



Sentencia T-375/16

Referencia: Expediente T-5247361

Acción de tutela instaurada por xxx ¹ contra SaludCoop EPS, Seccional Santa Marta.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D. C. catorce (14) de julio 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 de las sentencias proferidas por los Juzgados Segundo Penal Municipal y Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad de Santa Marta, dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

La señora xxx actuando en nombre propio, elevó acción de tutela contra la EPS SaludCoop solicitando que se garantice su derecho a la igualdad y a la salud reproductiva, presuntamente vulnerados por la negativa de la entidad

¹ Con el fin de proteger el derecho fundamental a la intimidad de la actora y su compañero permanente, la Sala acoge la petición de los accionantes y reemplaza las referencias a su identificación en el presente proceso por las letras xxx y yyy, respectivamente.

demandada en ordenar un procedimiento de *fecundación in vitro con lavado previo de semen*, recomendado por su médico tratante.

1. Hechos de la demanda

Manifiesta la accionante, que se encuentra afiliada como cotizante en la EPS Saludcoop, cumpliendo todos los requisitos de ley para que se le apruebe, junto a su pareja, el procedimiento de (sic) *in vitro* con lavado especial de esperma para evitar la transmisión del VIH.

Indicó que su compañero fue diagnosticado con VIH positivo desde el día 31 de mayo de 2011, condición de salud que le quita la oportunidad de adoptar un hijo en este país. Arguye, que los médicos infectólogos tratantes de su esposo, realizaron Junta Médica el día 22 de enero de 2015 en Quimiosalud, y recomiendan la realización del procedimiento de la fecundación *in vitro* con lavado especial de esperma para evitar la transmisión del VIH. Precisa que su esposo se encuentra en tratamiento médico, con los cuidados propios de su enfermedad, con pronóstico *“estable e indetectable hace 2 años y 6 meses y apto para poder ser donador de esperma para el proceso de inseminación (sic) in vitro con lavado especial de esperma”*.

Señala que no cuentan con los recursos económicos para poder costear estos procedimientos de forma particular. Tampoco tienen los medios propios para trasladarse a otra ciudad donde la EPS Saludcoop tenga convenios para prestarlos, debido a que en Santa Marta, ciudad de su residencia, no realizan el procedimiento requerido.

-Precisa, que ni ella ni su compañero, tienen problemas de salud y menos de fertilidad que les impidan concebir un hijo; sin embargo, *“desafortunadamente ese tipo de casos al ser poco comunes, la EPS los maneja como si fuera un problema de fertilidad, ya que su software lo tienen programado así, por eso cualquier orden médica que se le entrega tiene esa connotación”*.

Indica, que tanto las recomendaciones médicas, como el resultado de la Junta Médica realizada por 4 ginecólogos y un infectólogo de la Central de Especialistas de Saludcoop, coinciden en que la fecundación *in vitro* con lavado especial de esperma, es la única forma de prevenir, al bebe y a la madre, de potenciales riesgos de contaminación.

-Señaló la peticionaria que la EPS, el 23 de mayo de 2015, mediante la autorización No. 139351747, aprobó una consulta con ginecología para valoración por Perinatología, la cual fue cumplida el 28 de mayo, y el plan del médico fue la realización de la fecundación *in vitro* teniendo en cuenta el diagnóstico de su pareja.

-El día 3 de junio, a través de la autorización 1398655322, se aprobó una consulta especializada por infertilidad de pareja por el POS, la cual podía realizarse en Medellín, en la Corporación Saludcoop Clínica Juan Luis Londoño de la Cuesta, la cual fue anulada, por lo que presentó derecho de petición el día 18 de junio de 2015.

-El 22 de junio de 2015, mediante la autorización No. 141216872, la EPS aprobó un tratamiento de fertilidad por medio del Comité Técnico Científico, el cual podía realizarse en la ciudad de Bogotá en la Institución “Asociados en Reproducción Humana”, orden que fue igualmente anulada.

Relata, que para el día 23 de junio de 2015, *“encontró en el sistema de la EPS SALUDCOOP que existe un documento donde ahora se niega el procedimiento por cuanto existe evidencia que no tiene problemas de fertilidad por ende no tendría cobertura el procedimiento, y no tiene en cuenta la justificación de los especialistas que siguieron dicho procedimiento de inseminación (sic) in vitro para mantener sana y protegida al bebe y a ella”*.

-Sostiene, finalmente, que su salud mental ha sido afectada por la negativa constante de la EPS, en no autorizarle el tratamiento de maternidad asistida; aduce que tiene que lidiar día a día con la enfermedad de su esposo y además con los cuidados médicos que a nivel íntimo se requieren en pos de una vida sexual sana. Se queja la accionante de que la EPS se *“ crea con el derecho de privarlos como familia a tener un hijo en el seno de su hogar, marcando una diferencia absurda y discriminatoria por la salud de su esposo que los coloca en inferioridad frente a los demás cotizantes y frente a la sociedad colombiana”*.

2. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Invoca la actora la protección de su derecho a la igualdad, a fundar una familia, a la no discriminación y a la salud en su faceta reproductiva. Cita, en apoyo de sus peticiones, algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que se garantiza el derecho a la igualdad, otra que ordena incluir la FIV en el Plan Obligatorio de Salud y algunas sentencias que ordenan continuar los tratamientos de fertilidad como consecuencia de no haberse amparado el derecho a la salud.

Se refirió *in extenso* la demandante a la situación actual de las personas afectadas con el VIH, señalando que gracias a la evolución de los conocimientos y a los fármacos disponibles para combatirla, las personas seropositivas tienen en la actualidad una mejor calidad de vida, por lo que muchas parejas se plantean la posibilidad de tener una familia. No permitirlo como lo hace la EPS, es violar los artículos 13 y 42 de la Constitución Nacional, indicó la peticionaria.

3. Solicitud de la tutela

Solicita la accionante, que se ordene a la EPS SaludCoop la remisión a una clínica de fertilidad donde le practiquen a la pareja, sin ningún costo, los procedimientos de fecundación *in vitro* con lavado previo de semen para evitar la transmisión del VIH.

4. Respuesta de la entidad demandada

La E.P.S. accionada, a través de su directora seccional, manifestó que la accionante se encuentra afiliada a dicha empresa, con estado actual activo, y que por tanto puede gozar de todos los servicios de salud que se prestan. Agregó, que el procedimiento de fertilización *in vitro* con lavado de esperma para evitar transmisión de virus VIH: (i) tiene una efectividad del 50% a 60%; (ii) está excluido del POS; (iii) y tiene un costo elevado. Finalmente, agregó que el sistema de salud está destinado a la prevención, curación y rehabilitación de las enfermedades y no es un sistema de bienestar social integral, motivo por el cual solicitó declarar improcedente la tutela impetrada.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 16 de Julio de 2015 el Juzgado Segundo Penal Municipal, con Funciones de Conocimiento, de Santa Marta, negó la petición de la accionante por considerar que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales, basado en los siguientes criterios:

-Que de las diligencias obrantes en el expediente no se desprende que la incapacidad de procrear por causas externas a la accionante suponga un grave atentado o riesgo sobre su vida, ni que la falta del tratamiento solicitado le genere consecuencias adversas o peligrosas para su integridad, por lo que no se puede sostener que su derecho a la salud esté siendo vulnerando por la parte accionada.

-Que el derecho de procrear, a pesar de estar reconocido en cabeza de todas las personas y de implicar un deber de abstención del Estado en relación con actividades tendientes a su restricción o condicionamiento, no puede llegar hasta el punto que se pueda forzar u obligar a las autoridades estatales a garantizar la maternidad biológica de alguien cuando sus condiciones genéticas o humanas no permiten su goce.

-Que la Corte Constitucional ha concedido el amparo, incluso a pesar de encontrarse excluido del POS., pero cuando el mismo ya ha sido iniciado en la entidad prestadora de salud a la que se encuentra afiliada la interesada, como ocurrió en el caso decidido mediante Sentencia T- 525 de 2002 (M.P Rodrigo Escobar Gil); oportunidad en la que se tuteló el derecho a **la continuidad del servicio** en atención a que el médico tratante de la E.P.S. accionada había determinado el tratamiento de infertilidad de la peticionaria mediante aplicación de inyecciones, que dicho tratamiento ya se había iniciado y que la

suspensión del servicio no obedeció a capricho de la paciente sino a su falta de capacidad económica. Decisión que se justifica en atención a que el servicio de salud se caracteriza por su continuidad y, en esa medida, no se puede interrumpir so pena de desconocer el principio de eficiencia en la prestación.

-En este caso, el impedimento de la accionante para procrear no es la causa de infertilidad o un síntoma o consecuencia de otra enfermedad que afecte su salud, sino que obedece a una causa externa a su condición física, lo anterior considerando que la dificultad para ello obedece a que el esposo de la accionante padece de VIH positivo y que lo que se pretende es evitar que ella y su futuro bebé se contagien, razón por la cual precisamente solicitó el tratamiento de fertilización *in vitro* con lavado de semen.

La sentencia de primera instancia concluyó, que no se puede forzar u obligar a la E.P.S. accionada a autorizar este procedimiento cuando su negativa no pone en peligro el derecho a la salud de la accionante.

6. Sentencia de segunda instancia

El 28 de agosto de 2015, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Santa Marta, resolvió modificar la sentencia proferida el 16 de julio de 2015 por el juez de primera instancia, tutelando el derecho a la salud de la accionante, pero ordenando únicamente a la E.P.S. SALUDCOOP brindar apoyo psicológico e información a esta última sobre la existencia de otros medios para conformar una familia.

7. Pruebas que obran en el expediente

Dentro del expediente contentivo de la presente acción de tutela se encuentran, como pruebas relevantes, las siguientes:

- Acta de junta médica de QU1MIOSALUD de fecha 2 de enero de 2015.
- Copia de examen de laboratorio de fecha 14 de diciembre de 2011, a nombre de yyy.
- Copia de exámenes médicos de fecha 11 de octubre de 2014, a nombre de yyy.
- Resultados de ecografía transvaginal de fecha 28 de octubre de 2014, a nombre de xxx.
- Fotocopia de hoja de evolución a nombre del señor yyy.
- Copia de exámenes médicos a nombre de xxx, de fecha 10 de diciembre de 2014.
- Copia de exámenes médicos a nombre de xxx de fecha 12 de diciembre de 2014.
- Resultados de examen Histerosalpingografía, a nombre de xxx.
- Fotocopia del formato de evolución de fecha 15 de enero de 2013 a nombre de yyy.
- Copiad e la historia clínica de xxx, de fecha 22 de abril de 2015.

- Copia de reporte médico de fecha 24 de abril de 2015, a nombre de xxx.
- Copia de historia clínica de fecha 11 y 22 de mayo de 2015, a nombre de xxx.
- Copia de la historia clínica de fecha 28 de mayo de 2015, de xxx de la Unidad de Perinatología y terapia fetal del Caribe Unifetal.
- Copia de recomendación médica ginecológica, de fecha 22 de abril de 2015.
- Recomendación médica de fecha mayo 22 de 2015.
- Copia de derecho de petición de fecha de presentación 18 de junio de 2015, dirigido a SALUDCOOP EPS.
- Formula médica de fecha 19 de junio de 2015, a nombre de xxx.
- Copia de justificación médica, de fecha 19 de junio de 2015.
- Copia de la respuesta al derecho de petición.
- Certificación de semanas cotizadas.

8. Actuación procesal. Vinculación a la EPS Cafesalud

Mediante escrito fechado el 9 de febrero de 2016, Saludcoop EPS, empresa de salud demandada originalmente en este proceso, solicitó a la Corte Constitucional vincular a la presente tutela a la EPS Cafesalud, por ser actualmente la receptora de usuarios ante la situación de liquidación que enfrenta actualmente y la dificultad de continuar con la atención a sus afiliados.

Por lo anterior, con fecha 9 de marzo de 2016, la Sala Cuarta tomó la siguiente decisión:

“A través del Decreto 3045 de 2013, el Ministerio de Salud y Protección Social, estableció una serie de medidas encaminadas a garantizar la continuidad en el aseguramiento para los afiliados al régimen de seguridad social en salud, frente a circunstancias excepcionales que pueden afectar la operación normal de las Entidades Promotoras de Salud, entre ellas, la liquidación decretada por la Superintendencia Nacional de Salud. Así, el artículo 9 del mencionado Decreto dispuso:

“Garantía de la continuidad en la prestación de los servicios de salud. Las Entidades Promotoras de Salud receptoras de afiliados asignados, a quienes la Entidad Promotora de Salud de donde provienen les hubiese autorizado procedimientos o intervenciones que a la fecha de asignación no hayan sido realizados deberán reprogramarlos dentro de los 30 días siguientes a la asunción de la prestación de los servicios, siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida del paciente, caso en el cual deberá garantizarla oportuna atención.

En el caso de servicios no incluidos en el Plan de Obligatorio de Salud que deban prestarse en virtud de fallos de tutela, la Entidad receptora garantizará la continuidad del tratamiento, sin requerir trámites adicionales al afiliado.”

En ese contexto, la Superintendencia Nacional de Salud de Salud, profirió la Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, por medio de la cual ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para liquidar a Saludcoop, identificada con el NIT. 800.250.119-1.

Posteriormente, la Superintendente Delegada para la Supervisión institucional, profirió la Resolución No. 2422 del 25 de noviembre de 2015, por medio de la cual se aprobó el Plan Especial de Asignación de Afiliados presentado por Saludcoop, disponiendo en consecuencia, que el total de su población afiliada fuese asignado a Cafesalud EPS S.A. identificada con el NIT 800.140.949-6. En este entendido, frente a la nueva situación jurídica que afronta Saludcoop EPS en liquidación, la continuidad en el acceso a los servicios de salud para sus afiliados debe ser garantizada por Cafesalud EPS, entidad que funge en la actualidad como receptora del usuario.

Por las razones expuestas, teniendo en cuenta el compromiso de derechos fundamentales de especial atención que merece la accionante, y considerando que Cafesalud EPS no está vinculada a este proceso, se ordenará a la Secretaría General de la Corte Constitucional, poner en conocimiento de la empresa de salud Cafesalud EPS el contenido del expediente de tutela de la referencia, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, esa entidad se pronuncie acerca de las pretensiones de la acción de tutela planteada.

Se ordena a la Secretaría General de esta Corporación poner en conocimiento de la empresa de salud Cafesalud EPS, sucursal Santa Marta, el contenido del expediente de tutela de la referencia, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, esa entidad se pronuncie acerca de las pretensiones de la acción de tutela planteada.”

Vencido el término otorgado, la empresa CafeSalud no se hizo presente dentro del proceso de la referencia.

9. Intervención del Procurador General de la Nación

En ejercicio de las facultades constitucionales establecidas en los numerales 2º. y 7º. del artículo 277 de la CN, así como en el numeral 5º. del artículo 278, el Procurador General de la Nación intervino en el presente proceso, tras estimar que la EPS accionada no vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad de la accionante, debido a la negativa de la EPS de autorizar el tratamiento F.I.V. ordenado por el médico tratante, cuando esta es la única alternativa para lograr la reproducción humana.

Son sus razones las siguientes:

-Conforme a la primera postura que ha asumido la Corte respecto a estos casos, es improcedente esta acción de tutela, porque la F.I.V. está excluida del POS.

-Costear el tratamiento solicitado por la peticionaria, acarrearía incluir la F.I.V. en el POS y de contera generaría una grave crisis financiera del sistema, además del desconocimiento del objeto del derecho a la salud, tal y como se ha explicado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que en esta tutela, resulta un parámetro de constitucionalidad relevante en la resolución del caso concreto.

-Si se asumiera la segunda línea jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la F.I.V., es decir, la que garantizaba el tratamiento para ciertas eventualidades, la tutela debería denegarse, toda vez que, según considera el Procurador, a la accionante (i) no se le inició la F.I.V. en ningún momento y por lo tanto no se estaría violando el principio de continuidad y (ii) actualmente, se le está garantizando la vida, la salud y la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva. En ese sentido, la vista fiscal está de acuerdo con el juez de segunda instancia en cuanto autorizó acompañamiento psicológico para la actora, especialmente de cara a los estados de depresión que ha venido sufriendo, pero negó la tutela para que se autoricen los tratamientos que requiere la accionante y su pareja.

-El Ministerio Público estima que la Corte no debe aplicar la tercera tesis jurisprudencial derivada de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que, a su juicio, (i) no es una sentencia vinculante para el Estado Colombiano, y además (ii) implica una axiología contraria a la Carta Política de 1991, por cuanto se entendería *“a la vida humana como una circunstancia manipulable de forma artificial para satisfacer los propios deseos, en especial, a través de un procedimiento que por regla general implica el descarte de embriones humanos.”*

-Finalmente, sugiere el Procurador que la alternativa de la adopción es una opción razonable para este caso, no siendo impedimento el ser portador de VIH.

10. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

Con la finalidad de dar mayor claridad a los hechos expuestos en la acción de tutela de la referencia, esta Corporación ordenó la práctica de algunas pruebas mediante Auto calendado el 11 de marzo de 2016 y ordenó la suspensión de términos hasta que fuesen estudiadas.

“Primero. Por Secretaría General, ofíciase a la doctora Ladys Astrid Teller Beleño, Ginecóloga General, en la ciudad de Santa Marta, (Corporación IPS Saludcoop. Avenida Libertador número 24-107) para que en el término máximo de cinco (5) días, informe por escrito a esta Sala de Revisión lo siguiente:

1. En qué consiste la técnica de fertilización in vitro con lavado de semen recomendada a la paciente xxx quien es pareja de un paciente VIH positivo. En

qué casos específicos se recomienda y cuál puede ser en el supuesto de la paciente mencionada, su nivel de efectividad y éxito.

2. Explique a la Corte, si se trata, en el caso específico de la señora Angulo Fernández, del único tratamiento probable para evitar el riesgo de contagio del VIH que padece su esposo o si existen otras alternativas terapéuticas de reproducción asistida compatibles con esa circunstancia.

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 nuevamente preste su colaboración a la Corte Constitucional en un informe en el que explique a esta Sala (i) cuál es el riesgo de la concepción natural en parejas heterosexuales con VIH?; (ii) si la técnica de inseminación in vitro con semen tratado, (o lavado) reduce, y en qué porcentaje, el riesgo de transmisión del VIH en parejas heterosexuales serodiscordantes en las que el hombre es VIH positivo y la mujer VIH negativo y (iii) si existe en Colombia evidencia científica, probada y contrastada, frente a este tipo de intervenciones.

El informe deberá presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de este auto.

Tercero. Por Secretaría General, ofíciase a los doctores Ricardo Rueda Sáenz, Andrés Gutiérrez Aparicio y Eduardo Castro Valderrama, miembros del equipo de especialistas del Centro de Fertilidad Reptec en la ciudad de Bogotá (carrera 9- número 117-20) para que presten su colaboración a la Corte Constitucional en un informe en el que expliquen a esta Sala lo siguiente:

- i. Cuáles pueden ser las alternativas reproductivas de las parejas VIH discordantes?
- ii. Si la técnica de fecundación in vitro con lavado de semen, reduce realmente, o elimina, los niveles de transmisión de la infección madre-hijo.
- iii. Si la técnica de reproducción humana asistida más recomendable cuando no existe patología reproductiva, para aplicar con lavado de semen es necesariamente la fecundación in vitro o puede ser también la inseminación intrauterina?
- iv. Si el nivel de la carga viral en pacientes con VIH positivo, (si es detectable o indetectable) es determinante para el procedimiento de lavado seminal y posterior in vitro con miras a minimizar riesgos?
- v. Finalmente, se sirvan describir sucintamente cómo se desarrolla el proceso completo de la inseminación in vitro con lavado seminal, con el fin de determinar si se trata de dos procedimientos independientes o si conforman un solo momento clínico, llevándose a cabo el mismo día de manera conjunta.

El informe deberá presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de este auto.

Cuarto. Ordenar al juez de primera instancia, Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta, que en el plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto, ponga en conocimiento del señor yyy, el contenido de la acción de tutela de la referencia para que se pronuncie sobre los hechos y las pretensiones allí contenidas, y responda además el siguiente cuestionario:

- a. ¿Cuál es el estado civil del señor yyy? ¿De estar casado o en unión libre, indicar con quién tiene dicha relación, desde cuándo, y si la misma está vigente?
- b. Una vez enterado del contenido de la acción de tutela promovida por la señora xxx y las pretensiones planteadas, pregunta si ¿comparte la reclamación en salud que allí se hace en relación con la intención de llevar a cabo un procedimiento de fertilización in vitro con lavado de semen dada su condición de paciente con VIH?
- c. De las pruebas que obran en el expediente de tutela, se confirma que su EPS le realizó un examen por andrología para determinar su capacidad de procreación, concluyendo que en efecto se encuentra apto para ello. Bajo este supuesto, y en el entendido de que la acción de tutela solicita una inseminación artificial con lavado de espermatozoides, se pregunta ¿si existe prueba documental de algún trámite adelantado por el señor yyy ante su EPS para realizar la prueba de lavado de semen, sírvase remitirlo a la Corte Constitucional, en la ciudad de Bogotá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presente audiencia.

Quinto: Comisionar al Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, cite a la demandante quien bajo la gravedad del juramento, deberá responder las siguientes preguntas:

1. Indique si actualmente se encuentra vinculada laboralmente y a cuánto ascienden sus ingresos económicos junto con los de su esposo o compañero. De ser posible anexe documento que así lo indique.
2. Cuáles son sus obligaciones personales y familiares. Para ello deberá señalarlos de manera discriminada (personas a cargo, arrendamiento, educación, servicios públicos, alimentos, vestuario, deudas con entidades financieras, etc).

11. Relación de pruebas recibidas

Dentro del término indicado, se recibieron en la Corte Constitucional, las siguientes pruebas:

1. Respuesta de la Doctora Ladys Astrid Teller Beleño. Ginecología y Obstetricia. Médica tratante de la accionante.

¿En que consiste la técnica de Fertilización In Vitro con Lavado de semen, en qué casos específicos se recomiendan y cuál puede ser su nivel de efectividad y éxito?

Respuesta:

“Es una de las Técnicas de Fertilización Asistida, que consiste en extraer el ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer, con espermatozoides obtenidos previamente del hombre, (en este caso sometidos con antelación a la Técnica de Lavado de Semen) y luego implantarlo en la cavidad uterina.

Esta técnica tiene varios pasos, los cuales les informo a continuación:

- Se realiza estimulación ovárica, con medicamentos específicos para dicha función.*
- Punción ovárica, para extraer el óvulo, ovocito, previamente estimulado, que debe ser de aprox. 15 a 18 mm.*
- Inseminación de los ovocitos, con el espermatozoide previamente lavado y escogido, (mejor calidad, mayor movilidad y sin presencia de virus).*
- Cultivos de embriones in vitro, en un término aproximado entre 3 y 6 días en incubadoras especiales.*
- Transferencia embrionaria 7 días después de la Inseminación, se implantan en el útero, se realiza por vía transcervical sin anestesia.*

El porcentaje de efectividad varía de acuerdo a la edad de la paciente.

En mujeres menores de 35 años de 40%.

Mujeres entre 35 y 37 años es de 27-36%.

Mujeres entre 38 y 40 años es de 20 a 26%.

Mujeres mayores de 40 años es de 10 a 13%.

Lavado de semen

Técnica que se utiliza para separar el Espermatozoide del Líquido Seminal, por medio de la Centrifugación en Diferentes Gradientes de concentración (Gradientes de Densidad de PureSperm), método que se realiza a temperatura ambiente en un tiempo determinado de 20 a 30 minutos, luego de realizado el proceso , se toma la fracción seminal restante y se somete a una prueba de PCR (reacción en cadena de Polimerasa, técnica que amplifica el material genético del Virus, si lo hubiera y permite detectar su presencia) o sea , es una prueba para detectar si existe presencia de virus en la muestra obtenida. Si la PCR resulta positiva, se tendría que realizar nuevo lavado de la misma muestra, hasta conseguir minimizarla o negativizarla que por lo general se logra en un 95 a 97% de ausencia de virus.

Si la prueba de PCR resulta negativa, la muestra o espermatozoide estaría apto para realizar la Inseminación. (Escogiendo el de mejor calidad, movilidad, y ausente de virus).

SEMEN: está compuesto en un 90% de líquido o plasma seminal, y un 10% de espermatozoides y otras células desprendidas del epitelio de los conductos excretores o bien productos del Sistema Inmune como son los Linfocitos T4, macrófagos y otros.

NOTA: La probabilidad de contagio con esta Técnica, disminuye grandemente, pero no lo eliminan en su totalidad. Se estima que el porcentaje de contagio oscilaría en un 0.001%.

La accionante xxx es una paciente sana , sin contraindicaciones para embarazo y con deseos de fertilidad, con pareja VIH positiva, la técnica de fertilización in vitro es una de las posibilidades para disminuir el riesgo de contagio, pero existen otras técnicas dentro de la reproducción asistida que también pudieran realizarse, una de ellas sería la Inseminación Artificial (IA) la cual consiste en inyectar en cavidad uterina el espermatozoide , previamente lavado, y escogido, por medio de una sonda especial, sin anestesia en periodo de ovulación (previa estimulación ovárica), pero debe tener como condición especial el que la paciente tenga las Trompas de Falopio totalmente permeables, y sin alteraciones en cavidad uterina, esta sería la técnica más sencilla.

Otra técnica de reproducción asistida, sería el ICSI, que consiste en la Inyección Intracitoplasmática del espermatozoide, es la prueba más compleja, pero creo que de mejores resultados, que sería de mejor explicación por un experto en fertilidad.”

2. Respuesta del Doctor Juan Carlos Mendoza. Asociación de Reproducción Humana.

-¿Cuál es el riesgo de la concepción natural en parejas heterosexuales con VIH?

“Entendiendo la pregunta en el contexto de la comunicación como el riesgo de transmisión del VIH de uno a otro miembro de la pareja en una pareja heterosexual que intente lograr un embarazo mediante concepción natural, el riesgo se ha calculado entre el 0.1 % a un 0.3 % por relación sexual no protegida en una pareja estable, monógama sin abuso de drogas intravenosas y que no participen en ninguna otra actividad de alto riesgo para la infección, teniendo en cuenta que estos valores estimados cambian dependiendo de diferentes factores que incluyen el tiempo de exposición (es decir, numero de relaciones sexuales), si el contagio es de hombre seropositivo a mujer seronegativa o de mujer seropositiva a hombre seronegativo, concentraciones plasmáticas de VIH en el miembro de la pareja infectado, presencia de otras

enfermedades sexualmente transmisibles, infección, abrasión o inflamación en el área genital, tipo de contacto sexual (oral, anal o vaginal) y si el individuo afectado está recibiendo tratamiento o no. Una publicación reciente estima el riesgo desde el 0.08 % al 1.38, valores también cambiantes dependiendo de los factores mencionados anteriormente.”

-Si la técnica de inseminación in vitro con semen tratado, (o lavado) reduce, y en qué porcentaje el riesgo de transmisión del VIH positivo en parejas serodiscordantes en la que el hombre es VIH positivo y la mujer VIH negativo.

“Existen tratamientos realizados mediante inseminación, donde el semen es colocado en el cuerpo de la mujer esperando que la fertilización se logre de forma natural (In vivo) y la fertilización in vitro donde los óvulos son extraídos del cuerpo femenino con el fin de que la fertilización se logre de forma extracorpórea por lo cual se denomina in vitro.

Hecha esta aclaración y de acuerdo con la literatura disponible desde el año 2006 la ASRM (Asociación Americana de Medicina Reproductiva) recomendó la implementación de las técnicas de reproducción asistida previo lavado seminal como alternativa de manejo para las parejas donde uno de los miembros tuviera la infección.

En un reciente meta análisis que incluyó 40 estudios en que parejas serodiscordantes fueron tratadas con lavado espermático previo a inseminación intrauterina o fertilización in vitro con o sin ICSI, no se encontró seroconversión por lo que los autores concluyen que el lavado espermático parece reducir significativamente el riesgo de transmisión de VIH en parejas serodiscordantes advirtiendo que aún no se han hecho estudios randomizados controlados en países subdesarrollados, especialmente aquellos con alta carga de VIH en su población. En la literatura si bien la mayoría de los autores consideran que el lavado espermático con fertilización in vitro es una técnica segura para la prevención de la transmisión, algunos afirman que aún no se puede demostrar que con esta metodología se elimina completamente el riesgo de contagio considerando que aun la evidencia es limitada.”

-¿Existe en Colombia evidencia científica, probada y contrastada, frente a este tipo de intervenciones?

“En Colombia algunos autores han publicado artículos de revisión sobre el tema pero que yo conozca no que contengan evidencia científica, probada y contrastada.”

3. Miembros del Equipo de Especialistas del Centro de Fertilidad. Reprotec.

¿Cuáles son las alternativas reproductivas de las parejas VIH

discordantes?

“En la sero-discordancia VIH, donde el varón es el infectado, las opciones reproductivas son: la adopción y la inseminación con semen de donante, siendo éstas las técnicas que aseguran abolir el riesgo de transmisión del VIH.

La inseminación intrauterina con lavado de espermatozoides y la fecundación in vitro con lavado de espermatozoides reduce el riesgo de transmisión.”

-Si la técnica de fecundación in vitro con lavado de semen, reduce realmente, o elimina, los niveles de transmisión de la infección madre-hijo.

El lavado de semen (técnica doble swim-up y gradientes) reduce el 90% del virus en muestra seminal. Sin embargo, después del lavado seminal 5-10% de las muestras pueden aún contener virus residuales. A pesar de ello en más de 6000 casos reportados en la literatura, no hay evidencia de transmisión del virus a la madre o al hijo, posterior al lavado seminal, independientemente de la técnica de reproducción asistida utilizada: inseminación intrauterina o fecundación in vitro.

-Si la técnica de reproducción humana asistida más recomendable cuando no existe patología reproductiva, para aplicar con lavado de semen es necesariamente la fecundación in vitro o puede ser también la inseminación intrauterina.

“No hay estudios que demuestren que la realización de fecundación in vitro, cuando no hay patología reproductiva, disminuya en mayor medida el riesgo de transmisión viral al compararla con la inseminación intrauterina cuando se utiliza semen lavado.”

- Si el nivel de carga viral en pacientes con VIH positivo, (si es detectable o indetectable) es determinante para el procedimiento de lavado seminal y posterior in vitro con miras a minimizar riesgos.

“La recomendación de las sociedades de medicina reproductiva a nivel mundial es que el nivel de carga viral si es determinante y debería optimizarse (carga viral menor a 10.000 copias y recuento de CD4 mayor a 350) y así disminuir el nivel de carga viral en semen antes de proceder al lavado seminal.

Para realizar la técnica de lavado de semen se utiliza espermatozoides. Una vez analizada la muestra es procesada en las dos horas siguientes a su obtención. Primero se centrifuga en un gradiente de densidad que varía de 40 a 80% a 300 gravedades durante 30 minutos. El pellet es removido y se le adicionan 3 ml de medio de cultivo, se procede a un nuevo lavado y centrifugación a 400 gravedades por 10 minutos, se descarta el sobrenadante. Se adiciona 1 ml de medio y se incuba a 37°C durante 1 hora, inclinado a 45° para permitir que los espermatozoides móviles se desplacen hasta la superficie "swim-up". La

muestra resultante puede utilizarse bien sea para Inseminación intrauterina o para fecundación in vitro. ”

4. Declaración de la accionante y su compañero ante el juez de primera instancia. Pruebas aportadas

En relación con la declaración jurada rendida ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de la ciudad de Santa Marta, de conformidad con lo comisionado por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, mediante auto de fecha 11 de marzo del presente año, en el que ordenó citar a la demandante, a fin de contestar algunas preguntas referidas a su situación personal y económica, la Sala presenta el siguiente informe recibido dentro del término probatorio:

A la pregunta relacionada con su vinculación laboral e ingresos económicos, personas a cargo, gastos mensuales, pago de servicios, etc, respondió:

“actualmente me encuentro laborando con la empresa COOMEVA EPS, ejerciendo el cargo de Ejecutivo de Atención Integral, con un salario de un millón sesenta y nueve mil pesos (\$ 1.069.000 m.l.v.). Mi esposo labora en dos instituciones educativas por términos definidos a 10 meses, devengando un salario total de tres millones veinte mil pesos (\$3.020.000) m.l.v. anexan comprobantes de pago. PREGUNTADO: Cuáles son sus obligaciones personales y familiares Para ello deberá señalarlos de manera discriminada (personas a cargo, arrendamiento, educación, servicios públicos, alimentos, vestuario, deudas con entidades financieras, etc). RESPONDIÓ: tenemos un promesa de compra y venta de una mejora la cual se está pagando por un valor de quinientos mil pesos (\$ 500.000) m.l.v., mi esposo está haciendo una especialización en Administración de Informática con la Universidad de Santander por un valor de cinco millones trescientos incluyendo el derecho de grado, la cual ya se terminó pero ahora es que va a comenzar a pagar con un acuerdo de pago de quinientos mil pesos mensuales (\$500.000) mlv., en servicios públicos pagamos un valor de cinco ochenta mil pesos (\$ 180.000), por la patología o diagnóstico de mi esposo su alimentación es extremadamente especial nos gastamos aproximadamente un millón de pesos (\$ 1.000.000), tenemos como personas a cargo a nuestros padres a los cuales le damos una asignación mensual de trescientos mil pesos (\$300.000) a cada uno, gastos financieros entre los dos pagamos aproximadamente dos millones (\$2.000.000) y en vestuario, por el trabajo de mi esposo que debe estar bien presentado tenemos un gasto de cien mil pesos (\$100.000), además tengo los gastos de traslados a la ciudad de Barranquilla para tratamientos por un accidente laboral en el cual tengo ruptura de ligamentos y meniscos en rodilla izquierda, ya que la ARL me autoriza el traslado en bus urbano y solo me da cincuenta mil pesos (\$50.000), ya que tengo dos cirugías y siempre voy con acompañante que no me lo pagan.”

Se recibió igualmente declaración jurada del esposo de la accionante, vinculado al proceso mediante auto de fecha 11 de marzo del presente año, en el que se ordenó poner en su conocimiento el contenido de la acción de tutela de la referencia, para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones, respondiera un cuestionario relacionado con su estado civil, su estado de salud, su relación laboral y expusiera su conocimiento y alcance acerca del procedimiento que solicita su compañera xxx, accionante en la tutela.

El señor yyy respondió lo siguiente:

“Sí comparto las reclamaciones de mi compañera permanente. Hemos realizado todo el proceso juntos con la intención de llevar a cabo la fertilización in vitro en consenso hemos buscado todas las ayudas y asesorías posibles sobre el tema y cuál debería ser el procedimiento a seguir tanto en la parte de reproducción como en la parte legal, la cual como es un tema desierto, nos ha tocado recurrir a asesorías con médicos especialistas en infectología como es el caso del Doctor ABRAHAM KATIME, el Doctor EZEQUIEL GUARRO, Dr. EDUARDO NAME experto en infectología, con especialistas de la Clínica PROCREAR y la Unidad de Perinatología y Terapia Fetal del Caribe Unifetal. PREGUNTADO: De las pruebas que obran en el expediente de tutela, se confirma que su EPS le realizó un examen por andrología para determinar su capacidad de procreación, concluyendo que en efecto se encuentra apto para ello. Bajo este supuesto, y en el entendido de que la acción de tutela solicita una inseminación artificial con lavado de espermatozoides, se pregunta ¿si existe prueba documental de algún trámite adelantado por el señor yyy ante su EPS para realizar la prueba de lavado de semen. RESPONDIÓ: sí adelante trámite ante mi EPS, pero fue negado mediante CTC N° 832983 de COOMEVA EPS de fecha 29 de diciembre del 2015, en el cual indican la negación del procedimiento manifestando "paciente femenina de 35 años de edad con VIH, deseo reproductivo en pareja serodiscordante, en tratamiento con antirretrovirales, pareja negativa, con permeabilidad tubárica normal, hormonalmente sin alteración. Pareja requiere tratamiento TIRA alta complejidad, como única vía de opción de embarazo, Se anula. Lo anterior constituye una exclusión de la resolución 5521 del 2013 artículo 129 3.4. tratamiento para la infertilidad. Con esto demuestro que la negación no concuerda con lo solicitado mediante el CTC, dado que yo soy el que tengo el diagnóstico mas no mi esposa, además, que no es problema de infertilidad. Esta es la única actuación que he realizado con mi EPS, en que me negaron el tratamiento a seguir. Aportan como prueba respuesta CTC de la EPS COOMEVA.”

-Igualmente se aportaron los soportes económicos de la accionante y su compañero, correspondientes a la siguiente relación:

1. Colillas de nómina de los meses de febrero y marzo de 2016 correspondiente al pago mensual de la accionante por valor que oscila entre \$1.175.0666 y \$ 1.177.656. En ambos casos los descuentos por aportes a salud, pensiones,

seguros (entre los que se incluye el pago de un SOAT) y una cuota financiera suman \$579.557. Por lo que el promedio devengado neto es de \$ 595.000.

2. Se aportó igualmente un extracto de tarjeta de crédito (Mastercard) a nombre de la accionante con un cupo de \$3.120.000 con un pago mínimo de \$715.517.

3. Un extracto de tarjeta de crédito Visa (Banco Colpatria) a nombre de la accionante correspondiente al mes de marzo y con un cupo total de \$2.800.000.

4. Comprobante de pago de febrero y marzo de 2016, correspondiente a la nómina del colegio Ateneo Moderno donde trabaja como docente el compañero de la demandante, en el que consta un ingreso salarial de \$ 1.500.000, un solo descuento por seguridad social por \$ 120.000, lo que arroja un ingreso neto de \$1.380.000.

5. Comprobante de pago del mes de febrero de 2016 de otro plantel educativo, de naturaleza pública donde también trabaja el esposo de la accionante, con un ingreso mensual de \$ 1.710.636 y descuentos por valor de \$176.576; para un ingreso neto de \$1.534.060.

6. Extracto de la tarjeta de crédito (Bancolombia) del esposo de la accionante con un cupo total de \$ 5.200.000.

7. Los gastos correspondientes a los servicios públicos (acueducto, gas domiciliario energía y telefonía fija) ascienden a un promedio de \$180.000 mensuales.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas 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. Problema jurídico y temas a resolver

La accionante interpone acción de tutela solicitando la realización de una técnica de maternidad asistida denominada *fecundación in vitro con lavado de semen*, por ser su compañero permanente portador del virus VIH. Demanda el amparo a sus derechos a la igualdad y a la salud reproductiva ante la negativa de la EPS en ordenar el tratamiento descrito. La sentencia de primera instancia niega la tutela por tratarse de un tratamiento excluido del POS y la segunda instancia se mantiene en negar el tratamiento, pero ordena acompañamiento psicológico e información a la accionante sobre la existencia de otros medios para conformar una familia.

En este contexto, encuentra la Corte que el problema jurídico gira en torno a la pregunta de si la EPS vulneró los derechos a la salud reproductiva e igualdad de la accionante al negar un tratamiento de fertilidad autorizado por el médico tratante, que se encuentra por fuera del POS. Para su resolución deberá la Sala reiterar los contornos del derecho a la salud como derecho fundamental y en su faceta reproductiva, reiterar la jurisprudencia relativa a la protección constitucional dirigida a las personas que padecen del virus del VIH como sujetos de especial vulnerabilidad, analizar el caso concreto a la luz de la jurisprudencia contenida en las sentencias T- 274 de 2015 y T-528 de 2014, y precisar nuevas sub reglas en relación al consentimiento informado en los supuestos de tratamientos de maternidad asistida. Se analizarán en el caso concreto las pruebas allegadas por el grupo de médicos requeridos, para finalmente resolver de conformidad con todo el material aportado.

3. La seguridad social y el derecho a la salud, fundamentalidad y cobertura²

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*”³.

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*”⁴. 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

² Consideraciones expuestas igualmente por este despacho en la sentencia T-306 de 2016.

³ Sentencia T-1040 de 2008.

⁴ Sentencia T-176 de 2011.

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”*⁵. 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 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 diversos 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”*.⁶

El carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, ha sido ratificado por la Ley Estatutaria de la Salud, 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 constitucional⁷ 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 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

⁵ Sentencia T-662 de 2006.

⁶ Sentencia T- 162 de 2015; En igual sentido se refiere la Sentencia T-760 de 2008.

⁷ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-662 de 2006, T-869 de 2006 y T-594 de 2007.

resulte satisfecho, resulta válido recurrir a la acción de tutela para reclamar su protección.

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

La jurisprudencia relativa⁸ al derecho a la salud, específicamente en punto al amparo de los tratamientos de fertilidad, ha tenido dos vertientes de resolución:

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 goce⁹ 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 facultad¹⁰.

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 enfermedad¹¹. 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 suministrarlos¹². 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

⁸ Sentencia T- 226 de 2010, T-870 de 2008, T-946 de 2007, T-525 de 2011, entre otras.

⁹ Sentencia T-226 de 2010, entre otras.

¹⁰ 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”.

¹¹ 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.

¹² Ver sentencias T- 901 de 2004, T-746 de 2002, T-572 de 2002 entre otras.

tratamiento de fertilidad¹³.

5. La jurisprudencia sobre los derechos sexuales y reproductivos, contenida en las sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015

Las sentencias **T-528 de 2014** y **T- 274 de 2015** cambiaron la postura acogida durante años por la Corte Constitucional, *inter alia* en providencias como la T- 946 del 2000, la T- 512 de 2003, la T- 901 del 2004, la T- 636 de 2007, la T- 752 de 2007, la T- 946 de 2007 y la T- 226 de 2010. La jurisprudencia que empieza a construirse, apoyada en distintos pronunciamientos de organismos internacionales, ha 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. 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.

-El primer pronunciamiento que avizora una nueva hermenéutica frente a la tutela para los tratamientos de fertilidad es el fallo **T-528 de 2014**, direccionado a la solicitud de un tratamiento de *fecundación in vitro*. La Sala Primera de Revisión¹⁴ 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*¹⁵, al libre desarrollo de la

¹³ Ver sentencia T-550 de 2010, T-946 de 2007 citan la sentencia T-471 de 2001.

¹⁴ T-528 de 2014, M. P. María Victoria Calle.

¹⁵ 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

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 familia¹⁶”.

De igual forma, señaló que “*existe un vínculo estrecho entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica¹⁷, este último conectado, a su vez, con el derecho a la salud, debido a que ‘[s]iendo la preservación de las condiciones físicas, psicológicas y espirituales de la persona objeto de protección del derecho fundamental a la integridad personal existe una estrecha relación entre este derecho y el derecho a la salud[, pues este último] protege igualmente la preservación de la integridad de la persona humana, no sólo frente a agresiones humanas sino también frente a todo tipo de agentes naturales o sociales’¹⁸”.*

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 psicológica, la salud mental, la salud emocional y la salud social. Dentro de tales categorías se encuentra la salud sexual y reproductiva, entendida esta última como “[...] un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (...) [E]ntraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia¹⁹”.

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).

¹⁶ 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”).

¹⁷ El derecho a la integridad personal está consagrado en el artículo 12 de la Constitución Política, el cual preceptúa: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. La Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-200 de 1997 delimitó el ámbito de protección del derecho a la integridad personal en los siguientes términos: “En cuanto a la integridad personal, valor cuya jerarquía es cercana al de la vida y cuyas violaciones casi siempre la ponen en peligro, se relaciona con la preservación del sujeto en sus componentes físicos, psicológicos y espirituales, los cuales se hallan integrados en un conjunto armónico que justamente constituye la esencia del ser humano. Tales elementos y el todo resultante de su articulación deben permanecer inalterados por agresiones, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques y lesiones, por acción u omisión de autoridades o particulares”. En igual sentido pueden consultarse las sentencias T-409 de 2000 y T-489 de 2001.

¹⁸ Cfr. sentencia T-636 de 2001.

¹⁹ 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).

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 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”²⁰ 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’²¹”.

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 sociales²². 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 requieren fertilidad asistida, 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

²⁰ 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).

²¹ 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).

²² Tal es el caso de Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y México. Cfr. Consideración jurídica núm. 4 de la Sentencia T-528 de 2014.

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.”*²³

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 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.

En efecto, se revisaron los casos presentados por Mónica Vivian Calderón Barrera en contra de la EPS Coomeva (T-4.492.963); Diana Rincón Caicedo en contra de la EPS-S Emssanar (T-4.715.291); Angélica María Solarte Ortega en contra de la EPS Sura (T-4.725.592); y Claudia Isabel Cataño Urrea en contra de la EPS Coomeva (T- 4.734.867), mujeres que exhibían un cuadro clínico común: la imposibilidad de poder gozar de una maternidad biológica. Se demostró en el proceso que este grupo de personas había concurrido a distintos médicos especialistas en la materia para que les indicaran el tratamiento adecuado para lograr la concepción; en todos los casos, la única manera de alcanzar un embarazo era a través de la práctica de la *“fecundación in vitro”*, tratamiento excluido del plan obligatorio de salud.

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que ninguna de las accionantes contaba con los recursos económicos necesarios para practicarse el tratamiento que fue negado por las empresas de salud, solicitaron por vía de tutela la autorización de la citada técnica por parte de las EPS a las cuales se encontraban adscritas. En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional efectuó un estudio minucioso sobre los posibles derechos que podrían verse vulnerados al no practicarse el tratamiento solicitado por las peticionarias, teniendo en cuenta parámetros como los siguientes: (i) la acción de tutela y los tratamientos de fertilidad; (ii) los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad; y (iii) la protección excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva y otros derechos fundamentales relacionados con los tratamientos de fertilidad solicitados a través de la acción

²³ Consideraciones vertidas igualmente en la sentencia T-274 de 2015.

de tutela .

-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 reproductivos²⁴, 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”*²⁵, 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 común²⁶. 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 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 constitucional²⁷. 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 normas²⁸”.

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

²⁴ 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.

²⁵ Sentencia T-732 de 2009.

²⁶ Ídem.

²⁷ 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.

²⁸ Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001.

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 la fertilización *in vitro*, prohibida 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 *ab initio*.

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”²⁹, 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”³⁰, de manera arbitraria, irrazonable e injustificada”³¹.

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”³².

²⁹ Sentencia C-131 de 2014. Cfr. Sentencias T-401 de 1992 y C-239 de 1997.

³⁰ Cfr. Sentencias T-532 de 1992, T-429 de 1994, T-124 de 1998, C-309 de 1997, entre muchas otras.

³¹ Sentencia C-131 de 2014.

³² Sentencia T-732 de 2009.

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”*³³ ³⁴.

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 productiva, 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 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.

Igualmente, 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 así”*³⁵, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos

³³ Sentencia C-098 de 1996.

³⁴ Sentencia C-131 de 2014.

³⁵ 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)*

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”³⁶.

La **autodeterminación reproductiva** indicó la sentencia, supone reconocer, respetar y garantizar “la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”³⁷. 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 cuando ha sostenido que “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 Constitución³⁸ y artículo 11.2 de la CEDAW³⁹). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados⁴⁰ o cuando se solicitan pruebas de esterilización⁴¹ o de embarazo⁴² 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

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).

³⁶ Sentencia T-627 de 2012.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ “La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

³⁹ “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 (...)”.

⁴⁰ 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.

⁴¹ CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, 1997, párr. 14.

⁴² 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

mujer] de tener hijos (...) no debe (...) estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”⁴³. 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’⁴⁴”⁴⁵.

Tras mencionar el **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”⁴⁶.

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 genésica**⁴⁷. En el mismo sentido, se refirió la Observación General 14 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), sobre el derecho a la salud, 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 limitarlo⁴⁸ y suprimir las barreras que impiden el mismo⁴⁹, incluso cuando provengan de terceros⁵⁰”.

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 psicológica, 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

⁴³ Comité CEDAW. Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, párr. 22.

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 28. igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29/3/2000, párr. 20.

⁴⁵ Sentencia T-627 de 2012.

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ Ibíd.

⁴⁸ Ibíd.

⁴⁹ Ibíd.

⁵⁰ Ibíd.

*disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia*⁵¹”.

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”*⁵², 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’*⁵³”.

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, 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

⁵¹ 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).

⁵² 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).

⁵³ 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).

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 biológico⁵⁴. 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 fecundidad⁵⁵. Resaltó que *“la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”*.

Indicó 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”*⁵⁶. 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.

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 Corporación⁵⁷ como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸ ha determinado que los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad

⁵⁴ 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 lo siguiente: “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”.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Cfr. Párrafo 147.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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).

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. Añadió que la prohibición de los tratamientos de reproducción asistida por parte de los Estados, supone una limitación para el ejercicio de estos derechos, y de paso, para otros que se encuentran íntimamente relacionados, como el derecho a la igualdad.

6. Protección constitucional de las personas con VIH

La Corte Constitucional ha sido constante⁵⁹ en la defensa de los derechos fundamentales de las personas que viven con el VIH. Ha establecido que en virtud del principio de solidaridad (art. 1 Superior) tanto el Estado como la sociedad en general y la familia deben velar por el cuidado de su salud y unir esfuerzos para que puedan disfrutar su vida en condiciones de dignidad.

A la luz del principio de igualdad, según el cual “*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta*” (art. 13 Superior), ha sostenido que las incalculables proporciones de la enfermedad predicen una posición activa de parte del Estado⁶⁰. Este debe implementar políticas y programas para hacer más llevadero su malestar, aunque no sea posible lograr una solución definitiva⁶¹. En ese sentido, ha considerado necesario resguardar de manera reforzada sus garantías constitucionales a la igualdad, la intimidad, la salud, la estabilidad laboral y la seguridad social.

A manera de ejemplo, al momento de valorar actos discriminatorios en contra de las personas que viven con el virus, este Tribunal ha establecido la necesidad de aplicar un test de igualdad intenso, debido a su condición de sujetos de especial protección constitucional. Adicionalmente, ha invertido la carga de la prueba, correspondiéndole probar al demandado que no ha existido discriminación, demostrando una razón objetiva para su conducta⁶².

En torno al derecho a la salud, ha indicado que es deber del Estado brindar la atención integral “*a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación*”⁶³. Por ello, ha ordenado el suministro de medicamentos⁶⁴, complejos nutricionales⁶⁵, terapia antirretroviral⁶⁶ y exámenes de diagnóstico⁶⁷.

⁵⁹ Sentencias T-484 y T-505 de 1992, T-502, T-534 de 1994, T-271 de 1995 y SU-256 de 1996.

⁶⁰ Sentencia T-843 de 2004, reiterada en las sentencias T-481 de 2013

⁶¹ Sentencia T-1283 de 2001, reiterada en la sentencia T-885 de 2011.

⁶² Sentencias T-469 de 2004, T-898 de 2010, T-628 de 2012 y T-376 de 2013.

⁶³ Sentencia T-1283 de 2001, reiterada en las sentencias T-057 de 2011 y T-035 de 2013.

⁶⁴ Sentencias T-343 de 2005, T-190 de 2007 y T-600 de 2012.

⁶⁵ Sentencias T-259 de 2002, T-159 de 2006 y T-228 de 2013.

⁶⁶ Sentencias T-600 y T-1162 de 2003, T-846 de 2011

⁶⁷ Sentencia T-15 y 16 de 2003, T-652 de 2004 y T-596 de 2006.

En el ámbito laboral, la Corte ha determinado que las personas que viven con el VIH son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, pudiendo reclamarlos a través de la acción de tutela⁶⁸. Ha indicado que se trata de una forma de superar la discriminación, por lo que el empleador debe velar por el acondicionamiento del lugar de trabajo, otorgar los permisos para asistir a controles médicos, adoptar las medidas de apoyo pertinentes y crear un ambiente digno⁶⁹. De otra parte, ha destacado que el trabajador no tiene la obligación de manifestar que le fue diagnosticado el virus para acceder o permanecer en una actividad laboral⁷⁰, protegiendo al mismo tiempo su derecho fundamental a la intimidad.

De otro lado, en materia de seguridad social ha reconocido que la acción de tutela resulta procedente para reclamar el pago de pensiones de invalidez o sobrevivencia⁷¹. Además, ha reiterado que por tratarse de una enfermedad cuyos efectos son progresivos, las personas tienen derecho a que se les contabilicen aportes efectuados luego de la fecha de estructuración de la invalidez para que puedan acceder a una asignación mensual⁷².

Tales determinaciones se han fundamentado en la difícil situación de las personas que viven con el VIH, ya que a las graves y delicadas consecuencias en su salud que deben asumir, se le suman la discriminación y estigmatización por parte de los demás miembros de la sociedad⁷³. Justamente, la Corte ha identificado que tal población es sustancialmente más vulnerable a la segregación social, sexual, económica y laboral, por lo que está propensa a la afectación de sus derechos fundamentales⁷⁴.

Se ha identificado que el estigma y la discriminación asociados al VIH pueden ser tan devastadores como la enfermedad. El abandono por parte del cónyuge o la familia, el aislamiento social, la pérdida del trabajo o los bienes, la expulsión del sistema educativo, la negación de servicios médicos, la falta de atención y apoyo, y la violencia son algunas de las consecuencias que debe enfrentar quien vive con el virus. Por ello, *“es menos probable que las personas recurran a las pruebas del VIH, revelen su estado serológico respecto del VIH a los demás; adopten un comportamiento preventivo con relación al VIH; o accedan a tratamiento, cuidado y apoyo. Si lo hacen, podrían perder todo”*⁷⁵.

La marginalidad y la exclusión también tienen lugar en el aspecto económico,

⁶⁸ Sentencia SU-256 de 1996, reiterada en las sentencias T-919 de 2006, T-986 de 2012 y T-376 de 2013.

⁶⁹ Sentencia T-469 de 2004, reiterada en las providencias T-295 de 2008, T-025 de 2011 y T-986 de 2012.

⁷⁰ Sentencia T-1218 de 2005, T-295 de 2008, T-986 de 2012.

⁷¹ Sentencias T-550 de 2008, T-860 de 2011 y T-1042 de 2012.

⁷² Sentencias T-699A de 2007, T-885 de 2011 y T-627 de 2013.

⁷³ ONUSIDA define el estigma y la discriminación en relación con el VIH como: “...un ‘proceso de desvalorización’ de las personas que viven o están asociadas con el VIH y el sida [...] La discriminación se desprende del estigma y se refiere al tratamiento injusto y malintencionado de una persona a causa de su estado serológico real o percibido en relación con el VIH”. Documento “Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del sida”, 2008.

⁷⁴ Sentencia T-469 de 2004 y T-025 de 2011.

⁷⁵ Documento “Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del sida”, 2008.

puesto que quienes viven con el VIH deben enfrentar, por lo menos, tres retos: (i) la variabilidad de su estado de salud afecta su habilidad para trabajar; (ii) los tratamientos a que deben someterse son costosos y constantes; y (iii) la discriminación que sufren resulta en una baja participación en la fuerza laboral. Además de las consecuencias monetarias que supone la falta de un ingreso mensual, quienes se ven forzados a abandonar el mercado laboral deben asumir un cambio de su rol en el seno de sus familias y en la sociedad, que afecta su sentimiento de autoestima y valía.

Por su parte, las familias de quien vive con el virus deben enfrentarse al diagnóstico de su ser querido y, en ocasiones, al diagnóstico propio, así como a las consecuencias sociales que se asocian al mismo.

Así las cosas, aunque se ha observado un progreso importante relativo a la reducción de nuevas infecciones de VIH, al aumento de las personas que conocen su status y reciben tratamiento, acceso a los servicios de salud, y a la reducción de las muertes relacionadas con el VIH⁷⁶, es necesario que la protección de los derechos fundamentales de las personas que viven con el VIH sobrepase el ámbito jurídico y se haga una realidad. La aproximación del Estado respecto de las personas que viven con el virus no debe ser caritativa; por el contrario, debe ser sensible al complejo proceso social de discriminación y estigmatización que esta población ha sufrido.⁷⁷

Lo delicado y sensible de esta enfermedad genera altos costos de tratamiento dentro de los sistemas de salud, razón por la cual, para el caso colombiano⁷⁸ el Consejo Nacional de Seguridad en Salud expidió el Acuerdo 245 de 2003, por el que estableció la política de atención para patologías de alto costo como el VIH/SIDA y la insuficiencia renal crónica. Entre los propósitos de este documento, se encuentra evitar la interrupción o suspensión de estos tratamientos en caso de falta de disponibilidad presupuestal, a través de la redistribución de pacientes en los diferentes regímenes sociales que ofrece el Estado.

En el marco internacional de los derechos humanos, cabe resaltar la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA, suscrita por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su vigésimo sexto período extraordinario de sesiones. En este documento, se establece la necesidad de hacer frente a dicha epidemia, que *“por sus dimensiones y consecuencias devastadoras, constituye una emergencia mundial y uno de los desafíos más graves para la vida y la dignidad del ser humano”*.⁷⁹

⁷⁶ De acuerdo al Informe de déficits y diferencias de ONUSIDA, presentado en junio del año en curso, el número de personas infectadas en 2013 se redujo en un 38% de la misma cifra en 2001. Las nuevas infecciones de niños disminuyeron en un 58% en relación con las presentadas en el año 2002. Casi la mitad de las personas que viven con el VIH conocen su status. Adicionalmente, las muertes relacionadas con el virus descendieron en un 35% desde 2005.

⁷⁷ T-130 de 2016

⁷⁸ T-130 de 2016

⁷⁹ T-130 de 2016.

De la misma forma, esta Declaración informa que para finales del año 2000, existían 36,1 millones de personas infectadas con el virus en todo el mundo, de las cuales el 90% de ellas se encontraban en países en vía de desarrollo. En este sentido, asegura que la propagación de esta enfermedad constituirá un grave obstáculo para la consecución de los objetivos mundiales de desarrollo que fueron aprobados en la Cumbre del Milenio.⁸⁰

Así también, expresa que los Estados deberán desarrollar programas de prevención de actividades que pongan en riesgo de contagio por el VIH/SIDA, como el comportamiento sexual de alto riesgo y sin protección y el uso de drogas inyectables. Igualmente, deben establecer estrategias “*que individualicen y comiencen a enfrentar los factores que hacen particularmente vulnerable a la infección por el VIH, entre ellos el subdesarrollo, la falta de seguridad económica, la pobreza, (...)*”.⁸¹

7. El consentimiento informado en los casos de fecundación in vitro

El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información⁸² y del derecho a la autonomía, previstos en la Constitución en los artículos 16 y 20. Ha sido reconocido como principio autónomo⁸³ que recibe anclaje constitucional en otros valores como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo, al tiempo que constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana⁸⁴.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ T-130 de 2016

⁸² Citas tomadas de la sentencia C-182 de 2016: Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia C-933 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería. En estos fallos, la Corte Constitucional expresó: “*el tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del **derecho a la información**, pues el derecho a ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla, puedan otorgar un consentimiento libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido*”.

⁸³ Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Esta última decisión reconoce el carácter de principio constitucional autónomo del consentimiento informado, a diferencia de las anteriores sentencias sobre el tema que aclaran expresamente que se trata de un principio adscrito al de autonomía: “*La información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto. El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio*”. El carácter de principio fue reiterado también en Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁴ Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T-497 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Acerca del modo en que estos postulados constitucionales fundamentan el reconocimiento del consentimiento informado, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “*En efecto, si uno de los contenidos protegidos por el derecho a la dignidad humana es “la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características (vivir como quiera),” que corresponde a su vez con el ámbito protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta lógico que, en lo que toca con los tratamientos médicos, el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos de acuerdo con ese*

La sentencia T-622 de 2014 reiteró sus características en el ámbito médico y en la relación médico – paciente, anotando que el consentimiento informado “a) debe ser libre, previo e informado, es decir, al margen de coacciones y engaños; b) la decisión debe ser informada, es decir, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el paciente pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención u operación a realizar, y debe estar acompañados de la oportunidad de valorar las demás alternativas, incluso la ausencia de cualquier tipo de tratamiento; c) el paciente debe gozar de aptitudes emocionales y mentales para decidir si acepta o no el tratamiento, lo que quiere significar que debe ser un ser autónomo y comprenderse como sujeto con identidad sexual propia; d) tratándose de intervenciones médicas extraordinarias que implican una invasión al cuerpo de riesgo mayor a las terapias ordinarias, el deber de revelación de la información es más exigente y la manifestación del paciente debe ser más clara y cualificada; e) si la intervención es riesgosa y las posibilidades favorables del paciente son bajas, el consentimiento manifestado por el paciente debe ser más preciso y rigurosamente informado; y f) en el caso de los menores de edad, por regla general, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de ellos, e incluso contra su voluntad, toda vez que se considera que los niños y niñas todavía no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su plan de vida. No obstante lo anterior, “ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una

modelo de vida que ha construido de acuerdo a sus propias convicciones. Específicamente ha determinado esta Corporación que “del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud”. De allí que la Corte haya insistido en que “nadie puede disponer sobre otro” ya que “si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud (...)”. En otras palabras, en el campo de la práctica médica, “toda persona es autónoma y libre para elegir y decidir cuál opción seguir, entre las diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan. De acuerdo con esto, la Constitución reconoce que dentro de los límites que ella misma traza, existen diferentes concepciones de bien y de mundo, igualmente válidas, desde las cuales toda persona puede construir legítimamente un proyecto de vida”. En similar sentido, esta Corporación ha indicado que la autonomía del paciente en materia médica es desarrollo del principio de pluralismo reconocido en los artículos 1 y 7 de la Constitución ya que este “implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico”. Así mismo, impedir a una paciente decidir si se somete o se rehúsa a un tratamiento médico atenta contra otro de los contenidos protegidos por el derecho a la dignidad humana cual es la “intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones),” el cual se relaciona de forma innegable con el derecho a la integridad personal. En este sentido, ha manifestado la Corte que “si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso (...) el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito”. Finalmente, según la Observación General número 14 acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud incluye el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo y a no ser sometidas a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”. Igualmente, con respecto al pluralismo, cabe resaltar lo dicho por la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-933 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería, fallo en el cual se discutía el consentimiento informado en relación con la donación de órganos: “en estrecha conexión con el tema del consentimiento, la donación de órganos cadavéricos genera diversos problemas ético-jurídicos relacionados con el pluralismo de las sociedades modernas y las diversas concepciones ideológicas, filosóficas o religiosas que originan una particular visión respecto de este tema de acuerdo con la cosmovisión que se tenga, a partir de la cual se puede aprobar o desaprobado la donación de órganos”.

autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”.

Recientemente, la sentencia C- 182 de 2016, sostuvo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) en su Observación General No. 22 de 2016⁸⁵ sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, reiteró que los derechos sexuales y reproductivos son indivisibles e interdependientes de otros derechos, como el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, la vida, la seguridad personal y el derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes y además son parte integral del derecho a la salud.

En este sentido, estableció que los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad también se predicaban de estos derechos. Ese marco normativo, señaló el fallo, *“establece que el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones médicas no se refiere a la mera aceptación por parte de un paciente a una intervención o tratamiento sanitario sino se trata de un proceso de comunicación entre el paciente y el profesional de la salud. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el ámbito del acceso a la información en materia reproductiva, ha dicho que el consentimiento informado consta de tres requisitos esenciales: (i) que los profesionales de la salud suministren la información necesaria sobre la naturaleza, beneficios y riesgos del tratamiento así como alternativas al tratamiento; (ii) tomar en cuenta las necesidades de la persona y asegurar la comprensión del paciente de esa información; y (iii) que la decisión del paciente sea voluntaria*⁸⁶. Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, lo cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud⁸⁷. ”

Indicó la sentencia C-182 de 2016 que frente al primer requisito la CIDH señaló que *“el acceso a la información en materia reproductiva requiere que las mujeres cuenten con información suficiente para tomar decisiones sobre su salud. Para alcanzar dicho objetivo, la información que se brinde debe ser oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa. Asimismo debe ser comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada”*⁸⁸. Sobre, el segundo, -brindar información adecuada de acuerdo con las necesidades de la

⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General No. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, E/c-12/GC/22, 4 de marzo de 2016.

⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II Doc.61, 22 de noviembre de 2011, Párr 44.

⁸⁷ Citado en la sentencia C-182 de 2016. Anand Grover, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a la Asamblea General de Naciones Unidas, A/64/272, 10 de agosto de 2009, Párr 9: “9. El consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada que protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y atribuye a los proveedores de servicios de salud deberes y obligaciones conexos. Sus justificaciones normativas éticas y jurídicas dimanar del hecho de que promueve la autonomía, la libre determinación, la integridad física y el bienestar del paciente”.

⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II Doc.61, 22 de noviembre de 2011, párr.45.

persona-, la sentencia se refirió al énfasis en los determinantes sociales que condicionan el acceso a la información, como la pobreza y la cultura y el deber del Estado de suministrar información en atención a la obligación transversal de eliminación de discriminación y de la protección especial a grupos vulnerables, puesto que la comprensión y acceso de la información es la garantía esencial de que la decisión que se tome sea libre. Por último, sobre el tercer requisito, la sentencia C- 182 de 2016 se refirió a la prohibición establecida por la CIDH cuando la coacción o interferencia en la autonomía de estas decisiones pueda constituir una violación al artículo 5 de la CADH y a los artículos 6 y 7 de la Convención de Belém do Pará⁸⁹.

En suma, la sentencia concluye, que el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud y particularmente en relación con la salud sexual y reproductiva, materializa importantes postulados constitucionales, entre ellos el principio de autonomía que, en situaciones especiales, debe ponderarse igualmente con principios bioéticos como el de beneficencia.

En el caso que ahora se estudia, la Corte avanza precisando algunos criterios a tener en cuenta cuando se trata de la información necesaria en los tratamientos de fertilidad que sean concedidos en sede constitucional. Considera la Sala, que en decisiones tan trascendentales en el futuro del ser humano, debe asegurarse que el proceso de toma de decisión se realice con el soporte más informado y detallado posible. No se trata de un *numerus clausus*, si no de reglas indicativas y generales que pueden estar adicionadas con otras dependiendo del caso específico, y que buscan (i) que en la relación médica se respete la autonomía de los pacientes; (ii) se jerarquice el rol de las mujeres, que en últimas son las generalmente comprometen su cuerpo en este tipo de tratamientos y (iii) se entienda, por parte de la pareja y del personal médico, que en el escenario de la procreación, debe existir un equilibrio razonable entre la libertad de los futuros padres y la responsabilidad para con la descendencia.

Los estándares mínimos de información, propuestos a tener en cuenta en los casos de tratamientos de fertilidad y específicamente de fecundación *in vitro* son los siguientes:

- (i) Que de ser necesario, un equipo interdisciplinario asesore a la pareja en la decisión a tomar. Parece prudente la presencia de profesionales de distintas áreas que ayuden a la pareja en la concreción de una visión integral de las consecuencias y factores que participan en la procreación médicamente asistida.
- (ii) Que se informe sobre el porcentaje veraz de nacimientos obtenidos mediante la aplicación de las diversas técnicas de fertilidad asistida y sobre el posible riesgo de gestación múltiple.
- (iii) Que se expongan, en debida forma, los efectos colaterales o secundarios derivados de la aplicación de las técnicas de maternidad

⁸⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II Doc.61, 22 de noviembre de 2011, paras. 61-67.

asistida. Específicamente se informe sobre las consecuencias en la salud de la madre o del padre, determinado el caso.

- (iv) Se informe sobre los porcentajes estadísticos de éxito y de fracaso conocidos en torno a las técnicas de fertilidad.
- (v) Que se informe sobre el costo económico del tratamiento.
- (vi) Que en caso de enfermedad de algún miembro de la pareja, se asegure mediante pruebas y la tecnología aplicada, un mínimo de riesgo a las partes y al hijo por nacer.

La aplicación de la doctrina descrita respecto de los temas analizados al presente caso, se hará en el siguiente acápite.

8. Caso concreto

8.1. 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.⁹⁰

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,⁹¹ la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud en los 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 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 desconocidos⁹².

⁹⁰Un razonamiento similar se hizo por este mismo despacho en la tutela T-5165407

⁹¹ T-603 de 2015, T-081 y T- 083 de 2016 entre otras.

⁹² T-862 de 2013.

Las particularidades de este caso, centradas específicamente en la solicitud de un tratamiento *in vitro con lavado de semen*, ante la presencia del VIH en un miembro de la pareja, hace que la jurisdicción creada por la Superintendencia Nacional de Salud no sea la adecuada debido: (i) al acopio probatorio que ha sido menester en 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; (iii) la presencia en este caso, de un sujeto de especial protección constitucional que obliga a un amparo en sede constitucional, y (iv) por la precariedad que se ha advertido frente al trámite ante la Superintendencia en relación con el 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 eficaz de acceso a la justicia por parte de quienes originalmente activaron el mecanismo tutelar.⁹³

8.2. Hechos probados y solución del caso

El caso que se revisa, involucra a una pareja en la que el hombre presenta anticuerpos para el VIH, y desean tener un hijo recurriendo a *la fecundación in vitro con semen tratado*, técnica que le permitiría disminuir la posibilidad de una infección vertical para la mujer y el niño que nacería.

La Fertilización *in vitro* es una técnica de reproducción humana asistida, utilizada para fecundar un ovario de forma extracorpórea. Los ovocitos son extraídos del útero de la mujer a través de una punción folicular y una vez el espermatozoide haya fecundado el óvulo, se procede a incrustar el embrión en la pared vaginal de la mujer, para que ella le proporcione las proteínas necesarias para su desarrollo y crecimiento.⁹⁴

Por su parte, **la técnica de lavado de semen**, como lo expusieron los médicos citados a este proceso, consiste en separar los espermatozoides móviles del resto de los componentes del semen, con el fin de evitar los posibles virus del VIH contenidos en el líquido seminal. En los últimos años se viene aplicando con éxito esta técnica, empleando semen lavado para el VIH, y pese a que existe un riesgo teórico de infección, en la casuística médica derivada de la literatura reproducida en las pruebas aportadas, en la gran mayoría de los estudios no se ha producido ningún caso de seroconversión de la mujer tratada ni de infección del feto, sin embargo, “*no se han hecho estudios aún en países subdesarrollados con alta carga de VIH en su población*,”⁹⁵ señalaron algunos médicos.

La evidencia sobre efectividad del lavado de semen junto con la reducción del

⁹³ Consideraciones similares se hicieron por este despacho dentro del expediente T-5165407 en un caso en el que solicitaba un tratamiento de fertilidad.

⁹⁴ Informe médico dentro del expediente, Doctora Ladys Teller Beleño.

⁹⁵ Informe médico rendido por el doctor Juan Carlos Mendoza, allegado al expediente.

riesgo de seroconversión de las mujeres y recién nacidos, se basa en el material reunido en los trabajos científicos aportados a este caso, de los cuales es posible extraer la siguiente información:

-Está ampliamente demostrado en la referencia de pruebas especializadas que sirvió a este caso, que la relación sexual no protegida es una práctica de riesgo para la transmisión del VIH; la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) es una condición crónica que afecta un número importante de parejas con deseo de concepción, siendo potencialmente transmisible entre sus miembros o al producto de la gestación. El Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) es un retrovirus que se transmite por vía sanguínea, sexual o vertical (de madre a hijo). Sin embargo, con las nuevas perspectivas de la enfermedad, cada vez son más las parejas serodiscordantes que se plantean tener descendencia.

-No existe unanimidad en cuanto a la técnica de reproducción asistida más apropiada a emplear cuando no hay patología reproductiva en los miembros de la pareja. La mayoría de los estudios proponen usar preferentemente la IUI (inseminación artificial intrauterina) anotando que presenta una menor complejidad técnica, pocos riesgos para la mujer y un bajo costo económico. Sin embargo, otros autores aconsejan aplicar la FIV, dado que podría minimizar el riesgo de infección debido a una menor exposición al virus.⁹⁶

-La perspectiva en el manejo de estas parejas ha cambiado, según se lee en los informes médicos allegados, y se plantea en la actualidad una postura de acompañamiento en la búsqueda de una gestación en la que la tasa de transmisión de la infección sea la menor posible. La introducción de los Tratamientos Antirretrovirales de Gran Actividad (TARGA) ha retrasado e incluso evitado la progresión del SIDA, consiguiendo alargar la supervivencia y la calidad de vida de las personas afectadas por el VIH. Estos avances han cambiado el concepto de una enfermedad asociada a un rápido desenlace por el de una enfermedad de desarrollo crónico, con una expectativa de vida parecida a la de otras patologías crónicas. Según el informe anexo al expediente, *“el riesgo de transmisión del VIH de uno a otro miembro de la pareja en una pareja heterosexual que intente lograr un embarazo mediante concepción natural, ha calculado entre el 0.1 % a un 0.3 % por relación sexual no protegida en una pareja estable, monógama sin abuso de drogas intravenosas y que no participen en ninguna otra actividad de alto riesgo para la infección, teniendo en cuenta que estos valores estimados cambian dependiendo de diferentes factores que incluyen el tiempo de exposición (es decir, numero de relaciones sexuales), si el contagio es de hombre seropositivo a mujer seronegativa o de mujer seropositiva a hombre seronegativo, concentraciones plasmáticas de VIH en el miembro de la pareja infectado, presencia de otras enfermedades sexualmente transmisibles, infección, abrasión o inflamación en el área genital, tipo de contacto sexual (oral, anal o vaginal) y si el individuo*

⁹⁶ Informe médico dentro del expediente, Doctora Ladys Teller Beleño.

afectado está recibiendo tratamiento o no. Una publicación reciente estima el riesgo desde el 0.08 % al 1.38,% valores también cambiantes dependiendo de los factores mencionados anteriormente.”⁹⁷

Los datos aportados son suficientes para considerar que el lavado de semen disminuye el riesgo de transmisión en las parejas serodiscordantes (es decir, parejas en las que solo uno de los miembros padece del virus del Sida). Sin embargo, los resultados de los estudios que analizan la presencia de VIH en la fracción seminal resultante tras el lavado de semen, revelan que aunque los procedimientos de lavado reducen la presencia de VIH en el semen y con ello acortan el riesgo de transmisión de la infección, no lo eliminan completamente. En definitiva se puede afirmar, a la luz de la doctrina médica, que desde el punto de vista epidemiológico el riesgo de transmisión es muy bajo, pero no se puede asegurar desde el punto de vista microbiológico.⁹⁸

8.3. 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 2013⁹⁹, los tratamientos para la fertilidad se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud¹⁰⁰. Con fundamento en esa normativa la EPS negó la realización de la técnica de fecundidad asistida denominada *fecundación in vitro con lavado de semen* a la accionante y a su esposo, a sabiendas de que uno de los miembros de la pareja padece del VIH, y que como sujeto de especial vulnerabilidad, su atención se tornaba imperiosa y urgente su protección constitucional, desde la perspectiva, entre otros, de los derechos reproductivos y el principio de igualdad y no discriminación.

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, 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 de 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.

⁹⁷ Informe médico rendido por el doctor Juan Carlos Mendoza, allegado al expediente.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

¹⁰⁰ 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 (...)”.

Pese a que lo anterior se constituye en 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,¹⁰¹ 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 no está gravemente comprometida 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 ofrezca 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

¹⁰¹ Consideraciones similares se hicieron por este despacho en la sentencia T-306 de 2016

asumir los costos del tratamiento solicitado.

Acerca de este presupuesto la sentencia T-274 de 2015 sostuvo que el afiliado deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados. El monto que deberá sufragar el paciente para acceder a tales procedimientos, a través de la cuota moderadora o el copago según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital.

Lo anterior, por cuanto en materia de seguridad social se ha dado aplicación al principio de solidaridad, y la Corte ha considerado *que: (i) todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (ii) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (iii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; y (iv) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna*¹⁰². En esa medida, debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia, quienes deben asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica.”¹⁰³

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

1. La FIV con lavado de semen ordenada por los médicos tratantes de la accionante y su compañero, es un procedimiento excluido del POS, que de no concederse puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales de la accionante y su pareja a la salud reproductiva, a la intimidad, a la igualdad, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Considera la Corte que su no realización en efecto, puede desestimular el proyecto de los accionantes a ser padres, reducir sus opciones terapéuticas y poner en riesgo la vida de la madre y la del hijo por nacer. Para la Sala, cuando a una pareja en la que uno de los miembros tiene un diagnóstico de Sida, se le niega la esperanza de un tratamiento de FIV, se le estereotipa como no merecedora de la dignidad de la paternidad consciente y se le discrimina en el goce de su vida privada y familiar. Mediante la prohibición de la FIV en estos precisos casos de parejas serodiscordantes, se contribuye al estigma social que pesa sobre parejas con VIH.

En el material probatorio reunido en este caso, puede leerse lo siguiente:

¹⁰² Sentencia C-529 de 2010.

¹⁰³ T-274 de 2015

"paciente femenina de 35 años de edad, con compañero con VIH, deseo reproductivo en pareja serodiscordante, en tratamiento con antirretrovirales, pareja negativa, con permeabilidad tubárica normal, hormonalmente sin alteración." La EPS Saludcoop trató este caso como el de muchos, como si la patología fuese de simple esterilidad; no discute la Corte que dados los contornos de este asunto, no había manera distinta de abordarlo desde la perspectiva de la EPS, por cuanto en estricto sentido, se está pidiendo un tratamiento de fertilidad de los que excluye el POS. Sin embargo, dos aspectos fueron omitidos por la entidad: (i) primero, no advirtió que un *plus* constitucional obligaba a considerar un trato más favorable para un sujeto de protección reforzada que hacía parte de la petición del servicio de salud y (ii) segundo, no tuvo en cuenta que las técnicas de maternidad asistida, además de ser un remedio para la esterilidad femenina, tienen también como finalidad terapéutica la prevención de enfermedades, como en este caso.¹⁰⁴

Por lo dicho en esta ocasión, tal como se procedió en un caso anterior¹⁰⁵, la Sala acogerá los lineamientos internacionales en torno al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos constitucionales, defendiendo además la integridad y la capacidad de la accionante y su compañero a ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, su autodeterminación de procrear y decidir libremente sus opciones reproductivas, habiendo obtenido la información necesaria y sin ser objeto de discriminación alguna por la presencia del VIH en un miembro de la pareja. A la luz de las líneas hermenéuticas señaladas en la sentencia de la Corte IDH, acogidas por la sentencia T- 274 de 2015, puede afirmarse 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.

Recuerda la Sala que aunque la formulación literal del artículo 13 constitucional no hace referencia a la condición de portador del VIH o enfermo de Sida como un criterio sospechoso de diferenciación (estatus o condición seropositiva), esta Corporación ha consolidado una jurisprudencia en virtud de la cual, las distinciones de trato basadas en la condición seropositiva de una persona, deben presumirse contrarias a la Constitución Política, a partir de los incisos segundo y tercero del artículo 13, en armonía con el artículo 47 de la Carta Política, que ordena al Estado adoptar medidas de integración para las personas en condición de debilidad manifiesta por razones de salud.¹⁰⁶

En consecuencia, reitera la Corte, que la atención de los pacientes con VIH/SIDA, debe estar enmarcada en un ámbito en el que se apliquen los principios de equidad y justicia. La jurisprudencia ha dejado sentado que estas

¹⁰⁴ Abellán Fernando, Reproducción Humana Asistida, Editorial Comares.2001.; Lema Añón Carlos, Reproducción, Poder y Derecho, Editorial Trotta 1999; Abellán Fernando, Bioética y Ley en reproducción Humana asistida. Manual de casos clínicos, Editorial Comares 2009.

¹⁰⁵ T- 274 de 2015

¹⁰⁶ T-376 de 2013

personas “suelen encontrarse en situaciones de discriminación, en razón a (i) la infección misma - con todos los temores que ella genera -, (ii.) la errada apreciación de que los infectados con V.I.H./SIDA forman parte de la población homosexual (tradicionalmente segregada), o (iii.) el hecho que el tratamiento de la enfermedad genera una serie de costos que no resultan ‘rentables’ para las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud”¹⁰⁷. Es por ello que ha indicado que su enfermedad los hace particularmente vulnerables a la segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población expuesta a que se vulneren sus derechos.

La sentencia T-262 de 2012 reiteró por igual que “las personas que padecen de VIH se hacen merecedoras de una “protección constitucional reforzada”, debido a que constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas.” Por tal motivo, este Tribunal ha advertido que tratándose de enfermos de VIH, ellos no sólo gozan de los mismos derechos que las demás personas, sino que además el Estado y las autoridades correspondientes están en la obligación de brindarles un amparo especial con el fin de garantizar sus derechos fundamentales y su dignidad, impidiendo que sean objeto de un trato discriminatorio, en especial, por las consecuencias que puede acarrearles su padecimiento.”

La protección que se hace igualmente a *favor fili* o interés superior del menor, también tiene garantía constitucional,¹⁰⁸ en copiosa jurisprudencia y en el propio texto del artículo 42 de la Constitución Nacional, en tanto el niño concebido por fecundación *in vitro* tiene los mismos derechos de cualquier niño concebido por métodos naturales.

2. El segundo requisito se entiende igualmente acreditado. Se advierte en el material probatorio que tanto las órdenes médicas,¹⁰⁹ como el resultado de la Junta Médica realizada por 4 ginecólogos y un infectólogo de la Central de Especialistas de Saludcoop, coinciden en que la fecundación *in vitro* con lavado especial de esperma, es la única forma de prevenir, al bebé y a la madre, de potenciales riesgos de contaminación, siendo una técnica contrastada y eficaz. En el cuadro de consultas y diagnósticos que se observan en el expediente, se lee lo siguiente:

El 23 de mayo de 2015, mediante la autorización No. 139351747, se aprobó una consulta con ginecología para valoración por Perinatología, la cual fue

¹⁰⁷ Sentencia T-898 de 2010.

¹⁰⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-953 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1004 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), y T-107 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis). En estas sentencias, se reconoce la protección especial que requiere el derecho a la salud de los menores de un año de edad, *dada la inmadurez física y mental del recién nacido y su especial vulnerabilidad*.

¹⁰⁹ Folio 40 a 46 del expediente..

cumplida el 28 de mayo, y el plan del médico fue la realización de la fecundación *in vitro* teniendo en cuenta el diagnóstico de su pareja; el día 3 de junio, a través de la autorización 1398655322, se aprobó una consulta especializada por infertilidad, que podía realizarse en Medellín, en la Corporación Saludcoop Clínica Juan Luis Londoño de la Cuesta y que fue anulada posteriormente; el 22 de junio de 2015, mediante la autorización No. 141216872, la EPS aprobó un tratamiento de fertilidad por medio del Comité Técnico Científico, el cual podía realizarse en la ciudad de Bogotá en la Institución “Asociados en Reproducción Humana”, orden que fue igualmente anulada.

3. En relación a la tercera exigencia, es decir que el tratamiento pedido no tenga sustituto en el POS, valga decir, que la FIV se encuentra excluida del POS, pero también las restantes técnicas de fertilidad asistida que pudieran ser igualmente eficaces; de manera que no existen alternativas médicas sustitutas o con similar nivel de éxito que se encuentren dentro del POS. Así lo corroboró la médica tratante cuando sostuvo:

“La accionante xxx es una paciente sana, sin contraindicaciones para embarazo y con deseos de fertilidad, con pareja VIH positiva, la técnica de fertilización in vitro es una de las posibilidades para disminuir el riesgo de contagio, pero existen otras técnicas dentro de la reproducción asistida que también pudieran realizarse, una de ellas sería la Inseminación Artificial (IA) la cual consiste en inyectar en cavidad uterina el espermatozoide, previamente lavado, y escogido, por medio de una sonda especial, sin anestesia en periodo de ovulación (previa estimulación ovárica), pero debe tener como condición especial el que la paciente tenga las Trompas de Falopio totalmente permeables, y sin alteraciones en cavidad uterina, esta sería la técnica más sencilla. Otra técnica de reproducción asistida, sería el ICSI, que consiste en la Inyección Intracitoplasmática del espermatozoide, es la prueba más compleja, pero creo que de mejores resultados.”

4. En punto a la capacidad económica, la Sala pudo constatar que los ingresos brutos de los accionantes son del orden de cuatro millones ochenta mil pesos mensuales, (\$4.080.000); la pareja posee además, tarjetas de crédito, bienes de capital, como vivienda y automóvil, datos que se infieren del pago de un Soat -del que dan cuenta las pruebas aportadas- y de los gastos automotrices.¹¹⁰

Consultado el costo del tratamiento solicitado,¹¹¹ la Sala sigue las consideraciones del punto 8.3 de esta sentencia, en relación con el deber de solidaridad que le asiste a la pareja de acuerdo a la sostenibilidad del sistema de salud, y concluye así, de las pruebas arrojadas al expediente relacionadas con la capacidad económica de los accionantes, que pueden estar en condiciones de contribuir con un 40 % del costo que supone el procedimiento médico

¹¹⁰Ver relación de pruebas en el texto de esta sentencia.

¹¹¹ En conversaciones con varios centros de fertilidad, pudo conocer el Despacho que el costo del tratamiento oscila entre 15 y 17 millones de pesos.

solicitado. Se trata de un porcentaje que para este específico caso, mantiene la proporcionalidad de las cargas económicas de la pareja (servicios públicos domiciliarios, alimentación, ayuda a los padres etc), protege sus derechos fundamentales y garantiza la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con alguna capacidad económica que le permita sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS.¹¹² La EPS Cafesalud, a quien se darán las órdenes en esta tutela, deberá ofrecer a la accionante y a su compañero, un acuerdo de pago que permita sufragar, en un período razonable, el costo económico correspondiente al procedimiento médico por ellos solicitado, sin que se vea afectado su mínimo vital.

9. Conclusión y órdenes a impartir

1. La Sala sigue los precedentes sentados en las sentencias T- 528 de 2014 y T-274 de 2015¹¹³ 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 asistida, 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.

Desde el punto de vista constitucional, a la luz de los derechos a la intimidad, a la igualdad, a los derechos sexuales y reproductivos, a beneficiarse de la tecnología médica, a la protección constitucional a sujetos de especial vulnerabilidad, al derecho a la no discriminación de las personas con VIH y al derecho al libre desarrollo de la personalidad en su faceta de autodeterminación reproductiva, la fecundación *in vitro con* lavado previo de semen deberá autorizarse en los términos indicados, por cuanto se trata de:

(i) Lograr la consecución de una gestación lo más sana posible, en una pareja serodiscordante.

(ii) Evitar la transmisión vertical del virus del Sida y proteger la salud del recién nacido. Se conjuga el argumento constitucional con postulados bioéticos para garantizar por igual el principio de beneficencia según el cual, es deber de los profesionales de la salud “*contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o síquico (principio de non nocere)*”¹¹⁴. En consecuencia, en el contexto de la medicina reproductiva, la obligación constitucional de no

¹¹² T-683 de 2003 y T-256 de 2010.

¹¹³ Y las expuestas en la tutela T-5165407 de este mismo despacho.

¹¹⁴ Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Véase: Sentencia T-450A de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño

causar daño a la mujer ni al futuro hijo debe estimarse prioritaria.

(iii) **Entender que el derecho a la dignidad en cabeza de quienes padecen el virus del SIDA**, exige también que se reconozca un ámbito de inmunidad que implica respetar su derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción, sin discriminaciones, coacciones o segregaciones producto de la enfermedad, tanto más si esa libertad se ejerce en favor de los hijos como ha sucedido en este caso.

2. La Sala desestima las decisiones adoptadas por las sentencias de instancia en las tutelas objeto de revisión, que además de que no aplicaron los estándares hermenéuticos fijados por la Corte Constitucional para casos análogos, soslayaron una regla argumentativa mínima del juez constitucional, como es la de la aplicación del principio *pro homine*, que en su variante de preferencia interpretativa, obligaba al juez, dadas las particularidades de este caso, a preferir la interpretación que más optimizara los derechos constitucionales en juego dentro de este proceso.

3. Finalmente, la Corte se detiene en el concepto del Ministerio Público, para quien la *fecundación in vitro* trastueca los valores y creencias tradicionales en torno a la vida como valor en sí mismo, y disocia la sexualidad de la reproducción. De allí que recomienda como alternativa la adopción para parejas que no puedan tener hijos mediante los métodos naturales, y se decanta por negar el tratamiento solicitado en la tutela por cuanto (i) no se encuentra en el POS y (ii) su financiación acarrearía graves consecuencias en el sistema de salud.

Frente a los ejes argumentativos de la Agencia Fiscal,¹¹⁵ la Sala considera lo siguiente:

El caso estudiado, como se ha dejado expuesto, no es de esterilidad *per se*, sino que encierra un problema asaz complejo y por ello, la pregunta que se suscita dadas las circunstancias especiales de esta tutela, es si realmente la adopción puede ser una opción para las parejas que quieren evitar los riesgos que podría suponer la utilización de células contaminadas por el virus VIH, o dicho de otra manera, si el proceso de adopción es un sucedáneo para los casos de seropositividad masculina, en una pareja que quiere hacer uso de la maternidad por asistencia, ante el riesgo de tener hijos propios afectados con el virus.

Ya en ocasiones pasadas¹¹⁶ la Corte Constitucional mientras mantuvo su *jurisprudencia inicial* en torno a las técnicas de reproducción asistida y en especial de la FIV, sugirió en varias ocasiones la alternativa de la adopción para parejas estériles; se trató de una línea que fue abandonada por la jurisprudencia actual sobre el tema. En este caso, entiende la Corte que desde el punto de vista del derecho a la intimidad, a la libre elección del proyecto de vida personal y a la libre determinación autorreferente, la pareja reclamante cuenta con un

¹¹⁵ Páginas 36 y 37 del concepto enviado a la Corte Constitucional.

¹¹⁶ T-857 de 2009 y T-946 de 2002.

abanico de opciones a considerar como óptimas, dadas sus especiales circunstancias y serán ellos quienes deberán tomar la decisión final. Sin embargo, en este caso concreto, la adopción no parecería una salida viable debido (i) a la complejidad en su gestión, (ii) la demora en su consecución y (iii) la negativa de muchas instituciones en conceder adopciones a parejas diagnosticadas por el VIH. Baste citar la Ley 1098 de 2006 sobre adopción en Colombia, que exige certificado de idoneidad física a los adoptantes para el respectivo proceso.

En segundo lugar, la tesis del Ministerio Público, que de algún modo exalta la parentalidad, estimulando que cada hombre y mujer devengan padre o madre, debería mirar con asentimiento los recursos de la tecnología dirigidos a alcanzar una fertilidad sin riesgos, en una pareja que desea tener familia e hijos sanos. El derecho a beneficiarse del progreso científico en materia reproductiva y, por tanto, a utilizar técnicas de reproducción medicamente asistida para convertirse en padre / madre, también fue reconocido en la sentencia Artavia Murillo contra Costa Rica, al sostener 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 fecundidad”*¹¹⁷.

Se recuerda además, al hilo de las consideraciones hechas en la sentencia C-313 de 2014 que revisó la Ley Estatutaria en Salud, que los pacientes tienen derecho al beneficio de la tecnología y avances de la ciencia para paliar y mejorar su estado de salud en las facetas que se encuentren afectadas.

En tercer lugar está la queja de la vista fiscal y de las sentencias de instancia, referida a los gastos que supone la fertilización *in vitro* y su consecuente impacto fiscal, evidenciando así *“el despropósito”* que puede implicar incluir la Fecundación *in vitro* en el POS. La tesis parece indicar que quien pueda pagar la FIV obtendrá los beneficios del avance científico y efectivizará sus derechos reproductivos; quien no lo pueda pagar, deberá soportar los avatares del destino impuestos por el orden natural de las cosas. Bajo el paraguas de un sistema democrático¹¹⁸ y de protección de derechos, esto se traduciría claramente en una forma de discriminación, que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha buscado eliminar.¹¹⁹

La observación del Ministerio Público y de las sentencias revisadas, la pondera esta sentencia con un remedio constitucional ecléctico, que a la vez que ampara los derechos a la pareja reclamante y en específico a un sujeto de especial protección, se solidariza con los deberes de contribución al sistema de salud, en

¹¹⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24 (La Mujer y la Salud), 02/02/99, párrafos 21 y 31 b). Cfr. Párrafo 146. Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹⁸ Mignon María Belén, La protección del embrión. Caso Artavia. Sistema Argentino de Información. 2015.

¹¹⁹ T-752 de 2012, entre otras.

aras de su sostenibilidad, equidad y eficiencia, tal como se observa en el punto 8.4 anterior

Sin ser una observación medular en el escrito,¹²⁰ pero sí un *dictum* en su exposición, el Procurador menciona un argumento recurrente en la literatura bioética frente a las técnicas de maternidad asistida, referente a la posible pérdida de embriones en algunos casos de Fecundación *in vitro*. Fue un tema abordado igualmente en el caso Artavia contra Costa Rica, frente al cual se indicó que al señalar “*que con la FIV se produciría "pérdida embrionaria, se omite que, como ha quedado demostrado en autos, las perdidas embrionarias también ocurren en los embarazos naturales y en otras técnicas de reproducción"*”. Amén de lo anterior, estima la Corte, que si bien debe pronunciarse frente a este caso concreto y dictar medidas al respecto, no puede prever en su sentencia situaciones que surjan a futuro, como por ejemplo, qué pasaría con aquellos embriones no implantados, qué sucede si los progenitores mueren, de quienes serían herederos, quién ejercería su patria potestad, etc.

Finalmente, un argumento axial en la tesis del Ministerio Público, apunta a desestimar en el caso concreto, los criterios interpretativos dictados por la Corte IDH. Al respecto, la Sala considera lo siguiente: (i) la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos importa una insoslayable pauta de interpretación para los países firmantes de la Convención Americana; (ii) la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, no solo permite, sino que exige, una cierta convergencia en los significados centrales de los derechos interpretados por la Corte IDH a la luz de la Convención Americana. En este caso, los términos de la sentencia Artavia Murillo contra Costa Rica por ser compatibles con la jurisprudencia nacional fueron adoptados en su totalidad desde la sentencia T-274 de 2015 y se reiterarán en este caso; (iii) significa, que el nuevo paradigma de interpretación de los derechos sexuales y reproductivos, esbozado incluso desde la sentencia T- 528 de 201, tiene una doble fuente: la interna, con base en los alcances del derecho a la igualdad, a la intimidad, a la salud en su faceta reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad y la internacional, con base en los tratados (art. 93 C.P.) firmados por Colombia que tienen jerarquía constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos y sus respectivas interpretaciones que armonicen con la jurisprudencia nacional.

4. Como ya se expuso, la libertad de procrear y la procedencia del uso de las técnicas de maternidad asistida, exige como presupuesto el derecho a disponer de la información necesaria y descansa sobre la aceptación indubitada de la pareja; por ello, la concesión de este amparo, que se reducirá a un solo procedimiento *in vitro* por una sola vez, estará sujeto a la información proporcionada a la accionante y a su compañero con su correspondiente consentimiento, preferiblemente con la asesoría de un cuerpo médico interdisciplinario, (i) en torno al resto de opciones y tratamientos de fertilidad

¹²⁰ Página 22 de la intervención del Procurador General de la Nación.

que pueden tener el mismo resultado que la FIV con lavado de semen; (ii) los *riesgos remanentes* (luego del semen tratado) de transmisión del VIH a la madre; (iii) los riesgos de replicación viral *in utero*; (iv) la necesidad posible o remota de que el recién nacido necesite antirretrovirales ; (v) el impacto de la enfermedad del progenitor -incluso su fallecimiento- en el desarrollo posterior del niño; (vi) los efectos colaterales de la FIV o del resto de técnicas de maternidad asistida que puedan considerarse como alternativas a la FIV y (iv) por último, el margen de éxito y de fracaso de alguna otra técnica reproductiva que prefiera la pareja, con acompañamiento y asesoría de cuerpo médico.

5. En relación con las órdenes a impartir, la Sala revocará la sentencia proferida el 28 de agosto de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Santa Marta, y en consecuencia, se concederá a la señora XXX la tutela de los derechos fundamentales a la salud sexual y reproductiva, a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la prohibición de discriminación y a conformar una familia.

Se ordenará a la EPS Cafesalud- Seccional Santa Marta - que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta decisión, autorice, por una sola vez, un tratamiento de **Fecundación in vitro con lavado de semen**, previo **consentimiento informado** de los accionantes, que incluya información sobre (i) el resto de opciones y tratamientos de fertilidad que pueden tener el mismo resultado que la FIV con lavado de semen; (ii) los *riesgos remanentes* (luego del *semen tratado*) de transmisión del VIH a la madre; (iii) los riesgos de replicación viral *in utero*; (iv) la necesidad posible o remota de que el recién nacido necesite antirretrovirales ; (v) el impacto de la enfermedad del progenitor -incluso su fallecimiento- en el desarrollo posterior del niño; (vi) los efectos colaterales de la FIV y del resto de técnicas de maternidad asistida que puedan servir de opción alternativa a la FIV y (iv) por último, el margen de éxito y de fracaso de alguna técnica reproductiva alternativa que finalmente se escoja por los accionantes.

Todo lo anterior deberá contar, preferiblemente, con la asesoría de un cuerpo médico interdisciplinario.

Los accionantes y la EPS tendrán en cuenta lo dispuesto en el numeral 8.4. de esta providencia en punto al porcentaje con que deberán contribuir y el plan de pagos que debe proponer la entidad, para no afectar el mínimo vital de la familia.

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:

PRIMERO: LEVANTAR los términos suspendidos en el presente proceso.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Santa Marta, en consecuencia, **CONCEDER** a la señora XXX la tutela de los derechos a la salud sexual y reproductiva, a la intimidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la prohibición de discriminación y a conformar una familia.

TERCERO: ORDENAR a la EPS CAFESALUD, - Seccional Santa Marta - que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta decisión, autorice por una sola vez un tratamiento de **Fecundación in vitro con lavado de semen**, previo **consentimiento informado** de los accionantes, que incluya información sobre (i) el resto de opciones y tratamientos de fertilidad que pueden tener el mismo resultado que la FIV con lavado de semen; (ii) los *riesgos remanentes* (luego del *semen tratado*) de transmisión del VIH a la madre; (iii) los riesgos de replicación viral *in utero* ; (iv) la necesidad posible o remota de que el recién nacido necesite antirretrovirales ; (v) el impacto de la enfermedad del progenitor -incluso su fallecimiento- en el desarrollo posterior del niño; (vi) los efectos colaterales de la FIV y del resto de técnicas de maternidad asistida que puedan servir de opción alternativa a la FIV y (iv) por último, el margen de éxito y de fracaso de alguna técnica reproductiva alternativa que finalmente se escoja por los accionantes.

Todo lo anterior, deberá contar preferiblemente, con la asesoría de un cuerpo médico interdisciplinario.¹²¹

CUARTO: Los accionantes y la EPS **deberán tener en cuenta** lo dispuesto en el numeral 8.4. de esta providencia en punto al porcentaje con el que deberán contribuir y el plan de pago que debe proponer la entidad, para no afectar el mínimo vital de la familia.

QUINTO: El juez de primera instancia deberá garantizar el derecho a la reserva de los nombres de la accionante y su esposo, circunstancia que deberá poner de presente igualmente a la EPS.

SEXTO: 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.

¹²¹ Cfr. con el punto 7 de las consideraciones de la Corte en esta sentencia.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General