

Sentencia T-306/16

Referencia: expediente T-5165407

Acción de tutela instaurada por Liliana Andrea Garcés Piedrahita contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D. C., quince (15) de junio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal en Oralidad de Armenia en la acción de tutela instaurada por Liliana Andrea Garcés Piedrahita contra Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES

La señora Liliana Andrea Garcés Piedrahita, actuando en nombre propio, elevó acción de tutela contra la EPS COOMEVA solicitando que se garantice su derecho a la salud reproductiva, presuntamente vulnerado por la negativa de la entidad demandada en ordenar un procedimiento médico denominado *terapia de inmunización con leucocitos paternos*, que, según afirma en su demanda, le permitiría llevar a cabo un embarazo completo.

1. Hechos de la demanda

Indica la accionante que desde hace tres años se encuentra afiliada a Coomeva EPS en condición de beneficiaria. Tiene 34 años de edad, una unión marital de hecho con el señor Rosbel Rubén Fernández Naranjo y en 7

oportunidades ha presentado abortos espontáneos a los dos meses de gestación que le han ocasionado serios problemas de salud.

Cuenta que interpuso una primera tutela para que la remitieran a un médico ginecólogo especialista en fertilidad, obteniendo un primer fallo a su favor; con posterioridad presentó otra acción de tutela para que se le autorizaran los exámenes clínicos ordenados por el médico tratante, sentencia que igualmente accedió a las pretensiones solicitadas.

Una vez realizados los exámenes analíticos a la peticionaria y a su pareja (cariotipo con bandeo en sangre, bloqueadores aloinmune y espermograma) la Doctora Gloria Elena Ospina Montoya, médica ginecóloga para ese momento (2014) adscrita a Coomeva EPS, ordenó la terapia con linfocitos paternos, tras considerar que era el tratamiento a seguir luego de haber realizado las pruebas clínicas y diagnósticas previas.

Señala la accionante que desde julio del 2014 entregó la orden a la E.P.S COOMEVA y no han autorizado el procedimiento. Agrega que se ha visto *“en la necesidad de empezar un tratamiento psicológico dado “su anhelo de que la empresa de salud continúe con el tratamiento ya iniciado y puedan hacerle el tratamiento para tener un embarazo completo.”* Indica que son personas de bajos recursos, *actualmente no trabaja y su compañero es quien provee los gastos del hogar.”*

2. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma la accionante que han sido vulnerados sus derechos a la vida, a la dignidad humana y a la salud reproductiva. Solicita que se ordene a la EPS Coomeva que en la mayor brevedad posible ordene la práctica de la *inmunoterapia con leucocitos paternos*, lo que le permitirá, según pronóstico médico, llevar un embarazo normal y completo.

3. Respuesta de la entidad demandada

En la contestación a la acción de tutela, ¹ Coomeva EPS respondió lo siguiente:

“Se informa al juzgado que dicho servicio no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y por lo tanto para su trámite y autorización requiere ser evaluado por Comité Técnico Científico en cumplimiento de la Resolución 5395 de 2013, sin embargo, en este caso la tratante Dra. Gloria Elena Ospina no diligencia ningún tipo de formato para la justificación del procedimiento por lo cual se remitió solicitud al tratante de aportar la correspondiente solicitud de servicio no POS y de esta manera evaluar el caso teniendo en

¹ Folio 38 del cuaderno 1.

cuenta que se trata de una paciente que se encuentra en un manejo franco de infertilidad lo cual está establecido como una exclusión taxativa”.

4. Sentencia de única instancia

El Juez Sexto Civil Municipal En Oralidad de Armenia, consideró que la situación planteada en la presente tutela, no encaja en las excepciones contempladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para conceder el amparo constitucional y, por ende, resuelve negar la protección solicitada.

Indicó la providencia, que no existe en este caso una enfermedad o patología que al ser tratada le permita a la señora Liliana Andrea Garcés Piedrahita, procrear; en el expediente solo se cuenta con la historia clínica y consulta médica y no se diligenció formato para la justificación del procedimiento ante el Comité Técnico Científico.

5. Pruebas que obran en el expediente²

- 1.- Copia de la historia Clínica de la accionante
- 2.- Copia de la orden médica
- 3.- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Liliana Andrea Garcés.

6. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 25 de enero de 2016 decretó las siguientes pruebas para mejor proveer en el asunto de la referencia y ordenó suspender los términos hasta la recepción de las pruebas y el estudio de las mismas. En el auto mencionado la Sala dispuso lo siguiente:

***“Primero.** Por Secretaría General, ofíciase a la doctora Gloria Elena Ospina Montoya, Ginecóloga General, en la ciudad de Armenia, (calle 2N número 13-10 piso 2 Armenia para que en el término máximo de diez (10) días, informe por escrito a esta Sala de Revisión lo siguiente:*

1. *En qué consiste la técnica de fertilización denominada “inmunoterapia con linfocitos paternos” recomendada a la paciente Liliana Andrea Garcés afiliada a Coomeva y quien padece actualmente de pérdida habitual de embarazos.*
2. *Explique a la Corte, si se trata, en el caso específico de la paciente mencionada, del único tratamiento probable en el mantenimiento del embarazo ante la circunstancia personal de los*

² Folios de 1 a 5 cuaderno número 1

abortos espontáneos recurrentes, o si existen otras alternativas terapéuticas de reproducción asistida compatibles con el estado de salud de la señora Liliana Andrea Garcés Piedrahita y que a su vez logren llevar el embarazo a término.

Segundo. Por Secretaría General, ofíciase al doctor Juan Carlos Mendoza miembro de la Unidad de Reproducción Humana de la Universidad del Bosque (Edificio del Bosque, calle 134 número 7B-83 piso 7 en Bogotá), para que preste su colaboración a la Corte Constitucional en un informe en el que explique a esta Sala (i) cuál es la etiología de los abortos espontáneos habituales y si esta circunstancia puede mejorar con la técnica de la “inmunoterapia con linfocitos paternos”; (ii) cuál es la evidencia científica existente frente a este tratamiento ; (iii) cuál es la validez y eficacia del mismo para casos de abortos recurrentes y (iv) cuáles son los potenciales o reales efectos adversos que puede tener la técnica de inmunización con linfocitos paternos.”

2. En respuesta a las pruebas solicitadas, se recibieron los siguientes informes:

2.1. Mediante Oficio OPT-A-086/2016 el Doctor Juan Carlos Mendoza respondió lo siguiente sobre **la etiología de los abortos espontáneos habituales y si esta circunstancia puede mejorar con la técnica de inmunoterapia con linfocitos paternos:**

“Lo primero que habría que advertir en este punto es que el término de aborto habitual aun hoy no se ha aclarado totalmente, pues mientras para algunos autores y sociedades científicas se considera que el aborto habitual debe considerarse luego que la mujer ha tenido 2 pérdidas de embarazo para otros se debe considerar dicha terminología luego de que haya tenido 3 o más pérdidas de embarazo antes de la semana 20.

La etiología del aborto habitual es diversa pues dentro de las causas que se han relacionado con esta patología podemos mencionar las de tipo genético, anatómico, endocrinológico, metabólico, infeccioso, inmunológico, hematológico y psicológico entre otros, debiendo mencionar que en los últimos años existe información en la que también se han relacionado aspectos de la calidad seminal con este tipo de patología. Existen casos donde pueden estar presentes de forma concomitante más de una de las causas que se han relacionado con el aborto habitual pero lo más relevante en este tema es el hecho que dependiendo de las metodologías que han usado los diferentes autores para clasificar su universo de pacientes, lo cual se describe en las diversas publicaciones, se ha calculado que de un 30 a 50 % de los casos se consideran de causa desconocida.

De acuerdo a lo anterior, se entiende que existen múltiples causas y por lo tanto diferentes posibilidades terapéuticas, en caso de hacer un diagnóstico de problemas autoinmunes en la pareja, una de las que se ha descrito es la inmunoterapia con linfocitos paternos (en realidad leucocitos) la cual tendría cabida si el diagnóstico individual de cada caso en particular amerita tener en cuenta dicha posibilidad, caso en el cual pudiera mejorar la circunstancia expuesta.

Con relación a la evidencia científica existente frente a este tratamiento señaló:

“Este tratamiento fue descrito hace 35 años y la evidencia científica ha sido controversial hasta hoy, de acuerdo a las diferentes publicaciones y experiencia de los grupos que han trabajado con esta terapéutica, los resultados en términos de bebé en casa son tan diversos como que van desde el 10 % hasta al 90 % de tasas de éxito según diferentes autores.

Un estudio multicéntrico realizado bajo el auspicio de la Sociedad Americana de Inmunología de la Reproducción concluyó que los resultados controversia I es de las investigaciones realizadas para medir la eficacia de la linfoterapia tenía su origen en la heterogeneidad de los grupos a tratar. En la literatura existen datos que sustentan sus beneficios y otros meta-análisis en los que no se ha podido comprobar su eficacia. Estos últimos han sido criticados por diferentes razones que pudieran explicar por qué dichos estudios han dado los resultados descritos, dentro de dichos argumentos se menciona que los estudios incluyen pacientes de grupos heterogéneos, no todos tienen en cuenta el número de pérdidas pues el pronóstico de cualquier tratamiento para el aborto habitual será peor en la medida que se han tenido más número de pérdidas de embarazo y razones aún más técnicas de la terapia como haber usado diferentes vías de administración (subcutánea, endovenosa o intradérmica), diferentes dosis (cantidad de células) así como también el hecho de trabajar con células congeladas, todo lo cual puede alterar los resultados.”

Sobre la validez y eficacia del mismo para casos de abortos recurrentes sostuvo:

“De acuerdo a lo expuesto anteriormente debo mencionar que no es una terapia generalizada en casos de aborto recurrente, que es necesario estudiar, descartar o tratar los factores relacionados en cada caso en particular y que solo en aquellos casos en los que se haga un diagnóstico que justifique su uso se puede tener en cuenta,

pues debo aclarar que no es la única metodología descrita para realizar inmunomodulación en casos de aborto recurrente.

En cuanto a la eficacia, lo he mencionado en el punto dos, dependerá de un diagnóstico adecuado y la aplicación de una metodología terapéutica que haya demostrado resultados, considerando que el tratamiento utilizado de la manera adecuada en la paciente indicada tiene sin duda un efecto terapéutico.”

Los potenciales o reales efectos adversos que puede tener la técnica de inmunización con linfocitos paternos son los siguientes:

“Se han descrito potenciales efectos adversos de la técnica como enfermedades transmisibles, cicatriz o granuloma en el sitio de la Inyección reacciones anafilácticas, reacción injerto huésped, enfermedades autoinmunes, preeclampsia y retardo de crecimiento intrauterino. Estudios prospectivos y retrospectivos han demostrado que los riesgos reales están limitados a la respuesta esperada en una vacunación para enfermedades infecciosas, principalmente reacciones locales en el sitio de la inyección, endurecimiento, prurito o inflamación, síntomas que ceden espontáneamente a los pocos días, ocasionalmente puede haber reacciones sistémicas que llevan a producir un ligero estado febril, dolor de cabeza y malestar. No se ha reportado reacción injerto huésped y en cuanto al riesgo de enfermedades autoinmunes, preeclampsia o retardo de crecimiento intrauterino, estas se han relacionado con posible patología de base autoinmune concomitante en este grupo de pacientes.”³

³El Doctor Juan Carlos Mendoza, recomienda igualmente la lectura del siguiente material científico sobre el tema analizado: The American Society for Reproductive Medicine (2012) Evaluation and treatment of recurrent pregnancy loss: A committee opinion Fértil Steril 2012; 98:1103-11; The American Society for Reproductive Medicine (2008) Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss. Fértil Steril 90: S60; Wang WJ1, Hao CF, Yi-Lin, Yin GJ, Bao SH, et al. (2010) Increased prevalence of T helper 17 (Th17) cells in peripheral blood and decidua in unexplained recurrent spontaneous abortion patients. J Reprod Immunol 84:164-170; Wang WJ1, Hao CF, Lin QD (2011) Dysregulation of macrophage activation by decidual regulatory T cells in unexplained recurrent miscarriage patients. J Reprod Immunol 92: 97-102; Christiansen, Rigshospitalet, Copenhagen, Denmark Immunotherapy is inappropriate for treatment of recurrent pregnancy loss, Fertility Clinic 4071; Sunder SI, Lenton EA (2000) Endocrinology of the peri-implantation period. Baillieres Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol 14: 789-800; Taylor C, Faulk WP (1981) Prevention of recurrent abortion with leucocyte transfusions. Lancet 2: 68-70; Higuchi KI, Aoki K, Kimbara T, Hosoi N, Yamamoto T, et al. (1995) Suppression of natural killer cell activity by monocytes following immunotherapy for recurrent spontaneous aborters. Am J Reprod Immunol 33: 221-227; Qiu LI, Lin Q, Hong Y (2001) [Study on changes of serum T helper cell type 1 and 2 cytokines after active immunotherapy in women with unexplained habitual abortion]. Zhonghua Fu Chan Ke Za Zhi 36: 408-410; Yokoo T, Takakuwa K, Ooki I, Kikuchi A, Tamura M, et al (2006) Alteration of TH1 and TH2 cells by intracellular cytokine detection

2.2. Por su parte la Doctora Gloria Elena Ospina Montoya especialista en Ginecología y quien recomienda el tratamiento a la accionante, indicó a la Sala lo siguiente:

“- La inmunoterapia no es una técnica de reproducción asistida o fertilización sino una opción terapéutica previa a la nueva búsqueda de embarazo para pacientes con múltiples pérdidas o abortos a quienes se les ha realizado el estudio de baja respuesta inmune; el embarazo es similar a un trasplante al cual se debe tener una respuesta de reconocimiento, luego de este tratamiento se evidencia la elevación a valores normales de anticuerpos bloqueadores que dan mejores resultados para el futuro embarazo, en mi practica de 22 años tengo varias pacientes con éxito aun después de 7 abortos previos.

Las causas de abortos son múltiples y complejas, no tengo la información exacta de esta historia pero siempre se realiza estudio

in patients with unexplained recurrent abortion before and after immunotherapy with the husband's mononuclear cells. Fértil Steril 85:1452-1458; Yang Hl, Qiu L, Di W, Zhao A, Chen G, et al. (2009) Proportional change of CD4+CD25+ regulatory T cells after lymphocyte therapy in unexplained recurrent spontaneous abortion patients. Fértil Steril 92: 301-305; Khonina NA, Broitman EV, Shevela EY, Pasman NM, Chernykh ER (2013) Mixed lymphocyte reaction blocking factors (MLR-Bf) as potential biomarker for indication and efficacy of paternal lymphocyte immunization in recurrent spontaneous abortion. Arch Gynecol Obstet 288: 933-937; Gharesi-Fard Bl, Zolghadri J, Haghbin H (2013) Soluble CD30 (sCD30) and effectiveness of leukocyte therapy in recurrent pregnancy loss patients. J Reprod Immunol 97: 240-244; Mowbray JF, Gibbings C, Liddell H, Reginald PW, Underwood JL, et al. (1985) Controlled trial of treatment of recurrent spontaneous abortion by immunisation with paternal cells. Lancet 1: 941-943; Recurrent Miscarriage Immunotherapy Trialists Group (1994) Worldwide collaborative observational study and meta-analysis on allogenic leukocyte immunotherapy for recurrent spontaneous abortion. Am J Reprod Immunol 32: 55-72; JCubillos, JC Mendoza Aborto Recurrente Controversias en Ginecología y Obstetricia.. Vol 16 no.92 Junio 2006; Daya S, Gunby J, Recurrent Miscarriage Immunotherapy Trialists Group (1994) The effectiveness of allogeneic leukocyte immunization in unexplained primary recurrent spontaneous abortion. Am J Reprod Immunol 32: 294-302; Cubillos JC, Mendoza JC, Ruiz H y cols. Aborto Recurrente Espontáneo: tratamiento inmunológico y resultado perinatal, 1999. Medicina Reproductiva, volumen 2 julio – octubre., Ober Cl, Karrison T, Odem RR, Barnes RB, Branch DW, et al. (1999) Mononuclear-cell immunisation in prevention of recurrent miscarriages: a randomised trial. Lancet 354: 365-369; Ogasawara MI, Aoki K, Okada S, Suzumori K (2000) Embryonic karyotype of abortuses in relation to the number of previous miscarriages. Fértil Steril 73: 300-304; Regan Ll, Braude PR, Trembath PL (1989) Influence of past reproductive performance on risk of spontaneous abortion. BMJ 299: 541-545; Wegener S, Schnursteina K, Hanschb S, Brieseb V, Sudikc R, et al. (2006) Immunotherapy with Paternal Lymphocytes for Recurrent Miscarriages and Unsuccessful in vitro Fertilization Treatment. Transfus Med Hemother33: 501-507; Coulam CB, Clark DA, Beer AE et al. Current clinical options for diagnosis and treatment of recurrent spontaneous abortion. Am J Reprod Immunol 1997; 38,57-74 , entre otros.-

de otros factores como hormonal, infeccioso, genético, y estructurales normales para seguir adelante.

El recurso de inmunoterapia con linfocitos paternos no tiene alternativas y los métodos de reproducción asistida no mejoran este problema.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del asunto objeto de revisión

Como se expuso, constituyen la base de la demanda los siguientes antecedentes de hecho:

La señora Liliana Garcés Piedrahita padece de infertilidad primaria en tanto ha tenido 7 abortos espontáneos recurrentes, que le han ocasionado serios problemas en su salud. La EPS Coomeva ha autorizado con anterioridad todos los exámenes diagnósticos (de sangre, cromosómico -cariotipo- y un espermograma al compañero de la accionante) prescritos por los médicos tratantes, a fin de determinar la terapéutica a seguir en el manejo de la infertilidad padecida por la accionante. Concluida la etapa diagnóstica, la médica tratante ordenó el tratamiento denominado *inmunoterapia con leucocitos paternos*, negado por la EPS accionada tras considerar que no está previsto en el POS. La accionante solicita amparo del derecho a la salud reproductiva, para que se ordene la realización del tratamiento prescrito. La sentencia objeto de revisión niega el amparo deprecado, luego de señalar que las circunstancias de la accionante no se ajustan a los estándares de excepción establecidos por la Corte Constitucional en los casos de amparo a los derechos reproductivos.

Corresponde por lo tanto a esta Sala de Revisión determinar la posible violación del derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de la demandante en su faceta reproductiva, aplicando para ello la jurisprudencia vigente de esta Corporación en torno al amparo de los derechos sexuales y reproductivos cuando se advierte la negativa a los tratamientos de fertilidad.

La Sala reiterará igualmente, los contornos del derecho a la salud y el deber de las EPS de respetar los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en la prestación de los servicios de salud. Finalmente, analizará el caso

concreto a la luz de la jurisprudencia contenida en las sentencias T- 274 de 2015 y T-528 de 2014, de las pruebas allegadas por el grupo de médicos requeridos y por la médica tratante de la peticionaria.

3. La seguridad social y el derecho a la salud, fundamentalidad y cobertura

La seguridad social se encuentra consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual le reconoce la doble condición de: **(i)** “*derecho irrenunciable*”, que se debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional; y **(ii)** “*servicio público de carácter obligatorio*”, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por entidades públicas o privadas, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Conforme con su configuración constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido la seguridad social “*como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano*”⁴.

En ese contexto, la misma jurisprudencia ha puesto de presente que la seguridad social, para su materialización, requiere de un amplio contenido prestacional, razón por la cual exige del Estado el diseño de una estructura organizacional básica, esto es, el diseño de un sistema de seguridad social integral “*orientado a procurar el bienestar del individuo y la comunidad mediante la protección de las contingencias que los afecten, en especial, las que menoscaban la salud, la integridad física y la capacidad económica*”⁵. Conforme con ello, lo ha dicho la Corte, la implementación de un modelo de seguridad social por parte del Estado requiere que en él se defina: **(i)** el contenido de los servicios, **(ii)** las instituciones encargadas de su prestación, **(iii)** los procedimientos bajo los cuales éstos deben discurrir y **(iv)** el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento.

Ahora bien, este Tribunal ha sostenido que la seguridad social, entendida como el conjunto de medidas institucionales orientadas a procurar el bienestar individual y colectivo, “*comporta diferentes dimensiones, dentro de las que se encuentra la atención en salud*”⁶. En ese sentido, un componente esencial de la seguridad social es precisamente la salud, la cual aparece consagrada en el artículo 49 del mismo ordenamiento superior, también, a partir de una doble configuración jurídica: **(i)** como servicio público cuya prestación, regulación y coordinación se encuentra a cargo del Estado conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y **(ii)** como derecho que debe ser

⁴ Sentencia T-1040 de 2008.

⁵ Sentencia T-176 de 2011.

⁶ Sentencia T-662 de 2006.

garantizado a todas las personas en los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma.

En relación con su faceta de derecho, no obstante su contenido prestacional, la jurisprudencia de esta Corporación, en recientes pronunciamientos, le ha reconociendo a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo, susceptible de protección por vía de acción de tutela, *“cuando se involucra la existencia de una garantía subjetiva derivada del contenido normativo que definen el derecho a la salud y su alcance se encuentra determinado en la constitución y, en el conjunto de leyes y reglamentos que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud”*.⁷

El carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, ha sido ratificado por la Ley Estatutaria de la Salud, la Ley 1751 de 2015, sometida a control previo y automático de constitucionalidad por parte de esta Corporación, mediante la Sentencia C-313 de 2014. Precisamente, dicho ordenamiento, a través de los artículos 1º y 2º, al definir el objeto, naturaleza y contenido de la ley, se refiere a la salud como un *“derecho fundamental”, “autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”,* el cual comprende, entre otros elementos, la prestación del servicio de manera *“oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”*.

En punto a la fundamentabilidad del derecho a la salud, y su posibilidad de protección por vía de tutela, la jurisprudencia constitucional⁸ ha precisado que el mismo comporta dos dimensiones: por un lado, **(i)** el derecho a obtener la prestación real, oportuna y efectiva del servicio incluido en el plan de atención y beneficios, a través de todos los medios técnicos y científicos autorizados; y, por el otro, **(ii)** el derecho a que la asunción total de los costos de dicho servicio corra a cargo de la entidad o entidades a quien corresponda su prestación. En ese sentido, tanto la prestación del servicio propiamente dicha, como el contenido económico del mismo, hacen parte de la dimensión *ius fundamental* del derecho a la salud, razón por la cual, en el evento de que alguno de estos dos componentes no resulte satisfecho, resulta válido recurrir a la acción de tutela para reclamar su protección.

4. El deber de las EPS de respetar los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en la prestación de los servicios de salud. Reiteración de jurisprudencia

El Sistema de Seguridad Social en Salud se rige por unos principios expresamente consagrados en la Constitución Política, en los tratados internacionales, y en la Ley misma, los cuales constituyen mandatos superiores que determinan la forma en que las EPS deben procurar la prestación de los servicios de salud.

⁷ Sentencia T- 162 de 2015; En igual sentido se refiere la Sentencia T-760 de 2008.

⁸ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-662 de 2006, T-869 de 2006 y T-594 de 2007.

Tales principios son desarrollo de lo dispuesto por el artículo 48 de la C.N. conforme al cual el servicio público obligatorio de la seguridad social, en el cual se comprende el servicio de salud, deberá ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en respeto de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y del artículo 49 Superior el cual señala que le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Igualmente, encuentran respaldo en lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales – adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 – que en el párrafo 1° del artículo 12⁹ dispone que todas las personas tienen derecho *“al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”* En interpretación de la anterior disposición, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 14, entendió que tal derecho se traducía en *“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.”*

Así mismo, cuentan con un fundamento legal en el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, que establece que *“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”*.

Con fundamento en las anteriores disposiciones es que este Tribunal ha sostenido, en reiteradas oportunidades que las empresas encargadas de la prestación de los servicios de salud deben garantizar un acceso a los mismos integral, oportuno, y continuo¹⁰. Así, en virtud del principio de **integralidad**¹¹,

⁹ Artículo 12 del PIDESC “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al **disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.**”

¹⁰ Ver la sentencia T-760 de 2008.

¹¹ Este principio de integralidad, fue consagrado por el legislador en el literal d) del artículo 2° de la Ley 100 de 1993, que al respecto señala: *“INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*. Al mismo tiempo, en el numeral 3° del artículo 153 de la citada norma, se estableció la “integralidad” como “regla” del servicio público de salud, en el entendido de que *“El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en*

los servicios de salud que se proporcionen a las personas deben contener todo suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico de una enfermedad y el seguimiento de una patología, así como todo otro procedimiento que el médico tratante valore como necesario *“para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones.”*¹²

Lo anterior no implica un suministro indeterminado e irrestricto de cualquier procedimiento o insumo médico que el interesado considere que necesita, pues es el médico tratante quien determina cuáles son los servicios necesarios e idóneos para el tratamiento de la patología de cada paciente.

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que cuando un servicio de salud no es prestado prontamente, en virtud del principio de ***oportunidad***, a una persona que lo necesita y que ha acreditado tener derecho al mismo, deberá entenderse que se vulnera su derecho a la salud por cuanto *“se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, [lo que implica] una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.”*¹³

Por ejemplo, en la sentencia T-826 de 2007, con ocasión de la demora en el suministro de un servicio de salud, la Corte reiteró su jurisprudencia al estudiar el caso de una joven de 21 años con una enfermedad renal severa a quien la EPS, si bien no le negaba el suministro de ningún servicio médico, le demoraba su entrega y la sometía al agotamiento previo de múltiples trámites. En esa oportunidad la Corte dijo que *“se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante.”*

En este mismo sentido, la sentencia T-881 de 2003 ya había sostenido que el desconocimiento del criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, debe ser entendido como un quebrantamiento del principio de igualdad en la garantía del derecho a la salud y la vida. Lo anterior en razón a que *“el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado.”*

En esta misma oportunidad la Corte dejó claro que las instituciones encargadas de la prestación de los servicios de salud no están autorizadas para mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que

cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”.

¹² Ver la sentencia T-760 de 2008.

¹³ *Ibíd.*

acredita y prueba la necesidad de un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica.

También en la sentencia T-557 de 2010 se determinó que para las personas con VIH¹⁴, o las que requieren un tratamiento con antibióticos, el suministro oportuno de los medicamentos prescritos es indispensable no solo para conservar el grado de salud, sino también para evitar su deterioro.

En la sentencia T-489 de 1998, con ocasión de un paciente que requería una cirugía de rodilla con carácter urgente en razón a los intensos dolores que padecía, la Corte expresó que este *“estado de sufrimiento superable con una cirugía se ha prolongado injusta e innecesariamente (...) por un causa ajena a la responsabilidad y posibilidad de acción del demandante”*.

Sobre la prolongación del sufrimiento debido a la demora de las EPS en suministrar un medicamento o insumo, o en practicar un tratamiento o cirugía, la sentencia T-024 de 2010 indicó que la extensión injustificada de una dolencia o una disfuncionalidad en la salud *“vulnera el derecho fundamental a la integridad personal, y por supuesto, el derecho a una vida digna, aunque no se esté ante la inminencia de muerte”*.

Así mismo, la sentencia T-433 de 1994 sostuvo que si una paciente padece dolores que le causan sufrimiento y existe una cirugía que le permite su recuperación *“es necesario que la operación recomendada por el mismo centro sea practicada lo más pronto posible, dentro de un término científicamente admisible y humanamente soportable”* a fin de que la demora no conduzca a unos nuevos factores de malestar o de agravamiento de los anteriores.

En este orden de ideas se puede afirmar que si bien la dilación en la prestación efectiva de los servicios de salud puede tener origen en causas imputables al mismo paciente, este Tribunal ha concluido que en numerosas ocasiones son las negligencias administrativas y/o médicas de las EPS las que impiden el acceso oportuno a los servicios de salud. Bajo este supuesto, la sentencia T-705 de 1999 señaló:

“La negligencia de las entidades encargadas de prestar los servicios de salud, bien sea que se presenten en el campo científico, ya en el administrativo, no pueden constituirse en argumento de ellas mismas para negar la protección efectiva a sus pacientes – afiliados o beneficiarios – (...)

Las irregularidades internas de tales instituciones no pueden trasladarse a los usuarios como aquí se ha pretendido, con el único propósito de abstenerse de prestar los servicios que les

¹⁴ Ver la sentencia T-557 de 2010.

corresponden. Ello atenta no solamente contra los derechos fundamentales afectados, sino contra los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución y contra la buena fe de las personas”.

Con todo, la sentencia T-227 de 2001 reiteró que los pacientes que requieran tratamientos o exámenes médicos no pueden ver prolongada indefinidamente su atención por la falta de eficiencia de los prestadores del servicio, pues *“quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto u omisión alguna que pueda comprometer la continuidad y eficiencia del servicio y, en consecuencia, comprometa o pueda llegar a agravar la patología de los beneficiarios.”*

La jurisprudencia también ha sido clara en sostener que no es necesario que el tratamiento médico quirúrgico que se demanda en sede de tutela constituya un medio inaplazable para evitar el fallecimiento de una persona, pues resulta suficiente que el mismo esté destinado a recuperar la salud perdida. En otras palabras, *“el retraso de exámenes, cirugías o tratamientos médicos, constituye violación del derecho a la salud (...) no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir sino cuando se extienden injustificadamente tratamientos que son necesarios para (...) el restablecimiento de la salud perdida”¹⁵.*

Así por ejemplo, en la sentencia T-260 de 1998, la Corte indicó que no podía afirmarse que *“como la visión del demandante no está en peligro de perderse, debe denegarse el amparo constitucional solicitado. Sería tanto como esperar a que un enfermo demuestre que está al borde de la muerte para que el juez de tutela tome cartas en el asunto, cuando lo natural y obvio dentro del campo de la medicina es evitar llegar a tan terrible estado.”*

Lo anterior responde al concepto mismo de la vida y la salud como derechos constitucionales de carácter fundamental, los cuales no significan una mera posibilidad de existir, de alguna forma, sino, por el contrario, implican *“una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida.”¹⁶*

En definitiva, acerca del deber de las EPS de garantizar un acceso oportuno a los servicios de salud, la Corte Constitucional ha sostenido, de forma reiterada¹⁷, que el simple retardo injustificado en el suministro de medicamentos o insumos médicos, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, puede implicar la distorsión del

¹⁵ Sentencia T-932 de 1999. En este mismo sentido ver la sentencia T-244 de 1999.

¹⁶ Ver la sentencia T-260 de 1998.

¹⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998 y T-428 de 1998.

objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente.

Por otra parte, dentro de los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra también el de **continuidad** en la atención médica, el cual hace referencia a la prestación eficiente del servicio de salud que ya se haya iniciado a un paciente, sin que el mismo sea interrumpido o suspendido de manera imprevista e injustificada por razones administrativas o presupuestales¹⁸.

Bajo este punto de vista, la Corte ha considerado que *“La garantía de continuidad en la prestación del servicio es parte, por consiguiente, de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud que no puede ser desconocido sin que con esta actitud se incurra en una grave vulneración del derecho a la salud y de otros derechos que se conectan directamente con él, como son el derecho a la vida en condiciones de dignidad y de calidad y a la integridad física y psíquica. Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del [sic] derechos constitucionales fundamentales”*¹⁹

Cabe resaltar que este principio de continuidad responde a un principio superior, el de *confianza legítima* que ha sido entendido como esa garantía conforme a la cual *“los usuarios esperan que los servicios de salud que se les han comenzado a prestar no sean suspendidos de manera abrupta o repentina, sin justificación admisible desde el punto de vista jurídico”*²⁰. Por último, debe recordarse que el principio de continuidad está también relacionado con el principio de *eficiencia*, conforme al cual la prestación de los servicios de salud deberá ofrecerse de manera tal, que *“no ponga a las beneficiarias y a los beneficiarios del servicio ante trámites burocráticos innecesarios o superfluos encaminados a obstruir el acceso a la salud, sean estos trámites de orden normativo o administrativo.”*

5. Los tratamientos de fertilidad a la luz de la jurisprudencia vigente hasta 2014

La jurisprudencia relativa²¹, al derecho a la salud, específicamente en punto al amparo de los tratamientos de fertilidad, ha tenido dos vertientes de resolución de los casos:

¹⁸ Sentencia T-880 de 2009.

¹⁹ Sentencia T-586 de 2008.

²⁰ Ibíd.

²¹ Sentencia T- 226 de 2010, T-870 de 2008, T-946 de 2007, T-525 de 2011, entre otras.

-Una primera línea temprana sostenida por mucho tiempo hasta el año 2014, y otra construida a partir de esa fecha con las sentencias **T-528 de 2014 y T-274 de 2015**. En su jurisprudencia inicial, esta Corporación señaló que la acción de tutela no procedía en tales casos, principalmente debido a que este tipo de tratamientos estaban expresamente excluidos del POS. Además **(i)** su costo excesivo representaba una disminución en el cubrimiento de servicios de salud prioritarios; **(ii)** 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 goce²² y **(iii)** en virtud de la libertad de configuración legislativa, era posible la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad, es decir, se trataba de un ejercicio legítimo del desarrollo de dicha facultad²³.

No obstante, como parte de esta línea, la Corte matizó algunos casos en los que se hacía procedente la garantía de los derechos a la salud en amparo a los tratamientos de fertilidad, a saber: (a) cuando el tratamiento de fertilidad ya ha sido iniciado por parte de la EPS y ésta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, que no hay una razón científica que sustente dicho proceder; (b) cuando lo solicitado por el accionante es la práctica de exámenes con el fin de diagnosticar cuál es la causa de la infertilidad; y por último, (c) cuando la infertilidad es la consecuencia de otra enfermedad²⁴. La Corte estimó en dichos casos, que en virtud de los principios de confianza legítima y de la continuidad en la prestación del servicio de salud, no era permitido a las EPS suspender los tratamientos de fertilidad ya iniciados, a pesar de que no tuvieran la obligación de suministrarlos²⁵. Igualmente protegió en su momento el derecho al diagnóstico y a la falta de certeza sobre la enfermedad, ordenando la práctica de exámenes, con el fin de que la persona tuviera pleno conocimiento sobre su estado de salud, aclarando siempre que ello no suponía la realización del tratamiento de fertilidad²⁶.

6. La jurisprudencia en vigor sobre los derechos sexuales y reproductivos. Sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015

La jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional apoyada en distintos pronunciamientos de organismos internacionales, ha señalado actualmente, que el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir

²² Sentencia T-226 de 2010, entre otras.

²³ Sentencia T-752 de 2007: “(...) cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional”.

²⁴ Al respecto ver las sentencias T-226 de 2010, T-870 de 2008, T-572 de 2002, T-636 de 2007, T-901 de 2004 y T-946 de 2007.

²⁵ Ver sentencias T-901 de 2004, T-746 de 2002, T-572 de 2002 entre otras.

²⁶ Ver sentencia T-550 de 2010, T-946 de 2007 citan la sentencia T-471 de 2001.

libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. Por ende, 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.

6.1. El primer pronunciamiento que avizora una nueva hermenéutica frente a la tutela para los tratamientos de fertilidad es el fallo **T-528 de 2014**, que si bien está direccionado a un tratamiento de fertilidad específico como es la FIV (fertilización *in vitro*, como técnica de reproducción asistida para controlar la infertilidad) sus consideraciones son válidas para todos los casos englobados en el género de **“tratamientos de fertilidad.”**

- La Sala Primera de Revisión²⁷ conoció el caso de un señor a quien su EPS le negó un tratamiento de fertilidad, en atención a una discapacidad física de tipo reproductivo; solicitaba en consecuencia, el mencionado tratamiento para él y su pareja. 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.

Hizo referencia la sentencia 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 autodeterminación”²⁸, al libre desarrollo de la*

²⁷ T-528 de 2014. M. P. María Victoria Calle.

²⁸ 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).

personalidad, a la intimidad personal y familia y a la libertad para fundar una familia”, y según el Comité de Derechos Humanos “la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia²⁹”.

De igual forma, señaló que “existe un vínculo estrecho entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y sicológica³⁰, este último conectado, a su vez, con el derecho a la salud, debido a que ‘[s]iendo la preservación de las condiciones físicas, sicológicas y espirituales de la persona objeto de protección del derecho fundamental a la integridad personal existe una estrecha relación entre este derecho y el derecho a la salud[, pues este último] protege igualmente la preservación de la integridad de la persona humana, no sólo frente a agresiones humanas sino también frente a todo tipo de agentes naturales o sociales’³¹”.

Concordante con lo anterior, la Corte recordó que el derecho fundamental a la salud protege varios ámbitos de la vida humana, identificando distintas categorías como la salud física, la salud sicológica, 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 frecuencia³²”.

De igual forma, se remitió a lo dispuesto 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*”.

Hizo igual referencia a lo establecido por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El

²⁹ 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”).

³⁰ 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, sicológicos 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.

³¹ Cfr. sentencia T-636 de 2001.

³² 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).

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”³³ 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’³⁴”.

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 Salud. Lo anterior considerando 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 sociales³⁵. 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 continúe dando la misma respuesta a las personas que padecen infertilidad, a sabiendas que el sistema de seguridad social en salud debe ser progresivo.

Constató la aludida sentencia, que aunque la conservación del equilibrio financiero constituía un argumento válido para la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud, ello no significaba que no se pudiese avanzar en su inclusión. Además, porque resultaba constitucionalmente problemático mantener de manera general ese tipo de exclusiones; 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.”*³⁶

³³ 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).

³⁴ 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).

³⁵ Tal es el caso de Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y México. Cfr. Consideración jurídica núm. 4 de la Sentencia T-528 de 2014.

³⁶ Consideraciones vertidas igualmente en la sentencia T-274 de 2015.

6.2 La sentencia T-274 de 2015, en la misma línea vislumbrada por la sentencia T-528 de 2014 sobre la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos, anunció en sus considerandos la necesidad de presentar *“algunas consideraciones desde una perspectiva diferente no examinada ni valorada en la jurisprudencia constitucional hasta ese momento, referida a 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).”*

Se estudió esa vez el caso de varias accionantes que habiendo solicitado a sus respectivas entidades prestadoras de salud el tratamiento de maternidad asistida denominado *Fecundación in vitro*, éste les fue negado tras estimar que se encontraba fuera del POS.

-Reiteró en primer lugar la sentencia, la línea uniforme que ha trazado la Corte Constitucional sobre el reconocimiento, titularidad, naturaleza y contenido de los derechos sexuales y reproductivos³⁷, entendiendo que tales 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.

-Recordó la diferencia plasmada en la jurisprudencia respecto de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, en tanto *“sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, en tanto que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”*³⁸, reconociendo no obstante 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 posee una definición y un contenido propio pero parten de una base común³⁹. Al respecto, se trajo la sentencia T-732 de 2009 en la que la Corte 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

³⁷ 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.

³⁸ Sentencia T-732 de 2009.

³⁹ Ídem.

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 constitucional⁴⁰. 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 normas⁴¹”.

-Teniendo en cuenta que en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos están implícitas otras garantías fundamentales, la Sala Sexta consideró pertinente realizar el estudio de esos otros derechos involucrados en los casos en los que se discute el amparo a los derechos reproductivos, en dos ámbitos diferentes pero confluyentes: el derecho interno y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el derecho emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en el caso **“Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”**. A la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se estudió por la Corte IDH el caso de varias parejas cuya única posibilidad de procrear biológicamente estaba sujeta a la realización de un procedimiento de fertilidad específico (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.

De la normativa constitucional colombiana y de su jurisprudencia, la Sentencia T- 274 de 2015 resalta lo siguiente:

- 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”*⁴², con la autodeterminación y la vocación pluralista de la Carta Política. Sobre el particular esta Corporación ha explicado que se trata de una garantía que 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”*⁴³, de manera arbitraria, irrazonable e injustificada.”⁴⁴.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001.

⁴² Sentencia C-131 de 2014. Cfr. Sentencias T-401 de 1992 y C-239 de 1997.

⁴³ Cfr. Sentencias T-532 de 1992, T-429 de 1994, T-124 de 1998, C-309 de 1997, entre muchas otras.

⁴⁴ Sentencia C-131 de 2014.

-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: *“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 anticoncepción”*⁴⁵.

-Señaló la sentencia, que 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”*⁴⁶,⁴⁷.

-Refiriéndose a los derechos reproductivos, la sentencia recordó que 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, de la siguiente manera: (i) 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

⁴⁵ Sentencia T-732 de 2009.

⁴⁶ Sentencia C-098 de 1996.

⁴⁷ Sentencia C-131 de 2014.

vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la 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 así⁴⁸, 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”⁴⁹.*

-A la **autodeterminación reproductiva** le dio el siguiente alcance: implica reconocer, respetar y garantizar *“la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”⁵⁰*. Lo anterior encuentra anclaje superior en el artículo 42 de la Constitución, cuando 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 este particular, se hizo referencia a la jurisprudencia de este Tribunal que ha sostenido: *“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 Constitución⁵¹*

⁴⁸ El artículo 5º 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).*

⁴⁹ Sentencia T-627 de 2012.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.*

y artículo 11.2 de la CEDAW⁵²). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados⁵³ o cuando se solicitan pruebas de esterilización⁵⁴ o de embarazo⁵⁵ para acceder o permanecer en un empleo. Además, la autodeterminación reproductiva reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos (...) no debe (...) estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”⁵⁶. 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’⁵⁷”⁵⁸.

-Refiriéndose al **acceso a los servicios de salud reproductiva**, se aludió también a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las ocasiones en las que ha dicho 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”⁵⁹. 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 genésica⁶⁰. En el mismo sentido, se refirió la Observación General 14

⁵² “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 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 (...)”.

⁵³ 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.

⁵⁴ CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, párr. 14.

⁵⁵ 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

⁵⁶ Comité CEDAW. Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, párr. 22.

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 28. igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29/3/2000, párr. 20.

⁵⁸ Sentencia T-627 de 2012.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*

del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), sobre el derecho a la salud del, en la que se expuso que *“para suprimir la discriminación contra la mujer, es necesario asegurarle, de forma particular, acceso a servicios en materia reproductiva, por lo cual el Estado debe abstenerse de limitarlo⁶¹ y suprimir las barreras que impiden el mismo⁶², incluso cuando provengan de terceros⁶³”*.

-En armonía con lo anterior, la sentencia indicó que la Corte ha explicado en esa misma línea que el derecho fundamental a la salud protege varios ámbitos de la vida humana, identificando distintas categorías como la salud física, la salud sicológica, la salud mental, la salud emocional y la salud social. Dentro de ellas 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 frecuencia⁶⁴”*.

-Frente a este tema, 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”*, y se remitió a lo establecido por el Programa de Acción de la 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”⁶⁵* 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’⁶⁶”*.

⁶¹ Ibíd.

⁶² Ibíd.

⁶³ Ibíd.

⁶⁴ 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).

⁶⁵ 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).

⁶⁶ 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).

-Por su parte, las reglas hermenéuticas tenidas en cuenta por la Corte Constitucional derivadas del fallo de la Corte IDH en el caso **Artavia contra Costa Rica** fueron las siguientes:

-En punto al alcance de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar, sostuvo 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 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.

-Consideró que la decisión de tener hijos biológicos a través de los tratamientos de fertilidad y específicamente 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.

- 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 biológico⁶⁷. Al respecto señaló, que la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el acceso a la tecnología médica necesaria, el cual se entiende vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad⁶⁸. Resaltó que *“la protección a la vida privada incluye el respeto*

⁶⁷ 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”.

⁶⁸ 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.

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

-Por otro lado, 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”*⁶⁹. 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.

-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 debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, condición que demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva⁷⁰.

-En esa línea se refirió 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 reproductiva⁷¹. Lo hace igualmente con el Protocolo Adicional a la

⁶⁹ Cfr. Párrafo 147.

⁷⁰ Cfr. Párrafos 288 a 293. Sobre el particular refiere la Corte IDH: “288. La Corte toma nota que la Organización Mundial de 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 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).

⁷¹ 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

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”.

-Sostuvo, en consecuencia, que es obligación de los Estados propender hacia 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, se decanta por la necesidad de que “los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras”⁷².

-Afirmó la sentencia de la Corte IDH, 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”⁷³. 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

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”.

⁷² 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 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.

⁷³ 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).

por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas. No obstante, resaltó 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.

Luego del análisis de las pautas hermenéuticas señaladas en la sentencia de la Corte IDH, concluyó la sentencia T- 274 de 2015 que tanto la jurisprudencia de esta Corporación⁷⁴ como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁵ 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 la igualdad y la equidad de género.

La aplicación de la doctrina descrita al caso concreto, se hará en el siguiente acápite.

7. Caso concreto

7.1 Asunto previo

Según el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esa previsión corresponde al requisito de subsidiariedad, que descarta la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos.

La Sala precisa que si bien la parte accionante cuenta con la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, (Ley 1122 de 2007) a fin de que tal entidad conozca y desate la controversia suscitada, considera que este mecanismo de defensa no es apto y expedito en este caso para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados. Conforme lo ha expuesto esta Corporación,⁷⁶ la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud frente a casos que ya se discuten en sede de tutela y que han surtido las instancias regulares de dicho proceso, depende del estudio que elabore el juez constitucional frente a las posibles garantías constitucionales que se advierten infringidas en cada proceso.

Así se señaló en la sentencia C-119 de 2008, al estudiar la exequibilidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, cuando la Corte sostuvo que la oportunidad e idoneidad del proceso jurisdiccional ante la Superintendencia

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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).

⁷⁶ T-603 de 2015, T-081 y T- 083 de 2016 entre otras.

Nacional de Salud, debe valorarse de acuerdo a cada caso en concreto, debiendo considerarse las condiciones de salud, sociales y económicas de los peticionarios que hagan necesario o urgente su amparo. Ha dicho igualmente la Corte, que existe un derecho en cabeza de quien acude al amparo constitucional de obtener una solución pronta y eficaz, y por ello, conforme al análisis de cada caso en concreto, debe operar el amparo en sede de tutela, máxime si cualquiera de los dos mecanismos buscan otorgarle al ciudadano una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos⁷⁷.

Las particularidades de este caso, centradas específicamente en la interrupción de un tratamiento de fertilidad que venía llevándose a cabo y que urge mediante la acción de tutela de un procedimiento que defina la posible aptitud fértil de la accionante, hace que la jurisdicción especial creada por la Superintendencia Nacional de Salud no sea la adecuada debido: (i) al acopio probatorio que ha sido menester este caso, dada la especialidad de lo solicitado, y que claramente se facilita por el despliegue que puede hacer el juez constitucional; (ii) al tiempo que tomaría obtener decisiones en firme por otros medios y (iii) por la precariedad que se ha advertido frente a ese mecanismo, con relación al término para resolver el recurso de apelación en segunda instancia por los Tribunales Superiores, el cual no ha sido aún regulado por el legislador, razón por demás para que no se considere una vía legítima de acceso a la justicia por parte de quienes originalmente activaron el mecanismo tutelar.

Comparte la Sala la opinión del salvamento de voto consignada en la sentencia T-603 de 2015, al concluir que “de cara a una crisis tan profunda como la que aqueja al sistema de salud colombiano, sin desconocer con ello los esfuerzos por superar las dificultades estructurales, no puede supeditarse la acción de tutela a que *se agoten todos los mecanismos judiciales ordinarios*”. Así entonces, “*a pesar de que deban adelantarse previamente los mecanismos administrativos o judiciales dispuestos, ello no puede convertirse en un obstáculo insalvable, cuando estén en juego caros intereses de una sociedad, como es la salud y la vida de sus habitantes. Finalmente, el tiempo que implica agotar la instancia ante la Superintendencia de Salud más la segunda instancia ante las salas laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en el evento de impugnarse, harían inoperante la respuesta que brinda la acción de tutela, además de desvirtuar la posibilidad de adoptar medidas provisionales para proteger los derechos (Art 7, Decreto 2591 de 1991)*”⁷⁸.

7.2 Hechos probados y solución del caso

La señora Liliana Andrea Garcés Piedrahita, padece de una patología que la califica como abortadora habitual en tanto en más de 7 oportunidades ha

⁷⁷ T-862 de 2013.

⁷⁸ Salvamento de voto Magistrado Jorge Iván Palacio.

intentado que su embarazo llegue a término y no ha sido posible. Luego de varios exámenes diagnósticos, específicamente cariotipos y espermogramas, practicados por la EPS Coomeva, su médica tratante recomienda el tratamiento de inmunoterapia con linfocitos paternos a efecto de mejorar su pronóstico de fertilidad.

La Sala recuerda, que el punto de partida en el análisis de la alegada vulneración a los derechos de la accionante, ha de ser en este caso, el grado de afectación que supone para su salud la falta del tratamiento recomendado, visto desde la jurisprudencia vigente en torno a los derechos reproductivos, el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. Para ello, detallará inicialmente, el resultado del material probatorio allegado al expediente junto al solicitado por la Corte a médicos especialistas⁷⁹ en la materia, el cual se condensa en el siguiente resultado:

-La EPS Coomeva señaló en la respuesta que dio al juez de instancia en el presente caso, que la accionante “*se encuentra en manejo de infertilidad*”, lo que significa que viene tratándose con anterioridad un problema de fertilidad, en este caso el relativo a la imposibilidad de que el embarazo concluya con un nacido vivo, dada la pérdida gestacional repetida.

- La reproducción de los seres humanos involucra a progenitores genéticamente diferentes de una misma especie, a dichas diferencias se las denomina aloinmunes, por ello el embarazo es similar a un trasplante al cual se debe una respuesta de reconocimiento. Esto determina que el embrión, sea blanco inmunológico natural para el sistema inmune materno, debido a aquellos productos de genes heredados del padre y antígenos específicos de tejido de diferenciación.⁸⁰

-El aborto espontáneo recurrente se define como la pérdida temprana y consecutiva de tres o más embarazos. Una teoría señala que para algunas mujeres esto podría estar causado por una respuesta del sistema inmunológico al embrión o feto. Se han probado tratamientos que intentan inmunizar a la mujer contra células "extrañas" de un futuro embarazo y las inmunoterapias, como las solicitadas en este caso, incluyen glóbulos blancos (leucocitos) de la pareja de la mujer. El tratamiento consiste en un plan de inmunización con leucocitos paternos, que permiten al sistema inmune materno el reconocimiento indispensable para que se establezcan los mecanismos protectores del embarazo.⁸¹

⁷⁹ Cfr. Folios 20 y siguientes del expediente número 2.

⁸⁰ Folio 20, cuaderno número 2. Concepto ante la Corte de la Doctora Glorja Elena Ospina, y folio 26, bibliografía citada por el Doctor Juan Carlos Mendoza en concepto enviado a la Corte Constitucional. J.Cubillos JC Mendoza Aborto Recurrente controversias en ginecología y Obstetricia, Volumen 16 número 92 junio 2006.

⁸¹ Folio 21 Concepto rendido ante la Corte Constitucional del Doctor Juan Carlos Mendoza A. miembro del equipo de fertilidad humana de la Universidad del Bosque y bibliografía sugerida.

-La etiología del aborto habitual es incierta y diversa, (de un 30 a 50% de los casos la causa es desconocida) va desde problemas genéticos, endocrinológicos e inmunológicos hasta los que tienen que ver con la calidad seminal. Ante los múltiples orígenes de la patología, igualmente existe variedad de posibilidades terapéuticas. En caso de que se haya hecho un diagnóstico previo y correcto de problemas aloinmunes en la pareja, una de las terapias viables es la de linfocitos paternos.⁸²

-La *inmunoterapia con leucocitos paternos* no es una técnica de reproducción asistida, sino una opción terapéutica para tratar la infertilidad, es un tratamiento de fertilidad previo a la búsqueda de un embarazo para pacientes con múltiples pérdidas previas.⁸³

-La evidencia científica revela, que la inmunoterapia no reduce a futuro el riesgo de aborto por repetición en las mujeres que tienen abortos espontáneos recurrentes. Pese a que se trata de una técnica utilizada desde hace 35 años, las tasas de éxito van del 10 % al 90 %. Depende, afirman los juicios médicos consultados, de la precisión en el diagnóstico previo realizado a la mujer y a la pareja.⁸⁴

7.3 A la vista de los hechos y pruebas allegadas, la Corte considera lo siguiente:

De acuerdo con lo estipulado en el numeral 4º del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013⁸⁵, los tratamientos para la fertilidad se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud⁸⁶. Con fundamento en esa normativa la EPS ha negado a la accionante la autorización del procedimiento denominado *inmunoterapia con leucocitos paternos*, recomendado por la médica tratante, luego de diagnosticarle una patología del sistema reproductor que limita la capacidad para concebir y que hace imperiosa su protección constitucional desde la perspectiva de los derechos reproductivos.

Si bien en principio el derecho fundamental a la salud en cualquiera de sus facetas es exigible por vía de tutela respecto a los servicios contenidos en el Plan de Beneficios, la Corte Constitucional ha indicado, que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos,

⁸² Folios 20 y 21. Concepto rendido ante la Corte Constitucional del Doctor Juan Carlos Mendoza A. miembro del equipo de fertilidad humana de la Universidad del Bosque y bibliografía sugerida.

⁸³ Folio 20, cuaderno número 2. concepto de la Doctora Glorja Elena Ospina rendido ante la Corte en el caso concreto.

⁸⁴ Folios 20 y 21. Cuaderno número 2. Concepto rendido ante la Corte Constitucional por el Doctor Juan Carlos Mendoza A. miembro del equipo de fertilidad humana de la Universidad del Bosque y bibliografía sugerida. Cubillos JC, Mendoza JC, Ruiz H. y cols. Aborto Recurrente Espontáneo: tratamiento inmunológico y resultado perinatal, 1999, Medicina Reproductiva, Vol.2, julio- octubre.

⁸⁵ Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

⁸⁶ 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 (...)”.

medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan necesitan ser prestados por las EPS, pues, de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud, para lo cual y de conformidad con los criterios establecidos para acceder a servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, se requiere examinar el caso concreto, y, de acuerdo con lo que ello resulte, determinar si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con la situación de que se trata.

Pese a ello, y siendo la anterior la pauta general, la sentencia T-274 de 2015 previó un alcance mayor en el análisis del reconocimiento de los tratamientos de fertilidad excluidos del POS, teniendo presente que (i) involucran facetas diferentes a la del derecho a la salud en su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades y (ii) por ende, el *test de comprobación* 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.

Así entonces, el estudio sobre la posibilidad de acceder al tratamiento recomendado como 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 en 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 el médico tratante 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 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.

(iii) 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.

(iv) 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.

La constatación de tales presupuestos en el caso concreto es la siguiente:

1. La falta del tratamiento ordenado por la médica tratante excluido del POS, denominado *terapia con leucocitos paternos* puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales de la accionante a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, en la medida en que su no realización puede desestimular su proyecto de ser madre y la reducción de sus opciones terapéuticas. Entiende la Sala que la ausencia de este tratamiento no pone en riesgo la vida de la accionante, pero sí implica una afectación en la faceta reproductiva de la salud de la peticionaria, constituyéndose la infertilidad en una patología que, según lo ha reconocido la propia *Organización Mundial de la Salud* 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*”.

La sentencia T-528 de 2014, en la misma línea, lo corroboró acotando, que si bien los problemas de fertilidad no involucran gravemente la vida o la integridad personal en un aspecto determinante de la condición general de la salud, sí puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad/maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja; es una “*situación {que} pone en evidencia que hay una dimensión prestacional del derecho a la salud en la cual no se ha avanzado en lo absoluto, y que deja desprotegido a un sector de la población que demanda servicios médicos para el tratamiento de su infertilidad, como lo tiene para otra cualquier causa de salud.*”. A lo anterior se suma, que el fracaso de un embarazo o la pérdida recurrente, como en el *sub lite*, genera un trastorno emotivo muy importante para la paciente y su familia, sumado también a la incertidumbre por el desconocimiento de la causa y la cada vez más probable recurrencia del episodio abortivo. La sentencia citada (T-528 de 2014) en uno de sus apartes, refiriéndose a un concepto médico relevante en el fallo y que permite entender la dimensión emocional y psicológica de quienes padecen de infertilidad y deben someterse a tratamientos para mejora de su condición, sostuvo:

“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). 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”⁸⁷. 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’⁸⁸.

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.

2. El tratamiento fue prescrito por una médica adscrita para ese momento a la EPS a la cual se encuentra afiliada la peticionaria. A folio 4 del expediente se advierte la siguiente prescripción de la doctora Glorja Elena Ospina Montoya : *“pérdida habitual de embarazo g7 a7 con factor aloinmune que requiere inmunoterapia con linfoterapia para mejorar la posibilidad de embarazo. Tiene ya todos los estudios adicionales”*. A folio 5 se encuentra otra orden médica que dice: *“G 7 A 7 Aloinmune. Requiere inmunoterapia con linfocitos paternos 2 veces y control de Ac bloqueadores luego de tratamiento.”*

-Tal información sería suficiente para confirmar el presupuesto referido al médico tratante, sin embargo, en los antecedentes de este caso se advirtió que tanto la entidad accionada como el juez de instancia, sostienen que la médica tratante no llevó la solicitud del procedimiento NO POS al respectivo Comité Técnico Científico y ello, a su parecer, justifica la negativa del tratamiento en el marco de las políticas de la EPS y en sede judicial, desde la interpretación que dio el juez de instancia.

⁸⁷ Ibíd.

⁸⁸ Ibíd. Según indican Jorge Luis Calero y Felipe Santana, (citado en la sentencia T-528 de 2014) 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).

Cabe advertir, con el fin de no soslayar este tópico, que la exigencia del *filtro* de la negativa del POS por el Comité Técnico Científico, ha sido cuestionada por esta Corporación en los casos en los que constituye un óbice para la autorización de un procedimiento médico. La Corte, en efecto, tiene sentadas las siguientes *sub reglas* : (i) la necesidad de respetar y privilegiar el criterio médico sobre el concepto del Comité Técnico Científico en caso de disparidad de criterios⁸⁹ y (ii) la entidad del Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud, que no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, por lo tanto ha precisado la jurisprudencia, que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS, no siendo su concepto un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente.⁹⁰

Tales razones han avalado la expedición reciente de la Resolución 1328 de 2016, vigente a partir del primero de junio del presente año y dictada a la luz de lo dispuesto por la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Dicha normativa elimina la exigencia actual de que la fórmula del médico tratante deba ser autorizada por el CTC, por estimar que se trata de una barrera de acceso a los usuarios, amén de que interfiere la autonomía médica.

Claramente, en este caso, aplicando el aforismo latino *nemo auditur propiam turpitudinem allegnans*, se trató de una negligencia de la propia entidad que indica que su médica no realizó el procedimiento expedito, no siendo posible entonces alegar su propia culpa dentro del proceso de tutela buscando razones para no acceder al tratamiento ordenado a la accionante. Ajenos a este tipo de contingencias, deben permanecer los usuarios y pacientes, como eslabón más frágil en la cadena de actores dentro del Sistema de Salud.⁹¹

Por lo demás, se recuerda que la accionante es paciente de Coomeva EPS, tiene 34 años de edad, 7 abortos espontáneos y según lo afirmó la propia entidad, *se encuentra en un manejo franco de infertilidad*. Es decir, lo que se solicita por vía de tutela hace parte de un tratamiento ya iniciado, que ha sido interrumpido y obstaculizado por la entidad accionada al negar su realización. Según lo expusieron los médicos través de sus dictámenes, el tratamiento ya se encuentra en la segunda fase terapéutica, considerando que el paso más importante en circunstancias análogas, es la precisión de los diagnósticos para poder determinar el factor causal de la infertilidad. En efecto, se observa en las pruebas recepcionadas, que la *terapia con leucocitos paternos* es una técnica a tener en cuenta para casos de abortos sistemáticos, solo cuando se ha hecho el correspondiente diagnóstico que justifica su realización y precisa la

⁸⁹ Sentencias T-300 de 2005, C-436 de 2008, T-964 de 2006, T-1016 de 2006, T-464^a de 2006, T-514 de 2006, T-053 de 2004, T-616 de 2004, T-1192 de 2004, T-1234 de 2004, T-1083/03, T-1007 de 2003, T-1083 de 2003, T-344 de 2002, T-414 de 2001, T-566 de 2001, T-1188 de 2001, T-786 de 2001, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-666 de 1997, entre otras..

⁹⁰ T-446 de 2012.

⁹¹ T-345 de 2012, entre muchas.

causa aloinmune, como aconteció en este caso. Es la información especializada que se deriva del informe médico cuando dice que la eficacia de la inmunoterapia “*dependerá de un diagnóstico adecuado y la aplicación de una metodología terapéutica que haya demostrado resultados, considerando que el tratamiento utilizado de la manera adecuada en la paciente indicada tiene sin duda un efecto terapéutico.*”⁹²

La EPS practicó ya a la accionante los exámenes diagnósticos previos y necesarios (como el cariotipo con bandeado de sangre y el espermograma a su pareja) y tal como lo dice la médica tratante, “*ya están todos los estudios adicionales*”,⁹³ y lo que procede es la realización de la inmunoterapia recomendada. Escindir el tratamiento o interrumpirlo estando en curso y a esa altura de lo ya ganado en diagnósticos y pronósticos médicos, atenta claramente contra el derecho a la salud de la peticionaria en su faceta reproductiva y en la arista de continuidad del servicio de salud⁹⁴.

El concepto de continuidad en los tratamientos de esterilidad, demanda una mirada más integradora, teniendo en cuenta que se trata de medidas clínicas y terapéuticas escalonadas cuya piedra angular es el diagnóstico inicial, conformado para este caso con los estudios previos realizados a la pareja; la terapéutica final, (la técnica de los leucocitos paternos) es el resultado último de un tratamiento para mejorar las probabilidades del embarazo.⁹⁵ El estudio de los factores causales de la esterilidad, que en este caso se hizo con las pruebas diagnósticas previas, hace parte del tratamiento y si éste se truncó en esa instancia sin avanzar hacia la “*opción terapéutica*” de la inmunoterapia con leucocitos, claramente se infringió el imperativo de continuidad predicable del servicio de salud.

3. Según se dejó evidenciado con las pruebas recabadas, con especial mención del concepto de la médica tratante, la “*inmunoterapia con leucocitos paternos no tiene alternativas y los métodos de reproducción asistida no mejoran este problema.*” Significa, que para el caso concreto de la demandante, la inmunoterapia es la opción terapéutica idónea para paliar la patología que padece.

Pese a ello, y a efecto de no ignorar el experticio de los médicos citados, es preciso que se tenga en cuenta, que también consta en los informes allegados, que la *inmunoterapia* no reduce el riesgo de futuros abortos espontáneos recurrentes, por ello, la decisión desde el punto de vista constitucional será contrarrestar y prevenir una lesión permanente a los derechos de la accionante, garantizando el pleno de sus derechos reproductivos y autorizando el tratamiento con *leucocitos paternos*, previo su consentimiento informado,

⁹² Informe del Doctor Juan Carlos Mendoza, miembro de la Unidad de Reproducción Humana de la Universidad del Bosque. Bogotá. Col.

⁹³ Folio 4 del expediente.

⁹⁴ Sentencia T-065 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre muchas.

⁹⁵ Bioética y Ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos. Abellán Fernando, Caro, Javier. Editorial Comares, Granada 2009.

que se le permita conocer las tasas de éxito y de fracaso de la terapia y sus potenciales efectos colaterales.

4. 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 la entidad accionada. De igual forma, en diligencia de declaración de parte llevada a cabo por el juez de primera instancia, la señora indicó que se encuentra sin trabajo, con problemas psicológicos y que los ingresos económicos de su núcleo familiar los proporciona su esposo que tiene un salario mínimo y cubre todos los gastos del hogar, no pudiendo costear⁹⁶ la terapia recomendada.

8. Conclusión

La Sala sigue los precedentes sentados en las sentencias T- 528 de 2014 y T-274 de 2015 en las que se acogieron las directrices hermenéuticas dictadas por la Corte IDH en el caso Artavia contra Costa Rica, por considerar que concilian y amplían el espectro de protección de los derechos sexuales y reproductivos elaborado en amplia jurisprudencia por la Corte Constitucional, en los casos de los tratamientos de fertilidad, siendo evidente que las pautas de interpretación dadas por la sentencia de la Corte IDH garantizan, de forma más efectiva, los derechos reconocidos en nuestra Carta Política.

-Concluye la Corte entonces para este caso, que la falta de un tratamiento que puede mejorar la salud reproductiva de la accionante, lesiona claramente sus derechos constitucionales; recuerda además, que de cara a las consideraciones hechas en la sentencia C-313 de 2014 que revisó la Ley Estatutaria en Salud, los pacientes tienen derecho al beneficio de las tecnología y avances de la ciencia para paliar y mejorar su estado de salud en las facetas que se encuentren afectadas.

-Igualmente, tal como se expuso en las consideraciones generales que se siguen de las sentencias T-274 de 2015 y T-528 de 2014, la negativa de un tratamiento de fertilidad infringe, tanto la dimensión reproductiva del derecho a la salud, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su núcleo esencial de autodeterminación reproductiva y libertad para tomar las decisiones que más convengan en el proyecto de vida familiar, y a la igualdad en las perspectivas enunciadas: **(i)** la que apunta a 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 y **(ii)** la que supone un trato discriminado para aquellas personas que sufren de infertilidad, que tienen derecho, como se indicó, a acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas de salud reproductiva, también de conformidad con lo establecido

⁹⁶ En conversación que tuvo el despacho del Magistrado Ponente con los médicos especialistas consultados en este caso, la inmunoterapia con linfocitos paternos puede tener un costo que oscila entre los \$ 500.000 y \$800.000

en el artículo 25 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

-Reitera finalmente la Sala, que en virtud de los principios de confianza legítima y de continuidad en la prestación del servicio de salud, no era permitido a la EPS suspender el tratamiento de fertilidad ya iniciado a la accionante a pesar de que no tuviera la obligación de suministrarlo⁹⁷.

9. Órdenes a impartir

A la luz de las consideraciones expuestas, esta Sala revocará la decisión del juez de primera instancia y concederá a la señora LILIANA ANDREA GARCES PIEDRAHITA la tutela de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, ordenará la realización de la inmunoterapia de leucocitos paternos previo consentimiento informado de la accionante respecto de las tasas de éxito y de fracaso de la mencionada terapia y de sus potenciales efectos colaterales.

Se reiterarán, por ser pertinentes y comunes, las consideraciones vertidas en las sentencias T- 528 de 2014 y T- 274 de 2015, en punto al déficit de protección en materia de salud reproductiva ante la insuficiencia de regulación en Colombia en lo que toca con los tratamientos de fertilidad y su inclusión en el plan de beneficios.

Se reiterará por lo tanto, el exhorto 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

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.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

⁹⁷ Ver sentencias T- 901 de 2004, T-746 de 2002, T-572 de 2002 entre otras.

PRIMERO: LEVANTAR los términos suspendidos en el presente proceso.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Sexto Civil Municipal En Oralidad de Armenia y en consecuencia, **CONCEDER** a la señora LILIANA ANDREA GARCES PIEDRAHITA la tutela de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

TERCERO: ORDENAR a la EPS COOMEVA - Seccional Pereira – que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el tratamiento de inmunoterapia con linfocitos paternos, previo consentimiento informado de la accionante respecto de las tasas de éxito y de fracaso de la mencionada terapia y de sus potenciales efectos colaterales.

COOMEVA EPS deberá igualmente 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.

CUARTO : REITERAR el exhorto 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.

QUINTO: 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.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General