

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad
Valledupar - Cesar

Ref. Acción de Tutela N.º 2020-00357.

Valledupar, Diez (10) de Noviembre de Dos Mil Veinte (2020).

Asunto.

Procede el despacho proferir la sentencia que corresponda dentro de la acción de tutela **promovida por ANNE MILENA DIAZ ARIAS contra SALUD TOTAL E.P.S.** Representada por su Gerente Geovanny Ríos Villazón o quien haga sus veces.

Antecedentes

Manifiesta la accionante, que cuenta con 33 años de edad, que junto a su compañero permanente ha intentado procrear familia desde hace aproximadamente 7 años, pero desafortunadamente no ha sido posible lograrlo hasta el momento, lo cual, ha generado gran frustración en su vida de parejas.

Que el día 29 de octubre de 2019, su médico tratante adscrito a la E.P.S. accionada, determinó que padece de patología denominada Endometriosis Severa.

La actora aduce que se encuentra afiliada al régimen de seguridad social en salud, a través de la E.P.S. denominada Salud Total, quien le ha brindado diversos tratamientos con distintos medicamentos para intentar mejorar sus posibilidades de quedar en embarazo, no obstante, lastimosamente, ninguno de estos ha producido los resultados deseados, que es quedar embarazada.

Alega la accionante, que con ocasión al tratamiento de su enfermedad (Endometriosis Severa), el mismo día, 29 de octubre de 2019, su médico tratante adscrito a la E.P.S. accionada, la remitió a CONSULTA DE INFERTILIDAD FEMENINA, consulta que en principio fue negada por la entidad accionada vulnerando así sus derechos fundamentales al acceso a la salud y demás conexos, por lo que se vio en la necesidad de interponer Acción de Tutela contra dicha entidad; el fallo fue resuelto a su favor tanto en primera como en segunda instancia, ordenando a la E.P.S. “...efectuar los trámites y procedimientos necesarios que deba hacer para agendar la cita médica de FERTILIDAD FEMENINA”, de acuerdo a ello, el día 03 de marzo del presente año, fue atendida en la ciudad de Barranquilla, en la Ips Profamilia de la red de servicios de la accionada, por el especialista en Ginecología Dr. Yin Medina, quien le diagnosticó *Infertilidad Femenina, No Especificada*, para lo cual, estableció como Plan de manejo lo siguiente: “Después del análisis del caso y teniendo en cuenta la multiplicidad de factores de fertilidad alterados, considero REMISION A PROFAMILIA FERTILIDAD/BOGOTÁ para realización de FIV-TE, servicio que no se presta en Barranquilla.”

Posteriormente, el día 16 de marzo de 2020, Salud Total E.P.S., mediante autorización No. 21286445, autorizó el servicio de VALORACIÓN PARA ESTUDIO DE FERTILIDAD FEMENINA, indicando como prestador del servicio autorizado la IPS PROFAMILIA BOGOTÁ, tal como lo había indicado el médico tratante en la consulta del 03 de marzo, sin embargo, ante las vicisitudes presentadas por el tema de la

pandemia del COVID-19, no le fue posible inmediatamente trasladarse hacia la ciudad de Bogotá, empero de ello, se le indicó que podía ser atendida por video consulta, lo cual, se llevó a cabo el día **10/09/2020**. En dicha consulta fue atendida por la doctora María Angélica Triana Médica Ginecobstetra, Especialista en Medicina Reproductiva, quien, en la respectiva historia clínica, plasmó lo siguiente: ***“INFERTILIDAD PRIMARIA DE 7 AÑOS, FACTOR TUBARICO, BAJA RESERVA OVARICA POR ENDOMETRIOSIS Y FACTOR MASCULINO TERTAZOOSPERMIA QUE NO MEJORA CON MEDICAMENTOS. REQUIEREN FERTILIZACIÓN IN VITRO PARA TENER POSIBILIDADES OPTIMAS DE EMBARAZO”*** en razón a ello, el galeno tratante diligenció y generó el respectivo formato MIPRES para la realización del procedimiento de Fertilización In Vitro, de acuerdo a dicho trámite tomó un turno virtual en Salud y en definitiva la respuesta que obtuvo de la accionada fue ***“el procedimiento fue rechazado por comité de la EPS procedimiento requerido como FERTILIZACION IN VITRO está definido como una EXCLUSION - Resolución 244/2019.”***, de ahí que considere la accionante, que Salud Total E.P.S. con su conducta está vulnerando sus derechos fundamentales reproductivos al acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, seguridad social, a la igualdad y demás conexos, frustrando con ello sus expectativas de vivir la maternidad.

Finalmente afirma la señora DIAZ ARIAS, que no cuentan con los recursos económicos para costear el valor del procedimiento de Fertilización In Vitro, pero de tenerlos, lo asumiríamos inmediatamente, sin necesidad de acudir a la jurisdicción constitucional.

Pretensiones.

Con fundamento en los hechos antes descritos, pretende la accionante se ordene a Salud Total E.P.S. S.A. proceda a autorizar y garantizar la realización efectiva del procedimiento de FERTILIZACIÓN IN VITRO, en los términos establecidos por la médica tratante, como también, se garanticen sin obstáculos todas las prestaciones y servicios médicos que se deriven de la realización del procedimiento de fertilización In Vitro, tales como medicamentos, terapias, exámenes, estudios, y en general, todos los requerimientos y menesteres médicos que sean previos, concomitantes y posteriores al procedimiento en referencia.

Derechos Violados.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, considera la accionante que la accionada SALUD TOTAL E.P.S. S.A. con su actuación u omisión está vulnerando sus derechos fundamentales al acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, a la autonomía reproductiva, conformar una familia, seguridad social, derechos a la dignidad humana, a la igualdad.

Pruebas.

Como sustento a los hechos y pretensiones antes esbozados la actora aporta las siguientes pruebas:

1. Copia de historia clínica emitida por la Doctora María Angélica Triana médica ginecobstetra tratante de la accionante adscrita a Profamilia.
2. Orden médico expedida para el procedimiento de fertilización in vitro expedida por el galeno tratante.
3. Paso a paso de los tratamientos de reproducción asistida de Profamilia.

4. Negativa para autorizar el procedimiento de fertilización in vitro emitida por Salud Total E.P.S.
5. Autorización de valoración para estudio de fertilidad femenina.

Actuación Judicial

La presente tutela fue admitida mediante auto de calendas 27 de octubre de 2020, en contra de SALUD TOTAL E.P.S. S.A., enviándose las notificaciones respectivas, a fin que rindiera el informe sobre los hechos sustento de la tutela, en especial lo que tiene que ver con la presunta vulneración de los Derechos fundamentales de la señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS.

Al respecto, el Doctor GEOVANNY ANTONIO RIOS VILLAZON en calidad de Gerente de la sucursal Valledupar de SALUD TOTAL E.P.S., mediante escrito adosado al plenario expresó que, la afiliada ha sido atendida por esa entidad, para lo cual han autorizado todos los servicios de consulta de medicina general y especializada que ha requerido, así como el suministro de medicamentos, exámenes diagnósticos y procedimientos terapéuticos, incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, que han sido ordenados según criterio médico de los diferentes profesionales adscritos a la red de prestación de servicios de SALUD TOTAL - E.P.S-S.

Agrega el prenombrado gerente de la entidad de salud, que se trata de una paciente femenina de 33 años de edad, con antecedentes de Infertilidad primaria, pareja en control con ginecología y Medicina Reproductiva, *quien después de última valoración y teniendo en cuenta sus antecedentes ordenó la Fertilización in vitro, orden que no fue autorizada por salud total por ser una exclusión del PBS, por tal motivo interpone nuevamente acción de tutela, se aclara y se informa que la solicitud de REALIZACIÓN DE LA FERTILIZACIÓN IN-VITRO es IMPROCEDENTE en razón a que dicha responsabilidad lo debe asumir el usuario y/o familia toda vez que no está contemplada dentro del Plan de Beneficios en Salud por lo ya anteriormente esbozado.*

Considera el Doctor Ríos Villazón, que se evidencia que SALUD TOTAL EPS-S S.A ha cumplido con sus obligaciones, pues le ha prestado a la protegida, de manera idónea y oportuna el tratamiento médico que ha requerido de acuerdo a las prescripciones de los médicos tratantes, así las cosas, considera que no hay vulneración de derecho fundamental alguno ya que en la actualidad no existe derecho constitucional fundamental amenazado o vulnerado por lo que solicita desestimar la Tutela.

Afirma el representante que hasta la presente, no existe concepto de un médico especialista adscrito a la EPS el cual debe incluir requisitos tales como: requisitos de edad, condiciones de salud de la pareja infértil, se establecerá el número de ciclos máximo tres intentos y su frecuencia; como también la indicación del tipo de infertilidad, es necesario, que antes que se hayan agotado los demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender la infertilidad de la pareja o persona que solicita el tratamiento.

De otro lado, considera el Representante de la accionada E.P.S., que se evidencia que la señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS no aportó certificación laboral para demostrar los ingresos devengados por su compañero permanente con el fin de enrostrar la carencia de capacidad económica para sufragar el costo total del tratamiento, sin embargo, cabe advertir que la accionante omitió reportar

también los ingresos que devenga como empleada de la empresa RADIOLOGÍA E IMAGENES SA, por tanto, en este caso, no es posible establecer en forma cierta cuál es la capacidad económica con la que cuenta la pareja, y por tanto, no es posible determinar bajo el principio de proporcionalidad y criterio de gastos soportables si los accionantes cuentan con capacidad para asumir el pago parcial derivado del mencionado tratamiento, sin embargo, considera que no puede pasarse por alto que la entidad encargada de efectuar tal presupuesto es el Adres.

Agrega además, que la solicitud de SERVICIOS NO PBS como lo son LA REALIZACIÓN DE LA FERTILIZACIÓN IN-VITRO, debe realizarse a través de la plataforma MIPRES o mediante formato de contingencia de prescripciones “*MIPRES No PBS - FORMULARIO PARA CONTINGENCIA REPORTE DE PRESCRIPCIÓN DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO CUBIERTAS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UPC*”, en los términos que exige la Resolución 3512 de 2019 y no mediante solicitud individual de prestaciones como es el caso que la accionante presenta. En su caso en particular no se encuentra solicitud del procedimiento a través de formato anteriormente mencionado en relación a la Sra. ANNE MILENA DIAZ ARIAS.

En base a lo anteriormente anotado, solicita el mencionado representante, NEGAR por IMPROCEDENTE, la presente acción de tutela instaurada por la señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS, en contra de SALUD TOTAL EPSS, por no existir vulneración de derecho fundamental alguno de la accionante por parte de la accionada, puesto que, se le estará garantizando el tratamiento para su patología de acuerdo a la normatividad vigente.

Consideraciones del Despacho:

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591/91, toda persona tiene derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos correspondientes.

La señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS es mayor de edad y en nombre propio, para reclamar sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por la accionada SALUD TOTAL E.P.S. S.A., de tal forma que se encuentra legitimada para ejercer la mencionada acción.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción humana asistida.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: (i) a nombre propio; (ii) a través de representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; (iv) mediante agente oficioso; o (v) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, de acuerdo con los casos que la ley establezca para el efecto, entre otros eventos

Particularmente, el inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud.

En el asunto de la referencia, se encuentra claramente establecido que la accionante señora Anne Milena Díaz está legitimada para ejercer la presente acción, en contra de Salud Total E.P.S. entidad que presta los servicios públicos de salud y de seguridad social y que, en todo caso, forman parte del Sistema General de Seguridad Social, por lo que contra ellas procede la acción de tutela. Por consiguiente, se encuentra demostrada la legitimación por activa de la accionante y por pasiva de la persona jurídica accionada en el presente trámite.

Subsidiariedad

El requisito de subsidiariedad implica que el amparo 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. En otras palabras, las personas deben hacer uso de los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

La citada Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados.

De acuerdo con lo anterior, es procedente la acción de tutela cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso en concreto. Por ende, en aquellos eventos en los cuales existan otros medios de defensa judicial, el citado Tribunal Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

- (i) Cuando el mecanismo de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,
- (ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad del mecanismo en el caso concreto, para determinar si dicho medio tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal y debe tener en cuenta que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

Si en gracia de discusión se estudiara la idoneidad formal del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud para resolver las controversias derivadas de la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada por la accionante en el asunto de la referencia, se concluiría que dicha herramienta tampoco resulta adecuada, en la medida en que no se enmarca en las competencias previstas legalmente para dicha entidad, contenidas en el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019. De este modo, oportuno es indicar que el mecanismo judicial ordinario carece de idoneidad y, por lo tanto, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo, puesto que de ejercer algún mecanismo ante la Superintendencia este carecería: (i) *de idoneidad, dado que la autorización de tratamientos de fertilización in vitro, en principio, no se enmarca dentro de las competencias propias de la Superintendencia Nacional de Salud; y, (ii) de eficacia, hasta tanto sean resueltos los problemas administrativos que afronta dicho mecanismo judicial.*

Primera posición jurisprudencial. Por regla general, los tratamientos de reproducción asistida no deben ser garantizados mediante la acción de tutela, salvo que (i) se vulnere el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; o (ii) de la práctica del procedimiento de fertilidad, dependan los derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad personal del paciente.

En el marco de esta aproximación jurisprudencial, por regla general, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han considerado improcedente la acción de tutela para solicitar tratamientos de fertilidad excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud. En tal sentido, han negado la autorización de tales procedimientos, por considerar que con ello no se afectan los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

En la Sentencia T-1104 de 2000, se revisó el caso de una paciente a quien su médico tratante le ordenó una “*cirugía de recanalización de su trompa izquierda para resolver su infertilidad secundaria. La Corte confirmó el fallo de primera instancia que denegó el amparo solicitado por estimar, entre otras razones, que el derecho a la procreación implicaba un mero deber de abstención que en ningún caso podía “extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce”.*

En esta misma línea, la Sentencia T-689 de 2001 confirmó la decisión de instancia que había negado la protección de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria, a quien un médico particular le prescribió una “*laparoscopia operatoria*”, examen diagnóstico que fue negado por la EPS accionada por no

hallarse incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud. En esta ocasión, la Corte consideró que dicha exclusión era legítima en la medida en que formaba parte de la potestad de configuración del Legislador.

Igualmente, la Sentencia T-946 de 2002 se pronunció sobre el caso de una mujer que requería de un tratamiento de inseminación artificial seguido de fertilización in vitro. En este caso, la Corte en cita revocó la sentencia de instancia que había concedido la tutela y, en su lugar, negó la protección de los derechos de la accionante debido a que este mecanismo constitucional no procede para extender el Plan Obligatorio de Salud.

Así mismo, la Sentencia T-512 de 2003 determinó que no se vulneraban los derechos fundamentales de la accionante, quien solicitó una “salpingoplastia”, intervención quirúrgica cuyo objeto consiste en liberar una trompa de Falopio obstruida. En este caso, la Sala Séptima de Revisión estimó que no debía costearse el procedimiento toda vez que la infertilidad de la actora no era producto de otros males o enfermedades, sino que era un problema físico originario, sin consecuencias adversas o peligrosas para su vida.

Posteriormente, con ocasión de la Sentencia T-752 de 2007, esa Corporación confirmó la providencia de segunda instancia que negó la acción de tutela interpuesta por una paciente afiliada al Régimen Subsidiado de salud, quien solicitaba la práctica de un tratamiento de fertilización in vitro, con el fin de procrear hijos biológicos. A juicio de la Sala, no era un deber del Estado garantizar el derecho a la procreación a través de los planes obligatorios de salud y la negativa de la ARS demandada no afectaba la vida y la salud de la actora.

En idéntico sentido, la Sentencia T-760 de 2008 se refirió a la exclusión de los tratamientos de fertilidad del antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS) como un límite válido y legítimo en relación con el derecho a la salud y expresó que “el plan de beneficios no tiene que ser infinito, sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”

Por otra parte, las Sentencias T-424 de 2009 y T-311 de 2010 reiteraron la posición jurisprudencial anteriormente reseñada acerca de la improcedencia de la acción de tutela para acceder a procedimientos de fertilidad. Sin embargo, en los casos concretos se declaró la existencia de un hecho superado debido a que los jueces de instancia habían ordenado que se llevara a cabo el tratamiento de fertilización in vitro solicitado por cada una de las accionantes.

En otra oportunidad, la Sala Segunda de Revisión se ocupó de varias acciones de tutela interpuestas en contra de una misma EPS, en las cuales se solicitaba a la entidad accionada, respectivamente, la autorización de tratamientos de fertilización in vitro que habían sido prescritos por profesionales de la salud como única alternativa para lograr un embarazo. Sin embargo, en la Sentencia T-226 de 2010 la Corte Constitucional estimó que la posibilidad de garantizar los tratamientos de fertilidad se encuentra reservada a aquellos que tienen “*como objeto esencial sanear o curar la causa que produce la infertilidad o, al menos, intentar hacerlo; por cuanto lo que se ataca es la enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer*”.

No obstante, la Sala consideró que el propósito de las solicitantes era producir la fertilidad de manera externa. Por tal motivo, revocó las decisiones de instancia

que habían ordenado emprender las gestiones necesarias para la práctica del procedimiento solicitado y, en su lugar, negó la protección solicitada.

En un caso similar, mediante la Sentencia T-550 de 2010, la Sala Octava de Revisión revocó la sentencia de instancia que había concedido el tratamiento de fertilización in vitro que requería la actora para procrear hijos de forma natural. En esta providencia, se reiteró que “existen razones de peso” para mantener la exclusión del citado tratamiento en el Plan Obligatorio de Salud.

De igual modo, la Sentencia T-935 de 2010 nuevamente encontró justificada la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud. En tal sentido, pese a considerar que la actora tenía derecho al procedimiento diagnóstico de laparoscopia que había solicitado, revocó la sentencia de segunda instancia que concedía un tratamiento integral para la infertilidad de la tutelante, por estimar que tal orden abarcaba el tratamiento de fertilización in vitro que requería la actora para procrear naturalmente.

De manera semejante, la Sentencia T-009 de 2014 abordó el caso de una paciente que solicitó a la EPS accionada un procedimiento de fertilización in vitro, con el fin de tratar su infertilidad de origen tubárico. La decisión estableció que ni siquiera la existencia de una orden del médico tratante adscrito a la EPS respectiva tornaba procedente la tutela para reclamar tratamientos como el requerido, puesto que “el derecho a ser madre y la maternidad asistida, tienen límites razonables, justificados constitucionalmente”

Así mismo, la Sentencia T-398 de 2016 estudió dos acciones de tutela interpuestas por mujeres que requerían un tratamiento de fertilización in vitro como única alternativa para poder procrear hijos de forma natural. La Sala reiteró su negativa a garantizar los tratamientos de reproducción asistida en la medida en que dichos procedimientos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud y estimó que un cambio encaminado a establecer como regla la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en el Sistema de Seguridad Social “es, prima facie, del resorte del Legislador”

Además, dadas las consecuencias jurídicas y presupuestales que podía suscitar la inclusión de dichas técnicas de reproducción asistida en los planes obligatorios de salud, la decisión resaltó que no resultaba conveniente que las Salas de Revisión de esa Corporación, al resolver casos concretos, *“expidieran órdenes de alcance general que modificaran la política pública y decidieran, por anticipado, todas las posibles controversias sobre un punto en particular sin que medie una discusión abierta o se aborden en toda su magnitud distintos temas asociados a la fertilización in vitro y a las técnicas de reproducción asistida en general, respecto de los cuales, incluso, existe un vacío legal en el ordenamiento interno”*

Sin embargo, **de forma excepcional**, la Corte Constitucional ha estimado que la acción de tutela es procedente para autorizar tratamientos de fertilidad que no se encuentran incluidos en los planes obligatorios de salud, en los siguientes casos:

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

Así, por ejemplo, la **Sentencia T-572 de 2002** analizó la acción de tutela interpuesta por una mujer a quien su médico tratante le había suministrado medicamentos para inducir la ovulación. Ante la ausencia de resultados favorables, el médico prescribió un tratamiento farmacológico diferente y con mayores dosis. Sin embargo, la EPS accionada negó tal prestación por encontrarse excluida del POS. En dicha ocasión, la Sala Sexta de Revisión concedió la protección invocada, al considerar que en el caso concreto se presentaban dos circunstancias excepcionales que tornaban procedente el amparo para reclamar tratamientos de fertilidad: (i) que se trataba de la entrega de medicamentos; y (ii) que había un tratamiento médico en curso.

Igualmente, mediante la **Sentencia T-633 de 2010** se estableció que el principio de continuidad no se extiende a la realización de un procedimiento de fertilización *in vitro* cuando únicamente se han practicado exámenes para diagnosticar la condición de infertilidad de la paciente. En este sentido, la Sala Primera de Revisión revocó la decisión de primera instancia que concedió la acción de tutela en la cual se pedía autorizar el aludido tratamiento.

Por último, la **Sentencia T-644 de 2010** amparó el derecho fundamental a la salud de la accionante, el cual consideró vulnerado por la negativa de la entidad accionada a continuar con el tratamiento de fertilización *in vitro* que había sido autorizado en un centro médico particular. En esta medida, ordenó un ciclo adicional de dicho procedimiento, aunque recalcó que se trataba de una medida excepcional en virtud de la transgresión del principio de continuidad.

(ii) Cuando de la práctica del procedimiento de fertilidad dependen los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal del paciente

a. Práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad

En relación con la procedencia de la acción de tutela para solicitar procedimientos diagnósticos excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud y relacionados con situaciones de infertilidad, la jurisprudencia de la citada Corporación varió significativamente. En efecto, mientras que la **Sentencia T-689 de 2001** denegó el amparo solicitado, las **Sentencias T-636 de 2007** y **T-946 de 2007** se apartaron de ese criterio y concedieron las acciones de tutela que solicitaban este tipo de exámenes. Por ende, habida cuenta de la importancia del derecho al diagnóstico como componente fundamental del derecho a la salud, la Corte precitada accedió a las solicitudes de amparo formuladas.

b. Suministro de medicamentos

Adicionalmente, ese Tribunal ha admitido la viabilidad de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos para el tratamiento de la infertilidad como una prestación necesaria para el restablecimiento de la salud. Por ejemplo, la **Sentencia T-870 de 2008** analizó el caso de una paciente que fue diagnosticada con “*miomatosis uterina*”, enfermedad para cuyo tratamiento le fue prescrito un fármaco denominado “*acetato de leuprolide*”. Aunque la tutelante también pidió un tratamiento integral que hiciera “*realidad el nacimiento de un hijo*”, la Sala Segunda de Revisión se limitó a ordenar que se proporcionara el medicamento solicitado.

c. Cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades. En estos casos, procede la tutela para garantizar el tratamiento de tales padecimientos con lo cual, de forma indirecta, se combate la infertilidad.

Por otra parte, como fue expresado anteriormente, las Salas de Revisión de esa Corporación han distinguido entre la infertilidad “*originaria*” (es decir, que no es una consecuencia de otras enfermedades) y la derivada de otras patologías que, en ocasiones, es denominada secundaria. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha destacado la relevancia de esta distinción, en la medida en que “*de ella ha dependido la protección excepcional a través de la acción de tutela para aquellas personas que solicitan tratamientos de fertilidad*”.

Así, la Corte Constitucional ha negado la protección a través de la acción de tutela por considerar que la infertilidad cuyo tratamiento se reclama es “*un problema físico originario, no derivado de ningún otro padecimiento*” y, en contraste, ha concedido el amparo en aquellos casos en los cuales: (i) la infertilidad tiene su causa en una enfermedad que afecta el sistema reproductivo de la paciente; y (ii) el procedimiento requerido no tiene como finalidad exclusiva tratar la imposibilidad de procrear naturalmente, sino que se encamina al restablecimiento de la salud, según se estableció en las **Sentencias T-901 de 2004 y T-605 de 2007**.

Al respecto, la Sala considera oportuno advertir que, de acuerdo con las pruebas allegadas al presente proceso, se observa que la diferencia entre infertilidad primaria y secundaria, establecida en el ámbito de las ciencias de la salud, no se asemeja al criterio que ha utilizado esa Corporación para garantizar tratamientos de fertilidad a partir de la acción de tutela.

En efecto, como se describió en el resumen de las intervenciones de expertos solicitadas en ese asunto, la clasificación médica o técnica que divide la infertilidad en primaria y secundaria distingue entre las personas o parejas infértiles que ya han tenido hijos (infertilidad secundaria) y aquellas que nunca los han concebido (infertilidad primaria). Por su parte, el parámetro que ha empleado la Corte Constitucional hace referencia al nexo de causalidad de la infertilidad con otros problemas de salud; es decir, se diferencia entre la infertilidad que es un síntoma o consecuencia de alguna enfermedad (infertilidad derivada) y aquella que no se deriva de ninguna patología (infertilidad originaria).

Segunda posición jurisprudencial. A partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, los tratamientos de reproducción asistida deben ser garantizados cuando se concluye que la imposibilidad de acceder al procedimiento resulta en una vulneración de estos derechos fundamentales, siempre y cuando se cumplan estrictos requisitos.

Con base en una aproximación que parte de los derechos reproductivos, la libertad, la autonomía, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han concedido acciones de tutela en las cuales se ha ordenado la práctica de tratamientos de fertilidad. No obstante lo anterior, es oportuno mencionar algunos antecedentes jurisprudenciales relevantes para el enfoque anteriormente enunciado.

El primero de ellos es la **Sentencia T-341 de 1994**, en la cual se analizó la acción de tutela instaurada por una mujer que padecía de infertilidad secundaria derivada de una anovulación severa que, a su vez, fue consecuencia de un parto prematuro anterior. La actora adujo que la negativa de su empleador (quien prestaba los servicios de salud a sus empleados en el marco de sus obligaciones contractuales) a asumir el tratamiento médico requerido para su enfermedad vulneraba sus derechos fundamentales.

En este caso, la Corte consideró que la tutelante tenía derecho a que se le prestara la atención médica solicitada y que, *“el ser tratada para recuperar plenamente su función reproductora, hacía parte de su derecho a la salud”*, consideró que dicha carga correspondía a la empresa demandada. A su vez, sostuvo que la negativa de la accionada vulneraba el derecho a la procreación de la actora, entendido como el acceso a los medios que le permitieran decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Pese a lo anterior, esa Corporación declaró improcedente el amparo por estimar que la accionante podía acudir al juez laboral para solicitar lo pretendido.

Igualmente, es relevante reseñar la posición adoptada por la Corte Constitucional en la **Sentencia T-528 de 2014**, en la cual se abordó el caso de un hombre con infertilidad que interpuso acción de tutela coadyuvado por su compañera permanente, como consecuencia de la negativa de la EPS accionada a autorizar la práctica de un procedimiento de fertilización *in vitro*. El juez de segunda instancia revocó la decisión del *a quo* que había ordenado llevar a cabo el tratamiento solicitado por el actor.

La Corte Constitucional determinó que la demandada no desconoció los derechos del actor y su pareja al negar la práctica de la fertilización *in vitro*, toda vez que este procedimiento se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud y que el mismo no era *“necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, de quien lo solicita”*. Pese a lo anterior, afirmó que existía una insuficiencia en la regulación de salud en lo concerniente a la exclusión absoluta del POS de los tratamientos de reproducción asistida, la cual resultaba contraria al carácter progresivo del derecho a la salud, específicamente en cuanto a la protección de los derechos reproductivos.

Por consiguiente, la Sala concedió el amparo constitucional únicamente en relación con la información, guía y acompañamiento en el ejercicio del derecho a la salud y no accedió a ordenar el procedimiento solicitado. De igual modo, exhortó al Gobierno Nacional para que revisara la situación que afecta a las personas con infertilidad que no cuentan con los recursos económicos para sufragar procedimientos de reproducción asistida y que iniciara una discusión pública y abierta sobre la posibilidad de incluir dichos tratamientos en el Plan Obligatorio de Salud.

Ahora bien, en la **Sentencia T-274 de 2015** la Corporación ordenó por primera vez la práctica de tratamientos de fertilización *in vitro* en virtud del criterio previamente establecido. En esa decisión se analizaron cuatro casos en los que las tutelantes solicitaban fertilización *in vitro* y otros tratamientos de fertilidad. En aquella ocasión, la Sala advirtió que la jurisprudencia constitucional había abordado la referida prestación desde el punto de vista del derecho a la salud entendido únicamente como ausencia de enfermedad, razón por la cual se había avalado la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan

Obligatorio de Salud, con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen la prestación del servicio de salud.

No obstante, la Corte estimó necesario revisar el asunto desde la perspectiva de otros derechos fundamentales como los de igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a conformar una familia. Además, consideró necesario evaluar aspectos como el impacto desproporcionado que genera la prohibición de acceder a tratamientos de reproducción asistida para las personas con menores recursos.

A partir de dicho abordaje, encontró justificado y razonable que, en circunstancias especiales y excepcionales, se conceda el amparo y se garantice el suministro de dichas intervenciones clínicas. De este modo, impuso una serie de requisitos y presupuestos para que, en caso de verificarse su cumplimiento, se ordene la entrega del correspondiente tratamiento de reproducción asistida.

Los derechos reproductivos y su faceta prestacional. Reiteración de jurisprudencia.

Los derechos reproductivos se encuentran contemplados en los artículos 16 y 42 de la Constitución Política que establecen, respectivamente, la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los individuos y las parejas a “*decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*”. Así mismo, la protección de los derechos reproductivos se deriva de mandatos constitucionales como la dignidad humana, la protección de la integridad personal y la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

A su vez, han sido reconocidos en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), el cual establece el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de hijos e hijas, el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer tales garantías.

De igual modo, los derechos reproductivos se fundamentan en normas internacionales de carácter vinculante como los artículos 10 y 12 de la CEDAW, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, su importancia ha sido resaltada en documentos como la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing relativa a los Derechos de las Mujeres.

Además, los derechos reproductivos han sido reconocidos como derechos fundamentales de manera reiterada y sostenida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir del año 2000 y su ámbito de protección se ha consolidado desde ese momento. De este modo, esa Corporación 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*”.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, “*si bien los derechos sexuales y reproductivos protegen a todas las personas y constituyen, en principio, dimensiones garantizadas en otros derechos fundamentales, su emergencia específica e independiente responde a la necesidad de enfrentar la persistente discriminación histórica que han soportado las mujeres*”

Así, la Corte precitada ha sostenido en forma reiterada que los derechos reproductivos, en tanto derechos fundamentales, reconocen y protegen dos aspectos fundamentales: (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva y a la información sobre los mismos.

En este sentido, la autodeterminación reproductiva consiste en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como el acceso a los medios y a la información para hacerlo. Este derecho se encuentra normativamente consagrado en el artículo 42 de la Constitución y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) ya citados.

Al respecto, la Corte ha reconocido que el contenido de la autodeterminación reproductiva supone que las personas estén libres respecto de cualquier interferencia en la toma de decisiones reproductivas. Por ende, se vulnera este derecho cuando se presentan situaciones de violencia física, coacción o discriminación como, por ejemplo, “embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados”.

También, se afecta la autodeterminación reproductiva cuando no se garantizan los medios para adoptar decisiones reproductivas, no se provee la información necesaria para tales efectos, o aquella que se provee es falsa o incorrecta. Además, la Corte Constitucional ha destacado que las decisiones propias de la autodeterminación reproductiva son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”.

En este orden de ideas, los derechos reproductivos, y por lo tanto el ejercicio de la autonomía reproductiva, no sólo comprenden el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en los casos determinados en la Sentencia C-355 de 2006[234] (*es decir, cuando la vida o la salud de la mujer se encuentre en riesgo, en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y en casos de violencia sexual, previa denuncia*), sino también incluyen la garantía al acceso a la educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, el acceso a los mismos, la posibilidad de elegir aquél de su preferencia, la no interferencia en decisiones reproductivas y el cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia, entre otros.

Ahora bien, es importante resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia también ha entendido la protección de los derechos reproductivos (i) a través de una interpretación sistemática del artículo 13 de la Carta Política, que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación como uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho y (ii) como una garantía para la protección de grupos tradicionalmente discriminados y marginados. En desarrollo de lo anterior se ha entendido que las mujeres hacen parte de uno de estos grupos por lo que ese Tribunal, en numerosas oportunidades ha protegido sus derechos reproductivos como forma de garantizar el cumplimiento de la cláusula general de igualdad contenida en la referida norma constitucional.

En relación con el derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva, la precitada Corporación ha determinado que incluye, entre otras, las siguientes prerrogativas:

(i) Educación e información sobre todos los métodos anticonceptivos disponibles, acceso a los mismos y la posibilidad de elegir el que sea de su preferencia.

(ii) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y de calidad en aquellos casos en que no es una conducta punible de conformidad con la Sentencia C-355 de 2006.

(iii) Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los períodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos, es decir, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia.

(iv) La prevención y tratamiento de las enfermedades del sistema reproductivo femenino y masculino. En este sentido, la Observación General 14, indica que el apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) del PIDESC exige que se establezcan programas de prevención de las enfermedades que afectan de forma adversa la salud genésica[242] y, en el caso específico de la mujer, la Recomendación General 24 del Comité CEDAW indica que *“las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer”*.

(v) El acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimientos de reproducción asistida, entre los cuales se encuentran los tratamientos de fertilización in vitro.

El principio de progresividad y no retroceso en la faceta prestacional de los derechos. Consideraciones sobre la prestación del derecho a la salud.

El principio de progresividad se refiere a la forma en la que el Estado debe hacer efectivas ciertas facetas prestacionales de los derechos pues, aun cuando tienen un componente de carácter prestacional, son exigibles de forma inmediata. De este modo, el principio de progresividad consta de dos obligaciones: la primera, **avanzar y ampliar cada vez más el ámbito de realización del derecho**; y, la segunda, **no disminuir el nivel de satisfacción alcanzado con anterioridad**. Esta imposibilidad de revertir las medidas que logran la protección de los derechos es conocida como principio de no regresividad o mandato de no retroceso, según el cual existe una prohibición *prima facie* de regresión, que tiene un margen de habilitación cuando dichas disposiciones puedan justificarse de manera estricta.

En tal sentido, el principio de progresividad parte de la premisa de que algunos de los deberes derivados de la garantía de los derechos no son exigibles de forma inmediata, pues dependen, en gran medida, de la creación de políticas públicas y la disposición de recursos. Por ello, de acuerdo con el mencionado principio, el cumplimiento de estas obligaciones debe hacerse *“paso a paso”*, con la prohibición de retroceder en las garantías alcanzadas con el tiempo.

El respeto al principio de progresividad y a la prohibición de regresividad ha sido un parámetro de constitucionalidad, así como un elemento de análisis al verificar la violación de derechos constitucionales, principalmente alrededor de los derechos a la seguridad social, al medio ambiente, a la vivienda y a la salud. De este modo, el desarrollo de este mandato es diferente respecto de cada derecho.

El ámbito de aplicación del principio de progresividad corresponde a aquellas obligaciones diferentes de las que han sido definidas como de aplicación inmediata, y recae sobre algunas de las facetas prestacionales del derecho. En efecto, la Corte ha aplicado el mandato de progresividad principalmente en asuntos relacionados con: (i) el acceso a nuevos servicios y/o procedimientos de protección al derecho a la salud, (ii) la destinación de presupuesto para los

servicios de salud; (iii) la garantía del servicio de salud en condiciones de calidad y (iv) la exclusión del POS de los servicios que se brindaban con anterioridad.

Proceso de aprobación de la Ley 1953 de 2019 y su contenido normativo

En el Congreso de la República han cursado varios proyectos de ley de iniciativa parlamentaria encaminados al reconocimiento de la infertilidad “como una enfermedad” y a la inclusión de su tratamiento en el Plan Obligatorio de Salud. Aunque dos de ellos fueron archivados antes del segundo debate, el tercero se convirtió en la Ley 1953 de 2019. De este modo, es evidente que ha existido un interés del Congreso de la República en la regulación de tratamientos de reproducción asistida, el cual se justifica en razón de su relevancia social y en la existencia de un déficit de regulación, el cual había sido advertido por la Corte Constitucional previamente.

De este modo, la Ley 1953 de 2019, recogió buena parte de las propuestas que se habían formulado en las iniciativas legislativas anteriores y, en esencia, tuvo como propósito “*establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento*”. Así, la normativa se compone de los siguientes elementos:

(i) se define la infertilidad como una “enfermedad del sistema reproductivo” que impide lograr un embarazo, pese a intentos reproductivos, en un período superior a 12 meses. Igualmente, se indica que las técnicas de reproducción humana asistida son aquellos “tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”;

(ii) se ordena al Ministerio de Salud y Protección Social, en el término de seis meses posteriores a la sanción de la norma, desarrolle la política pública de infertilidad para garantizar “el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del sistema de seguridad social en salud”. Además, la normativa prevé que dicha política pública se ocupe de los siguientes componentes: (a) investigativo, (b) preventivo, (c) educativo, (d) diagnóstico y tratamiento oportuno y (e) adopción;

(iii) ordena al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o terapias de reproducción asistida (TRA) en el plazo de un año a partir del establecimiento de la política pública de infertilidad. Dicha reglamentación deberá hacerse conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, “bajo el enfoque de derechos sexuales y reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública”;

(iv) establece los criterios que el Ministerio deberá tener en cuenta para la reglamentación dispuesta en el punto anterior. Para dicho efecto, la entidad deberá: (a) determinar los requisitos de acceso a los tratamientos, entre los cuales se encuentran “edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad”; (b) definir los mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud; y la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio y (c) establecer los demás criterios que considere necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública;

(v) ordena al Ministerio de Salud y Protección Social promover proyectos de investigación acerca de la caracterización de la infertilidad y sus índices de morbilidad;

(vi) finalmente, dispone una serie de medidas para permitir y facilitar la aplicación de la norma, entre las cuales se encuentra la creación de un registro único de los centros de atención especializada que lleven a cabo tratamientos de fertilidad y otorga al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud la facultad de inspección, vigilancia y control sobre dichas instituciones. También, permite la conformación de asociaciones público-privadas para garantizar la cobertura y las condiciones técnicas idóneas para los propósitos de la iniciativa legal.

Ahora bien, conviene resaltar que, tras surtir la aprobación de las cámaras, el proyecto de ley que culminó en la Ley 1953 de 2019 fue objetado por el Presidente la República, por razones de inconveniencia y de inconstitucionalidad con fundamento en que la norma vulneraba: (i) la Ley Estatutaria de Salud (LES) y la democracia participativa; (ii) el principio de sostenibilidad fiscal; (iii) los principios de eficiencia y equidad; Además, consideró que era innecesaria esta normativa (iv) dado que, en su criterio, el país ya contaba con una política pública de prevención de la infertilidad.

No obstante, el Congreso de la República declaró infundadas las objeciones gubernamentales e insistió en la constitucionalidad y conveniencia del proyecto de ley. En este sentido, el Legislador estimó que la iniciativa legislativa era respetuosa de las atribuciones asignadas al Ministerio de Salud y promovía la ampliación gradual y continua de los servicios y tecnologías en salud. Además, recordó que, en virtud del artículo 334 de la Constitución Política, el criterio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para afectar, menoscabar, restringir o negar el alcance y protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y a conformar una familia.

Principio de progresividad en relación con los tratamientos de fertilización in vitro.

En este contexto, el principio de progresividad en materia del derecho a la salud y a los derechos reproductivos -respecto de las obligaciones cuya exigibilidad no es inmediata, impone los siguientes deberes estatales: (i) avanzar hacia el más alto nivel de salud posible; (ii) ampliar y desarrollar el ámbito de realización del derecho que ya se encuentra garantizado; y (iii) no disminuir el nivel de protección alcanzado con anterioridad.

De este modo, algunas de las manifestaciones del mandato de progresividad, pertinentes para el presente asunto, implican que: (i) la prohibición de regresividad es exigible a la Administración; y (ii) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos.

Ahora bien, concretamente en materia de tratamientos de reproducción asistida, esa Corporación ha destacado la incidencia del principio de progresividad en la garantía de estas prestaciones. *Así, como fue explicado anteriormente, en la Sentencia T-528 de 2014 la Sala identificó la insuficiencia en la regulación existente en relación con los tratamientos de fertilidad debido a su exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud. También, señaló que dicha situación precisa ser superada en virtud del principio de progresividad y, por lo tanto, exhortó al Gobierno Nacional para que revisara la situación que afecta a las personas con infertilidad que no cuentan con los recursos económicos para*

sufragar procedimientos de reproducción asistida (entre ellos fertilización in vitro) y que iniciara una discusión pública y abierta sobre la posibilidad de incluir dichos tratamientos en el Plan Obligatorio de Salud. Dicha orden fue reiterada por las Sentencias T-274 de 2015 y T-306 de 2016.

De igual manera, el carácter progresivo del acceso a los tratamientos de reproducción asistida fue reconocido en la Sentencia T-398 de 2016, en la cual se enfatizó en que es condición necesaria para el mandato de progresividad que el Estado introduzca en sus políticas y programas aquellos recursos o medidas dirigidas a obtener gradualmente el logro de las metas que se haya trazado.

Por lo tanto, el carácter progresivo del derecho a la salud y de la faceta prestacional de los derechos reproductivos se relaciona con el derecho a la igualdad, toda vez que supone que todas las personas, incluso las que disponen de menores recursos económicos, cuenten con oportunidades básicas de acceder a procedimientos médicos que tradicionalmente se han considerado como reservados para aquellos que gozan de mayor capacidad económica. En efecto, no escapa a la atención de la Corte que existen estereotipos en torno a los tratamientos de reproducción asistida pues, debido a su alto costo, algunos sectores han sostenido que únicamente debe tener acceso a ellos el segmento más adinerado de la población. En el mismo sentido, es claro que la denegación de su acceso tiene un impacto mayor en las mujeres en lo relativo a la fertilización in vitro, por ser en ellas en quienes recae dicho procedimiento y quienes soportan los estereotipos derivados de la asociación entre la maternidad y el sexo femenino.

Así, el mandato de progresividad del derecho a la salud, que también es aplicable a la faceta prestacional de los derechos reproductivos comporta, tanto el deber de ampliar y desarrollar el ámbito de realización de tales garantías como el de asegurar el nivel de salud más alto posible. Por tanto, del principio de progresividad en relación con el procedimiento de fertilización in vitro se deriva la posibilidad de que eventualmente todas las personas que lo requieran puedan acceder al mismo, incluidos quienes carecen de capacidad económica, en el marco de las limitaciones propias de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como se expondrá más adelante.

La entrada en vigencia de esta reglamentación está sujeta al establecimiento de la política pública de infertilidad ordenada por la Ley 1953 de 2019. Esta última debe ser dictada dentro de los seis meses posteriores a la promulgación de la referida norma legal. En este sentido, mientras el Ministerio de Salud y Protección Social determina la política pública relativa a la infertilidad y dicta el acto administrativo que regulará el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad con cargo a recursos públicos puede transcurrir un término superior a un año.

No obstante, durante este lapso no pueden tornarse nugatorios los derechos de las personas y parejas con infertilidad, cuyo déficit de protección ha sido reconocido en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, las cuales se reiteran en la presente decisión. En efecto, como se expresó previamente la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) afecta sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y los derechos reproductivos.

En este sentido, es indispensable recordar que la protección y garantía de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a la existencia de un acto administrativo que precise su reconocimiento y aplicación. Lo anterior implicaría vaciar de contenido la competencia del juez constitucional en relación con la

definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales, en el marco de los parámetros normativos establecidos legal y reglamentariamente. En razón de esta facultad, la Corte Constitucional ha amparado los derechos de varias accionantes y, en sede de Revisión, ha reconocido el acceso a tratamientos de reproducción asistida aún sin la existencia de una reglamentación administrativa, como se expuso anteriormente en la aludida providencia.

En otras palabras, si se concluyera que ninguna persona o pareja únicamente puede acceder a los tratamientos de reproducción asistida hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social defina con exactitud los criterios respectivos, ello implicaría que la garantía de los derechos fundamentales está sujeta a la existencia de actos administrativos que detallen su aplicación, lo cual desconocería su rango constitucional y la eficacia directa de los derechos fundamentales. Así mismo, dicha lectura conduciría a una limitación desproporcionada de las competencias de la Corte Constitucional, en su labor de definir los parámetros que guían la garantía de tales derechos.

Del Caso Concreto.

Dentro de la acción de tutela de la referencia, la accionante solicita al despacho se proceda a autorizar y garantizar la realización efectiva del procedimiento de FERTILIZACIÓN IN VITRO, en los términos establecidos por la médica tratante, como también, se garanticen sin obstáculos todas las prestaciones y servicios médicos que se deriven de la realización del procedimiento de fertilización In Vitro, tales como medicamentos, terapias, exámenes, estudios, y en general, todos los requerimientos y menesteres médicos que sean previos, concomitantes y posteriores al procedimiento en referencia.

En el asunto sub-examine, la titular de derechos invocados mediante la presente acción, de acuerdo a la historia clínica allegada se pudo constatar, que la señora DIAZ ARIAS, cuenta con 33 años de edad, fue diagnosticada por su médico tratante con Endometriosis patología que le ha generado una infertilidad primaria de 7 años y baja reserva ovárica, la cual, de acuerdo a lo manifestado por el Gerente de la accionada Salud Total E.P.S. S.A. ha sido tratada en diferentes oportunidades por parte de esa entidad, prueba de ello, son los últimos servicios de salud brindados a la paciente, tales como: *Consulta de primera vez por especialista en Ginecología, autorización de exámenes médicos, consulta externa, valoración por especialista en fertilidad femenina, consulta de seguimiento por Ginecología, consulta con medicina general de teleconsulta-teleorientación*, prestaciones que dan cuenta de que efectivamente a través de la entidad promotora de salud, es que la accionante ha venido realizándose los controles y tratamientos pertinentes para quedar embarazada, sin embargo, esto no ha sido posible, de ahí que su médico tratante considerara necesaria su remisión a valoración con especialista en fertilidad femenina, quien finalmente ordenó la realización del procedimiento de fertilización in vitro, que es el que ocupa la atención de este despacho, no obstante, aun habiendo sido ordenado por un médico tratante adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada la accionante, tal como se observa en la autorización No 2128645 emitida por esa entidad para la facilitación del servicio a la usuaria, resulta contradictorio el argumento esgrimido por la E.P.S. cuando afirma que el prenombrado procedimiento fue ordenado por un médico no adscrito a su red de prestadores, pues precisamente fue Salud Total E.P.S. quien autorizó dicha valoración y de la misma se derivó la generación de la prescripción del servicio que hoy implora la accionante, deduciendo de lo anterior, la necesidad de la realización del procedimiento de Fecundación In Vitro a la accionante, pues como ya se dijo, hasta la presente se encuentra acreditado en el plenario que la señora

Anne Milena Diaz ha intentado lo pertinente bajo supervisión medica y los tratamientos ordenados para concebir un hijo, siendo infructuosos los resultados.

Ahora bien, en lo tocante a la capacidad económica de la accionante y su pareja, cierto es, que estos se encuentran laborando en Radiología e Imágenes y Asistencia Médica Inmediata AMEDI S.A.S. respectivamente, pero también lo es, que el IBC constante entre la pareja no supera el \$1.300.000, prueba de ello, son los listados de aportes realizados por la señora Anne Milena Diaz y su esposo, los cuales dan cuenta, que en el caso de la actora el IBC mas alto y sobre el cual se ha liquidado el valor a cancelar al Sistema de Seguridad Social en salud es, la suma de \$1.350.775, mientras que su compañero el IBC más alto que registro fue la suma de \$877.803, deduciéndose de dicho planteamiento que sus ingresos no les permitirían acceder a la realización del procedimiento solicitado por intermedio de esta acción de forma particular, ello en atención al alto costo de dicho servicio médico, el cual puede estar en un promedio de 14 a 19 millones de pesos, sin incluir la medicación que se necesita para la realización del mismo, el cual varía de acuerdo a cada pareja, por lo que el valor del mismo, solo puede ser determinado en base al protocolo de estimulación que implemente el especialista en la materia, desvirtuándose con lo anterior, la supuesta capacidad económica de la accionante y su familia, aducida por la accionada.

Así las cosas, y habiéndose evidenciado hasta la presente, que la señora Anne Milena Diaz Arias se encuentra apta para la práctica del procedimiento de Fertilización In vitro conforme a lo ordenado por su médico tratante adscrito a la E.P.S. Salud Total, quien es la persona científicamente autorizada para emitir dicho concepto, pues la accionante durante 7 años acató las órdenes dadas por los galenos sin lograr resultado alguno y, acreditándose que ella y su pareja no tienen capacidad económica para asumir el costo derivado del mismo, además con anterioridad a la presente acción la paciente no ha sido beneficiaria o no le ha sido practicado procedimiento de este tipo, tal como se extrae de la historia clínica adosada al presente trámite de amparo, propio es para este fallador, proteger los derechos fundamentales de la señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS, a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad a conformar una familia, a la igualdad y a la salud, y en consecuencia de ello, ordenará a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. Representada legalmente por su Gerente GEOVANNY RIOS VILLAZON o quien haga sus veces, que en el término de 48 realice la gestión pertinente ante el ADRES a fin de que este emita concepto con relación a la accionante, recibido el concepto por parte del ADRES, le corresponderá a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. dentro de los 20 días siguientes a la expedición y recibido del citado concepto, practicar el procedimiento de fertilización *in vitro* a la accionante a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos, como también, deberá facilitarle los servicios de salud que la paciente requiere y que se deriven del pluriomencionado procedimiento médico, tales como: consultas médicas especializadas, exámenes, tratamientos, medicamentos, que sean ordenados por los médicos tratantes para el manejo debido de dicho tratamiento.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

Resuelve:

Primero- Tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad a conformar una familia, a la igualdad y a la

salud de la señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS, conculcado por SALUD TOTAL E.P.S. S.A. Representada por su Gerente o quien haga sus veces, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

Segundo- En consecuencia de lo anterior, ordénese a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. Representada legalmente por su Gerente GEOVANNY RIOS VILLAZON o quien haga sus veces, que en el término de 48 realice la gestión pertinente ante el ADRES a fin de que este emita concepto con relación a la accionante, y una vez recibido el concepto por parte del ADRES, le corresponderá a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. dentro de los 20 días siguientes a la expedición y recibido del citado concepto, practicar el procedimiento de fertilización *in vitro* a la accionante señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos, como también, deberá facilitarle los servicios de salud que la paciente requiera y que se deriven del pluriomencionado procedimiento médico, tales como: consultas médicas especializadas, exámenes, tratamientos, medicamentos, que sean ordenados por los médicos tratantes para el manejo debido de dicho tratamiento.

Tercero. - Prevenir a SALUD TOTAL E.P.S. S.A. para que en lo sucesivo y atendiendo las consideraciones consignadas en esta providencia, se abstenga de incurrir en la misma conducta, que dio origen a la presente acción de tutela. Se le advierte a SALUD TOTAL E.P.S. S.A., que todos los servicios que necesiten los afiliados deben ser prestados con sujeción a la Ley Estatutaria de la Salud, teniendo en cuenta las excepciones que deberá definir el Ministerio de Salud, tales como los tratamientos y medicamentos no autorizados por el Invima o sin evidencia de efectividad, procedimientos cosméticos, entre otros.

Cuarto. - Notifíquese a las partes el presente fallo por el medio más expedito y eficaz. -

Quinto- De no ser impugnada esta providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. -

Notifíquese y Cúmplase.

La Juez,


Astrid Rocío Galeso Morales