Sentencia T-337/19

Referencia: Expediente T-7.146.128

Demandante: D. S. M. G.

Demandada: Salud Total EPS

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., veintiséis (26) de Julio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia del 26 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales (Caldas), que revocó el fallo del 18 de septiembre de 2018 del Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizales (Caldas), dentro de la acción de tutela promovida por D. S. M. G. contra Salud Total EPS, que amparó los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas de la accionante.

El expediente T-7.146.128 llegó a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2°) de la Constitución y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto de 28 de enero de 2019, la Sala Número Uno de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y éste fue repartido a la Sala Quinta de Revisión.

Aclaración previa

En el presente asunto, teniendo en cuenta que se analizan datos especialmente sensibles de la salud y la vida privada de la accionante, la Sala encuentra necesario suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de la accionante, así como los demás datos que puedan transgredir su derecho a la intimidad.

En este orden de ideas, se cambiarán los nombres reales de la actora y los de su compañero permanente por las iniciales de los mismos.

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

La señora D. S. M. G., interpuso acción de tutela el 4 de septiembre de 2018, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, que considera vulnerados por la EPS Salud Total.

La accionante nació el 10 de mayo de 1986, a la fecha tiene 33 años; se encuentra afiliada a la empresa demandada, en calidad de cotizante, rango A; reside en la ciudad de Manizales (Caldas)

En la demanda de tutela la señora Marulanda González subrayó que padece de **"ENDOMETRIOSIS GRADO IV CISTITIS INTERTICIAL Y ENDOMETRIRIS CRÓNICA".** (Negrillas originales) Esta enfermedad le causa graves dificultades en su salud y su vida, pues le produce "grandes malestares, dolores y cólicos."

Igualmente, precisó que, pese al tratamiento que se le ha suministrado, su salud se sigue deteriorando y, en razón de ello, el 20 de junio de 2018, el médico tratante le ordenó la realización de un "TRATAMIENTO DE FERTILIZACIÓN INVITRO"[1], lo cual permitiría que quede posteriormente en embarazo, situación que puede traer una mejoría sustancial para su salud. En el mismo sentido, explicó que el tratamiento de fertilización in vitro le fue ordenado por el médico tratante, como parte del tratamiento de la endometriosis que sufre, por los beneficios que para su salud.

No obstante, la accionante indicó que la EPS Salud Total le ha negado el procedimiento, argumentando que se debe esperar el resultado de los laboratorios y patologías solicitadas, pues el médico tratante no ha definido el tratamiento a seguir.

Cabe destacar que la señora Marulanda González antes de interponer el presente amparo ya había elevado otras acciones de tutela contra Salud Total EPS:

[1] De acuerdo con el plan de manejo, de fecha 20 de junio de 2018, visible a folio 11 del cuaderno No. 1.

Radicado	Despacho Judicial	Pretensión	Decisión
2012-00578-00	Juzgado 2do. Civil Municipal de Manizales	Autorizar la realización del tratamiento de fertilización *in vitro* y el tratamiento integral	No se tutelaron los derechos fundamentales de la actora, pues la prescripción sobre el tratamiento de fertilidad la realizó un médico no adscrito a la EPS, empresa que le estaba prestando todos los servicios que requería. En segunda instancia se confirmó la decisión y se adicionó orden para que sea valorada por su médico tratante para que establezca la posibilidad del tratamiento de fertilidad para curar o controlar la endometriosis grado IV. Dictamen que debía tenerse en cuenta en su historia clínica y su tratamiento, para lo cual debía programársele cita en 8 días.
2016-00099	Juzgado 7mo. Civil Municipal de Manizales	Autorizar, programar y prestar los servicios médicos de cistoscopia transuretral, escisión y ablación de endometriosis estados III y IV por laparoscopia, liberación de adherencias o bridas en intestino	Tutelar los derechos fundamentales de la actora y, en consecuencia, se ordenó prestar los servicios médicos requeridos. Pero negó el tratamiento integral.

		por laparoscopia, ordenados por el médico tratante. Así como que se le conceda un tratamiento integral.	
2018-00060-00	Juzgado 2do. Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales	Autorizar y materializar el control por endocrinología ginecológica, consulta por primera vez por fisioterapia y ginecología avanzada y laparoscopia, consulta de primera vez por medicina especializada y tratamiento integral,	Se tutelaron los derechos fundamentales de la actora y, en consecuencia, se ordenó autorizar y materializar el control por endocrinología ginecológica, consulta por primera vez por fisioterapia y ginecología avanzada y laparoscopia, consulta de primera vez por medicina especializada y se le concedió el tratamiento integral, a partir de los diagnósticos de endometriosis grado IV, cistitis intersticial (trastorno de dolor persistente somatomorfo)

Finalmente, no se puede pasar por alto el escrito que acompaña la acción de tutela, suscrito por el señor A. M. C., compañero permanente de la accionada, a través del cual coadyuva la petición de amparo.

1.2 Actuación procesal

Mediante auto del 5 de septiembre de 2018, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de control de Garantías de Manizales, (Caldas) admitió la acción de tutela y, en consecuencia, ordenó practicar las diligencias necesarias para esclarecer los hechos y verificar si hubo o no vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la accionante. Además, a través de mencionado proveído corrió traslado a la empresa accionada, para que se pronuncie respecto de los hechos y pretensiones de la actora.

(i) Respuesta de Salud Total EPS

A través de escrito del 11 de septiembre de 2018, expuso que la señora D. S. M. G. es atendida por esa empresa y se le han autorizado todos los servicios de consulta de medicina general y especializada requeridos por ella, así como el suministro de medicamentos, exámenes de diagnóstico y procedimientos terapéuticos incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC que han sido ordenados por los médicos adscritos a la red de prestación de servicios de Salud Total.

Sin embargo, puntualizó que la accionante ha interpuesto acciones de tutela e incidentes de desacato en varias oportunidades con las mismas pretensiones, sin que se haya accedido a ellas.

En razón de lo expuesto, solicitó analizar si existe una actuación temeraria de parte de la señora Marulanda González.

Además, argumentó que existe una carencia actual de objeto de la acción de tutela, teniendo en cuenta que ningún servicio de salud le ha sido negado a la accionante y el procedimiento de fertilización in vitro no es procedente.

Finalmente y en forma subsidiaria, pidió que de concederse el amparo, se ordene al Ministerio de Protección Social y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, pagar a favor de esa empresa las sumas que en exceso deba asumir en la atención por los tratamientos, procedimientos y medicamentos que requiera la accionante, entre otros.

1.3 Decisiones objeto de revisión

(i) Sentencia de primera instancia

A través de fallo del 18 de septiembre de 2018, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizalez (Caldas) tuteló los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas de la señora D. S. M. G. y, en consecuencia, ordenó a la EPS Salud Total *"que dentro del término de cuarenta y ocho horas-48- contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice el procedimiento FERTILIZACIÓN INVITRO para la señora (…)* [D. S. M. G.], *a fin que conforme a las recomendaciones del médico tratante se lleve a cabo y en concreto conforme al PLAN DE MANEJO, que dispuso (…)"*

Al efecto, hizo las siguientes consideraciones *"*[D. S. M. G.], *necesariamente debe acceder al servicio en tanto lo que se persigue con él, como insistentemente se dijo, es el restablecimiento de su salud afectada desde hace muchos años en virtud a las patologías diagnosticadas (…) siempre se le ha indicado por los médicos que este procedimiento puede surtir efectos positivos en su salud, pues de hecho, ya ha venido siendo destinataria de muchos diferentes [tratamientos] sin lograr resultados positivos. (…) En torno a la capacidad económica que pueda tener la*

accionante para costeárselo por su cuenta, para nadie es desconocido que la fertilización in vitro es un procedimiento bastante costoso al que no puede acceder cualquier persona y menos, una como la actora que de acuerdo a la misma accionada cotiza al sistema en calidad de afiliada y se encuentra clasificada en rango uno de los que se saben son quienes cotizan sobre un salario mínimo legal mensual vigente. Por último digamos que frente al que guarda relación con que haya sido prescrito por médico adscrito a la EPS, no se dio oposición de la demandada lo que nos da a entender que lo avala, sin que haya lugar a discusión."

(ii) Impugnación

Mediante escrito del 24 de septiembre de 2018, Salud Total EPS impugnó la sentencia emitida en primera instancia, pues según indicó la accionante solicita el procedimiento de fertilización in vitro *"con intención de procreación y no con fines terapéuticos ni como tratamiento del diagnóstico de endometriosis."* También expuso que no hay pertinencia médica respecto del referido tratamiento y que al momento de expedir el fallo no se contaba con las respuestas al cuestionario formulado al médico especialista en endocrinología y ginecología, por el corto tiempo que le fue concedido al efecto.

Reiteró que se está ante un caso de actuación temeraria por parte de la accionante por la interposición de otras acciones de tutela con base en los mismos hechos y pretensiones, al igual que haber tramitado dos incidentes de desacato al mismo tiempo ante diferentes despachos.

Así mismo, solicitó que se declare la improcedencia del amparo con base en lo dispuesto en la sentencia T-316 de 2018, que establece unas condiciones específicas para que una EPS autorice un tratamiento de fertilización in vitro, que en el caso bajo estudio no se cumplen. Y reiteró los argumentos expuestos en su contestación a la demanda de tutela.

(iii) Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales (Caldas), el 26 de octubre de 2018, revocó el fallo de primera instancia, con base en las siguientes consideraciones *"teniendo en cuenta el soporte médico aportado por la señora* [D. S. M. G.]*, se observa que si bien sus médicos le han estado tratando sus patologías desde hace seis (6) años, e incluso en tiempo atrás tuvo un embarazo ectópico, el cual le generó la pérdida de una trompa de Falopio y afectación a la trompa Colateral, lo cierto es que en ninguno de ellos consta que su vida esté en riesgo, por cuanto si tal garantía superior estuviera afectándose el Dr. Eduardo Rodrigo Henao Flórez, sin dudarlo lo hubiera consignado en su respuesta ante la pregunta que se le hiciera por parte del A quo (…) teniendo en cuenta que según el Máximo órgano Constitucional, el procedimiento de Fertilización in Vitro, es un tema aún no abordado por el Congreso de la República, lo que implica que el Juez de tutela no puede a partir de una acción de tutela expedir órdenes que lleguen*

a tener alcance general con las implicaciones jurídicas que pueden tener, y además que a partir de los extractos de historia clínica aportados así como el concepto emitido por el Dr. Eduardo Rodrigo Henao Flórez ,la vida de la señora [D. S. M. G.] *no está en riesgo, no podría esta Juez Constitucional convalidar la Fertilización in Vitro la cual ha sido ordenada por el A quo."*

1.4 Pruebas presentadas con la acción de tutela

- Historia clínica de la señora D. S. M. G., correspondiente a la atención prestada el 20 de junio y 1 de agosto de 2018
- Resultados de los exámenes realizados el 21 de julio de 2018 en el laboratorio clínico de la Clínica Versalles
- Informes de estudios anatomopatológicos realizados en el laboratorio de patología y citología de Citosalud S.A.S, el 1 y 11 de agosto de 2018
- Fallo de tutela emitido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, el 12 de diciembre de 2012

1.5 Pruebas que obran en el expediente

- Declaración de la señora D. S. M. G., presentada ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizales (Caldas), el 14 de septiembre de 2018.

- Cuestionario elaborado por el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizales (Caldas) dirigido al Médico Especialista en Edocrinología y Ginecología, Eduardo Rodrigo Henao Flórez, del 14 de septiembre de 2018, en el cual se lo indagó de la siguiente manera:

  "Dirá si ha tratado en su especialidad a la señora Marulanda González, en caso afirmativo desde qué tiempo y con qué fines.

  Informará si en alguna oportunidad recomendó para dicha paciente el procedimiento "FERTILIZACION IN VITRO. En este punto, me explicará en qué consiste el procedimiento.

  En su concepto como profesional de la medicina, podríamos afirmar que de no accederse a la pretensión de la tutela de ordenar el tratamiento de fertilización in vitro para la accionante, se traduciría en falta de continuidad en la prestación del servicio de salud?

  Indicará si una técnica de reproducción como la ya señalada, fuera de que la mujer pueda acceder a un embarazo, tiene otros fines curativos respecto de otras patologías que guarden relación con el sistema reproductor de la mujer y cuál su efectividad.

  La falta del suministro del tratamiento de fertilización in vitro que demanda la paciente, se puede traducir en desmedro de su

derecho a la vida, salud sexual y reproductiva e integridad personal.

Si en el caso de la paciente Maruianda González, se considera efectiva la fertilización invitro para la cura de las enfermedades que la aquejan

Señalará si usted es médico adscrito a la E.P.S SALUD TOTAL o presta los servicios a través de una IPS, que tenga contrato con la EPS. y si la atención prestada a la referida ciudadana se dio bajo tal calidad o fue particular.

Existe otra alternativa para el tratamiento de la patología de endometriosis que padece la paciente, diferente a la fertilización in vitro pero con la misma o superior eficacia; esa alternativa, si la hay, se encuentra incluida en el plan de beneficios?

Existe certeza medica sobre la enfermedad de la paciente y el tratamiento a seguir?

La infertilidad de la accionante es una patología secundaria, derivada de la endometriosis?"

- Respuestas al cuestionario antes referido, presentadas el 19 de septiembre de 2018:

"Respuesta a primer punto: ***La señora*** **[**D. S. M. G.] ***llega a mi consulta el 20 de junio de 2018, remitida por ginecología de su EPS, debido a que lleva 6 años buscando tener un bebe y no lo a logrado aún****, lo que define que tiene una patología llamada infertilidad. De acuerdo a sus antecedentes llega con los siguientes diagnósticos : 1. Infertilidad de origen tubárico: debido a que por antecedente de embarazo ectópico perdió una trompa de Falopio con afectación de trompa contralateral. 2. Endometriosis del peritoneo pélvico: enfermedad que frecuentemente causa dolor pélvico e infertilidad. También se anota en la historia que la paciente padece de Dolor pélvico crónico de múltiples causas entre ellas síndrome vesical doloroso, endometriosis, antecedentes de adherencias peritoneales.*

Respuesta a segundo punto: ***si recomendé el tratamient llamado Fertilización In Vitro lo indique específicamente para el tratamiento del diagnóstico Infertilidad de origen tubárico, que fue el motivo por el cual la paciente fue remitida para atención por mi especialidad.*** *Es un tratamiento de reproducción asistida que consiste en obtener óvulos de los ovarios previa estimulación con medicamentos, estos se extraen por ecografía, luego en un laboratorio especializado se ponen en contacto con los espermatozoides de su esposo o pareja para que sean fecundados, se forman embriones que luego son transferidos vía vaginal al*

útero de la paciente (el tratamiento reemplaza a las trompas que están ausente u obstruidas), por lo anterior es el tratamiento de elección en este caso.

Respuesta tercer punto: si la paciente no accede al tratamiento se traduciría en falta de continuidad en la prestación del servicio de salud.

Respuesta a cuarto punto: ***La Fertilización in Vitro es un tratamiento de reproducción asistida que ayuda a solucionar múltiples alteraciones que puedan dificultar que una mujer no pueda quedar en embarazo****, por ejemplo: endometriosis severa, alteraciones de la ovulación de los ovarios, obstrucción de las trompas de Falopio, alteración severa de los espermatozoides del esposo entre otras, tiene una efectividad entre el 40-50% por mes de tratamiento, en 4 meses de tratamiento esta cercana al 80% de tasa de embarazo.*

Punto cinco: Es difícil responder a esta pregunta debido a que cada persona le da diferente grado de importancia a su deseos y proyectos de vida, pero la falta de suministro del tratamiento Fertilización In Vitro , podría afectar su derecho desde el punto de vista de su salud sexual y reproductiva.

Punto seis: ***La fertilización In Vitro es un tratamiento exclusivamente diseñado para que las parejas mejoren su opción de tener un bebe, si presentan infertilidad.***

Punto siete: Soy médico ginecólogo que trabaja bajo contrato con la IPS S.E.S Hospital de Caldas, institución que contrata con la eps Salud total. La atención de la paciente la hice en nombre de la IPS, la paciente fue atendida por remisión a mi especialidad por su EPS.

Punto ocho: No existe en la actualidad un tratamiento con la misma eficacia o efectividad para lograr un embarazo que la Fertilizacion In vitro y que sea cubierto por el plan de beneficios.

Punto nueve: ***según la historia clínica de la paciente existe certeza clínica sobre las enfermedades que padece la paciente****, por medio de un procedimiento quirúrgico llamado laparoscopia que fue realizada en abril del 2016, se visualizaron directamente la enfermedad llamada endometriosis y el 16 agosto del 2016 se realiza resección de una de las trompas de Falopio por laparotomía.*

Punto 10: según la historia clínica de la paciente si se considera que la endometriosis es posiblemente la mayor

responsable de la patología llamada infertilidad."(Negrillas agregadas)

1.6 Escritos allegados en sede de revisión

A través de escrito del 10 de abril de 2019, la EPS Salud Total precisó que a la actora se le han autorizado todos los servicios de consulta con medicina general y especializada que ha requerido, así como el suministro de medicamentos, exámenes de diagnóstico y procedimientos terapéuticos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, con cargo a la UPC, que han sido ordenados según criterio médico de los profesionales adscritos a la red de prestación de servicios de esa empresa.

Así también, señaló que en razón de la admisión de la acción de tutela que ahora se estudia, el área médica de la EPS realizó el análisis de caso y, al efecto, después de revisar la historia clínica de la actora, determinó que era necesaria la práctica de una serie de exámenes [2] para con base en los resultados definir el tratamiento a seguir, *"lo cual significa que no se tiene definido con claridad cuál va hacer (sic) el tratamiento a seguir hasta que no se obtuvieran los resultados de los exámenes.* Además, se citan apartes del concepto en donde se precisa que "*(...) debe evaluarse cavidad uterina mediante una histeroscopia y proceder según hallazgos 'cita con resultados'",* los cuales fueron debidamente autorizados.

No obstante, indica que una vez realizada histeroscopia[3], procedimiento en el cual le fue tomada una biopsia de endometrio, no se ha presentado con los resultados de los exámenes de laboratorio y de la patología, para continuar con la práctica de perfil ovárico que también le fue ordenado, con el fin de dar inicio al tratamiento a que haya lugar.

Respecto del tratamiento de fertilización in vitro refirió que, es claro que la accionante sufre de endometriosis grados III y IV y la complicación más importante de esta patología es la alteración de la fecundidad, pues alrededor de un tercio a la mitad de las mujeres con esta enfermedad tienen dificultades para quedar embarazadas.

En ese orden de ideas, expuso que el caso sometido a revisión no cumple con los presupuestos señalados por la jurisprudencia para que los derechos reclamados sean tutelados. Pues, en su criterio, está siendo solicitado con fin de procreación y no como tratamiento terapéutico.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

[2] Hormona folículo estimulante (FSH), hormona luteinizante (LH), examen estradiol, hormona estimulante del tiroides (TSH) ultrasensible, examen prolactina (mezcla de tres muestras), histeroscopia, y perfil ovárico.
[3] Realizado el 1 de agosto de 2018.

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.2 Cuestión previa

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la empresa accionada, respecto a la supuesta existencia de temeridad en el presente asunto, esta Sala de Revisión realizará un breve pronunciamiento para definir si, en efecto, se configura dicho fenómeno o, por el contrario, procede la acción de tutela por no encontrar que la actuación de la accionante sea consecuencia de una intención temeraria.

La actuación temeraria se encuentra regulada por el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, que señala que ésta se presenta: *"Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes (…)".*

A partir de tal previsión normativa, la jurisprudencia constitucional ha considerado la procedencia de la temeridad en dos dimensiones: (i) cuando el accionante actúa de mala fe; y (ii) cuando el demandante acude al recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar. Ante tal circunstancia, "*la Corte concluyó que para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela*".

Ahora bien, la temeridad, en sentido estricto, se configura cuando se presentan los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

El último de los elementos antes descritos, tiene lugar cuando la actuación del actor denota el propósito desleal de satisfacer su interés subjetivo a como dé lugar, aspecto que "*deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia*".

Por el contrario, la actuación no es temeraria, cuando si bien se comprueba la existencia de multiplicidad de peticiones de tutela, esta se funda en: (i) la falta de conocimiento del demandante; (ii) el asesoramiento errado por parte de abogados; o (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, "*propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo*

insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho". En tales casos, "*si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera 'temeraria' y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante*".

No obstante lo anterior, esta Corte ha determinado dos supuestos que permiten que una misma persona interponga nuevamente la acción de tutela, sin que dicha situación configure temeridad, y, por lo tanto, no procede su rechazo: (i) cuando surgen circunstancias fácticas o jurídicas adicionales; o, cuando (ii) no existió un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre la pretensión incoada.

En el presente caso, advierte la Sala que la actora ha acudido en distintas oportunidades a la acción de tutela con el propósito de solicitar la protección de su derecho a la salud, presuntamente vulnerado por la demandada, al negarse a prestarle diferentes servicios médicos.

Así entonces, del cuadro de la página tres, se tiene que, la señora Marulanda González, en 2012 solicitó se le autorizara el procedimiento de fertilización *in vitro* y el tratamiento integral de sus patologías; sin embargo le fueron negadas sus pretensiones, ya que dicho tratamiento le había sido prescrito por un médico no adscrito a la EPS Salud Total. El caso que ahora se estudia difiere del anterior, pues el procedimiento que se reclama fue ordenado por una médico de la red de prestadores de servicios de la demandada. Por tanto, no hay identidad de hechos, lo que justifica la presentación de una nueva acción de tutela.

Respecto a las demandas de tutela de 2016 y 2018, se tiene que, tampoco hay identidad de hechos, pues lo que se solicitó fue la autorización y prestación de unos servicios médicos, tales como "cistoscopia transuretral, escisión y ablación de endometriosis estados III y IV por laparoscopia, liberación de adherencias o bridas en intestino por laparoscopia", "endocrinología ginecológica, consulta por primera vez por fisioterapia y ginecología avanzada y laparoscopia, consulta de primera vez por medicina especializada" y en ambas oportunidades el tratamiento integral, a partir de los diagnósticos de endometriosis grado IV y cistitis intersticial, los cuales fueron amparados por los jueces.

En ese sentido, la Sala considera que en el presente caso no se configura una actuación temeraria.

Sobre esas bases, a continuación la Sala hará una breve presentación del caso y planteará el problema jurídico.

2.3 Planteamiento del caso y problema jurídico

La señora D. S. M. G., interpuso acción de tutela contra Salud Total EPS, luego de que dicha entidad se negara a relizar el procedimiento médico denominado fertilización *in vitro*, bajo el argumento de que no cumple con

los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta corporación para llevar a cabo la práctica excepcional del mismo, pues el fin perseguido por la accionante es meramente reproductivo, y que el tratamiento para atender su patología de base aún no se encuentra definido.

En consecuencia, la accionante invoca la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, pues el procedimiento fertilización *in vitro* le fue prescito por el médico tratante, adscrito a la red de prestadores de servicios en salud de la empresa demandada, como parte del tratamiento de endometriosis grados III y IV que sufre y que le causa fuertes dolores, con lo cual se afecta su calidad de vida.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión se ocupará de resolver el siguiente problema jurídico:

¿La EPS Salud Total vulnera los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana de la señora D. S. M. G., al negarle el procedimiento fertilización *in vitro,* que le fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, como parte del tratamiento de la endometriosis grados III y IV que sufre, bajo los argumentos que no se enmarca dentro de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta corporación, para acceder a este tipo de procedimientos, específicamente debido a que los fines del mismo son reproductivos; y que la siguiente etapa del tratamiento médico para la endometriosis grados III y IV aún no se encuentra definido?

Una vez efectuado el análisis de procedibilidad de la acción de tutela y si el mismo se supera satisfactoriamente, la Sala procederá a efectuar el estudio de fondo del caso puesto a su consideración, para lo cual reiterará su jurisprudencia en torno a los tratamientos de fertilidad y resolverá el problema jurrídico planteado.

2.4 Análisis de procedencia

(i) Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, esta Corporación, en Sentencia SU-337 de 2014, especificó las reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa, a saber: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar *"por sí misma o por quien actúe a su nombre"*; (ii) no es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal[4]

El Decreto 2591 de 1991 reglamenta en su artículo 10 la legitimidad e interés en la acción de tutela, y señala que:

[4]Estas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016, T-291 de 2016.

> *"la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (…)"*

En el presente caso, la señora D. S. M. G. acudió al amparo de tutela, en ejercicio directo, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, los cuales han sido presuntamente vulnerados por la EPS Salud Total, al negar el procedimiento de fertilización *in vitro* que requiere, como parte del tratamiento de la endometriosis grado III y IV, con el fin de mejorar su estado de salud, por tanto, se cumple con el requisito en mención.

(ii) Legitimación en la causa por pasiva

En virtud del numeral 2[5] del artículo 42 y el artículo 5[6] del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando a) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, b) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o c) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En este sentido, siendo la EPS Salud Total, una entidad encargada de la prestación y gestión del servicio público de salud, y la entidad encargada de suministrar, si así fuere el caso, el procedimiento de fertilización *in vitro* a la accionante, la acción de tutela resulta procedente en su contra.

(iii) Inmediatez

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que debe existir "*una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales*" [7] lo anterior, en razón a que dicha acción constitucional tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces.[8]

En el caso objeto de revisión, el tiempo transcurrido entre el 20 de junio de 2018, fecha en la cual le fue prescrito el procedimiento fertilización *in vitro*

---

[5] "La acción de tutela procederá *cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía"*

[6] *"La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto".* La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

[7] Sentencia SU-241 de 2015.

[8] Sentencia T- 038 de 2017.

y el 4 de septiembre del mismo año, cuando presentó la acción de tutela, fue de 2 meses y medio aproximadamente. Tiempo que se estima razonable por parte de esta Sala.

(iv) Subsidiariedad

La jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[9].

Al respecto este Tribunal ha señalado que *"no es suficiente la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela.* ***No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo vulnerados****."* [10] (Negrillas fuera del texto original).

Sobre la procedencia de la acción de tutela en relación al acceso a tratamientos de fertilidad, debe tenerse en cuenta que, si bien la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentra facultada para dirimir algunas de las controversias[11] suscitadas entre las entidades promotoras de salud y sus afiliados, esta Corporación ha considerado que el uso de este

---

[9] *"la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas:* ***(i)*** *procede como* ***mecanismo transitorio****, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario*[9]*;* ***(ii)*** *procede la tutela como* ***mecanismo definitivo*** *cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia*[9]*. Además,* ***(iii)*** *cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad,* ***personas de la tercera edad****, entre otros. El examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos". Sentencias T-789 de 2003, T- 456 de 2004, T-328 de 2011, T-079 de 2016,* entre otras.

[10] Sentencia T- 468 de 1999, Sentencia T- 582 de 2010.

[11] De acuerdo a las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011: Articulo 41 de la primera Ley: "(…) *la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:* ***A.*** *Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.* ***B.*** *Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato (…),* ***C.*** *Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.* ***D.*** *Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.* Artículo 126 de la segunda Ley*: adiciónense los literales e), f), g) al artículo 41 de la ley 122 de 2007, así* ***E) sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo****.* ***F)*** *conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.* ***G)*** *conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador (…)".(negrilla fuera del texto original)*

mecanismo, es *"principal y prevalente*[12]*"* a menos de que se esté frente a "*la inminente consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces, la acción de tutela resultaría siendo procedente*[13]*".*

Así las cosas, y teniendo en cuenta que según el literal "e" del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, la Superintendencia debe resolver aquellas controversias relacionadas con las "*prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que* ***no*** *sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo",* esta Sala encuentra que el presente caso se escapa de aquellos asuntos sobre los cuales dicho ente tiene competencia toda vez que el procedimiento de fecundación *in vitro* resulta pertinente para atender las circunstancias particulares de la accionante, antes ya relacionadas.

De este modo resulta evidente para la Sala, que el procedimiento jurisdiccional que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud para solucionar problemáticas suscitadas entre las empresas promotoras de salud y sus afiliados, no es el mecanismo que pueda utilizarse para resolver la solicitud elevada por la accionante dentro del caso objeto de revisión, en la medida en que, dentro de sus competencias no se encuentra prevista la posibilidad de dirimir una controversia, que aunque se relaciona con una prestación excluida del Plan de Beneficios en Salud, como es el procedimiento de fertilización *in vitro*, en este caso si resulta pertinente para atender las circunstancias particulares de la señora D. S. M. G., quien pretende mejorar su estado de salud a través del procedimiento de fertilidad que solicita, como parte del tratamiento médico a la endometriosis grados III y IV que padece y que trae graves afecciones a su salud.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que es la acción de tutela el mecanismo idóneo con el cual cuenta la accionante para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana.

Así, la Sala encuentra procedente de la presente acción de tutela, por lo que pasará a realizar el análisis del problema jurídico concerniente al fondo del asunto.

2.5 Jurisprudencia constitucional relacionada con tratamientos de fertilidad. Reiteración de jurisprudencia

Con base en el artículo 43 de la Constitución Política la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la especial protección que se le debe a la mujer por parte del Estado Colombiano, principalmente cuando se encuentra en estado de embarazo y durante el periodo inmediatamente posterior al parto.

[12] Sentencia C-119 de 2008.
[13] Sentencia C -119 de 2008.

Sobre la materia, esta Corte también ha señalado que "*el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con los asociados no encuentra justificación razonable cuando va dirigida a permitirle, mediante una acción positiva, el derecho a la maternidad de una mujer cuando su función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al Estado.*"[14]

Al respecto debe tenerse en cuenta que, frente a los tratamientos de fertilidad, por regla general, las Salas de Revisión de esta Corporación han considerado improcedente la acción de tutela, en razón a que la exclusión de dichos procedimientos del Plan de Beneficios en Salud, se encuentra justificada desde diferentes perspectivas. A saber:

> "*la exclusión de los tratamientos de fertilidad constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional*"[15].
>
> *"Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada planificación familiar, etc.*
>
> *Finalmente, en apoyo de lo expuesto, es pertinente destacar que el orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación - como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente transplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de*

[14] Sentencias T- 1104 de 2000, T – 752 de 2007
[15] Sentencias T- 689 de 2001, T -752 de 2007, T- 226 de 2010, T - 306 de 2016, entre otras.

derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo.[16]*"*

"(…) no se puede ordenar y obligar al Estado ni a las entidades promotoras de salud a prestar un procedimiento como es la fertilización in Vitro por cuanto autorizar el mismo supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y del ejercicio de la libertad de configuración normativa (…)[17]*"*

Ahora bien, de manera excepcional, esta Corporación ha reconocido el amparo de derechos fundamentales relacionados con el acceso al procedimiento de fecundación *in vitro* que no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios de Salud, actualmente Plan de Beneficios en Salud, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

(i) *Cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud*[18]*. Esto es, en aquellos casos en que el tratamiento de infertilidad ya hubiese sido iniciado por parte de la EPS, y sea abruptamente interrumpido. Lo anterior, como garantía de los principios de eficacia en la prestación del servicio de salud, y de confianza legítima.*[19]

(ii) *Cuando se requiere la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad*[20]*.*

(iii) *Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades (infertilidad secundaria) y así garantizar el tratamiento de tales padecimientos, con lo cual, de forma indirecta se combate la infertilidad*[21]*.*

(iv) *Cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de los derechos fundamentales.*[22]

---

[16] Sentencias T- 1104 de 2000, T- 009 de 2014.
[17] Sentencias T- 550 de 2010, T- 395 de 2010, T- 009 de 2014, T- 398 de 2016 entre otras.
[18] Sentencias T- 572 de 2002, T-633 de 2010, T- 644 de 2010.
[19] Sentencia T – 605 de 2017.
[20] Sentencias T- 636 de 2007, T- 946 2007, T -924 de 2013.
[21] Sentencias T- 512 de 2003, T- 901 de 2004, T- 890 de 2009, T- 605 de 2007, T- 274 de 2015 frente a esta regla de excepción, cabe aclarar lo siguiente: *"La Corte ha hecho una distinción entre la* ***infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria****, a efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela para otorgar tratamientos relacionados con dicha patología cuando la misma sea producto o consecuencia de una enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. En caso de tratarse de una infertilidad originaria o primaria, según ha sostenido esta Corporación, ese mecanismo constitucional es improcedente por cuanto el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. Mientras que, cuando se trata de una infertilidad secundaria, se limita la capacidad de una persona para engendrar causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedades, lo que supone la protección excepcional de los derechos fundamentales por esta vía".* (negrilla fuera del texto original) Sentencia T- 274 de 2015.
[22] T- 528 de 2014, T 274 de 2015, T- 306 de 2016.

Algunos antecedentes jurisprudenciales relevantes son los siguientes:

En Sentencia **T- 1104 de 2000,** la Sala Octava de Revisión de Tutelas resolvió el caso de una paciente, a quien le diagnosticaron *"impermeabilidad de su trompa izquierda por síndrome adherencial"* que le generaba infertilidad. En consecuencia, su médico tratante le ordenó *"cirugía de recanalización de su trompa izquierda".* En esta oportunidad la Sala confirmó el fallo proferido por el juez de primera instancia, que denegó el amparo solicitado, al considerar entre otras cosas que *"mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación, como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente transplante de hígado".*

Posteriormente**,** la Sala Cuarta de Revisión, en la providencia **T- 689 de 2001**, estudió el caso de una paciente que presentaba *"hidrosalpinx en el lado derecho, que le causaba inflamación en los ovarios y dolor pélvico resistente",* en consecuencia, su médico tratante ordenó la práctica de una "*laparoscopia operatoria"*. Así, la Sala confirmó la sentencia de primera instancia que había negado el amparó de los derechos fundamentales invocados por la accionante, en la medida en que *"en varias oportunidades el cuerpo médico que la había atendido, conceptuó que esa dolencia, a parte de la incapacidad para procrear, no conllevaba una afección grave a su salud o a su vida."*

Bajo la misma consideración, en Sentencia **T- 946 de 2002,** la Sala Novena de Revisión de Tutelas revocó la decisión proferida en segunda instancia que había concedido el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, quien, a causa de la endometriosis severa, "*hidrosalpinx y fibroplastia"* que padecía, solicitó el procedimiento de fertilización *in vitro*. La Sala consideró que *"es claro que no procedía la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él"* señaló además *"en relación con las pretensiones de la accionante, las cuales tienen como última finalidad la procreación y correspondiente configuración de un núcleo familiar, instituciones consagradas en el artículo 42 de la Carta Política, que para su alcance existe también otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece, como el procedimiento de adopción regulado por el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, al cual puede acceder, si lo desea."*

En el mismo sentido, la Sala Séptima de Revisión en Sentencia **T-512 de 2003,** confirmó el fallo de segunda instancia, que negaba la acción de tutela, interpuesta por una mujer que solicitaba una *"salpingoplastia",* para liberar una trompa de Falopio obstruida, al considerar, dentro de otras cosas que la accionante no tenía algún *"problema físico derivado de algún otro padecimiento que le impidiera la fecundación y que dicho problema no tenía consecuencias adversas o peligrosas para su vida."*

Vale la pena resaltar también la postura asumida por la Sala Novena de Revisión de Tutelas, en la providencia **T- 752 de 2007**, en la que se estudió el caso de una paciente a quien su médico tratante le ordenó como única posibilidad para tener un hijo, el procedimiento de fertilización in vitro. La Sala confirmó los fallos de instancia que negaban la solicitud, al considerar que *"el problema de infertilidad que presentaba no atentaba en forma grave contra la vida de la peticionaria, ni la falta del tratamiento solicitado generaba consecuencias adversas o peligrosas para su integridad"* además señaló que debido a que la finalidad de la solicitud de la accionante radicaba en el único fin de configurar un núcleo familiar, tenía la posibilidad de adoptar si así lo deseaba.

Bajo esta óptica, la Sala Sexta de Revisión, en fallo de tutela **T- 424 de 2009** pese a declarar el fenómeno jurídico de carencia actual de objeto por hecho superado, dentro de la acción de tutela interpuesta por una mujer que solicitaba el procedimiento de fertilización *in vitro*, debido a las dificultades que tenía para concebir. La Sala llamó la atención al juez de instancia, para que en futuras oportunidades verificara el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales exigidos para acceder al procedimiento de fertilización *in vitro*, pues en el presente caso la accionante no los cumplía. Al respecto indicó: *"No está probado dentro del proceso que las afecciones que dice padecer sean producto de alguna enfermedad que conlleve la realización de algún tratamiento de fertilidad o que los médicos hayan diagnosticado una patología generadora de sus problemas para procrear. Por el contrario, se encuentra demostrado que desde la primera consulta el verdadero interés que la peticionaria ha exteriorizado es ser madre, el cual no ha encontrado eco en los médicos tratantes, pues siempre le han indicado la no viabilidad técnico-científica por el alto riesgo que ello representa para la salud de la paciente".*

Después, en Sentencia **T- 550 de 2010,** la Sala Octava de Revisión de Tutelas estudió el caso de una paciente, a quien le diagnosticaron "*endometriosis"*, por lo que solicitó, como única posibilidad de reproducción, el procedimiento de fertilización *in vitro*. En esta oportunidad la Sala decidió revocar el fallo proferido en segunda instancia, que había concedido el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, al considerar que la referida no se encontraba dentro de los supuestos previstos por esta Corporación para que excepcionalmente se reconociera el acceso al procedimiento de fertilización *in vitro* vía tutela, toda vez que éste tenía como único propósito propiciar la capacidad de procreación de la actora y no el de restablecer su salud.

En la misma línea, la Sala Octava de Revisión de Tutelas, en sentencia **T-935 de 2010** revocó el fallo proferido en segunda instancia, que había ordenado el tratamiento integral de infertilidad a la accionante. Se constató por parte de esta Corporación, que el procedimiento ya se había iniciado, sin resultado positivo alguno, que una vez finalizados los ciclos de inseminación, y en caso de que el resultado fuera negativo, el procedimiento a seguir sería el de fertilización *in vitro*. Al respecto, consideró la Sala que la accionante no se

encontraba inmersa en las excepciones previstas por la jurisprudencia de esta Corte para acceder al referido procedimiento, además excluido del POS, por lo que llamó la atención al juez de instancia para que en futuras oportunidades efectuara el minucioso estudio a la línea jurisprudencial desarrollada en la materia.

Finalmente, es pertinente traer a colación, la decisión tomada por la Sala Sexta de Revisión de Tutelas, en el caso de una mujer, a quien, por causa de tres embarazos ectópicos le fueron extraídas las trompas de falopio, por lo que su médico tratante le ordenó, la fertilización *in vitro* como único medio para lograr un embarazo. En esta oportunidad la Sala, mediante Sentencia **T- 009 de 2014,** confirmó el fallo proferido en segunda instancia que había negado el amparo solicitado dentro de la acción de tutela interpuesta, al considerar que el *procedimiento solicitado no emergía del deber de recuperar o preservar su salud, sino del entendible deseo de concebir."*

En contraste a las decisiones citadas con anterioridad, los siguientes son casos en los cuales esta Corporación ha reconocido el acceso a tratamientos de fertilización *in vitro*:

(i) Cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud:

En primer lugar, cabe resaltar, la postura asumida por la Sala Sexta de Revisión de esta Corporación, en fallo de tutela **T- 572 de 2002**, en el cual se decidió el caso de una mujer a quien su médico tratante le ordenó el suministro de medicamentos para tratar su infertilidad. Luego de no obtener resultado alguno, se ordenó un tratamiento farmacológico más costoso. Su EPS negó la solicitud, por tratarse de medicamentos para tratamiento de infertilidad que no estaban cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, y por tanto debían ser cubiertos por la usuaria. La Sala consideró que no podía interrumpirse abruptamente lo que ya se había comenzado, suspendiendo la entrega de los medicamentos, por lo que confirmó la decisión proferida en segunda instancia que amparó los derechos fundamentales invocados por la accionante.

(ii) *Cuando se requiere la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad:*

Bajo la misma perspectiva, en providencia **T - 901 de 2004** la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, analizó el caso de una paciente, a quien su médico tratante le diagnosticó "*miomas uterinos"*, por lo que ordenó a su favor *"tratamiento con acetato de leuprolide"* con el fin de no comprometer el útero, y así asegurar el éxito de la cirugía, teniendo en cuenta que se trataba de una mujer que no había tenido hijos. Su EPS, negó la solicitud, bajo el argumento de que dicho medicamento se encontraba excluido del POS. En esta oportunidad, la Sala revocó los fallos de instancia que habían denegado el amparo solicitado y, en su lugar lo concedió, al

acreditarse que la accionante padecía una enfermedad en su aparato reproductor que requería el referido medicamento con el fin de reducir los miomas uterinos, *"previo a la intervención quirúrgica que requería para su extracción, lo cual garantizaría su derecho a la salud, y de contera también mejoraría sus posibilidades de reproducción."*

Posteriormente, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas, mediante Sentencia **T - 605 de 2007** concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por una mujer, a quien, su médico tratante le ordenó *"cirugía desobstructiva de las trompas de falopio y retiro de adherencias de ovulo izquierdo".* En esta oportunidad, la Sala consideró que *"al tratarse de una cirugía de desobstrucción de las trompas de falopio y de retiro de adherencias del ovario izquierdo que tiene directa incidencia en el bienestar general de la paciente y que, si bien, fue prescrita por el médico tratante adscrito a la EPS, dentro del marco de un tratamiento general de infertilidad, este procedimiento no es en sí un tratamiento de este género, simplemente una intervención quirúrgica que busca la recuperación de la salud perdida de la peticionaria y que a la postre, podría incidir de manera positiva en su función procreativa".*

(iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades (infertilidad secundaria) y así garantizar el tratamiento de tales padecimientos, con lo cual, de forma indirecta se combate la infertilidad:

Bajo este presupuesto, en Sentencia **T- 890 de 2009** la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación, resolvió el caso de una mujer, diagnosticada con "*miomatosis múltiple causada por una masa anexial izquierda compatible con edometría"* el personal médico de su EPS indicó que la esterilidad femenina que sufría la paciente era de origen tubarica, es decir la infertilidad era consecuencia de una enfermedad que sufría la actora en su aparato reproductor, por lo que requería tratamiento quirúrgico para manejar la endometriosis severa y los miomas que padecía *"video laparoscopia operativa*". Así las cosas, la accionante solicitó que se le practicara dicho procedimiento, se le brindara atención integral para contrarrestar la enfermedad reproductiva que padece y la autorización del tratamiento de fertilización *in vitro.*

En consecuencia la Sala concluyó que *"la video laparoscopia operativa que fue ordenada a la señora Sandra Patricia Mayorga Osorio busca tratar la endometriosis que, si bien se encuentra asociada en un alto porcentaje a problemas de fertilidad, produce también otro tipo de dolencias como el constante dolor pélvico, irregularidades en el ciclo mestrual, fuertes hemorragias e incluso la miomatosis uterina múltiple que tanto la aqueja. Tales enfermedades no pueden exclusivamente relacionarse con la infertilidad, sino que la infertilidad puede ser la consecuencia directa de aquellas, pero no la única, al punto que esas afecciones inciden negativamente en el bienestar de la peticionaria, en su relación de pareja y en el disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos".* En

consecuencia consideró que la acción de tutela era procedente en este caso, para que se autorizara únicamente el procedimiento quirúrgico de laparoscopia *"en procura de mejorar la calidad de vida y lograr el más alto nivel de la actora sin que deba atenderse su petición de autorizar el tratamiento de fertilización in vitro por cuanto el tema relacionado directamente con la infertilidad que padece no compromete sus derechos fundamentales, y el deseo de conformar una familia puede ser suplido a través del proceso de adopción que establece los artículos 61 a 78 y 119 a 128 de la Ley 1098 de 2006, conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia".*

(iv) Cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de los derechos fundamentales:

Con el fin de ampliar las reglas de excepción previstas por la jurisprudencia de esta Corporación, para acceder a tratamientos de fertilización in vitro en virtud del criterio *"cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de derechos fundamentales."* En Sentencia **T- 274 de 2015,** la Sala Sexta de Revisión de Tutelas resolvió 4 acciones de tutela[23], en la que las actoras, solicitaban el

[23] Expediente **T-4.492.963** dentro de este expediente se estudió el caso de una mujer, quien fue diagnosticada *no hodking*, razón por la cual solicitó a su EPS autorizar el tratamiento de congelamiento de embriones justificado en el tratamiento de quimioterapia que iniciaría y con el propósito de quedar embarazada una vez el mismo finalizara. Si bien se comprobó por parte de esta Corporación que la accionante padecía una infertilidad primaria, la Corte denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados al comprobarse que la EPS había realizado dos tratamientos de fertilización *in vitro*, sin que los mismos resultaran satisfactorios, consecuencia que no es atribuible a la entidad, por otro lado, se acreditó que la accionante devengaba un salario superior a los 4 millones de pesos por lo que podía asumir gran parte del tratamiento. **Expediente T-4.715.291** dentro de este expediente se resolvió el caso de una mujer, quien padeció un embarazo ectópico y un aborto espontáneo, su médico le diagnosticó *infertilidad de origen multifuncional*, además sufría hipotiroidismo, por lo cual le sugirió el procedimiento de fecundación *in vitro* como única alternativa para quedar en embarazo. En dicha oportunidad afirmó la accionante que *"la imposibilidad de tener hijos le ha causado problemas psicológicos y ha afectado la relación con su esposo".* La Corte amparó los derechos fundamentales invocados al tener en cuenta los siguientes factores **(i)** que la falta del tratamiento podía vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante; (ii) la falta de capacidad económica para sufragar el costo de tratamiento. En todo caso, la sala consideró: *"la accionante deberá realizar cierto aporte económico para financiar en una mínima parte el tratamiento de fertilidad. Debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia, debe asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica".* **Expediente T-4.725.592** dentro de este expediente se estudió el caso de una mujer, quien padecía miomatosis uterina y obstrucción de la trompa de Falopio izquierda, por lo que su médico tratante prescribió el tratamiento de fertilización *in vitro* como única alternativa para quedar en embarazo. La Corte amparó los derechos fundamentales invocados al considerar que **(i)** la falta de tratamiento podía llegar a vulnerar sus derechos fundamentales 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 la podía privar de la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida, *"sin embargo no existe calidad sobre la causa de la infertilidad de la paciente",* por último y teniendo en cuenta que la accionante se encontraba afiliada al régimen contributivo de salud, la sala consideró que la misma contaba con un mínimo de capacidad para cubrir los gastos del tratamiento de manera compartida con la EPS. **Expediente T- 4.734.867** dentro de este expediente, se resolvió el caso de una mujer, diagnosticada con endometriosis severa, por lo cual su médico tratante le prescribió como única alternativa para quedar en embarazo, el procedimiento de fertilización *in vitro* más ICSI (inyección intracitoplasmatica deespermatozoides). La Corte concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados, bajo los siguientes argumentos: **(i)** la falta de medicamento o tratamiento de

procedimiento de fertilización *in vitro* y otros tratamientos de fertilidad. En esta oportunidad, la Sala concedió el amparo de los derechos invocados al considerar necesario analizar la procedencia de la acción de tutela para acceder a procedimientos de fertilidad teniendo en cuenta la incidencia que podía tener su negativa en otros derechos fundamentales, "*el estudio sobre la procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS, específicamente aquellos dirigidos a tratar los problemas de fertilidad, adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra facetas diferentes a la del derecho a la salud en su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades. En efecto, el análisis debe partir de la premisa de la posible afectación de otros derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica."*

Aún así, en Sentencia **T- 398 de 2016,** la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de esta Corporación, no compartió la decisión adoptada en la providencia **T-274 de 2015,** al estudiar dos acciones de tutela[24], en las que sus accionantes solicitaban la práctica del tratamiento de fertilización *in vitro* como única alternativa para quedar en embarazo. En esta ocasión la Sala dio aplicación a las reglas generales desarrolladas por la jurisprudencia de esta Corte, y negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por las actoras. Señaló lo que a continuación se cita:

> "*se debe tener en cuenta que al crear unas reglas o criterios para que en sede de tutela se reconozcan, con un alcance general, tratamientos para la infertilidad al resolver casos concretos, también se terminarían zanjando precipitada y anticipadamente,*

---

fertilización in vitro excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante, en la medida que su no realización la podría privar de la posibilidad de procrear de manera biológica, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida; **(ii)** los ingresos económicos de la accionante ascienden a un salario mínimo. Sin embargo al acreditarse su afiliación al régimen contributivo de salud, la Sala consideró que esta contaba con un mínimo de capacidad para cubrir los gastos del tratamiento de manera compartida con la EPS.

[24] Sentencia T- 398 de 2016, Expedientes T-5.211.785 y T-5.235.636, en ambos casos, a las accionantes les fueron extirpadas quirúrgicamente las trompas de falopio debido a embarazos ectópicos tubaricos o a patologías tubaricas que originaron procesos infecciosos. a raíz de lo anterior las mencionadas, con el fin de satisfacer su deseo de procrear solicitaron se ordenara a las entidades accionadas autorizar y suministrar el tratamiento de fertilización in vitro. En esta oportunidad la Sal Segunda de revisión de Tutelas de la Corte negó el amparo solicitado bajo los siguientes argumentos: *"examinando las consideraciones expuestas a lo largo de esta sentencia, la Sala advierte que, de acuerdo con el precedente constitucional, no cabe conceder las pretensiones elevadas en ambos casos, pues en ninguno de ellos se encuentra acreditada alguna de las circunstancias en las que esta Corte ha considerado que resulta procedente el amparo para asuntos atinentes a la fertilidad, independientemente que una de las peticionarias no haga parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues, como se explicó, existen regímenes especiales de salud como el del Magisterio o el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se supone son más beneficiosos para sus afiliados o por lo menos igual de favorables al sistema general, razón por la cual, a esta Corte lo que le ha parecido inadmisible es que esta clase de regímenes especiales no contemplen soluciones acordes con los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, como si sucedería en el Régimen General de Seguridad Social en Salud".*

sin haber sido siquiera tratadas, distintas hipótesis que surgirían alrededor del reconocimiento de estos procedimientos. Así, por ejemplo, no es lo mismo que el tratamiento para la infertilidad lo requiera un accionante que ya tiene hijos, a que sea solicitado por alguien que, a pesar de estar en edad reproductiva, no ha logrado llevar a cabo su deseo de procrear.

De igual manera, asuntos y discusiones aún más complejas se tienen que abordar antes de que, a través de un control concreto de constitucionalidad, se implanten reglas generalizadas que promuevan, o no, el suministro o la práctica de procedimientos de fertilización in vitro a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Al respecto, cuestiones como, por ejemplo, la manipulación de embriones, el uso de los embriones concebidos in vitro que sea imposible transferirlos simultáneamente al útero (también llamados embriones sobrantes o supernumerarios), la crio-conservación o congelamiento de dichos embriones y la inseminación o fecundación in vitro post mortem, indudablemente son aspectos y debates públicos, legales y científicos sobre los cuales el juez de tutela terminaría decidiendo por anticipado al ordenar la autorización de aquella técnica de reproducción asistida, pretermitiendo la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico interno.

(…) En suma, recogiendo lo dilucidado hasta aquí, esta Sala no comparte que la sentencia T-274 de 2015 simplemente haya condicionado el suministro de la fertilización in vitro al cumplimento y acreditación de ciertos requisitos, presupuestos o criterios, puesto que, como se observó, con ello obvió la dimensión, las distintas aristas y otras discusiones que rodean la práctica de dicha técnica de reproducción asistida y que ineludiblemente se tienen que abordar legalmente a través de la construcción de una política pública antes de que, a través de un control concreto de constitucionalidad, se implanten reglas generalizadas que promuevan la provisión de aquel procedimiento a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que volver constante, uniforme y reiterada la postura desarrollada por la providencia T-274 de 2015, conlleva a que el juez de tutela decida por anticipado aspectos o debates públicos, legales y científicos que son, como se dijo, competencia del legislador, omitiendo todas las variantes y cuestiones que se tiene que introducir a la discusión que se surta en torno al suministro o la garantía de aquella técnica de reproducción asistida".

Recientemente, en la sentencia **T-316 de 2018** se estudió el caso de una mujer a quien le había sido practicado un procedimiento llamado "ooforectomía bilateral y salpingectomía derecha e izquierda", o extirpación de ovarios por

sospecha de “tumor de ovario torcido”, con el objeto de evitar complicaciones futuras al existir posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios, lo que le generó una “infertilidad primaria de pareja por factor ovulatorio”. Posteriormente, el médico tratante advirtió a la actora que, la única opción que le quedaba, si quería tener hijos biológicos, era a través de la fertilización *in vitro* con donación de óvulos.

Al no poder sufragar el tratamiento de reproducción asisitida la accionante solicitó se le amparen los derechos funamentales a la vida, salud, familia y sexuales y reproductivos. Sin embargo, la Sala advirtió que la infertilidad de la actora *“es primaria en la medida en que no es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad, pues proviene directamente de un factor irreversible producto de la extirpación quirúrgica de sus ovarios, conforme lo adujo su médico tratante (…) razón por la que la actora requeriría de la fecundación (fertilización) in vitro solamente para satisfacer su deseo de gestación y no existe orden médica que justifique técnica y científicamente su necesidad o idoneidad para mejorar la calidad de vida de la accionante suprimiendo los efectos secundarios que alega padecer”.*

Por lo tanto, no se accedió a la solicitud de amparo y se confirmó la providencia de segunda instancia.

Finalmente, la sentencia **T-377 de 2018**, que resolvió, en el mismo sentido que el fallo anterior, una solicitud de tutela de una mujer que había presentado un “embarazo ectópico tubárico ixquierdo” en 2009, por lo que se le practicó una cirugía en la que se le extirpó una de sus trompas de Falopio. Incidente a raíz del cual se redujeron notoriamente sus probabilidades de quedar en estado de embarazo, siendo diagnósticada con “esterilidad primaria por daño severo e irreversible bilateral de las trompas de Falopio”. En consecuencia, mediante concepto emitido por médico especialista se le recomendó realizar el procedimiento de “fecundación in vitro”, dada su imposibilidad de reconstrucción tubárica.

Ante lo expuesto, la Sala encontró que la *“imposibilidad de procrear naturalmente no es producto de otra patología, ni está asociada al desarrollo de una enfermedad, toda vez que la disfunción reproductiva se debe a un problema físico originario, que carece de consecuancias adversas o peligrosas para su salud.”*

En ese sentido, y dado que el procedimiento de fertiliación in vitro solicitado no emergía del deber de preservar o recuperar su salud, sino del específico deseo de procrear, la Sala reiteró la posición desarrollada por esta Corporación, al no cumplirse los requisitos para el excepcional reconocimiento del mismo.

Así las cosas, la Sala concluye que, la mayor parte de las veces, las Salas de Revisión de esta Corporación han negado el procedimiento de fertilización *in vitro*, al considerar , entre otras razones, que **(i)** *estos procedimientos tienen como fin único la procreación y no el restablecimiento de la salud de la*

paciente;[25] **(ii)** *la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera prima facie una obligación estatal en materia de maternidad asistida, pues en la Constitución dicha garantía implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero, no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación*;[26] **(iii)** *quienes son diagnosticados con infertilidad tienen la opción de contemplar la posibilidad de adoptar si así lo desean, con el fin de satisfacer su deseo de conformar una familia*;[27] **(iv)** *los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados. Por ello, se deben destinar dichos fondos a la atención de patologías y enfermedades que generen una grave afectación a la vida, antes de garantizar el derecho a la procreación*[28]. Salvo en aquellos casos en los que se configuró alguna de las excepciones de grave afectación, cuyo amparo de derechos fundamentales fue concedido, esto es, cuando **(i)** se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, **(ii)** se requiere diagnóstico médico, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad, **(iii)** la infertilidad es producto de otras patologías que ponen en riesgo la vida del paciente, **(iv)** la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otros derechos fundamentales, como los de igualdad, no discriminación, derecho a conformar una familia.

Caso concreto

En el presente caso, la señora D. S. M. G., de 33 años, instauró en nombre propio acción de tutela, en contra de la EPS Salud Total, a la cual se encuentra afiliada en el régimen contributivo, rango 1, luego de que la mencionada entidad se negara a efectuar el procedimiento técnico científico de fertilización *in vitro*, como parte del tratamiento a la endometriosis que padece y que le causa graves afecciones de salud. Esto, bajo el argumento de que en su caso no se configuraban las excepciones previstas por la jurisprudencia constitucional para acceder al referido procedimiento. En consecuencia, la señora Marulanda González invoca la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana.

Ahora bien, de acuerdo con la historia clínica de la accionante y con su médico tratante, ha sido diagnosticada con (i) infertilidad de origen tubárico, debido a que por antecedente de embarazo ectópico perdió una trompa de Falopio con afectación de trompa contralateral y (ii) endometriosis del peritoneo pélvico, enfermedad que frecuentemente causa dolor pélvico e infertilidad. También se anota en la historia que la

[25] Sentencias T -1104 de 2000, T-946 de2002, T-752 de 2007, T-226 de 2010, T- 424 de 2009, T- 311 de 2010, T- 009 de 2014, T- 398 de 2016, entre otras
[26] Sentencias T- 1104 de 2000, T-689 de 2001, T-226 de 2010, T- 550 de 2010, T-935 de 2010, T-935 de 2010, T398 de 2016, entre otras.
[27] Sentencias T- 1104 de 2000, T- 946 de 2002, T-752 de 2007, T- 424 de 2009, T-009 de 2014 entre otras.
[28] Sentencias T- 1104 de 2000, T-689 de 2001, T-760 de 2008, T -226 de 2010, T-424 de 2009, T-935 de 2010, T- 398 de 2016 entre otras.

paciente padece de dolor pélvico crónico de múltiples causas, entre ellas síndrome vesical doloroso, endometriosis y antecedentes de adherencias peritoneales.

El médico tratante,[29] que prescribió el procedimiento de fertilización *in vitro*, el 20 de junio de 2018, al ser indagado por el caso de la accionante, respondió que fue remitida a su consulta por su EPS, pues *"lleva 6 años buscando tener un bebe y no lo a logrado aún, lo que define que tiene una patología llamada infertilidad;"* también dijo "*si recomendé el tratamiento llamado Fertilización In Vitro lo indique específicamente para el tratamiento del diagnóstico Infertilidad de origen tubárico, que fue el motivo por el cual la paciente fue remitida para atención por mi especialidad."*

Cuando se le preguntó sobre los fines curativos del tratamiento respecto de otras patologías diferentes a la infertilidad, expuso que *"la fertilización in vitro es un tratamiento de reproducción asistida que ayuda a solucionar múltiples alteraciones que puedan dificultar que una mujer no pueda quedar en embarazo, por ejemplo: endometriosis severa, alteraciones de la ovulación de los ovarios, obstrucción de las trompas de Falopio, alteración severa de los espermatozoides del esposo entre otras, tiene una efectividad entre el 40-50% por mes de tratamiento, en 4 meses de tratamiento esta cercana al 80% de tasa de embarazo"*. Y, al preguntársele *"si en el caso de la paciente Marulanda González, se considera efectiva la fertilización in vitro para la cura de las enfermedades que la aquejan"*, precisó *"la fertilización in vitro es un tratamiento exclusivamente diseñado para que las parejas mejoren su opción de tener un bebe, si presentan infertilidad."*

Como antes se explicó, respecto de la posibilidad de acceder al procedimiento de fertilización *in vitro* vía tutela, esta corporación,[30] de manera general y mayoritaria, ha negado la autorización del referido procedimiento, teniendo en cuenta dentro de otras razones, que, (i) en la mayoría de los casos, dicho procedimiento solo tiene como fin la procreación y no el restablecimiento de la salud del paciente, (ii) si bien el Estado debe abstenerse de interferir en las decisiones reproductivas de las personas, y en su lugar, proteger a la mujer en estado de embarazo con todo lo que esto implica, según lo dispone el artículo 43 superior, no significa que esté en la obligación de garantizar a toda costa su derecho a la maternidad cuando su función procreadora se lo impide, (iii) la adopción es una de las alternativas a las que puede acudir quien desea conformar un grupo familiar si así lo desea, (iv) deben respetarse los criterios de priorización de recursos del Sistema de Seguridad Social, ante aquellas enfermedades que generan una grave afectación al derecho a la vida de quien las padece.

---

[29] Especialista en Endocrinología y Ginecología, Eduardo Rodrigo Henao Flórez, en respuesta dada, el 19 de septiembre de 2018, al cuestionario formulado por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizales (Caldas).

[30] Sentencias T- 1104 de 2000, T- 689 de 2001, T-946 de2002, T-512 de 2003, T-752 de 2007, T-424 de 2009, T- 311 de 2010, T, 226 de 2010, T-550 de 2010, T-935 de 2010, T- 311 de 2010, T- 009 de 2014, T-398 de 2016 entre otras.

No obstante, la jurisprudencia constitucional [31] ha previsto también la posibilidad de que, bajo enumeradas excepciones, puedan autorizarse tratamientos de fertilidad que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud, cuando (i) se busca garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; (ii) la práctica de exámenes o procedimientos resulta necesaria para identificar una condición de salud, asociada a la infertilidad; (iii) la infertilidad es síntoma o consecuencia de otro tipo de enfermedades (infertilidad secundaria), por lo cual, la acción de tutela procede con el fin de garantizar el tratamiento de las mismas, y de forma indirecta trata la infertilidad y (iv) se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otras garantías constitucionales, distintas al derecho a la salud.

En el caso analizado, en primer lugar, la Sala encuentra que la continuidad en la prestación del servicio de salud no se ha visto afectada, como quiera que en el expediente se puede verificar que, ya sea como consecuencia de lo ordenado en otros fallos de tutela, la accionante ha recibido atención médica especializada y se le han practicado los exámenes que le han sido ordenados. En relación con los últimos que le fueron practicados, es necesarios que se presente ante su médico con los resultados, para continuar con el tratamiento de las patologías que la aquejan.

Además, cabe recordar que en el fallo de tutela, emitido por el Juzgado Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, dentro del proceso radicado con el No. 2018-00060-00, se ordenó el tratamiento integral para la accionante, a partir de los diagnósticos de endometriosis grado IV y cistisis interticial.

De otra parte, también es claro que la señora Marulanda González ya tiene un diagnóstico respecto de sus afecciones de salud, como antes se señaló, endometriosis grados III y VI, lo que ha incidido en su infertilidad e infertilidad de origen tubárico.

En tercer lugar, si bien la infertilidad ha estado asociada a la endometriosis aguda que padece la actora, que está siendo tratada, lo cierto es que a raíz de un embarazo ectópico perdió una trompa de Falopio con afectación de trompa contralateral y, por ello, ha sido diagnosticada con *"infertilidad de origen tubárico".* Además, su médico refiere que trata a la señora Marulanda González con el fines de procreación y que ese es justamente el objetivo del procedimiento de fertilización *in vitro* y no la curación de otras enfermedades.

Y, finalmente, por lo expuesto en principio, en torno a las razones por las cuales esta Corte ha negado el acceso al procedimiento de fertilización *in vitro* para todas la mujeres que no puedan procrear

[31] Sentencias T- 572 de 2002, T- 946 2007, T- 890 de 2009, T- 528 2014, T- 274 de 2015, T-633 de 2010, T- 644 de 2010, T- 924 2013, entre otras.

naturalmente, la Sala encuentra que la no realización del mencionado procedimiento no implica una vulneración de otras garantías constitucionales, distintas al derecho a la salud de la accionante.

En este sentido, y dado que el procedimiento de fertilización *in vitro* solicitado por D. S. M. G., no emerge del deber de preservar o recuperar su salud, sino del específico deseo de procrear, esta Sala reiterará la posición desarrollada por esta Corporación, al no cumplirse con los requisitos exigidos para el excepcional reconocimiento del procedimiento que se solicita en esta oportunidad.

Con base en lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, procederá a confirmar la decisión proferida en segunda instancia, el 26 de octubre de 2018, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales, que revocó el fallo del 18 de septiembre del mismo año, emitido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizales, que amparó los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas de la accionante, por las razones expuestas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido el 26 de octubre de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales, que revocó el fallo del 18 de septiembre del mismo año emitido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizales, dentro de la acción de tutela promovida por D. S. M. G. contra Salud Total EPS, que amparó los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas de la accionante, por las razones expuestas.

Segundo.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General