reproducción es algo central en la vida de los hombres y las mujeres, y esta idea muchas veces se termina configurando en el proyecto de vida de las personas. Finalmente, resalta que, en el ámbito social, existe una presión aún más marcada en la mujer que en el hombre que sufre la infertilidad, lo cual genera una carga social y psicológica mayor sobre la mujer²³.

3. Auto del 16 de febrero de 2015.

En auto proferido el 16 de febrero de 2015, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional dispuso acumular los expedientes T-4.715.291, T-4.734.867 y T-4.725.592 entre sí y al expediente T-4.492.963, por presentar unidad de materia para que fueran fallados en una sola sentencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

²² Echeverri M. Instituto de reproducción humana In Ser. Salud Mental de la Mujer y Fertilidad. (Internet) (Consultado 2015-enero 30). Disponible en: <http://es.slideshare.net/inSerFertilidad/salud-mental-de-la-mujer-v-fertilidad>. Palacios E, Jadresic E. Aspectos emocionales en la infertilidad: una revisión de la literatura reciente. Rev Chile Neuro-Psiquiar 2000; 38 (2): 94-103.

²³ Echeverri M. Instituto de reproducción humana In Ser. Salud Mental de la Mujer y Fertilidad. (Internet) (Consultado 2015-enero 30). Disponible en: <http://es.slideshare.net/inSerFertilidad/salud-mental-de-la-mujer-v-fertilidad>.

Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico

Con base en los hechos descritos en cada uno de los casos reseñados, corresponde a esta Sala de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera una entidad prestadora de salud -del régimen contributivo o del régimen subsidiado- los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos, y a la vida privada y familiar, de una mujer por negarle la autorización del tratamiento de fertilización *in vitro* como única posibilidad de procrear de manera biológica, bajo el argumento de que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud?

Con el fin de dar respuesta al anterior interrogante se examinarán los siguientes ejes temáticos: (i) la acción de tutela y los tratamientos de fertilidad; (ii) los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad; y (iii) la protección excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva y otros derechos fundamentales relacionados, en los tratamientos de fertilidad solicitados a través de la acción de tutela. Con base en ello, (iv) resolverá los casos concretos.

3. La acción de tutela y los tratamientos de fertilidad.

De acuerdo con lo estipulado en el numeral 4° del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013²⁴, los tratamientos para la fertilidad se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud²⁵. Con fundamento en esa normatividad las EPS han negado la autorización de tales procedimientos y por esa razón algunos pacientes han acudido a la acción de tutela con el fin de obtener su reconocimiento por esta vía.

La Corte Constitucional, por regla general, ha negado la protección invocada a través de la acción de tutela cuando con ella se pretende la autorización de los tratamientos de fertilidad, según pasa a exponerse.

3.1. Por regla general la Corte Constitucional ha negado la autorización de los tratamientos de fertilidad excluidos del Plan Obligatorio de Salud, solicitados a través de la acción de tutela, por considerar que con ello no se afectan los derechos a la salud y a la vida digna.

²⁴ Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

²⁵ Cita la referida disposición: “ARTÍCULO 130. EXCLUSIONES ESPECÍFICAS. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación –UPC- y son las siguientes: (...) 4. Tratamientos para la infertilidad (...)”.

3.1.1. Mediante la sentencia **T-1104 de 2000** la Corte conoció el caso de una señora a quien le fue diagnosticada *“infertilidad secundaria por síndrome adherencial”*, por lo cual su médico tratante le ordenó la realización de una *“cirugía de recanalización de su trompa izquierda”*. Ante el silencio de la entidad prestadora del servicio de salud sobre la solicitud de la cirugía, la accionante acudió a la tutela para que la misma le fuera practicada *“con el propósito de generar su fertilidad”*. En aquella oportunidad la Corte confirmó la decisión de segunda instancia, que denegó el amparo invocado, sustentada en los siguientes argumentos:

(i) La patología de la accionante no pone en peligro su vida ni su dignidad; únicamente le impide ser madre biológica. Además, el servicio médico solicitado estaría encaminado solo a permitirle la posibilidad de procrear.

(ii) Aun cuando se admitiera que la maternidad es un estado esencial para la realización personal de la mujer y el Estado tuviera el deber de garantizar el goce del derecho prestacional correspondiente, no tendría que acudirse a la atención en salud para hacer efectivo ese supuesto deber estatal, porque *“el ordenamiento jurídico nacional provee la posibilidad de satisfacción al derecho mencionado mediante la maternidad adoptiva, previo el cumplimiento de los debidos requisitos legales”*.

(iii) El derecho a la procreación no puede extenderse *“hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce (...) mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación -como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal-, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales”*.

3.1.2. En sentencia **T-689 de 2001** esta Corporación estudió el caso de una señora que desde 1995 padecía una enfermedad en su sistema reproductor, a quien su médico particular le ordenó la práctica de una *“laparoscopia operatoria”*²⁶, la cual fue negada por la EPS a la que se encontraba afiliada bajo el argumento de estar excluida del POS. En aquella ocasión confirmó la decisión de instancia, que denegó el amparo, aduciendo las siguientes consideraciones:

(i) La patología de la accionante, aparte de la incapacidad para procrear, no conlleva una afectación grave en su salud o en su vida.

²⁶ La laparoscopia es una *“cirugía para examinar órganos pélvicos, mediante el uso de un instrumento de visualización llamado laparoscopio. La cirugía también se usa para tratar ciertas enfermedades de los órganos pélvicos”*. <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002916.htm>.

(ii) La exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad “*no solo constituye el legítimo desarrollo de una facultad de configuración legal sino 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 colombiano*”. Aunado a ello, si bien la Constitución protege a la mujer durante el embarazo y después del parto, “*ese deber de asistencia y protección opera siempre que la procreación sea posible y solo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear*”.

3.1.3. Más adelante, en la sentencia **T-946 de 2002**, la Corte conoció el caso de una mujer que sufría diferentes enfermedades que afectaban su aparato reproductor, por lo que su médico tratante le informó que no le sería posible llevar un embarazo a feliz término sin la ayuda de técnicas especializadas. En esa oportunidad la Corte revocó la decisión del juez de segunda instancia, que había concedido la protección invocada por la accionante y ordenado autorizar la práctica del tratamiento de fertilización *in vitro*. Señaló que la tutela no era procedente como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de este, y aclaró que para lograr el propósito de procreación de la accionante existía el mecanismo de la adopción consagrado en la Constitución y en la ley.

3.1.4. De la misma forma se pronunció en la sentencia **T-752 de 2007**, al conocer del caso de una señora, afiliada al régimen subsidiado, a quien su médico tratante le prescribió el tratamiento de fertilización *in vitro*, el cual fue negado por la Secretaría de Salud Departamental por encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud. La Corte confirmó la decisión de los jueces de instancia, que negaron la protección invocada señalando que no estaba acreditado en el expediente que el problema de infertilidad de la accionante atentara en forma grave contra su vida, y reiteró que la ley ofrece el mecanismo de la adopción como otra opción para conformar una familia.

3.1.5. En la reciente sentencia **T-009 de 2014** este Tribunal negó el amparo invocado por una señora que tuvo tres embarazos ectópicos y que solicitaba el tratamiento de fertilización *in vitro* como única opción para lograr un embarazo con óvulo propio.

La Corte reiteró los parámetros jurisprudenciales acerca del acceso a la fertilización *in vitro* a través del sistema de salud, en virtud de los cuales: (i) la no inclusión de dicho procedimiento en el POS constituye un legítimo desarrollo de la facultad de configuración del legislador; (ii) así un médico, aunque esté adscrito a la EPS respectiva, haya prescrito dicho procedimiento, no es *per se* viable otorgar tutela porque el derecho a ser madre y la maternidad asistida tienen límites razonables y justificados constitucionalmente; y (iii) el Estado no está obligado a apoyar y sufragar

procedimientos científicos especiales, incluyéndolos en los planes obligatorios de salud, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad.

También, recordó que en otras decisiones se puso de presente la adopción como una segunda opción para aquellos que desean conformar una familia. En ese sentido, señaló que *“es plausible y merecedora de respeto la aspiración de mujeres y hombres de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos tan necesitados para la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresismos costosos que permitan el nacimiento de más párvulos en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que siguen requiriendo madre, padre, familia y amor”*.

Por último, sobre el caso concreto, sostuvo que la pretensión de la demandante tenía como última finalidad procrear y acrecer el núcleo familiar *“instando una asistencia científica cuyo costo probablemente exceda la posibilidad de cubrimiento con recursos propios de la pareja aspirante, pero que tampoco puede cargarse al sistema comunitario, existiendo la valiosa alternativa de la adopción”*.

De los anteriores pronunciamientos se infiere que en varias oportunidades este Tribunal ha negado el reconocimiento de diferentes tratamientos de fertilidad bajo el sustento de que la finalidad última de esta clase de procedimientos es permitir la posibilidad de procrear, para lo cual existe otra opción como lo es la adopción. Además, el derecho a la procreación no puede extenderse al punto de utilizar los recursos para garantizar ese tipo de maternidad sobre otros procedimientos de los cuales sí depende la vida o la integridad de los pacientes.

Sin embargo, se trata de una tesis que no ha sido absoluta en la Corporación; en efecto, en algunos casos excepcionales la Corte ha considerado que los tratamientos de reproducción asistida deben ser autorizados por las entidades prestadoras de servicios de salud cuando con ello: (i) se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; y (ii) se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, según se explica a continuación.

3.2. De manera excepcional, la Corte Constitucional ha concedido la protección invocada a través de la acción de tutela cuando se solicita la autorización de tratamientos de fertilidad excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en los casos en que se vulnera el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

3.2.1. En la sentencia **T-572 de 2002** este Tribunal analizó el caso de una señora que no podía procrear y a quien su médico tratante le inició un proceso de *“inducción a la ovulación”* con ampollas de Pergonal, sin obtener resultados favorables. Por ello, la solución indicada por el galeno fue

suministrar una dosis mayor de dicho medicamento, que fue negada por la EPS accionada bajo el argumento de encontrarse excluido del POS.

En esa oportunidad concedió la protección invocada al considerar que, aunque existen precedentes jurisprudenciales que declararon improcedente la acción de tutela para extender la cobertura del POS a operaciones relacionadas con tratamientos de fertilidad, en este caso se presentaban dos circunstancias nuevas: (i) se trató de la entrega de medicamentos y no de procedimientos quirúrgicos; y (ii) había un tratamiento médico en curso. Sobre este último punto, señaló que “*romper la **continuidad del tratamiento** de manera abrupta ocasiona un perjuicio irremediable y vulnera los derechos a la dignidad, a la igualdad, a la integridad física, a la confianza legítima y a la posibilidad de ser madre*”.

3.2.2. Una decisión similar fue adoptada en la sentencia **T-633 de 2010**, al estudiar dos casos: el de un paciente que sufría de “*esterilidad en el varón*” a quien la EPS le negó la autorización del tratamiento de fertilización *in vitro* con inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), y el de una mujer que fue diagnosticada con “*infertilidad secundaria a obstrucción tubárica bilateral*”, a quien su EPS le negó la práctica del tratamiento de fertilización *in vitro*. La Corte revocó las decisiones de los jueces de instancia que habían concedido la protección de los derechos y en su lugar negó la acción de tutela. Reiteró que una entidad de salud no está obligada a autorizar la práctica de un tratamiento excluido del POS que no es necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal del afiliado, como sucedía, a su juicio, en los casos estudiados.

3.2.3. En igual sentido se pronunció la Corte en la sentencia **T-644 de 2010**, al estudiar el caso de una señora afiliada al régimen de excepción en salud del magisterio, a quien le fue diagnosticado “*función ovárica ovulatoria alterada, síndrome de ovario poliquístico y obstrucción en las trompas de Falopio*”.

La accionante acudió a un Centro de Biomedicina Reproductiva donde le ofrecieron la realización del tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado, el cual fue autorizado por la IPS del magisterio. Aunque el mismo fue exitoso, poco tiempo después se identificó la muerte del embrión implantado, dado que la IPS no autorizó diferentes medicamentos esenciales para el sostenimiento del embrión bajo el argumento de encontrarse excluidos del contrato con la Fiduprevisora. Ante esto, la peticionaria solicitó una nueva autorización para continuar con el tratamiento de fertilización *in vitro*, la cual fue negada por la entidad accionada.

En esa decisión la Corte Constitucional concedió la protección de los derechos invocados al considerar que “*el tratamiento contra la infertilidad que fue iniciado, autorizado y asumido con el beneplácito de [la EPS], al ser interrumpido súbitamente, violó el principio de **continuidad en la prestación del servicio** y trajo como consecuencia directa que el 10 de octubre de 2009,*

se identificara la muerte del embrión implantado y que la actora tuviera que someterse a un legrado, ello sin contar las nefastas implicaciones psicológicas y familiares que acarreó el suceso”.

3.3. De manera excepcional, la Corte Constitucional ha concedido la protección invocada a través de la acción de tutela cuando se solicita la autorización de tratamientos de fertilidad excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en los casos en que del mismo depende la vida, la salud o la integridad personal del paciente.

En otros pronunciamientos la Corte ha señalado que la negativa de una EPS a practicar un servicio de salud que haga parte de los tratamientos de fertilidad vulnera los derechos fundamentales del paciente, cuando del mismo depende su vida, salud o integridad personal. En tales casos ha fijado unas subreglas adicionales garantizando 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 y (iii) la práctica de tratamientos integrales en pacientes que padecen una enfermedad que afecta su aparato reproductor:

(i) La práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad.

En la sentencia **T-636 de 2007** esta Corporación estudió el caso de una paciente a quien la EPS le negó la autorización de los exámenes “*careotipo materno y careotipo paterno*”, prescritos por el médico tratante con el fin de determinar la causa de los diferentes abortos espontáneos sufridos por aquella.

En esa ocasión puso de presente que el derecho al diagnóstico forma parte integral del derecho fundamental a la salud y señaló que “*negar la realización de un examen diagnóstico significa privar a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento e implica, en tal sentido, vulnerar su derecho fundamental a vivir una vida en condiciones de calidad y de dignidad*”. De igual forma, resaltó la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales de protección referentes a los derechos sexuales y reproductivos.

Sobre el caso concreto, concluyó que “*al abstenerse de practicar la prueba prescrita por la médica tratante, la entidad demandada no sólo desconoció el derecho al examen de diagnóstico que -como lo indicó la Sala y lo ha subrayado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia- forma parte integral del concepto de salud. Vulneró, simultáneamente, el derecho a la protección de la salud sexual y reproductiva de la peticionaria*”; y recalcó sobre los derechos sexuales y reproductivos que “[l]a titularidad de estos derechos 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’²⁷”.

En la sentencia **T-946 de 2007** la Corte estudió el caso de una señora a quien, tras presentar fuertes dolores abdominales y “*alta sospecha de endometriosis*”, le fue ordenada la práctica de una “*laparoscopia operatoria*” con el fin de determinar la patología que la aquejaba. Encontró que el problema de salud de la accionante incidía negativamente, tanto en su esfera física, por los fuertes dolores que sufría, como en su esfera íntima y personal, dado que le ocasionaba problemas de pareja y posiblemente infertilidad. Por lo anterior, ordenó a la EPS accionada autorizar dicho procedimiento quirúrgico, al considerar que el mismo resultaba necesario para determinar con certeza el tratamiento a seguir.

(ii) *El suministro de un medicamento.*

En la sentencia **T-870 de 2008** la Corte concedió la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física de una señora diagnosticada con “*miomatosis uterina*”, a quien le fue ordenado para su tratamiento el medicamento “*acetato de leuprolide*”.

Distinguió dos solicitudes efectuadas por la accionante: la del tratamiento de fertilidad y la del tratamiento de miomatosis uterina con acetato de leuprolide y concluyó: “[e]n relación con la solicitud de un tratamiento de fertilidad que ‘haga realidad el nacimiento de un hijo’, la Corte reiterará su jurisprudencia para denegar el amparo ya que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, según se explicó arriba. El estado no tiene ninguna obligación de procurar las condiciones necesarias para la procreación en aquellos casos en los que las personas carecen de capacidad para hacerlo (...). Ahora bien, en cuanto al tratamiento de la miomatosis uterina diagnosticada por su médico tratante la Sala considera que la tutela resulta procedente ya que la infertilidad es sólo una consecuencia posible de una enfermedad que afecta la salud y la integridad física de la accionante y que puede deteriorarse en el futuro”.

De esa forma, la Sala ordenó el suministro del medicamento, no como un tratamiento contra la infertilidad, sino como un procedimiento necesario para que el estado de salud de la peticionaria no se deteriorara.

²⁷ Naciones Unidas. Documento A/Conf.171/13: Informe de la CIPD de Naciones Unidas, 18 de octubre de 1994.

(iii) *La práctica de tratamientos integrales en pacientes que padecen una enfermedad que afecta su aparato reproductor.*

De manera preliminar es preciso mencionar que la Corte ha hecho una distinción entre la **infertilidad originaria o primaria** y la **infertilidad secundaria**, a efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela para otorgar tratamientos relacionados con dicha patología cuando la misma sea producto o consecuencia de una enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. Al respecto ha señalado²⁸:

“Para abordar el estudio de este punto, la Sala estima necesario precisar 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**²⁹. 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’³⁰.

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

²⁸ Sentencia T-890 de 2009. En esta providencia, que se reseña más adelante, fueron sintetizados los casos referentes a la infertilidad primaria y secundaria según se consigna en la parte considerativa.

²⁹ Al respecto, se pueden consultar los siguientes artículos web:

<http://www.zonaestudiantes.com/zonamor3.htm>: Las causas de la esterilidad.

<http://www.buenasalud.com/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3372&ReturnCatID=1883>: Causas de la esterilidad. Análisis detallado del estudio que realizó la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre el tema.

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/esterilidad-primaria>:

Definición de esterilidad primaria.

<http://adaec.org/index.php/200902271816/ESTERILIDAD+PRIMARIA.html>: La esterilidad primaria. Artículo de la Asociación de Endometriosis de Cádiz (España).

http://www.semana.com/wf_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=27198: Esterilidad secundaria: La infertilidad, después del primer hijo, es más frecuente de lo que se cree.

³⁰ Sentencia T-946 de 2007.

persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela”.

Esta distinción ha sido relevante porque de ella ha dependido la protección excepcional a través de la acción de tutela para aquellas personas que solicitan tratamientos de fertilidad. En caso de tratarse de una infertilidad originaria o primaria, según ha sostenido esta Corporación, ese mecanismo constitucional es improcedente por cuanto el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. Mientras que, cuando se trata de una infertilidad secundaria, se limita la capacidad de una persona para engendrar causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedades, lo que supone la protección excepcional de los derechos fundamentales por esta vía.

En la Sentencia **T-512 de 2003** esta Corporación negó la protección invocada por una paciente a quien le fue ordenada una “*salpingoplastia*”, intervención que tenía como objetivo liberar una trompa de Falopio que estaba obstruida. La Corte encontró que la accionante tenía un “*problema físico originario*”, no derivado de algún otro padecimiento, que le impedía la fecundación y que dicho problema no tenía consecuencias adversas o peligrosas para su vida. (Infertilidad originaria o primaria).

En igual sentido se pronunció en la sentencia **T-424 de 2009**, en la cual negó la acción de tutela presentada por una ciudadana que solicitó la autorización del tratamiento de fertilización *in vitro*. La Corte, al analizar el caso concreto, encontró que dentro del proceso no estaba probado que las afecciones que padecía la accionante fueran producto de alguna enfermedad que conllevara la realización de un tratamiento de fertilidad. (Infertilidad originaria o primaria).

En la sentencia **T-901 de 2004** esta Corporación conoció el caso de una paciente a quien le fue diagnosticado “*miomas uterinos*”, por lo que le fue prescrito un tratamiento con “*acetato de leuprolide*”, previo a la cirugía de extracción de los miomas a la cual debía ser sometida. Dicho tratamiento fue negado por la EPS accionada bajo el argumento de encontrarse excluido del POS.

Sin embargo, en esta ocasión la Corte encontró que la accionante padecía “*un problema de infertilidad ‘no originario’, que podría impedirle la concepción, producido por una enfermedad en su aparato reproductor*”. Ante ello, ordenó suministrar el medicamento requerido por la accionante, al considerar que este no tenía como fin último o exclusivo tratar la infertilidad generada por la patología que la aquejaba, sino que buscaba la disminución del tamaño de los miomas para facilitar la cirugía. (Infertilidad secundaria).

En igual sentido se pronunció la Corte en la Sentencia **T-605 de 2007**, al conceder el amparo invocado por una paciente que solicitó la autorización de

una “*cirugía desobstructiva de las trompas de Falopio y el retiro de adherencias del ovario izquierdo*”, negada por su EPS bajo el argumento de estar excluida del Plan Obligatorio de Salud por tratarse de un procedimiento contra la esterilidad. En esa ocasión indicó:

“Los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, pues una adecuada atención en salud reproductiva funge como elemento clave en la construcción de equidad social. Dentro de los servicios que una adecuada atención en salud sexual y reproductiva comprende, se encuentran los tratamientos de infertilidad. Ahora bien, en Colombia este tipo de tratamientos se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen la prestación del servicio de salud. De esta manera, esta prestación específica no obliga a las EPS a su suministro, por no hacer parte de los tratamientos que por ministerio de la ley deben ser suministrados y financiados por las Entidades Promotoras de Salud.

Con todo, las exclusiones y limitaciones de la cobertura básica del POS no pueden constituir violaciones de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio de seguridad social en salud, pues la garantía de estos últimos orienta todo el sistema jurídico colombiano y la Constitución Política es la norma de normas a la cual debe ajustarse todo el ordenamiento infraconstitucional”.

Con sustento en lo anterior, la Corte concluyó que se trataba de una cirugía que tenía directa incidencia en el bienestar general de la paciente y que si bien fue prescrita por el médico tratante adscrito a la EPS, dentro del marco de un tratamiento general de infertilidad, este procedimiento no era en sí un tratamiento de este género, 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 procreativa. (Infertilidad secundaria).

3.4. En suma, para la Corte ha sido claro que, por regla general, deben negarse aquellas acciones de tutela interpuestas con la finalidad de obtener la autorización de los tratamientos de fertilidad. Sin embargo, ha aceptado la procedencia excepcional de este mecanismo constitucional al menos en dos eventos (i) cuando con ello se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; y (ii) cuando se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, en los casos en los que se requiere: a) la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; b) el suministro de un medicamento; y c) la práctica de tratamientos integrales en pacientes que padecen una enfermedad que afecta su aparato reproductor.

Con todo, las excepciones referidas están relacionadas con tratamientos que buscan la recuperación de la salud de la paciente. En otras palabras, los procedimientos reconocidos por la Corte en sede de tutela lo han sido no con la intención de tratar la infertilidad de quien lo solicita, sino de tratar la

patología que la aqueja, independientemente de que ello además incida de manera positiva en su capacidad de reproducción. Es por esa razón que la Corte ha negado el reconocimiento de tratamientos como el de la fertilización *in vitro* cuando su finalidad principal es la de facilitar la capacidad reproductiva de la paciente.

De lo anterior se deriva igualmente que el análisis realizado por las distintas Salas de Revisión, en las decisiones previamente reseñadas lo ha sido, en todos los casos, desde la perspectiva del derecho a la salud, avalando la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud con sustento en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen la prestación del servicio de salud.

Por esa razón, esta Sala considera necesario presentar algunas consideraciones desde una perspectiva diferente hasta ahora no examinada ni valorada en la jurisprudencia constitucional: la de los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, su relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos y su protección a través del sistema de seguridad social en salud, en el marco de la Constitución Política de 1991 y de los instrumentos de derecho internacional que se integran a ella (bloque de constitucionalidad).

4. Derecho a la salud sexual y reproductiva en la Constitución Política de 1991 y en el bloque de constitucionalidad.

4.1. Marco general del derecho a la salud y de la salud sexual y reproductiva.

4.1.1. Esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial consistente y uniforme sobre el reconocimiento, titularidad, naturaleza y contenido de los derechos sexuales y reproductivos³¹. De manera general, estos derechos reconocen y protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción, e implica la obligación del Estado de brindar los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

La Corte ha diferenciado los derechos sexuales de los reproductivos, en tanto “*sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda*”³². Sin embargo, también ha reconocido que ambos derechos están indudablemente relacionados, dado que la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgo de embarazos no deseados, lo que quiere decir que cada una de estas categorías

³¹ Al respecto, la Sala reiterará la jurisprudencia reconstruida en la Sentencia T-627 de 2012. *Cfr.* Sentencias T-636 de 2007, T-732 de 2009, T-226 de 2010, T-585 de 2010 y T-841 de 2011, entre otras.

³² Sentencia T-732 de 2009.

posee una definición y un contenido propio pero parten de una base común³³. Al respecto, en la sentencia T-732 de 2009 sostuvo:

“Esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional³⁴. En esta tarea, tanto el legislador como la administración deberán respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas³⁵”.

Para mayor comprensión sobre el asunto y teniendo en cuenta que en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos están implícitas otras garantías fundamentales, la Sala considera pertinente hacer una mención concreta sobre el particular.

4.2. El derecho a la igualdad en relación con los derechos sexuales y reproductivos

4.2.1. El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagra el derecho a la igualdad y no discriminación como uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho y una de las garantías de protección de los grupos tradicionalmente discriminados y marginados en la sociedad³⁶.

En desarrollo de dicha disposición, la Corte Constitucional ha señalado que en ella se concretan por lo menos tres tipos de reglas: (i) en el inciso 1° se establece el principio de *igualdad formal o igualdad ante la ley*, al cual le es consustancial la prohibición de discriminación, que obliga evitar establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica³⁷; (ii) en el inciso 2° se establece el deber del Estado de promover condiciones de igualdad real para la protección de grupos discriminados o marginados, haciendo referencia concreta a la *igualdad material o igualdad*

³³ Ídem.

³⁴ Ver Sentencias T-016 de 2007 sobre el derecho a la salud, T-090 de 2009 sobre el derecho a la seguridad social y T-585 de 2008 sobre el derecho a la vivienda digna, entre otras.

³⁵ Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001.

³⁶ Sentencia T-248 de 2012.

³⁷ Artículo 13, inciso 1°: “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”.

*de trato*³⁸; y (iii) en el inciso 3° se impone al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y la responsabilidad de sancionar los abusos o maltratos contra estas personas³⁹.

Tales deberes imponen al estado la obligación de *“adoptar medidas positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una compensación transitoria para lograr la igualdad de oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad”*⁴⁰.

4.2.2. Las mujeres hacen parte de uno de esos grupos de la sociedad que históricamente han sido objeto de discriminación y el reconocimiento de sus derechos ha sido producto de un proceso complejo de evolución social, política, legislativa y jurisprudencial. La Corte Constitucional ha desarrollado esta idea señalando que, aun cuando en la actualidad se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, para estas últimas el camino recorrido ha sido largo, al punto que solo hasta la Constitución de 1991 nuestro ordenamiento jurídico reconoció que la mujer no podía ser sometida a ninguna clase de discriminación (art. 43 CP)⁴¹. Sobre esta base, la Corte ha protegido los derechos de las mujeres, entre muchos otros a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y sus derechos sexuales y reproductivos⁴².

4.2.3. La incidencia del derecho a la igualdad en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos fue explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **“Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) contra Costa Rica”**, respecto del cual la Sala considera necesario hacer específica referencia⁴³.

En aquella oportunidad la Corte IDH estudió el caso de varias parejas cuya única posibilidad de procrear biológicamente estaba sujeta a la realización del procedimiento de fertilización *in vitro*, el cual fue prohibido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante sentencia del 15 de marzo de 2000, al anular el Decreto 24029-S de 1995, que autorizaba su práctica.

En esa providencia, la Sala Constitucional partió de la premisa de que una

³⁸ Artículo 13, inciso 2°: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

³⁹ Artículo 13, inciso 3°: “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”.

⁴⁰ Cfr. Sentencias C-371 de 2000, SU-388 de 2005, SU-389 de 2005, T-629 de 2010 y T-248 de 2012.

⁴¹ Sentencia C-371 de 2000.

⁴² Sentencia C-355 de 2006.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

persona, en cuanto ha sido concebida, es persona y por lo tanto un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico. Consideró que las prácticas de fertilización *in vitro* “*atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano*”⁴⁴ e indicó que el ser humano “*es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (...) como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer*”⁴⁵.

Señaló igualmente que “*el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte*”. Para la Sala Constitucional, la objeción principal fue que “*la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo (...) la aplicación de la [FIV] implica una manipulación consciente, voluntaria de las cédulas reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar*”.

Concluyó la Sala Constitucional que la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, “*atenta contra la vida humana (...) las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

La Corte IDH, al estudiar los asuntos puestos a consideración señaló, en cuanto al alcance de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar, que (i) la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a la vida familiar, al reconocer el papel central de la familia, lo que conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer de manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; (ii) el derecho a la vida familiar se relaciona con la autonomía reproductiva y el

⁴⁴ Sentencia núm. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 94).

⁴⁵ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88, 90).

acceso a los servicios de salud reproductiva; y (iii) los derechos a la vida privada y familiar y a la integridad personal se hallan directamente relacionados con la atención en salud, conclusión a la que llega ante las situaciones de angustia y ansiedad, así como los impactos graves por la falta de atención médica o accesibilidad a ciertos procedimientos de salud. Al respecto, sostuvo lo siguiente:

“La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, **la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria**⁴⁶. (...) El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁴⁷. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas⁴⁸. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos⁴⁹. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia⁵⁰.

En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho ‘a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos’. (...)

En tercer lugar, **la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad**

⁴⁶ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 175.

⁴⁷ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 169. Ver asimismo, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66.

⁴⁸ El artículo 27.2 de la Convención Americana establece: “La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] 17 (Protección a la Familia)”.

⁴⁹ Cfr. el artículo 16 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, y en el inciso 3 establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

⁵⁰ 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”).

que afectan a las personas⁵¹, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud⁵². (...) Por tanto, 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”. (Resaltado fuera de texto).

Sobre la proporcionalidad en la medida de prohibición establecida por la Corte Suprema de Costa Rica, la Corte IDH consideró que la decisión de tener hijos biológicos a través de las técnicas de reproducción asistida hace parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar. Bajo ese entendido, analizó la severidad de la limitación de los derechos involucrados en ese caso.

Por un lado, sostuvo que la prohibición de la fertilización *in vitro* impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, al no ser posible practicar esa técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. Por el otro, señaló que la fertilización *in vitro* suele practicarse como último recurso, y en esa medida su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es dicho tratamiento. De igual forma, consideró que se vio afectada la integridad psicológica de las personas ante problemas como depresión o fracaso de relaciones matrimoniales.

Específicamente, la Corte IDH analizó la severidad del impacto desproporcionado de la medida impuesta por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en relación con las situaciones de: (i) discapacidad, (ii) género y (iii) situación económica.

En primer lugar, sobre la **discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad**, sostuvo que, teniendo en cuenta la definición desarrollada por la Organización Mundial de la Salud, según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, condición que demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva⁵³.

⁵¹ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 205 y 206, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 250.

⁵² Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 220, y *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, párr. 137.

⁵³ Cfr. Párrafos 288 a 293. Sobre el particular refiere la Corte IDH: “288. La Corte toma nota que la Organización Mundial por la Salud (en adelante “OMS”) ha definido la infertilidad como ‘una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas’ (supra párr. 62). Según el perito Zegers-Hochschild, ‘la infertilidad

Al respecto se refiere al artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que incluye el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva⁵⁴. Lo hace igualmente con el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que en su artículo 18 señala que “[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. Asimismo, se cita la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

La Corte IDH sostiene que es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, concluye, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras⁵⁵.

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 [...]. [G]enera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares’. La perita Garza testificó que ‘[e]s más exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto...dificultando el funcionamiento de la infertilidad, pero también causando, tanto a corto como a largo plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer’. En sentido similar, la Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas ‘difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad. Aun cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico’”. The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006, disponible en: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [Traducción de la Secretaría de la Corte]. Declaración citada en el informe de fondo de la Comisión Interamericana (expediente de fondo, tomo I, nota de pie 36) y en la contestación de la demanda (expediente de fondo, tomo III, folio 1086).

⁵⁴ El Artículo 25.1 establece: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”.

⁵⁵ Cfr. Párrafos 288 a 293. Al respecto señaló la Corte IDH: “292. Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la

En cuanto a la **discriminación indirecta relacionada con el género**, indicó que la prohibición de la fertilización *in vitro* puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad, aun cuando ello ocurre con mayor severidad en las mujeres.

En ese sentido afirmó que, según la OMS, *“si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo”*⁵⁶. Señaló que aunque la infertilidad puede afectar tanto a hombres como a mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las segundas y si bien la prohibición de la fertilización *in vitro* no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

No obstante, resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y por lo mismo se deben tomar medidas para erradicarlos; y aclara que no los está validando, sino que solo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Chile⁵⁷.

situación específica en que se encuentre , como la discapacidad . En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad , con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras”. Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 134, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 13.

⁵⁶ Preámbulo, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction"*, Ginebra: OMS (2002) XV-XVII al XV. Citado en la Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2206).

⁵⁷ Cfr. Párrafos 294 a 302. Sobre este punto señaló lo siguiente: “296. La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo. Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con la salud sexual y reproductiva tienen el impacto en aproximadamente el 20% entre las mujeres y el 14% de los hombres. 297. El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una ‘decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre’, ésta resulta discriminatoria. La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres”. Cfr. Organización Panamericana de la Salud (OPS), 'Capítulo 2: Condiciones de Salud y Tendencias' en Salud en las Américas 2007 Volumen I Regional, Washington, 2007, página. 143. Citado en la Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI). Cfr. Comité para la

Finalmente, sobre la **discriminación indirecta en relación con la situación económica**, consideró que la prohibición de la fertilización *in vitro* tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarla en el extranjero⁵⁸. Sobre este punto la Corte IDH señaló:

“Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero⁵⁹. Consta del expediente que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta Gonzalez, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Geovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porras no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV en el extranjero⁶⁰.

El señor Mejías Carballo, en su testimonio durante la audiencia pública ante esta Corte, declaró que él y su ex esposa se sintieron ‘muy tristes [...] porque no podía salir a otro país porque no tenía el dinero, ya no podía acá en Costa Rica porque lo habían prohibido’⁶¹. En su declaración jurada, la señora Artavia Murillo indicó que ella y su ex pareja se sintieron ‘totalmente desesperados y con tremendas frustraciones, comenza[ron] a tener muchas diferencias entre [ellos] al ver truncadas las esperanzas de ser padres, asociado a la imposibilidad de ir al extranjero a realizarme tal práctica por falta de dinero, conllevando con ello una disminución efectiva de la utilidad individual y por tanto una pérdida neta de [su] bienestar social’⁶². Ana Cristina Castillo León explicó que ‘no tenía[n] los recursos económicos necesarios para ir al extranjero en busca de una’ FIV⁶³. Asimismo, el señor Vargas expresó que ‘la única alternativa a considerar era viajar a España o Colombia a practicar la FIV, sin embargo los costos asociados se triplicaban para [ellos] y sencillamente [se] sentí[eron] vencidos, discriminados y castigados por un Tribunal que [les] cercenaba la posibilidad de acceder a un tratamiento médico que en el resto de los países del mundo era permitido⁶⁴’.

Con sustento en estas y otras consideraciones, la Corte IDH ordenó al Estado de Costa Rica adoptar las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la fertilización *in vitro* y para que otras personas que

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Caso L.C. vs. Perú, Com. N° 22/2009, § 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

⁵⁸ Cfr. Párrafos 303 y 304.

⁵⁹ Cfr. artículo 1.1 de la Convención Americana (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de [...] posición económica”)

⁶⁰ Cfr. Declaración jurada de Oriéster Rojas (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo II, folio 4516).

⁶¹ De igual manera, el señor Mejías declaró que querían ir al exterior para realizar el tratamiento pero “no tenía dinero y ya había gastado bastante y [él] viv[e] de una renta del Estado, y bien [se] sabe que las rentas del Estado no son lo suficiente para cubrir un gasto de estos, entonces no pudi[eron] ir”. Cfr. Declaración rendida por el señor Mejías Carballo durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

⁶² Cfr. Declaración escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077)

⁶³ Cfr. Testimonio de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4102).

⁶⁴ Cfr. Declaración jurada de Geovanni Vargas (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo IV, folio 5280).

deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados⁶⁵.

Asimismo, le ordenó regular los aspectos que considerara necesarios para la implementación de la fertilización *in vitro*, estableciendo sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen esa clase de técnica de reproducción, e incluir la disponibilidad de la misma dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en la atención en salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. De igual forma, ordenó al Estado brindar a las víctimas atención psicológica gratuita e inmediata, hasta por cuatro años, a través de las entidades estatales de salud especializadas; así como programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a todos los funcionarios de la rama judicial⁶⁶.

4.2.4. En suma, la jurisprudencia de esta Corporación⁶⁷ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸ ha determinado que los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos humanos cuya protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad y la equidad de género.

⁶⁵ Párrafo 381. Puntos resolutivos: “(...) 2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia (...)”.

⁶⁶ Párrafo 381. Puntos resolutivos: “(...) 3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia. 4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia. 5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia. 6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma. 7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia (...)”.

⁶⁷ Ver sentencias T-636 de 2007, T-732 de 2009, T-226 de 2010, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-248 de 2012, T-627 de 2012, entre otras.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

La prohibición de los tratamientos de reproducción asistida por parte de los Estados supone una limitación para el ejercicio de estos derechos, y de paso, para otros que se encuentran íntimamente relacionados, como el derecho a la igualdad. Desde esta perspectiva, dicha prohibición se concreta en situaciones de discriminación indirecta en relación (i) con la condición de discapacidad sobre aquellas personas que padecen una enfermedad en su sistema reproductivo (ii) con el género -en la medida que produce impactos desproporcionados diferenciados por los estereotipos y prejuicios de la sociedad- y (iii) con la condición económica al tener un impacto negativo sobre las personas que no cuentan con los recursos para asumir un tratamiento de reproducción asistida.

4.3. Los derechos al libre desarrollo de la personalidad y conformar una familia en relación con los derechos sexuales y reproductivos

4.3.1. El artículo 16 de la Constitución Política señala que *“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”*. El derecho al libre desarrollo de la personalidad está íntimamente relacionado con la dignidad humana como *“derecho fundante del Estado”*⁶⁹, con la autodeterminación y la vocación pluralista de la Carta Política. Sobre el particular esta Corporación ha explicado lo siguiente:

“Acorde con lo anterior, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege las decisiones que las personas de manera responsable y autónoma, toman con respecto a su plan de vida. En este sentido, se considera violado cuando a un individuo se le impide *“alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”*⁷⁰, de manera arbitraria, irrazonable e injustificada. Evidentemente es un derecho que puede ser limitado en ciertas circunstancias pero no bastan las *“simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa”*^{71,72}.

⁶⁹ Sentencia C-131 de 2014. Cfr. Sentencias T-401 de 1992 y C-239 de 1997.

⁷⁰ Cfr. Sentencias T-532 de 1992, T-429 de 1994, T-124 de 1998, C-309 de 1997, entre muchas otras.

⁷¹ Cfr. Sentencias T-429 de 1994 y T-407 de 2012.

⁷² Sentencia C-131 de 2014. En esa oportunidad la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada por varios ciudadanos contra el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 *“Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”*. Consideró que la prohibición de practicar la anticoncepción quirúrgica de los menores de edad era constitucional *“porque es el desarrollo de la facultad que la Constitución otorgó al Legislador para regular la paternidad responsable y la protección de los niños. De este modo se salvaguarda su consentimiento futuro pleno y en todo caso no se impide a los menores adultos ejercer la paternidad responsable a través de otros métodos de planificación. En todo caso, cuando la vida del menor corra peligro a raíz del embarazo o del parto y no existan otras alternativas eficaces para evitarlo, se admitirá la esterilización siempre y cuando se cuente con la autorización informada del paciente, exista un concepto médico interdisciplinario que certifique el riesgo inminente para la vida y se obtenga una autorización judicial previa”*. De igual forma, señaló sobre la prohibición de someter a los menores con discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica, que la misma se ajusta a la Constitución, *“siempre que no exista un riesgo inminente de muerte certificado médicamente como consecuencia del embarazo o cuando se trata de una discapacidad mental profunda o severa, evento en el cual se requerirá de previa autorización judicial”*. Con sustento en estas y otras consideraciones declaró exequibles las normas demandadas.

4.3.2. De igual forma, la Constitución reconoce en su artículo 42 el derecho a conformar de manera responsable una familia y de las parejas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. Este derecho es, a su vez, una de las expresiones de los derechos sexuales y reproductivos. Al respecto la Corte ha sostenido:

“De un lado, los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva asociada con la progenitura responsable consagrada en el artículo 42 Superior, y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento. Este derecho supone la prohibición de cualquier interferencia externa en la toma de este tipo de decisiones personales, por lo cual se considera vulnerado cuando la persona es sometida a cualquier tipo de violencia física, psicológica o a actos de discriminación, como embarazos, esterilizaciones o abortos forzados. Los derechos reproductivos también amparan el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos lo cual incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor, embarazos libres de riesgos y acceso a información y métodos de anticoncepción⁷³.

Por otra parte, los derechos sexuales reconocen la libertad sexual o bien el derecho que le asiste a cada persona para decidir si quiere o no tener relaciones sexuales y con quién, sin que exista violencia, coacción o interferencias arbitrarias de terceros. Asimismo, protegen el acceso a servicios de salud sexual. Al respecto, la Corte ha destacado que *“la protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo”⁷⁴”⁷⁵.*

4.3.3. Específicamente sobre los derechos reproductivos, este Tribunal ha señalado que con fundamento en la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional, los mismos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

En la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 se estableció que esta categoría de derechos *“abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso”* (principio 4). Bajo ese entendido, los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la

⁷³ Sentencia T-732 de 2009.

⁷⁴ Sentencia C-098 de 1996.

⁷⁵ Sentencia C-131 de 2014.

información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.

De igual forma, la Corte Constitucional ha sostenido que aunque su titularidad es compartida por hombres y mujeres, la vigencia de los derechos reproductivos es de particular importancia para estas últimas, dado que *“la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así⁷⁶, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado”⁷⁷.*

La **autodeterminación reproductiva** implica entonces reconocer, respetar y garantizar *“la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”⁷⁸*. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución, que prescribe que *“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”*; y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW), que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos. Sobre el particular la Corte ha sostenido:

“Así, la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial a las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no (artículos 13 y 42 de la Constitución⁷⁹ y artículo 11.2 de la CEDAW⁸⁰). Por tanto, se viola el

⁷⁶ El artículo 5° de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para: *“a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”*.

Por su lado, el artículo 16 de la misma, obliga a los estado partes a adoptar *“todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial* (subrayado fuera de texto).

⁷⁷ Sentencia T-627 de 2012.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”*.

⁸⁰ *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán*

derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados⁸¹ o cuando se solicitan pruebas de esterilización⁸² o de embarazo⁸³ para acceder o permanecer en un empleo.

Además, la autodeterminación reproductiva reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues “[I]a decisión [de la mujer] de tener hijos (...) no debe (...) estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”⁸⁴. Es por ello que este derecho es vulnerado, por ejemplo, ‘cuando se obliga al marido a dar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos’^{85,86}.

Por otro lado, en cuanto al **acceso a los servicios de salud reproductiva**, esta Corporación ha sostenido que, de conformidad con la Recomendación General 24 de la CEDAW, “*la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios*”⁸⁷. De igual forma, ha resaltado que una de las obligaciones estatales consiste en garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios de salud en la esfera de la salud sexual y genésica⁸⁸.

En el mismo sentido, se refirió la Observación General 14 Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), sobre el derecho a la salud del, donde se expuso que “*para suprimir la*

medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...)”.

⁸¹ CIDH. “Capítulo VII Los Derechos de la Mujer” en *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, junio, 2000, párr. 26. En el mismo sentido, Comité CEDAW. *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 22; Comité CEDAW. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22; Comité CEDAW. *Recomendación General N° 24 La mujer y la salud*, 1999, párr. 22; Comité De Derechos Humanos. “Observación General N° 19” en *Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004; e Informe de la Relatora Especial sobre discriminación contra la mujer, sus causas y consecuencias. *Políticas y prácticas que repercuten en la salud reproductiva de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen*, 1999, párr. 52.

⁸² CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, párr. 14.

⁸³ Esta Corte ha rechazado sistemáticamente esta práctica. Ver, entre otras, las sentencias T-1002 de 1999, T-472 de 2002, T-873 de 2005 y T-071 de 2007, entre otras. Así mismo, Comité CEDAW. *Recomendación General N° 24 La mujer y la salud*, 1999, párr. 22

⁸⁴ Comité CEDAW. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22.

⁸⁵ Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 28. igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29/3/2000, párr. 20.

⁸⁶ Sentencia T-627 de 2012.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

discriminación contra la mujer, es necesario asegurarle, de forma particular, acceso a servicios en materia reproductiva, por lo cual el Estado debe abstenerse de limitarlo⁸⁹ y suprimir las barreras que impiden el mismo⁹⁰, incluso cuando provengan de terceros⁹¹”.

4.3.4. En la sentencia T-528 de 2014 este Tribunal hizo referencia a la relación entre el derecho a la reproducción humana y el derecho fundamental a la salud en su faceta reproductiva. Sobre este asunto, explicó que el derecho a la reproducción humana *“se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación⁹², al libre desarrollo de la personalidad⁹³, a la intimidad personal y familiar⁹⁴ y a la libertad para fundar una familia⁹⁵”*, y según el Comité de Derechos Humanos *“la posibilidad de procrear es parte del*

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² 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).

⁹³ 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).

⁹⁴ 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”.

⁹⁵ 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 progeneración 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”.

*derecho a fundar una familia*⁹⁶”.

De igual forma, señaló que *“existe un vínculo estrecho entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica⁹⁷, 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 sociales⁹⁸”*.

Concordante con lo anterior, la Corte ha explicado que el derecho fundamental a la salud protege varios ámbitos de la vida humana, identificando distintas categorías como la salud física, la salud psicológica, la salud mental, la salud emocional y la salud social.

Dentro de tales categorías se encuentra la salud sexual y reproductiva, entendida esta última 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 (...) [E]ntraña 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 frecuencia⁹⁹”*.

En relación con lo anterior, hizo referencia a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a 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”*.

Así mismo, se remitió a lo establecido por el Programa de Acción de la

⁹⁶ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 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”).

⁹⁷ 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 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 y T-489 de 2001.

⁹⁸ Cfr. sentencia T-636 de 2001.

⁹⁹ 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).

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, en el sentido de que “[d]eberían proporcionarse técnicas de fecundación *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”¹⁰⁰ para combatir la infertilidad, lo que guarda estrecha relación con el goce de los beneficios del progreso científico. Sobre este punto precisó:

“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’¹⁰¹”.

4.3.5. En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y distintos pronunciamientos de organismos internacionales han señalado que el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia.

5. Protección excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva y otros derechos fundamentales relacionados, en los tratamientos de fertilidad solicitados a través de la acción de tutela.

5.1. Tratamientos de reproducción asistida en la legislación colombiana

5.1.1. Con la reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud, introducida en la Ley 100 de 1993, surgió un nuevo desafío para el Legislador consistente en definir el conjunto de beneficios que contendría el Plan Obligatorio de Salud. En un primer momento acudió a los criterios establecidos en el Acuerdo 08 de 1994¹⁰², expedido por el entonces Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, relacionados con la disponibilidad de recursos físicos, humanos y financieros del sistema¹⁰³.

El artículo 5° del citado Acuerdo señaló como uno de los criterios para la inclusión de actividades, intervenciones o procedimientos dentro del POS, “la

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ 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).

¹⁰² Por el cual se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹⁰³ Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -Acemi-. Intervención en el marco del estudio de las acciones de tutela de la referencia. Febrero 5 de 2015.

mayor efectividad en la utilización de los recursos, mayor eficacia en términos de los resultados deseados y a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía". De igual forma, el artículo 6° adoptó como principio guía de orientación del POS *"la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbimortalidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad"*.

Bajo esa línea, el artículo 7° del Acuerdo 08 de 1994 dispuso aprobar las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud *"que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios, y aquellos que expresamente defina el Consejo en el futuro, más los que se describen a continuación. (...) 3. Tratamientos para la fertilidad. (...)"*.

Esta exclusión se mantuvo en el tiempo a través de los Acuerdos 003 y 008 de 2009, 028 y 029 de 2011, expedidos por la Comisión de Regulación en Salud - CRES-, y actualmente se encuentra vigente en el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, cuyo tenor dispone, en lo pertinente, lo siguiente:

“ARTÍCULO 130. EXCLUSIONES ESPECÍFICAS. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación -UPC- y son las siguientes: (...)

4. Tratamientos para la infertilidad. (...)"

La justificación bajo la cual se ha mantenido a los tratamientos de reproducción asistida por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud está relacionada con la mayor efectividad en la utilización de los recursos del sistema y la destinación de los mismos en servicios que contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

Los mayores avances en la materia se encuentran, por ejemplo, en el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021, desarrollado por el Ministerio de Salud y Protección Social¹⁰⁴, que define como objetivo de la dimensión de sexualidad y derechos sexuales y reproductivos el de *"promover, generar y desarrollar medios y mecanismos para garantizar condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que incidan en el ejercicio pleno y autónomo de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, grupos y comunidades, en el marco de los enfoques de género y diferencial,*

¹⁰⁴ El Plan Decenal de Salud Pública -PDSP- *"es un pacto social, una Hoja de Ruta que nos permitirá avanzar durante la próxima década hacia el ideal de salud que tenemos los colombianos [que] busca lograr la equidad en salud y el desarrollo humano de todos los colombianos y colombianas mediante ocho dimensiones prioritarias y dos transversales, que representan aquellos aspectos fundamentales que por su magnitud o importancia se deben intervenir, preservar o mejorar, para garantizar la salud y el bienestar de todos los colombianos, sin distinción de género, etnia, ciclo de vida, nivel socioeconómico o cualquier otra situación diferencial"*. Ministerio de Salud y Protección Social. <http://www.minsalud.gov.co/PlanDecenal/Paginas/Que-es-el-plan.aspx>

*asegurando reducir las condiciones de vulnerabilidad y garantizando la atención integral de las personas*¹⁰⁵, a través de dos componentes: (i) la promoción de los derechos sexuales y reproductivos y equidad de género; y (ii) la prevención y atención integral en Salud Sexual y Reproductiva SSR desde un enfoque de derechos.

De igual forma, está el debate para la aprobación 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 medico asistencial por parte del Sistema de salud del Estado*¹⁰⁶, que actualmente se surte en el Congreso de la República.

En la exposición de motivos del citado proyecto se puso de presente que algunos estudios demográficos y cifras actuales destacan que *“el problema de la infertilidad tanto en hombres y mujeres como la población en edad reproductiva, va en aumento. Aproximadamente entre el 20% y 24 % de las parejas están aquejadas por infertilidad, y un 80% de esos casos son previsibles, por lo tanto se debe estar pensando en orientar las políticas de salud reproductiva hacia la prevención*¹⁰⁷. Se resaltó que algunas parejas terminan sometidas a tratamientos extremos que implican costos elevados, pasando por alto que la infertilidad puede estar asociada con otras enfermedades que podrían ser tratadas con procedimientos convencionales. Tales excesos están relacionados con la falta de regulación adecuada y se presentan porque no se ha abordado la infertilidad como un serio problema de salud pública. Al respecto, se mencionó que casi nunca se requieren tratamientos extremos pero que, desafortunadamente, esa es la tendencia:

*“Ocasionalmente se requiere alguna intervención simple y muy rara vez están indicadas medidas extremas como la fertilización in vitro, inseminación artificial, ICSI, laparoscopia, etc. Entre el 85% y el 90% de las parejas con problemas de fertilidad serán capaces de restablecer y mejorar su fertilidad mediante alguna terapia sencilla siempre y cuando el diagnóstico de la causa se efectúe oportunamente, seguido del tratamiento indicado. Infortunadamente la mayoría de parejas con problemas de fertilidad es sometida a procesos invasivos que dificultaran aún más la fertilidad. Por ello las técnicas de reproducción asistida deben ser una alternativa siempre posterior, una vez que se hayan agotado todos los medios para lograr un embarazo de manera natural*¹⁰⁸.

5.1.2. Sin embargo, no existen mayores avances en la legislación colombiana sobre la materia, lo que hace aún más evidente la ausencia del Estado en la atención de los problemas de fertilidad. Este inconveniente ya fue evidenciado en una oportunidad anterior cuando la Corte Constitucional desarrolló

¹⁰⁵ <http://www.minsalud.gov.co/plandecenal/Documents/dimensiones/Dimension-sexualidad-derechos-sexuales-reproductivos.pdf>.

¹⁰⁶ Este proyecto fue radicado ante la Cámara de Representantes el 26 de septiembre de 2013 por el Representante Laureano Augusto Acuña Díaz.

¹⁰⁷ Gaceta 779 de 2013. Cfr. www.cecolfes.com/...infertilidad/como-prevenir-la-infertilidad-.

¹⁰⁸ Gaceta 779 de 2013. Cfr. Tecnología de procreación natural, opción real para embarazarse. www.milenio.com/cdb/doc.

importantes consideraciones sobre el asunto y determinó que si bien la infertilidad “*no impide vivir*” o no afecta de manera grave los derechos a la vida y a la integridad personal, sí puede afectar otras facetas humanas que involucran una dimensión de la vida digna. Al respecto, señaló en la sentencia T-528 de 2014¹⁰⁹:

“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” (negrillas fuera de texto)¹¹⁰. 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”¹¹¹. 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’¹¹².

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

¹⁰⁹ En la sentencia T-518 de 2014 la Sala Primera de Revisión conoció el caso de un señor a quien su EPS le negó el tratamiento de fertilización in vitro por él requerido en atención a una discapacidad física de tipo reproductivo que padece. La Corte consideró que la EPS accionada no vulneró los derechos fundamentales invocados, dado que el tratamiento solicitado se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud. No obstante, sí encontró demostrada la vulneración del derecho fundamental a la salud en su faceta de información, guía y acompañamiento, al no haber obtenido el actor por parte de esa entidad una orientación clara, concreta y eficiente acerca de su patología. Aunque la Corte negó la protección de los derechos invocada por el actor, incluyó importantes consideraciones sobre la insuficiencia de regulación de los tratamientos de fertilidad en Colombia y la opacidad de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia.

¹¹⁰ 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).

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.* 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).

un proyecto de ley estatutaria¹¹³; 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 anterior¹¹⁴.

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 tenida 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”¹¹⁵. (Resaltado fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior, en la citada providencia se exhortó al Gobierno, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, para que revisara la situación de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para costear los tratamientos de fertilidad e iniciara una discusión pública y abierta que incluyera en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud¹¹⁶.

Esto encontró sustento en que varios países de América Latina 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 sociales¹¹⁷. Además, concluyó que no era aceptable que para el año 2014, esto es, pasados más de veinte años desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y más de cinco años de haberse proferido la sentencia T-760 de 2008, el Estado

¹¹³ 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*”.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Sentencia T-528 de 2014.

¹¹⁶ En el ordinal segundo de la sentencia T-528 de 2014 la Corte dispuso: “*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*”.

¹¹⁷ Tal es el caso de Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y México. *Cfr.* Consideración jurídica núm. 4 de la Sentencia T-528 de 2014.

continúe dando la misma respuesta a las personas que padecen infertilidad, a sabiendas que el sistema de seguridad social en salud debe ser progresivo.

5.1.3. Constata la Sala entonces que aunque la conservación del equilibrio financiero constituye un argumento válido para la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud, ello no significa que no se pueda avanzar en su inclusión. Además, porque resulta constitucionalmente problemático que tal proceder, esto es, mantener tales tratamientos por fuera de la cobertura del POS, sea de carácter generalizado; es decir, a pesar de ser razonable tal exclusión del plan de beneficios, hacerlo en todos los casos puede conducir a la vulneración de ciertos derechos fundamentales, según pasa a explicarse.

(i) Si bien el hecho de no otorgar esta clase de tratamientos no implica una afectación en la salud, vista desde la óptica de una enfermedad que vulnera el derecho a la vida o a la integridad personal, en todo caso no deja de ser una patología, según lo ha reconocido la propia Organización de la Salud, que sí atenta contra el derecho a la igualdad, entendido desde tres perspectivas diferentes, según se explicó en consideraciones previas.

La primera, porque supone una discriminación indirecta en relación con el género, en tanto la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres y, por lo tanto, tiene un impacto negativo sobre ellas.

La segunda, porque implica un trato discriminatorio para aquellas personas que sufren de infertilidad, que tienen derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas de salud reproductiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por último, porque al no existir una debida reglamentación sobre el asunto se obliga a las parejas que sufren esta dificultad a asumir los altos costos de un tratamiento de reproducción asistida, *“aspecto que en muchos casos se convierte en una barrera infranqueable en términos de accesibilidad a los servicios de salud, toda vez que podrían 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”*¹¹⁸.

En esa medida, existe un déficit de protección sobre las personas que padecen esta patología. Lo anterior, porque en el evento de carecer de los recursos económicos para acceder a los tratamientos de fertilidad tendrán como única posibilidad para conformar una familia la de la maternidad adoptiva, siendo

¹¹⁸ Sentencia T-528 de 2014.

que esta debe ser solamente una de varias opciones entre las cuales pueda escoger el paciente o la pareja, más no su única alternativa.

(ii) La Organización Mundial de la Salud ha sostenido que la infertilidad es una “*enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas*”¹¹⁹. Así mismo, ha resaltado que cada individuo o pareja es libre en su decisión de tener hijos, cuántos y con qué frecuencia, y en caso de presentar problemas de fertilidad, pueden intentar métodos sencillos o avanzados de reproducción, como la fertilización *in vitro*. Tales tratamientos son innovadores desde el punto de vista científico y han revolucionado los conceptos de identidad generacional y de familia.

En algunos instrumentos internacionales se ha incluido tal reconocimiento. Por ejemplo, en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU se estableció que los derechos sexuales y reproductivos hacen parte de los derechos humanos, y se incluyó el derecho a la fertilidad asistida dentro de los derechos reproductivos. En la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing (1995) se determinó que los derechos reproductivos incluyen el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia¹²⁰. En el Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo (2013) se constató el poco avance en la meta de acceso universal a la salud sexual y reproductiva, y en razón de ello se planteó que el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso

¹¹⁹ 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). 2010.

¹²⁰ El párrafo 95 de la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing señala: “Teniendo en cuenta la definición que antecede, 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. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable. La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. En la mayoría -37- de los países, los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada”. (Subrayado fuera de texto).

reproductivo debe incluir la garantía del acceso universal a las técnicas de reproducción asistida¹²¹.

A pesar del reconocimiento que a nivel internacional se ha introducido respecto de la infertilidad como una enfermedad, en Colombia no se le ha dado tal connotación, lo que a juicio de la Sala supone una barrera para el acceso a los servicios de salud reproductiva, e incluso limita el alcance de otros derechos fundamentales como la igualdad y la integridad personal, física, psíquica y social. Como se expuso, aunque esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social.

5.1.4. De acuerdo con lo expuesto, la Sala evidencia algunas dificultades y obstáculos, así como un déficit de protección en materia de reproducción asistida. La negativa por parte del Estado de brindar la posibilidad a los pacientes o parejas de acceder a procedimientos como la fertilización *in vitro*, como única posibilidad de procrear biológicamente, supone una limitación al ejercicio de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

5.2. *Protección excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva y otros derechos fundamentales relacionados, en los tratamientos de fertilidad solicitados a través de la acción de tutela. Especial enfoque hacia la salud reproductiva y el derecho a la igualdad en relación con el género, la capacidad económica y las personas en condición de discapacidad.*

5.2.1. El artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho a la salud como un derecho constitucional y como un servicio público esencial que le impone al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar su prestación, así como garantizar el acceso a la misma conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹²².

La reglamentación de la prestación de este servicio está circunscrita a cubrir las necesidades y las prioridades de salud de los pacientes, y en esa medida, la implementación de un Plan Obligatorio de Salud con ciertas limitaciones y exclusiones encuentra justificación constitucional en la asignación eficiente de los recursos disponibles y en necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social que garantice el derecho fundamental a la salud a todos los habitantes del territorio nacional¹²³.

¹²¹ El párrafo 43 Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo señala: “Asegurar el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo, específicamente a atención obstétrica humanizada, calificada, institucional y de calidad, y a servicios óptimos de salud de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, así como a servicios que integren la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley y garantizar el acceso universal a técnicas de fertilización asistida”.

¹²² Sentencia T-706 de 2013. Cfr. Sentencias T-115 de 2013, T-111 de 2013, T-036 de 2013, entre otras.

¹²³ Al respecto, en la Sentencia T-760 de 2008 esta Corporación sostuvo: “Como 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

Este Tribunal ha señalado que el derecho fundamental a la salud es un derecho complejo, no solo por las múltiples perspectivas vitales que involucra, sino por la diversidad de obligaciones que de él se derivan. La complejidad de ese derecho *“implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles”*¹²⁴, por lo que deben reconocerse las limitaciones de carácter presupuestario que imperan al momento de garantizar el derecho a la salud, lo que ha obligado a la Corte a decantarlo y racionarlo, caso por caso, de manera que ampare a las personas más necesitadas¹²⁵.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha señalado que la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por los planes de beneficios en materia de salud, puede infringir derechos fundamentales¹²⁶. Teniendo en cuenta esa circunstancia, la jurisprudencia constitucional ha establecido unas subreglas de procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS, a saber¹²⁷:

(i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere o ponga riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.

(ii) Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan.

(iii) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

(iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios, y no la descarte con base en criterios médico-científicos.

Constatado lo anterior, la EPS está en la obligación de inaplicar la normatividad que excluye el servicio médico requerido y otorgarlo de forma

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”.

¹²⁴ Sentencia T-760 de 2008. Reiterada en la sentencia T-528 de 2014.

¹²⁵ Sentencia T-528 de 2014.

¹²⁶ Sentencia T-539 de 2013. Cfr. Sentencia T-883 de 2003, entre muchas otras.

¹²⁷ Sentencia T-539 de 2013. Cfr. Sentencia T-760 de 2008.

oportuna, eficiente y con calidad. Aunado a ello, en aras de preservar el equilibrio financiero, tales entidades tienen la posibilidad de solicitar el reembolso de los costos que no estaban obligadas a asumir, para lo cual pueden repetir contra el Estado, específicamente ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-¹²⁸.

5.2.2. Ahora bien, la salud no implica únicamente la ausencia de afecciones y enfermedades, sino un *“estado completo de bienestar físico, mental y social, acorde con las posibilidades y condiciones dentro de las cuales la persona se relaciona con el Estado, su familia y los demás integrantes de la comunidad”*¹²⁹. Atendiendo lo anterior, 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”*¹³⁰.

Ello explica por qué el derecho fundamental a la salud comprende algunas prestaciones que *prima facie* podrían ser consideradas desproporcionadas pero que analizadas dentro de un contexto médico y terapéutico resultan lógicas, razonables, necesarias y conducentes para la adecuada atención de la persona

¹²⁸ Sentencia T-539 de 2013. Cfr. Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, entre otras.

¹²⁹ Sentencia T-528 de 2014. Cfr. Constitución de la Organización Mundial de la Salud

¹³⁰ Sentencia T-528 de 2014. En ella se cita: 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 1°, 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/Ig 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).

afectada, y por esa razón, la Corte ha ampliado de manera progresiva¹³¹ la gama de ayudas que, dependiendo del caso, resultan adecuadas para garantizar ese derecho¹³².

Por lo anterior, las subreglas que fueron previamente enunciadas (de procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS) deben ser analizadas de conformidad con el medicamento o procedimiento requerido en cada caso concreto.

Para el asunto que ahora concierne a la Sala dicho estudio adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra dos dimensiones o facetas específicas que resulta preciso traer a consideración, a saber (i) el derecho a la libertad y el deber estatal de proteger a los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar; y (ii) la faceta prestacional, según pasa a explicarse:

(i) El derecho a la libertad y el deber estatal de proteger a los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar¹³³. En el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “*el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública*¹³⁴”, y que al interpretar de forma amplia el artículo 7° de la Convención Americana, “*este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido (...) 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*”¹³⁵.

Al referirse al derecho a la vida privada, la Corte IDH señaló que “*abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales (...) engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a*

¹³¹ El inciso 3 del artículo 48 de la Constitución Política señala que “*El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley*”.

¹³² Sentencia T-528 de 2014.

¹³³ Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie 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. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

¹³⁴ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194, y Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 161.

¹³⁵ Párrafo 142.

*la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior*¹³⁶ [su efectividad] es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona¹³⁷ (...) incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás¹³⁸, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”¹³⁹.

Para la Corte IDH la maternidad hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en esa medida considera 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 biológico¹⁴⁰. Al respecto señaló en el caso referido que la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, el cual se entiende vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad¹⁴¹. Resaltó que “la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de

¹³⁶ Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119, y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., Caso Dudgeon Vs. Reino Unido, (No. 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; Caso X y Y Vs. Países Bajos, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 22; Caso Niemietz Vs. Alemania, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29; Caso Peck Vs. Reino Unido, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57; Caso Pretty Vs. Reino Unido, (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 (“The concept of [“]private life[“] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”).

¹³⁷ Cfr. T.E.D.H., Caso R.R. Vs. Polonia, (No. 27617/04), Sentencia del 26 de mayo de 2011, párr. 197.

¹³⁸ Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, párr. 119 y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., Caso Niemietz Vs. Alemania, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29, y Caso Peck Vs. Reino Unido, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57.

¹³⁹ Párrafo 143

¹⁴⁰ Cfr. Párrafo 143. En similar sentido, cfr. T.E.D.H., Caso Evans Vs. Reino Unido, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71 y 72, donde el T.E.D.H. señaló que “private life” [...] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”, y precisó respecto a la reglamentación de la práctica de FIV que “the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8”. En el Caso Dickson Vs. Reino Unido, (No. 44362/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2007, párr. 66, la Corte expresó respecto a la técnica de la reproducción asistida que “Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents”. En el Caso S.H. y otros Vs. Austria, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82, la Corte se refirió explícitamente al derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que “the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life”. Ver también T.E.D.H., Caso P. y S. Vs. Polonia, (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96, donde el TEDH señaló que “While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8”.

¹⁴¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24 (La Mujer y la Salud), 02/02/99, párrs. 21 y 31 b). Cfr. Párrafo 146. Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”.

Por otro lado, la Corte IDH mencionó 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”*¹⁴². Sostuvo igualmente que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Estas consideraciones adquieren especial importancia para el caso que ahora ocupa a esta Corporación y por lo mismo deben ser acogidas en su integridad, al ser emitidas por el intérprete autorizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia a través de la Ley 16 de 1972.

(ii) **Faceta prestacional.** Tal como fue expuesto en consideraciones anteriores, las parejas a quienes se les dificulta asumir los altos costos de un tratamiento de reproducción asistida sufren una discriminación desde el punto de vista de la condición económica, *“aspecto que en muchos casos se convierte en una barrera infranqueable en términos de accesibilidad a los servicios de salud, toda vez que podrían 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”*¹⁴³.

Además, al no poder acceder a los tratamientos de fertilidad tendrán como única posibilidad para conformar una familia la de la maternidad adoptiva, vulnerándose de esa forma el derecho a la vida privada y familiar, que incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, como de convertirse en padres genéticos.

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

¹⁴² Cfr. Párrafo 147.

¹⁴³ Sentencia T-528 de 2014.

5.2.3. En consecuencia, al analizar la procedencia de la acción de tutela para los tratamientos de reproducción asistida desde una perspectiva diferente a la que hasta ahora ha dado esta Corporación, se pretende dar un enfoque diferente a ese estudio, a partir del derecho a la salud reproductiva y otros derechos relacionados. A juicio de la Sala, las consecuencias de la imposibilidad de procrear de manera biológica van más allá de un proyecto de vida y su estudio no puede quedar limitado al simple examen de si otorgar o no los tratamientos de reproducción asistida afecta o pone en peligro la vida o integridad personal del paciente. De hecho, en algunas sentencias la Corte trató de dar un matiz en esta clase de asuntos, al hacer referencia a los derechos sexuales y reproductivos como un componente sobre el estudio para conceder los tratamientos de fertilidad de manera excepcional. Tal es el caso, como se expuso en acápites anteriores, de la sentencia T-528 de 2014, donde incluso se exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social para que iniciara la discusión de la política pública que incluyera la posibilidad de incluir esa clase de tratamientos en el Plan Obligatorio de Salud.

Por lo anterior, para el asunto que ahora concierne a la Sala, el estudio sobre la posibilidad de acceder a los tratamientos de reproducción asistida, como servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud, debe ser analizado teniendo en cuenta los siguientes criterios:

(i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Como se expuso previamente, tratándose de tratamientos de fertilidad debe ampliarse el ámbito de protección en la medida que, si bien esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social, el derecho a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, facetas que igualmente deben ser protegidas por el juez constitucional.

(ii) Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. Cuando se han agotado otros medios y los mismos no han dado resultado, los tratamientos de fertilidad *in vitro* no cuentan con un homólogo o sustituto dentro del POS, precisamente por la naturaleza de los mismos y su considerable costo.

(iii) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. Debe exigirse un mínimo de diligencia del afiliado en demostrar a la EPS a la que se encuentre afiliado o, de ser el caso,

al juez de tutela que conozca el asunto, de su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado.

El afiliado deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados. El monto que deberá sufragar el paciente para acceder a tales procedimientos, a través de la cuota moderadora o el copago según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital.

Lo anterior, por cuanto en materia de seguridad social se ha dado aplicación al principio de solidaridad. Al respecto, esta Corporación ha considerado que: (i) todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (ii) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (iii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; y (iv) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna¹⁴⁴.

En esa medida, debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia debe asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica.

(iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios, y no la descarte con base en criterios médico-científicos. En caso de ser prescrito por un galeno particular, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento.

(v) Que el galeno haya prescrito el tratamiento evaluando las condiciones específicas de la paciente, en factores como: (i) la condición de salud; (ii) la edad; (iii) el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia; (iv) la capacidad económica; previendo los posibles riesgos y efectos de su realización y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento.

¹⁴⁴ Sentencia C-529 de 2010.

5.2.4. En definitiva, el estudio sobre la procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS, específicamente aquellos dirigidos a tratar los problemas de fertilidad, adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra facetas diferentes a la del derecho a la salud en su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades. En efecto, el análisis debe partir de la premisa de la posible afectación de otros derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica.

Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes, entrará esta Sala a evaluar los casos concretos.

6. Análisis de los casos concretos.

6.1. Expediente T-4.492.963.

6.1.1. Presentación del caso.

6.1.1.1. La señora Mónica Vivian Calderón Barrera señaló que en el 2007 fue diagnosticada con un linfoma no hodgkin, razón por la cual solicitó a la EPS Coomeva autorizar el procedimiento de “*congelamiento de embriones*” justificado en el tratamiento de quimioterapia que iniciaría y con el propósito de quedar embarazada una vez el mismo finalizara. Indicó que instauró una acción de tutela debido a la negativa de la entidad de autorizar dicho procedimiento, proceso que culminó con la sentencia proferida el 19 de abril de 2007 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, mediante la cual ese Despacho concedió el amparo invocado.

Mencionó que le fueron implantados los embriones una vez finalizó la quimioterapia, pero no obtuvo una respuesta favorable al tratamiento. Por esa razón, su médico tratante particular le indicó que la forma para poder quedar embarazada era a través del tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado. Precisó que la EPS accionada negó la autorización de este procedimiento argumentando que el mismo no se entendía incluido en la decisión proferida en 2007 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán.

6.1.1.2. En respuesta a la acción de tutela la EPS Coomeva, regional Popayán, informó que la accionante y su esposo cuentan con la capacidad económica para sufragar el tratamiento solicitado, que el mismo se encuentra excluido del POS y que fue ordenado por un médico particular que no hace parte de su red de prestadores. Asimismo, aclaró que debía tenerse en cuenta la edad de la

paciente, en tanto la procreación podría poner en riesgo no solo su vida sino la del futuro bebé.

6.1.1.3. En primera instancia, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán negó la protección invocada al considerar que no se acreditaron los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para el reconocimiento de los tratamientos de fertilidad. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán.

6.1.1.4. En respuesta al requerimiento hecho por la Sala, la accionante allegó una copia de la sentencia proferida el 19 de abril de 2007 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán y anexó diferentes documentos a través de los cuales buscó demostrar su situación económica actual y las razones por las cuales no cuenta con la capacidad económica para sufragar el tratamiento de fertilización *in vitro*.

Por su parte, el doctor Luis Carlos Hincapie informó, entre otros aspectos, que la señora Calderón Barrera presenta una infertilidad primaria, la cual es explicada por el compromiso de la reserva ovárica producida por el tratamiento de quimioterapia recibido para su patología de linfoma no hodgkin.

Por último, la EPS Coomeva señaló que en cumplimiento del fallo proferido el 19 de abril de 2007 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, le fueron realizados a la accionante dos procedimientos de fertilización *in vitro*.

6.1.2. *Análisis del caso concreto*

6.1.2.1. De las pruebas que obran en el expediente la Sala constata lo siguiente:

(i) Según lo consignado en la historia clínica, la accionante presenta antecedentes de cáncer (linfoma no hodgkin) ¹⁴⁵. Al tener conocimiento de esa patología le fue realizado un ciclo de hiper estimulación ovárica y congelación de embriones con el fin de preservar su fertilidad (marzo de 2007)¹⁴⁶.

(ii) Posteriormente fue sometida a quimioterapia durante seis meses y a controles anuales por hematoncológica. Una vez culminado este tratamiento se realizó una transferencia de embriones congelados que arrojó un resultado negativo.

(iii) El 17 de septiembre de 2012 le fue realizado un procedimiento de fertilización *in vitro* más inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) y el 18 de diciembre de 2012 se sometió nuevamente a un

¹⁴⁵ Historia clínica expedida por la EPS Coomeva. Cuaderno 2. Folios 50 a 86.

¹⁴⁶ Informe médico del doctor Luis Carlos Hincapié del Centro Médico Imbanaco de Cali. Cuaderno 2. Folios 46 a 48.

procedimiento de fertilización *in vitro* ICSI con óvulo donado, en ambos casos sin obtener resultados satisfactorios. Estos tratamientos fueron autorizados por la EPS Coomeva y llevados a cabo en el Centro Médico Fecundar con ocasión de la orden del Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán en el marco de la acción de tutela instaurada en el 2007 por la señora Calderón Barrera¹⁴⁷.

(iv) De acuerdo con lo explicado por el médico tratante particular, la accionante presenta el siguiente diagnóstico: “*compromiso de la reserva ovárica, la cual es consecuencia del tratamiento con quimioterapia para su patología. Los fármacos utilizados para tratamientos oncológicos son tóxicos para las células germinales del ovario*”. El galeno indicó que la señora Mónica Vivian Calderón presenta una infertilidad primaria, la cual es explicada por el compromiso de la reserva ovárica producida por el tratamiento de quimioterapia recibido para la patología de linfoma no hodgkin¹⁴⁸.

(v) La accionante devenga un salario superior a los 4'000.000 y de acuerdo con los extractos y certificaciones bancarias tiene deudas con distintas entidades por un valor de 14 millones de pesos aproximadamente. Entre los gastos que se evidencian en dichos documentos se encuentran compras en almacenes de cadena, tiendas de ropa, zapatos, cosmética, peluquería, joyería-relojería, gimnasio, pago para auxilio solidario de demandas, aportes, auxilio funerario, calamidad, fondo recreación, fondo solidaridad, cuota emergencia, cuota medicina prepagada, IVA medicina prepagada, entre otros. Así mismo, sufraga \$621.000 de arrendamiento, \$229.000 de administración, más los gastos de manutención que incluyen alimentación, transporte y servicios (agua, luz y teléfono).

6.1.2.2. Analizadas las pruebas que obran en el expediente la Sala concluye que en este caso:

(i) La falta del medicamento o tratamiento de fertilización *in vitro* excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante, en la medida que a pesar de haber realizado varios intentos para quedar embarazada, los mismos han sido infructuosos, privándole la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida.

(ii) Aunque el tratamiento de fertilidad solicitado no cuenta con un homólogo o sustituto dentro del POS, precisamente por la naturaleza del mismo y su alto costo, la Sala constata que en esta oportunidad la paciente cuenta con una capacidad económica para sufragar, por lo menos en gran parte, el costo procedimiento requerido, según lo constatado en el análisis probatorio.

¹⁴⁷ Respuesta de la EPS Coomeva al requerimiento del auto del 16 de enero de 2015.

¹⁴⁸ Informe médico del doctor Luis Carlos Hincapié del Centro Médico Imbanaco de Cali. Cuaderno 2. Folios 46 a 48.

En efecto, la accionante devenga un salario superior a los 4'000.000 y si bien de acuerdo con los extractos y certificaciones bancarias tiene deudas con distintas entidades por un valor de 14 millones de pesos aproximadamente. Se trata de gastos relacionados compras en almacenes de cadena, tiendas de ropa, zapatos, cosmética, peluquería, joyería-relojería, gimnasio, pago para auxilio solidario de demandas, aportes, auxilio funerario, calamidad, fondo recreación, fondo solidaridad, cuota emergencia, cuota medicina prepagada, IVA medicina prepagada, entre otros.

(iii) En el caso objeto de estudio la Sala constata que el tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado fue prescrito por un médico no adscrito a la EPS Coomeva a la cual se encuentra afiliada la accionante. No obstante, en virtud de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán en 2007 y con pleno conocimiento de la historia clínica de la paciente, la EPS accionada realizó dos tratamientos de fertilización *in vitro*, uno con inyección intracitoplasmática (ICSI) y el otro con ICSI más donación de óvulo, sin que los mismos resultaran satisfactorios. En esa medida, considera la Sala que la EPS asumió la responsabilidad del tratamiento requerido por la accionante y realizó dos intentos o ciclos, sin que los mismos fueran exitosos, consecuencia no es atribuible a la entidad.

6.1.2.3. En virtud de lo anterior, la Sala confirmará las decisiones proferidas por los jueces de instancia dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Mónica Vivian Calderón Barrera contra la EPS Coomeva, pero por las razones aquí expuestas.

6.2. Expediente T-4.715.291

6.2.1. Presentación del caso.

6.2.1.1. La señora Diana Rincón Caicedo, afiliada al régimen subsidiado de salud, señaló que desde el 2002 ha intentado quedar embarazada sin obtener resultados satisfactorios. Un primer embarazo fue ectópico y en el segundo sufrió un aborto espontáneo. Mencionó que su médico tratante le diagnosticó infertilidad de origen multifuncional por *obstrucción en las trompas de Falopio y factor masculino inferior*, y le informó que el procedimiento idóneo era la realización de un tratamiento de fertilización *in vitro*. Adujo que el galeno radicó la solicitud de autorización del tratamiento ante la EPS-S Emssanar, entidad que negó dicha petición argumentando que el mismo se encuentra excluido del POS-S. Sostuvo que la imposibilidad de tener hijos le ha causado problemas psicológicos y ha afectado la relación con su esposo. Así mismo, que no cuenta con los recursos económicos para sufragar ese procedimiento.

6.2.1.2. En respuesta a la tutela instaurada la EPS-S Emssanar indicó que el problema de infertilidad de la accionante no atenta en forma grave contra su

vida o integridad personal. De igual forma, que asumir el costo de esas prestaciones se traduce en la disminución de los recursos de la EPS-S para el cubrimiento de otros servicios que se consideran prioritarios. Por su parte, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca mencionó que la EPS-S Emssanar era la entidad encargada de brindar los servicios de salud que requiere la accionante a través de las IPS públicas o privadas con las cuales haya contratado.

6.2.1.3. El Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali negó el amparo invocado, al considerar que no puede extenderse al Estado la obligación de suministrar el tratamiento de fertilización *in vitro*, en la medida que existen razones tanto normativas como jurisprudenciales que justifican tal negativa. Señaló igualmente que otorgar esa clase de procedimientos supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios.

6.2.2. *Análisis sobre la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a conformar una familia.*

6.2.2.1. De las pruebas que obran en el expediente, la Sala constata:

(i) Según lo consignado en la historia clínica de la accionante, esta presenta el siguiente diagnóstico: *“paciente con deseo reproductivo desde hace 15 años, obstrucción tubárica izquierda por embarazo ectópico, salpingectomía izquierda, legrado obstétrico por aborto, tiene además hipotiroidismo y síndrome de ovario poliquístico, los cuales está tratando y está compensada. Se considera que tiene infertilidad de origen multifuncional (obstrucción en las trompas factor ovulatorio y factor masculino con espermograma en límite inferior)”*¹⁴⁹.

(ii) En dicho diagnóstico se consigna además: *“aunque no es POS se realizó (sic) cinco ciclos de inducción de ovulación con acetato de clomifeno más coito dirigido sin éxito”*.

(iii) De la historia clínica se acredita igualmente que la peticionaria ha acudido a diferentes citas con el especialista en psiquiatría, donde se concluyó que *“manifiesta inconformidad con su condición porque desde hace 12 años ha intentado quedar embarazada y lo ha logrado en dos ocasiones con dos pérdidas. Refiere que la relación con su esposo no es buena ‘él quiere tener hijos’. (...) Refiere como auto realización ser madre. Niega ideas y pensamientos de autolesión”*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Formulario de solicitud de procedimientos NO POS diligenciado por el médico tratante de la EPS-S Emssanar. Cuaderno principal. Folio 7.

¹⁵⁰ Historia clínica EPS-S Emssanar. Cuaderno principal. Folios 20 y 21.

(iv) De acuerdo con lo explicado por el médico tratante de la accionante, la única opción de la accionante actualmente para poder ser madre es a través del tratamiento de fertilización *in vitro*.

6.2.2.2. Analizadas las pruebas que obran en el expediente la Sala concluye que en este caso se debe conceder la protección de los derechos fundamentales invocada por la accionante, por las siguientes razones:

(i) La falta del medicamento o tratamiento de fertilización *in vitro* excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante, en la medida que su no realización la podría privar de la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida.

Se encuentra plenamente acreditado que la única posibilidad de la accionante para procrear de manera biológica es a través del tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado, según fue prescrito por su médico tratante, en tanto ha sufrido dos abortos y lleva más de 12 años intentando quedar embarazada sin obtener resultados satisfactorios. En el formulario de solicitud de procedimientos NO POS el médico tratante solicitó la autorización del tratamiento de fertilización asistida en el centro médico Fecundar con la siguiente justificación: *“Se considera que tiene infertilidad de origen multifuncional (obstrucción en las trompas de Falopio, factor ovulatorio y factor masculino con espermograma en límite inferior). Es la única opción actualmente para poder ser madre”*¹⁵¹.

(ii) La paciente no cuenta con la capacidad económica para sufragar el costo del tratamiento requerido. Lo anterior, de acuerdo con lo reseñado en el escrito de tutela donde señaló que no trabaja y su esposo, quien devenga un salario mínimo, es el encargado del sostenimiento del hogar¹⁵².

Adicionalmente, la Sala constata que la peticionaria y su esposo están afiliados al régimen subsidiado de salud (nivel 1 del Sisben), circunstancia indicativa de la carencia de recursos del núcleo familiar¹⁵³. La Ley 100 de 1993 creó el régimen subsidiado con el propósito de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar, del cual son beneficiarios aquellas personas pertenecientes a la población pobre y vulnerable¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cuaderno principal, folio 7.

¹⁵² Cuaderno principal, folio 3.

¹⁵³ Cuaderno principal, folios 22 y 23.

¹⁵⁴ Artículos 157, 212 y 213 de la Ley 100 de 1993.

(iii) De acuerdo con lo consignado en el formulario de solicitud de procedimientos NO POS, el tratamiento de fertilización *in vitro* fue prescrito por un médico adscrito a la EPS-S Emssanar, especialista en ginecología¹⁵⁵.

(iv) El galeno prescribió el tratamiento evaluando las condiciones físicas y de salud general, previa realización de exámenes médicos, teniendo en cuenta además otras enfermedades que padece como hipotiroidismo, según consta en la historia clínica¹⁵⁶. Sin embargo, no se encuentran especificadas otras condiciones como la viabilidad del tratamiento por la edad de la paciente, así como el número de ciclos a los que debería ser sometida.

Siendo así, la autorización de los ciclos de fertilización *in vitro*, para este caso, estará sujeta a las condiciones específicas de la salud y edad del paciente, previendo los posibles riesgos y efectos de su realización, en tanto se trata de una persona próxima a cumplir 38 años de edad. Para ello, la EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento.

(v) En todo caso, la Sala considera que la accionante debe realizar cierto aporte económico para financiar en una mínima parte el tratamiento de fertilidad. Según se expuso, debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia debe asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica.

El monto que deberá sufragar el paciente para acceder al procedimiento, a través de la cuota moderadora o el copago, según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago, teniendo en cuenta que se encuentra afiliada al régimen subsidiado, y sin que se vea afectado su mínimo vital.

Finalmente, la EPS accionada deberá brindar el acompañamiento que requiera la accionante en el transcurso del tratamiento y una vez el mismo finalice. Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la señora Rincón Caicedo en el escrito de tutela respecto de los problemas psicológicos causados por el hecho de no poder tener hijos, así como lo consignado en la historia clínica sobre diagnóstico de trastorno depresivo de la paciente¹⁵⁷.

6.2.2.3. Conforme lo expuesto, la Sala revocará la decisión proferida por el juez de conocimiento dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Diana Rincón Caicedo contra la EPS-S Emssanar, y en su lugar, concederá la protección de sus derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la vida privada u familiar, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

¹⁵⁵ Cuaderno principal, folio 7.

¹⁵⁶ Cuaderno principal, folios 9 a 20.

¹⁵⁷ Cuaderno principal, folio 21.

6.3. Expediente T-4.725.592

6.3.1. *Presentación del caso*

6.3.1.1. La señora Angélica María Solarte Ortega manifestó que está casada con el señor Juan Fernando Mejía desde hace más de diez años y hasta el momento no han logrado tener hijos. Indicó que la EPS Sura, a la cual se encuentra afiliada, no le ha brindado el tratamiento que le garantice una solución efectiva a su problema, por lo que acudió a un médico particular que le diagnosticó miomatosis uterina y obstrucción de la trompa de Falopio izquierda. Dicho galeno le prescribió el tratamiento de fertilización *in vitro*.

Señaló que solicitó la autorización del tratamiento ante la EPS Sura, sin recibir una respuesta, y sostuvo que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el procedimiento dado su alto costo.

6.3.1.2. En respuesta a la acción de tutela el Ministerio de Salud y Protección Social puso de presente que el tratamiento de fertilización *in vitro* se encuentra excluido el POS. Solicitó al juez que, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, ordenara a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud pero absteniéndose de hacer pronunciamiento alguno sobre la facultad de recobro de la entidad ante el Fosyga.

Por su parte, la EPS Sura señaló que contestó la petición de la accionante y le informó que no era posible autorizar el tratamiento de fertilización, dado que el mismo se encuentra excluido del POS. Aseguró que pasados los 35 años los embarazos son considerados de alto riesgo.

6.3.1.3. El Juzgado 26 Civil Municipal de Cali negó la protección invocada, al considerar que la falta del tratamiento no afecta de forma grave la salud o la integridad física de la paciente. Sostuvo que si el anhelo de la accionante era el de acrecentar su núcleo familiar podría optar por el proceso de adopción.

6.3.2. *Análisis del caso concreto*

6.3.2.1. De las pruebas que obran en el expediente la Sala constata:

(i) Según lo consignado en la historia clínica del Centro Médico Imbanaco, la accionante presenta el siguiente diagnóstico: “*miomatosis uterina descrita, endometriosis en ovario derecho. Realizó eco. que muestra útero irregular heterogéneo por miomatosis*”¹⁵⁸. Se acredita igualmente “*plan: microgynon este mes, FIV con óvulo propio por decisión de la paciente el próximo mes*”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Historia clínica expedida por el Centro Médico Imbanaco. Cuaderno principal. Folios 8 a 18.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

(iii) Mediante petición radicada el 5 de septiembre de 2014, la accionante solicitó a la EPS Sura: a) la realización de los exámenes ordenados por el médico particular requeridos para el inicio del tratamiento de fertilización *in vitro*; y b) la realización del procedimiento de FIV con inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), el suministro de medicamentos, y el seguimiento y acompañamiento durante todo el tratamiento hasta su culminación¹⁶⁰.

(iv) En respuesta a la anterior solicitud, la EPS Sura le informó a la paciente que: a) el médico Eduardo Otero Hincapié no forma parte de la red de prestadores de la EPS Sura; y b) el procedimiento de fertilización *in vitro* se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, conforme lo establece el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013¹⁶¹.

6.3.2.2. Analizadas las pruebas que obran en el expediente la Sala concluye que en este caso se debe conceder la protección de los derechos fundamentales invocada por la accionante, por las siguientes razones:

(i) La falta del medicamento o tratamiento de fertilización *in vitro* excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante, en la medida que su no realización la podría privar de la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida. Según fue prescrito por su médico tratante particular, la única posibilidad de la accionante para procrear de manera biológica es a través del tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado.

Sin embargo, no existe claridad sobre la causa de la infertilidad de la paciente. Si bien el galeno emitió un diagnóstico de “*miomatosis uterina descrita, endometriosis en ovario derecho. Realizó eco. que muestra útero irregular heterogéneo por miomatosis*”, con ello no es posible establecer, de manera contundente, que esa sea la razón por la cual la accionante ha presentado una imposibilidad de procrear. De igual forma, existen dudas sobre el tiempo durante el cual la señora Solarte Ortega ha visto limitada la facultad de quedar embarazada.

(ii) Por otro lado, se constata que en esta ocasión el tratamiento fue prescrito por un médico no adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliada la peticionaria. Teniendo en cuenta tal circunstancia, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento solicitado, previendo los posibles riesgos y efectos de su realización, dado que está próxima a cumplir 48 años de edad.

¹⁶⁰ Cuaderno principal. Folios 19 y 20.

¹⁶¹ Cuaderno principal. Folio 49.

(iii) La accionante manifestó en el escrito de tutela que no cuenta con la capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento solicitado, circunstancia que no fue rebatida por las entidades accionadas. Sin embargo, considerando que la peticionaria se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud, la Sala considera que esta cuenta con un mínimo de capacidad para cubrir los gastos del tratamiento de manera compartida con la EPS Sura.

El monto que deberá sufragar la accionante, a través de la cuota moderadora o el copago, según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital. Lo anterior, siempre que la junta médica determine la viabilidad del tratamiento.

Finalmente, la EPS accionada deberá brindar el acompañamiento que requiera la accionante en el transcurso del tratamiento y una vez el mismo finalice. Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la señora Solarte Ortega en el escrito de tutela respecto de las grandes afectaciones físicas, emocionales y psicológicas causadas por la imposibilidad de tener hijos.

6.3.2.3. Con base en lo anterior, la Sala revocará la decisión proferida por el juez de conocimiento dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Angélica María Solarte Ortega contra la EPS Sura, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la vida privada y familiar, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

6.4. Expediente T-4.734.867

6.4.1. Presentación del caso

6.4.1.1. La señora Claudia Isabel Cataño Urrea manifestó que vive en unión marital del hecho desde hace 18 años con el señor Marco Alejandro Viveros. Indicó que fue diagnosticada con endometriosis severa, enfermedad que le ha impedido quedar embarazada. Sostuvo que su médico tratante le prescribió el procedimiento de fertilización *in vitro* más ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), el cual fue negado por el Comité Técnico Científico de la EPS Coomeva, entidad a la cual se encuentra afiliada. Agregó que es una persona de escasos recursos y no puede asumir el costo del tratamiento.

6.4.1.2. En respuesta a la acción de tutela, la Oficina Tuluá de la EPS Coomeva señaló, que por regla general, la tutela no es procedente en materia de tratamientos de fertilidad. Así mismo, que la efectividad de esta clase de procedimientos supone la disminución del cubrimiento de otras prestaciones que se consideran prioritarias.

6.4.1.3. El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Buga negó la protección invocada al considerar

que la situación de la accionante no se identificaba con ninguna de las tres excepciones indicadas por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela en esta clase de asuntos. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Segundo de Menores de Buga.

6.4.2. *Análisis del caso concreto*

6.4.2.1. De las pruebas que obran en el expediente, la Sala constata:

(i) Según lo consignado en la historia clínica, la accionante fue diagnosticada con endometriosis en el año 2009, patología que fue tratada quirúrgicamente. De igual forma, fue diagnosticada con “*infertilidad femenina no especificada*” y se consignó como plan de manejo: “*paciente se le explica pobre pronóstico obstétrico por enfermedad de base. Se le sugiere valoración por clínica de infertilidad. Procedimiento NO POS*”¹⁶².

(iii) El 12 de junio de 2014, el médico Enrique Herrera Castañeda presentó el formulario de solicitud de justificación de servicios NO POS ante la EPS Coomeva, donde consignó como diagnóstico “*endometriosis severa*” y sugirió como tratamiento a seguir la realización del procedimiento de fertilización *in vitro* más ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides)¹⁶³.

(iv) En respuesta a la anterior solicitud, la EPS Coomeva le informó a la paciente que el procedimiento de FIV se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, conforme lo establece el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, y por esa razón negó su autorización¹⁶⁴.

6.4.2.2. Analizadas las pruebas que obran en el expediente la Sala concluye que en este caso se debe conceder la protección de los derechos fundamentales invocada por la accionante, por las siguientes razones:

(i) La falta del medicamento o tratamiento de fertilización *in vitro* excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante, en la medida que su no realización la podría privar de la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida.

En esta ocasión, se encuentra acreditado que la causa de la infertilidad de la accionante está asociada con la patología de endometriosis severa diagnosticada desde el 2009, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante particular.

¹⁶² Cuaderno principal. Folio 8.

¹⁶³ Respuesta de la EPS Coomeva al requerimiento del auto del 16 de enero de 2015.

¹⁶⁴ Cuaderno principal. Folio 12.

(ii) El tratamiento fue prescrito por un galeno no adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliada la peticionaria. Por lo tanto, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento solicitado, previendo los posibles riesgos y efectos de su realización, dado que está próxima a cumplir 43 años de edad.

(iii) En esta oportunidad, la accionante manifestó en el escrito de tutela que no cuenta con la capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento solicitado, circunstancia que no fue rebatida por las entidades accionadas. De igual forma, en diligencia de declaración de parte llevada a cabo por el juez de primera instancia, la señora Cataño Urrea informó que los ingresos económicos de su núcleo familiar ascienden a un salario mínimo.

Sin embargo, considerando que la peticionaria se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud, la Sala considera que esta cuenta con un mínimo de capacidad para cubrir los gastos del tratamiento de manera compartida con la EPS Sura. Por esa razón, deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados. Según se expuso, debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia debe asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica.

Por lo tanto, el monto que deberá sufragar la accionante, a través de la cuota moderadora o el copago, según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital.

Finalmente, la EPS accionada deberá brindar el acompañamiento que requiera la accionante en el transcurso del tratamiento y una vez el mismo finalice. Lo anterior, teniendo en cuenta las eventuales consecuencias psicológicas causadas por la imposibilidad de lograr un embarazo.

6.4.2.3. Conforme lo expuesto, la Sala revocará las decisiones proferidas por los jueces de instancia dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Claudia Isabel Cataño Urrea contra la EPS Coomeva, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

6.5. *Órdenes a impartir*

La Sala reitera que una de las principales razones por las cuales el Gobierno no ha dado el paso para incluir los tratamientos de reproducción asistida en el POS, son las presuntas implicaciones económicas que ello conllevaría. No obstante, el Ministerio de Salud y Protección Social informó que el impacto

fiscal que generaría el incluir los tratamientos de reproducción asistida en el POS no ha sido calculado.

Teniendo en cuenta esa situación y que, como se ha sostenido en repetidas oportunidades, el tiempo transcurrido desde la adopción de la Constitución de 1991 y el desarrollo paulatino del contenido prestacional del derecho fundamental a la salud permiten constatar el déficit de protección en materia de salud reproductiva, ante la insuficiencia de regulación en Colombia en lo que toca con los tratamientos de reproducción asistida y su inclusión en el plan de beneficios, esta Corporación considera pertinente:

6.5.1. Reiterar el exhorto dispuesto en la sentencia T-528 de 2014, 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.

6.5.2. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social iniciar los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud. De igual forma, deberá (i) promover la investigación en materia de salud, en los sectores público y privado, sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían coadyuvar a prevenirla, tratarla y curarla; (ii) ofrecer a la población el acceso oportuno a la información relacionada con la prevención de la infertilidad; (iii) fomentar la formación de los profesionales de la salud en el área de la infertilidad, desde una perspectiva integral; y (iv) impulsar campañas dirigidas a la población, relativa al problema de la infertilidad y su abordaje terapéutico por parte del sistema de salud, en temas como: hábitos de vida saludables que actúan como factores protectores de la infertilidad sobrevenida; la relación entre las causas de la infertilidad y otras patologías asociadas; los programas y tratamientos de infertilidad; y otros temas relevantes para la atención integral de esta enfermedad¹⁶⁵.

6.5.3. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social que, una vez una vez obtenga los resultados de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud, evalúe ciertos factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida, como la condición de salud del o la paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia la capacidad económica del afiliado, entre otros que considere pertinentes.

¹⁶⁵ Lo expuesto en este punto, tiene acogida de lo sugerido por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Procuraduría General de la Nación.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la decisión proferida el siete (7) de mayo de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, que a su vez confirmó el emitido el veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Civil Municipal de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela interpuesta por Mónica Vivian Calderón Barrera contra la EPS Coomeva, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo.- REVOCAR la decisión proferida el veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Diana Rincón Caicedo contra la EPS-S Emssanar. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la vida privada y familiar, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Tercero.- ORDENAR a la EPS-S Emssanar que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el tratamiento de fertilización *in vitro* solicitado siempre y cuando se acredite el estricto cumplimiento de los lineamientos fijados en el numeral 6.2.2.2 de la parte considerativa de esta providencia.

Cuarto.- REVOCAR la decisión proferida el diecisiete (17) de octubre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado 26 Civil Municipal de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Angélica María Solarte Ortega contra la EPS Sura. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Quinto.- ORDENAR a la EPS Sura que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el tratamiento de fertilización *in vitro* solicitado siempre y cuando se acredite el estricto cumplimiento de los lineamientos fijados en el sujetarse a los lineamientos fijados en el numeral 6.3.2.2 de la parte considerativa de esta providencia.

Sexto.- REVOCAR la decisión proferida el nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo de Menores de Buga, que confirmó el

emitido el veintisiete (27) de agosto de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela interpuesta por Claudia Isabel Cataño Urrea contra la EPS Coomeva. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia

Séptimo.- ORDENAR a la EPS Coomeva que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el tratamiento de fertilización *in vitro* solicitado siempre y cuando se acredite el estricto cumplimiento de los lineamientos fijados en el sujetarse a los lineamientos fijados en el numeral 6.4.2.2 de la parte considerativa de esta providencia.

Octavo.- 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.

Noveno.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud. Así mismo, que inicie las actuaciones pertinentes que conduzcan a (i) promover la investigación en materia de salud, en los sectores público y privado, sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían coadyuvar a prevenirla, tratarla y curarla; (ii) ofrecer a la población el acceso oportuno a la información relacionada con la prevención de la infertilidad; (iii) fomentar la formación de los profesionales de la salud en el área de la infertilidad, desde una perspectiva integral; y (iv) impulsar campañas dirigidas a la población, relativa al problema de la infertilidad y su abordaje terapéutico por parte del sistema de salud, en temas como: hábitos de vida saludables que actúan como factores protectores de la infertilidad sobrevenida; la relación entre las causas de la infertilidad y otras patologías asociadas; los programas y tratamientos de infertilidad; y otros temas relevantes para la atención integral de esta enfermedad.

Décimo.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que, una vez obtenga los resultados de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud, evalúe los factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida, como la condición de salud del o la paciente, la edad, el

número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia la capacidad económica del afiliado, entre otros que considere pertinentes.

Décimo primero.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHIZA MÉNDEZ
Magistrada (E)
Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)