

**COLOMBIA SIN LEGISLACIÓN PARA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

**GISSELY NATALY FRAILE TAPIERO**

**ANGE MILDRED GOMEZ PARDO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C 2016**

**COLOMBIA SIN LEGISLACIÓN PARA LA REPRODUCCIÓN HUMANA  
ASISTIDA**

**GISSELY NATALY FRAILE TAPIERO**

**ANGE MILDRED GOMEZ PARDO**

**Trabajo de Grado para obtener el título de  
Abogado**

**Asesores: CÉSAR OLIVEROS AYA**

**MAURICIO HENAO BOHÓRQUEZ**

**Abogados**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C 2016**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>AGRADECIMIENTOS</b>	<b>6</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>10</b>
<b>CAPITULO I</b>	<b>12</b>
<b>Nociones Generales</b>	<b>12</b>
<b>1.1. Reproducción Humana Asistida</b>	<b>12</b>
1.1.1 Definición	12
1.1.2. Antecedentes históricos	13
<b>1.2. Referencias Internacionales de la reproducción humana asistida</b>	<b>14</b>
1.2.1 España.	14
1.2.2. Argentina.	15
1.2.3. Brasil.	16
<b>1.2Técnicas de Reproducción Humana Asistida</b>	<b>17</b>
<b>1.2.1 Principales Técnicas de Reproducción Humana Asistida</b>	<b>17</b>
1.2.1.1 Inseminación Intrauterina o Artificial	18
1.2.1.2 Inducción de Ovulación	18
1.2.1.3 Fertilización In Vitro IVF	19
1.2.1.4 Inyección Intracitoplasmatica del espermatozoide- ICSI.	20
<b>1.3 Población infértil en Colombia</b>	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>22</b>

<b>2.1. Identificación y Análisis de los derechos vulnerados por falta de legislación para la Reproducción Humana Asistida.</b>	<b>22</b>
2.1.1 Derecho al libre desarrollo de la personalidad	22
2.1.2. Derecho a la igualdad	26
2.2.3. Derecho a la salud en el ámbito de la salud reproductiva	29
2.2.4. Protección especial a la mujer frente al derecho a la salud sexual y reproductiva y su acceso a los diferentes tratamientos contra la infertilidad	32
<b>CAPITULO III</b>	<b>36</b>
<b>Marco Jurídico</b>	<b>36</b>
<b>3.1 Nociones Internacionales</b>	<b>36</b>
3.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	36
3.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	37
3.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)	38
3.1.4 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)	39
3.1.5. Conferencia mundial de la mujer en Beijín	40
3.1.6 Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo	41
<b>3.2 Referencias Jurisprudenciales Internacionales</b>	<b>42</b>
3.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos- Caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica	42
<b>3.3. Evolución jurisprudencial en Colombia frente al reconocimiento de derechos a personas infértiles hasta el año 2015</b>	<b>48</b>
<b>CAPÍTULO IV</b>	<b>54</b>
<b>Actores generadores de vulneración de derechos a las personas infértiles en Colombia</b>	<b>54</b>
<b>4.1 Carencia de Legislación de Reproducción Humana asistida</b>	<b>54</b>
<b>4.1.1 Proyectos de Ley orientados a la población infértil Colombiana</b>	<b>54</b>
4.1.1.1 Proyecto de ley 107 de 2009	54
4.1.1.2. Proyecto de Ley 109 de 2013 “Ley Sara”	55
	4

4.1.1.3. Proyecto de Ley 082 de 2015	57
<b>4.2 FACTORES ECONÓMICOS</b>	<b>58</b>
4.2.1 Costos de un tratamiento de fertilidad en Colombia.	58
<b>4.3 Exclusiones de Cobertura por parte de POS</b>	<b>59</b>
4.3.1 Diagnostico y tratamientos para la infertilidad excluidos taxativamente del Plan Obligatorio de Salud en Colombia	59
<b>4.4 Requisitos planteados por la Corte Constitucional para acceder a tratamientos de infertilidad por acción de tutela</b>	<b>64</b>
<b>CAPITULO V</b>	<b>66</b>
<b>5.1 Propuesta de Proyecto de Ley que beneficie a la población infértil en Colombia.</b>	<b>66</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>77</b>

## **AGRADECIMIENTOS**

Queremos agradecer en primer lugar a Dios y a la virgen. A nuestras familias, Flor Inés Tapiero Moreno, Álvaro Tapiero, Diana Patricia Pardo Quiroga, y Alba Quiroga Castro (q.e.p.d), por ser el motor y eje fundamental de nuestras vidas; por ser nuestro apoyo incondicional en la persecución de este sueño llamado Derecho.

A la Universidad Militar Nueva Granada, nuestra alma mater, por brindarnos una formación ética y profesional.

Y especialmente queremos agradecer a los Doctores Mauricio Henao Bohórquez y César Oliveros Aya, por creer en nosotras, por su apoyo y aportes en la construcción y materialización de nuestras ideas, que hoy se ven reflejadas esta monografía de grado.

## RESUMEN

La Reproducción Humana Asistida (en adelante RHA), constituye un conjunto de técnicas y procedimientos que permiten a hombres y mujeres infértiles ser padres. La organización mundial de la salud desde el año 2009, reconoció la infertilidad como una enfermedad, pese a lo anterior en Colombia aún se sigue considerando como una condición ajena y que afecta a muy pocos, de ahí la eminente necesidad de legislación que regule la materia.

A través del análisis jurisprudencial se logrará evidenciar como en principio la postura de la Corte Constitucional Colombiana en sede de tutela estableció durante varios años que no se vulneraba ningún derecho fundamental al negar procedimientos de RHA, excluidos del plan obligatorio de salud (POS), no obstante en la actualidad los derechos sexuales y reproductivos han sido elevados al rango de fundamentales por incidir de manera determinante en el goce pleno y efectivo de derechos de primera generación como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

De igual manera se hace una relación de los principales actores generadores de vulneración de derechos de las personas infértiles en Colombia comprobando así que dicha transgresión es constante y progresiva; aunado a lo anterior serán objeto de esta investigación las leyes acerca de RHA de países como España, Argentina y Brasil, en los cuales el avance y el compromiso del Estado ha sido evidente en el reconocimiento de los derechos de las personas infértiles implementando programas que permitan el acceso a técnicas de reproducción humana asistida.

Finalmente se hace un planteamiento de un proyecto de Ley que respondería de manera efectiva, clara y oportuna al vacío jurídico presente en Colombia por falta de legislación que regule la RHA.

**Palabras Clave:** infertilidad, reproducción humana asistida, derechos sexuales y reproductivos, POS, técnicas de reproducción humana asistida.



## **ABSTRACT**

Assisted human reproduction (AHR) is a set of techniques and procedures that allow infertile women and men to be parents. The World Health Organization, since 2009, recognized infertility as a disease. But, despite this, in Colombia this is still considered an alien condition that affects very few. Hence, the eminent need for legislation regulating the matter.

A jurisprudential analysis exhibits how the initial position of the Colombian Constitutional Court, established over several years, showed that no fundamental right was violated by denying AHR procedures, which were excluded from the mandatory health plan. But today, the sexual and reproductive rights have become fundamental because now these are considered to have the capability to influence the first-generation rights, like equality and free personality development.

At the same time, the principal factors that generate vulnerability to the right of those who are infertile in Colombia are enumerated. By this, it is proved that the transgression is constant and progressive. In addition and tight to the aforementioned point, the AHR laws from different countries like Spain, Argentina and Brazil are analyzed to understand how the development and compromise of each government has played an important role to recognize the rights to the infertile people by implementing different programs that allow them to access techniques of assisted human reproduction.

Finally, a bill draft is proposed to answer in an effective, clear and opportunistic way the lack of legislation in Colombia to regulate the AHR.

**Keywords:** infertility, assisted human reproduction, sexual and reproductive rights, POS, assisted human reproduction.

## INTRODUCCIÓN

El ser humano ha evolucionado de tal manera que procesos comprensibles solamente como resultado de ciclos naturales hoy en día pueden ser logrados gracias a diferentes medios y técnicas científicas desarrolladas por el hombre; hace 100 años era inconcebible la idea de generar vida fuera del vientre materno y sin presencia de relaciones sexuales, hoy esto es una realidad.

En nuestro país no existe una regulación legislativa en cuanto a las nuevas tecnologías de la reproducción humana asistida; la falta de una ley que responda de manera integral a las necesidades y circunstancias actuales de las personas infértiles en Colombia, es resultado de la falta de interés por parte del Estado en regular la materia; son varios los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República, los cuales han sido archivados sin mediar justificación alguna, sumándole a esta situación el hecho de que la infertilidad es desconocida como enfermedad y los tratamientos de reproducción humana asistida están excluidos del plan obligatorio de salud (POS).

Las posibilidades que tiene un Colombiano promedio de acceder a un tratamiento para la infertilidad son escasas es por eso que la importancia de este trabajo investigativo y el problema planteado es determinar ¿Qué derechos se vulneran por falta de legislación para la reproducción humana asistida en Colombia?

Dado lo anterior, este proyecto se realiza con el interés de demostrar la carencia de legislación en Colombia sobre la RHA y como se trasgreden derechos a las personas que padecen de infertilidad como una patología, de igual manera busca identificar los hechos y factores que hacen más gravosa esta condición, y complementariamente revisar las fuentes normativas nacionales como internacionales sobre el acceso a tratamientos de RHA; finalmente se comparan diferentes legislaciones sobre el acceso a tratamientos de reproducción humana asistida en países como España, Argentina y Brasil para así proponer un (proyecto de ley) que responda de manera integral a las necesidades de las personas infértiles en Colombia.

De esta manera, el *Método de la Investigación* será Jurídico-Cualitativo<sup>1</sup> toda vez, que se analizaran los derechos fundamentales conculcados, se realizará una descripción de las principales problemáticas que enfrentan las personas infértiles. Lo anterior, estudiado a partir de Fuentes Primarias como sentencias de orden nacional e internacional y fuentes secundarias como datos estadísticos y conceptos emitidos por autoridades nacionales en el tema.

La jurisprudencia Constitucional estudiada desde el año 2002, refleja como la constante ha sido desconocer los derechos de las personas infértiles en Colombia, pues solo hasta los últimos años se han reconocido y elevado a rango fundamental los derechos sexuales y reproductivos de los colombianos al comprender que su desconocimiento incide negativamente sobre otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad.

---

<sup>1</sup> El enfoque cualitativo se guía por áreas o temas significativos de investigación. Los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes, después, para refinarlas y responderlas (Hernández, Fernández y Baptista, 2010).

## **CAPITULO I**

### **Nociones Generales**

#### **1.1. Reproducción Humana Asistida**

##### **1.1.1 Definición**

La Reproducción Humana Asistida en sí es un término relativamente nuevo para la medicina que corresponde a un conjunto de técnicas utilizadas para tratar la infertilidad; La Organización Mundial de la Salud OMS en el año 2009, reconoció la infertilidad como enfermedad en los siguientes términos: “Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”(Organización Mundial de la Salud (OMS), 2010, pág. 7)

Se entiende como enfermedad: “La alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”(Rincon, 2006, pág. 84)

El principal objetivo de la reproducción humana asistida es asistir a las parejas que tienen dificultad o imposibilidad de lograr un embarazo de manera natural después de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin tomar las medidas anticonceptivas.

Bajo una órbita médica especial, la reproducción humana asistida es la denominación genérica de diversas técnicas desarrolladas en las últimas décadas, para el tratamiento de la esterilidad, las cuales se caracterizan por la manipulación de los gametos de la pareja, sin que para tal fin sea necesaria la presencia de relaciones sexuales.(PARADA, 2010, pág. 12.).

La Organización Mundial De La Salud (OMS) define la reproducción humana asistida de la siguiente manera:

**Reproducción médicamente asistida (RMA):** reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.(F. Zegers-Hochschild, 2010, pág. 9)

De igual manera en la Ley 26.862 de 2013 promulgada por el Senado y Cámara de diputados de la Nación Argentina la cual se busca el acceso a tratamientos y técnicas de reproducción humana asistida, la define en su artículo 2° así:

**ARTÍCULO 2°** — Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. (Senado y Cámara de diputados de la Nación Argentina , 2013)

### **1.1.2. Antecedentes históricos**

La reproducción humana al igual que los diferentes campos y amplitudes del ser humano ha venido evolucionando, fundamentalmente con el fin de proveer oportunidades de procrear a las personas que tienen dificultades para tal fin, es así como en la actualidad existen conjuntos de técnicas o métodos médicos destinados a sustituir los procesos naturales para la reproducción convencional. Situación que sin duda ha generado todo tipo de discusiones desde diferentes tipos de vista, esto es, el jurídico, biológico, emocional, religioso, social entre otros.

Los antecedentes de la reproducción humana asistida se remontan al año 1978 con el nacimiento de Louise Brown, el primer bebé probeta, nacida en Olgham, Reino Unido, por fertilización in vitro; constituyéndose éste en el más importante avance y antecedente en cuanto a tratamientos para la infertilidad y estableciendo las bases de lo que hoy se conoce como las técnicas de reproducción asistida.

Durante la década de los ochenta se pusieron en marcha múltiples protocolos de estimulación ovárica, se desarrollaron técnicas de crioconservación y descongelación de embriones y se realizaron con éxito los primeros ciclos de donación de ovocitos.

En el año 1983 se consiguen los primeros embarazos procedentes de ovocitos donados. En esta primera serie de casos el semen del varón se introdujo en el cérvix de la donante de ovocitos, una vez producida la fecundación in vivo, los cigotos fueron retirados y transferidos a la mujer receptora. Seguidamente se consiguió el primer embarazo de ovocitos donados mediante Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria.”(Mendiola J1, 2005, pág. 19).

La apertura hacia otras formas de reproducción, como la clonación embriónica, esto es, la división de blastómeros producto de un solo cigoto, la lograron en 1993 Jerry L.Hall y Robert J. Stillman utilizando ovocitos poliespérmicos que no se transfirieron a un útero, por lo que la investigación fue autorizada por el comité de bioética de la Universidad George Washington; sin embargo, no tuvieron la autorización del comité revisor, lo cual se supo hasta el año siguiente. La posibilidad de clonar mamíferos mediante transferencia nuclear, como en el caso de la famosa oveja Dolly, implicó la probabilidad de desarrollar esa técnica en humanos, hecho que se consiguió en el 2001. En ese año, AdvancedCellTechnology logró la transferencia nuclear, pero no como una forma de clonación reproductiva, como lo fue Dolly, sino apelando a la posibilidad y enorme potencial teórico de la clonación terapéutica. (Díaz, 2007, págs. 298-299).

Consecuentemente, en Colombia se fundó Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad CECOLFES, quienes en el año 1985 lograron el primer nacimiento en Colombia y Latinoamérica usando técnicas de reproducción asistida y quienes en la actualidad ofrecen a sus pacientes tratamientos de reproducción asistida para dar solución a la infertilidad y otros para la preservación de la fertilidad.

## **1.2. Referencias Internacionales de la reproducción humana asistida**

### **1.2.1 España.**

España fue uno de los primeros países en responder a la necesidad de muchas parejas para las cuales ser padres era inconcebible de forma natural. En 1988 se aprobó la Ley 35 del 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En la actualidad la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida es la encargada de regular la materia, la mencionada Ley permite la fecundación homóloga y heteróloga, tanto a parejas heterosexuales como homosexuales y a mujeres solteras y viudas.

Esta ley defiende el derecho a ser madre a cualquier mujer mayor de edad en plenas facultades físicas y mentales en los siguientes términos:

Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.”(Gobierno de España- Ministerio de la Presidencia)

Uno de los principales avances de la ley 14 de 2006 fue la creación de la **Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida**, hace parte del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, su principal objetivo es dirigir, asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de las técnicas de RHA.

### **1.2.2. Argentina.**

El primer intento que se realizó en Argentina respecto a legislación que materializara la prevalencia de los derechos de toda persona a la maternidad y a la paternidad y a formar una familia fue la Ley Provincial de Buenos Aires Ley 14.208 del 02 de diciembre de 2010.

El 05 de junio de 2013, el Senado y la Cámara de Diputados de Argentina sancionó la Ley Nacional 26.862, y reglamentada por el decreto 956 del mismo año, su principal objetivo es garantizar a través del PMO, (Programa Médico Obligatorio), el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción humana asistida, según lo establezca el Ministerio de Salud de la Nación.

El artículo 2 de la citada ley define la reproducción humana asistida en los siguientes términos:

Se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.(Info Leg, 2015).

Los aspectos más relevantes de la Ley 26.862 y su decreto de reglamentario 956/2013, son la prestación de servicios en el área de la salud y el acceso a los mismos, pues se establece que las personas adultas sin distinción de edad, orientación sexual o estado civil, tienen derecho hacer uso por cuatro veces de los tratamientos de RHA de forma gratuita, si son de baja complejidad, y tres veces por año si son de alta complejidad; de igual manera se establece que Registro Federal de Establecimientos de Salud será la entidad encargada de facultar los bancos de gametos y/o embriones, así como los centros sanitarios donde se lleven a cabo procedimientos de RHA.

### **1.2.3. Brasil.**

La Constitución de 1988 consagra en su título VIII, del Orden Social, capítulo VII, Artículo 226; numeral 7.

Fundado en los principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable, la planificación familiar es libre decisión del casado, correspondiendo al Estado propiciar recursos educacionales y científicos para el ejercicio de ese derecho, prohibiéndose cualquier actuación coactiva por parte de instituciones oficiales o privadas. (ACNUR, 2015)

El anterior mandato constitucional es desarrollado por la Ley 9263 del 12 de enero de 1996; de planificación familiar, posterior a esto varias Ordenanzas han ido regulando la materia:

- Portaria-ordenanza 426 GM/MS del 22 de marzo de 2005, instituyó la política nacional de atención integral de reproducción humana asistida.
- Portaria-ordenanza 1459 GM/MS del 24 de junio de 2011, instituyó en el ámbito del sistema único de salud (SUS) la red cigüeña, cuyos artículos 2 y 4 consagran la garantía de acceso a acciones de planificación reproductiva.
- Portaria-ordenanza 3149 del 28 de diciembre de 2012, aportó recursos económicos a los establecimientos de salud que realizan procedimientos de reproducción humana asistida.



## **1.2 Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Las técnicas de reproducción humana asistida se entienden como los diferentes procedimientos por medio de los cuales nacen alrededor del mundo día a día seres humanos, su gran aporte es la contribución y la ayuda a miles de personas con dificultad para procrear naturalmente.

Se entiende científicamente por técnicas de reproducción humana asistida (R.H.A):

Al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.(Solís, 2000, pág. 37)

Por su parte la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido las técnicas de reproducción humana asistida de la siguiente manera:

Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.(F. Zegers-Hochschild, 2010, pág. 10)

### **1.2.1 Principales Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

El manejo de la infertilidad comprende un conjunto de alternativas que corresponden a cada caso en particular, en los cuales se deben diferenciar la edad, y estado de salud de la paciente, el tiempo y el origen de la infertilidad. A continuación, se estudiarán las diferentes técnicas de reproducción humana asistida:

### **1.2.1.1 Inseminación Intrauterina o Artificial**

Consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal. (Solís, 2000, pág. 39)

Se entiende entonces como la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el aparato reproductor femenino de manera artificial mediante una cánula especial para que de esta manera las probabilidades de obtener un embarazo aumenten, en síntesis, se está facilitando el paso de los espermatozoides a través del cuello uterino que de manera natural no había sido posible.

### **1.2.1.2 Inducción de Ovulación**

Esta técnica se aplica en mujeres que no ovulan espontáneamente y requieren de medicación para inducir la ovulación, o cuando, aunque haya ovulación se necesite aumentar la cantidad y calidad de los óvulos. El objetivo de este tratamiento es que la paciente ovule de la forma más parecida a un ciclo natural, simplemente aumentando el número de óvulos y la probabilidad de embarazo. Es el tratamiento más sencillo y más económico que existe para la infertilidad no complicada y ofrece una tasa de ovulación del 80% pero un éxito reproductivo por intento (ciclo) del 18% pero sólo está indicado para pacientes jóvenes, sin mayores complicaciones y estabilidad emocional para esperar resultados que pueden demorar hasta 3 meses.

Por su parte la Organización Mundial de la Salud la define como: “El tratamiento farmacológico de mujeres con anovulación u oligo-ovulación con la intención de inducir ciclos ovulatorios normales.” (F. Zegers-Hochschild, 2010, pág. 7)

### 1.2.1.3 Fertilización In Vitro IVF

El proceso de la Fecundación In Vitro consiste en la estimulación exógena de los ovarios mediante gonadotrofinas humanas o recombinantes (sintéticas); extracción de los óvulos mediante un procedimiento quirúrgico mínimamente invasivo (aspiración folicular ecoguiada); fertilización in vitro en el laboratorio de embriología previa selección y clasificación de la calidad ovocitaria y capacitación espermática; cultivo embrionario sistemático; y transferencia de embriones en la cavidad uterina, a la espera de una implantación satisfactoria. (Kushner-Dávalos, 2010, pág. 7)

En sí el procedimiento consiste en la unión extra corporal de los gametos (espermatozoides y ovocitos) y en caso de obtener resultados favorables, esto es, si el ovulo es penetrado por el espermatozoide, el embrión resultante será introducido al útero de la mujer donde tendrá lugar a la anidación. Ésta técnica se compone de diferentes etapas que corresponden a las siguientes:

**1. Estimulación ovárica:** En el ciclo natural, la mujer produce un óvulo, para un tratamiento de reproducción asistida se induce la producción de varios. El número de óvulos necesario es variable y depende de las características individuales de cada paciente, sus antecedentes terapéuticos, edad y complejidad de la infertilidad.

**2. Aspiración folicular:** Se realiza puncionando el ovario a través de la vagina, bajo visión ecográfica y bajo sedación anestésica de corta duración en quirófano.

**3. Fertilización y cultivo embrionario:** Los óvulos aspirados son reconocidos en el laboratorio y a conveniencia de la calidad seminal se fertilizan espontáneamente.

**4. Transferencia embrionaria:** Una vez realizado el cultivo embrionario durante tres (3) a cinco (5) días, los embriones se encontrarán preparados para poder ser transferidos al útero. (<http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-63.pdf>, págs. 17-18)

#### 1.2.1.4 Inyección Intracitoplasmática del espermatozoide- ICSI.

Esta técnica está indicada cuando al momento de la fertilización en el laboratorio o por análisis previos del semen se encuentra imposibilidad espontánea de fecundar el óvulo, entonces se toma uno sólo previa selección, se introduce al citoplasma del óvulo permitiendo que se inicie la división embrionaria. Estos espermatozoides se pueden obtener por punción y aspiración directamente del testículo (TESA) o del epidídimo (PESA) en casos de ausencia de espermatozoides en la muestra eyaculada (Azoospermia) o cuando exista el antecedente de una mala fertilización en un intento previo.

### 1.3 Población infértil en Colombia

Según la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles “FUNCOPI”, en Colombia existen en la actualidad 2.5 millones de personas infértiles, las cuales representan el 20% de la población en etapa reproductiva activa que comprende la edad de 25 a 35 años de edad.

En la siguiente relación estadística se muestra la población infértil en Colombia y en la ciudad de Bogotá D.C.

Tabla N° 1



*Fuente: DR. JORGE A. RAMIREZ M.D. Aspectos clínicos, epidemiológicos y logísticos de un programa de reproducción asistida y fertilización in vitro para atender la necesidad de tratamiento de las parejas infértiles en el distrito.*

*Tabla N° 2.*



*DR. JORGE A. RAMIREZ M.D. Aspectos clínicos, epidemiológicos y logísticos de un programa de reproducción asistida y fertilización in vitro para atender la necesidad de tratamiento de las parejas infértiles en el distrito*

## **Capítulo II**

### **2.1. Identificación y Análisis de los derechos vulnerados por falta de legislación para la Reproducción Humana Asistida.**

De acuerdo con el problema y los objetivos planteados en la presente investigación a continuación se relacionan los derechos que analizados se determinan que son vulnerados por la falta de legislación en Colombia sobre la Reproducción Humana Asistida:

#### **2.1.1 Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Frente a este extenso derecho el cual goza de una especial protección por parte de la Constitución Política de Colombia, de la jurisprudencia y de otras normas hace referencia a los diferentes aspectos del ser humano en diferentes modalidades como puede ser la libertad de conciencia, la libertad de cultos, la libertad de expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, la libertad de movilidad, la libertad de enseñanza aprendizaje e investigación, la libertad de escoger profesión y/o oficio encontrando en todos y cada uno de ellos que el núcleo esencial es que toda persona nace libre, por su parte la Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la siguiente manera: “El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuadra en la cláusula general de la libertad y confiere al sujeto la potestad para decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones vitales, sin ningún otro límite que los derechos de los demás y el orden jurídico.” (Corte constitucional de Colombia, 2013)

De esta manera podemos fácilmente entender que es tan extenso el espectro de este derecho que inclusive se llega a entender que el ser humano tiene derecho a decidir libremente sobre la constitución o no de una familia. Encontramos a su vez como la familia también es sujeto de protección constitucional conociéndolo como un derecho de segunda generación que nos lleva a concluir que ésta es el núcleo esencial de la

sociedad. La familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla y allí es que podemos entender un nuevo aspecto de la libertad la cual se encuentra presente en todo ámbito del ser humano toda vez que no solo su constitución es libre si no que a su vez esta pareja tiene el derecho a decidir de manera autónoma el número de hijos que desea tener los cuales con vehemencia la constitución ha determinado que pueden ser adoptados o procreados naturalmente o **bajo asistencia científica** quienes tendrán iguales derechos y deberes.

Es así como desde el artículo 42 de la Constitución Política se incluyen tantos elementos esenciales del ser humano como son la constitución de una familia, la decisión libre de tener hijos y de optar por el número de ellos y la forma de obtenerlos, los cuales constituyen la sociedad en la cual se fundamenta un Estado, siendo todos ellos desarrollados de manera libre y es así como la propia Constitución de 1991 y en el mismo artículo impone una especial carga al Estado y a la sociedad quienes deben garantizar la protección integral de la familia.

Vemos como la libertad del ser humano es el eje fundamental el cual debe tener específicas limitaciones para que se pueda llegar a reducir este derecho frente al desarrollo de las personas, por lo que no encontrando un sustento constitucional e inclusive legal que limite una faceta del derecho a la libertad ocasionaría un riesgo a toda la estructura en la que se fundamenta en Estado como lo es la sociedad.

Para el caso en particular limitar la libertad de escoger el número de hijos y peor aún el modo de obtenerlos vulnera el derecho a la libertad, por cuanto se debe recordar que la Constitución protege las diferentes maneras para ello; como son adoptarlos, procrearlos naturalmente o bajo la asistencia científica. Esta decisión como bien lo ha expresado la Carta Superior debe tomarse de manera libre sin ningún tipo de obstáculo que lo limite o que impida su libre determinación, pero contrario sensu encontramos ciertas conductas y omisiones tanto desde el ángulo legal como jurisprudencial que han limitado arbitrariamente e inclusive inconstitucionalmente, por cuanto han ido en

contravía de las disposiciones que la Constitución Política de 1991 consagró como derechos de primera y segunda generación.

De igual manera encontramos como la libertad conexas con el derecho a la salud el cual se ve limitado por las llamadas exclusiones al Sistema de Seguridad Social en Salud establecidas en la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias como los Acuerdos 003 y 008 de 2009, 028 y 029 de 2011, expedidos por la Comisión de Regulación en Salud – CRES- y actualmente encontramos en artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 con exclusiones específicas denominados tratamiento para la fertilidad o conocido hoy como tratamientos para la infertilidad, exclusiones estas que no terminan siendo otra cosa que limitaciones a la libertad en conexidad con la salud más si se tiene en cuenta que la propia Constitución reconoce la posibilidad de que la reproducción se haga con asistencia científica protección que debe ser garantizada por el Estado, por lo que confrontando estas exclusiones de orden legal con la protección especial del estado encontramos una inmensa contradicción porque existe una clara limitación al derecho a la libertad de escoger libremente el modo de concebir un hijo.

Sin embargo, se debe resaltar como el Congreso ha intentado a través de diferentes proyectos de Ley, amparar este tipo de libertades buscando que esta sea reconocida por el Sistema General de Seguridad Social de Salud e incluido en el Plan Obligatorio de Salud creado por la Ley 100 de 1993, sin embargo y aun así este órgano de Estado no ha llegado a reconocer el grado de importancia que tiene este aspecto de la libertad del ser humano.

Debemos entender la reproducción humana asistida como una de las diferentes garantías que debe ofrecer el Estado frente a la procreación de hijos, la cual no puede tener limitaciones como tampoco pueden encontrar algún tipo de soporte legal en meros aspectos económicos o en un impacto fiscal para el Estado por cuanto éste debe velar por la protección de estos derechos fundamentales y por ende está obligado a buscar los recursos necesarios para la protección de estos.



Dentro del orden judicial estos derechos fundamentales son especialmente protegidos por la Honorable Corte Constitucional entidad encargada de velar por la protección de la Constitución Política en General y de los derechos fundamentales en particular encontrando que ante una falta de legislación que afecta, limita o vulnera derechos fundamentales debe pronunciarse en el amparo y protección de estos, por lo que ante hechos notorios de orden legal que limitan el libre acceso a la salud y en el caso en particular a la salud en materia sexual y reproductiva era inminente que realizara un estudio de constitucionalidad frente al amparo de los derechos fundamentales del ser humano, de la familia e inclusive de la sociedad sin embargo por años este órgano judicial en concordancia con el accionar legislativo y yendo en contra de los lineamientos constitucionales limitó el ejercicio de la libertad y el libre acceso a la salud en materia sexual y reproductiva al consentir estas exclusiones del sistema de la salud, amparados en meros aspectos económicos o fiscales que en ningún sentido se pueden entender superior a los constitucionales desconociendo abiertamente no solamente éste si no otros derechos fundamentales.

Tan solo hasta el año 2015, se reconocen sendos derechos fundamentales que han sido vulnerados y desamparados al permitir que junto con la Constitución Política convivieran normas limitativas de estos derechos, manifestando que debe hacerse un reconocimiento progresivo el cual debe ir de la mano con un reconocimiento económico o fiscal para la protección de estos derechos.

En conclusión el derecho a la libertad se puede ver arbitrariamente limitado cuando en el Plan Obligatorio a la Salud expresamente se excluye cualquier tratamiento que logre mitigar la infertilidad y cuando la propia Corte Constitucional limita su propio ejercicio al imponer métodos distintos de reproducción como la adopción, cuando se trata de precisamente tener la libertad de escoger como se quiere procrear o concebir un hijo siendo la adopción tan solo una de ellas más no la única por lo que mal podría la Corte Constitucional limitar esta libertad de escogencia cuando es un derecho tan íntimo del ser humano que es ampliamente protegido en todas sus facetas, por lo que el optar por tener hijos bajo mecanismos de reproducción asistida o bajo asistencia científica

debe ser una decisión libre que debe emanar del ámbito privado de todo ser humano tanto como la decisión libre de escoger a su pareja, por lo que se debe luchar contra todo tipo de obstáculo o limitación que vulnere este esencial derecho fundamental por cuanto de ahí inclusive nos atreveríamos a afirmar que es el punto de partida o encuentro con otros derechos fundamentales.

### **2.1.2. Derecho a la igualdad**

Este derecho fundamental es de tal relevancia que logra equipararse al derecho a la libertad por cuanto su ejercicio y desarrollo deben ir siempre de la mano, tan es así que la propia Carta Política en su artículo 13 define lo siguiente:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y **gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.**

El Estado promoverá las condiciones **para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados** o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”(Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 13)

Qué más dicente que lo establecido por la Constitución Política por cuanto e igual que con el derecho a la libertad en este artículo que encuentran inmersos sendos derechos individuales que claman su protección los cuales engrosan precisamente el intitulado capítulo I, título II de la Constitución Política de Colombia derechos fundamentales, que engrosa gran relevancia en primer lugar al equiparar dos grandes derechos como la libertad y la igualdad del ser humano ante la Ley y ante la protección de sus derechos.

En segundo lugar nos vemos inmersos en una situación derivada de la no protección del derecho a la igualdad el cual es una realidad sobreviviente de la sociedad

y que convive con nosotros a diario como es la discriminación, entendiéndola esta como un trato desigual o de inferioridad por razones de sexo, raza, religión, origen nacional o familiar, lengua entre otros, encontrándonos nuevamente como el Estado debe promover condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva y deberá adoptar medidas para que esa discriminación no se haga presente.

Sin embargo y cotejado esto con la realidad legal y jurisprudencial lo realmente efectivo es la desigualdad y el amplio espectro de creación ante la discriminación, al ver como el Estado ha mantenido a lo largo de los años ciertas exclusiones particulares frente a los tratamientos contra la infertilidad cuya motivación no ha sido otra que el costo o el impacto económico que tendría el cubrimiento de este tipo de asistencia científica hacia la fertilidad, dejando entonces este tipo de tratamientos a un costo particular limitándolo a un sector de la sociedad que goce de altos ingresos económicos y puedan costear su tratamiento, marginando a otro sector de la sociedad el cual no goza de los ingresos suficientes para tener acceso a estos costosos tratamientos contra la infertilidad.

Lo anterior configura a claras luces una discriminación contra este sector de la sociedad desconociendo por su parte la carga constitucional que debe liderar el Estado frente a la protección de las personas que por su condición económica y para el caso en particular su condición física como lo es la infertilidad que inclusive por conexidad se puede dar una limitación mental se encuentra en circunstancias de debilidad y que por ende son acreedores de esta protección.

Esta conducta omisiva, arbitraria y por ende discriminatoria no puede ser un escenario construido por el propio Estado por cuando iría en contra de sus propios fines esenciales que cobija un Estado social de derecho que como bien lo establece en el artículo 1° de la carta superior está fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que lo integran y la prevalencia del interés general, los fines esenciales del Estado no pueden entenderse otros que la propia protección de

las autoridades de la Republica colombiana en los derechos y libertades de todas las personas residentes en Colombia.

Desafortunadamente la realidad legal y jurisprudencial nos muestra que frente al reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad que padece el ser humano no se ha adoptado mecanismos de protección quienes desafortunadamente deben lidiar con la indiferencia de las autoridades para la correcta protección de sus derechos, toda vez que para el Estado y para las entidades judiciales encargadas de la protección estos prevalecen más los intereses económicos provocando una injustificada discriminación.

El artículo 43 de la carta superior bajo la premisa de la igualdad frente a los derechos y oportunidades equipara a la mujer y al hombre, pero incluyendo una especial protección a favor de la mujer cuando aduce que no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, pero al limitar su acceso a los diferentes tratamientos contra la infertilidad estamos frente a un claro ejemplo de discriminación siendo un elemento más de afectación a los derechos fundamentales de los seres humanos que para este caso en particular podría también entenderse una especial discriminación contra la mujer por cuanto las mujeres han sido un grupo de personas dentro de la sociedad que históricamente han sido objeto de discriminación y cuyos reconocimientos a sus derechos han sido una evolución histórica y elevados a derechos fundamentales a través de la Constitución Política.

Ahora bien, lo que se intenta demostrar en el desarrollo de este acápite es el injustificado manejo que se le ha dado tanto en la Ley como en la jurisprudencia al limitar el libre acceso a los tratamientos para aliviar la infertilidad atentando contra la igualdad de los ciudadanos, por cuanto la premisa constitucional es que todos nacemos libres e iguales ante las autoridades por lo que cualquier aspecto que logre afectar o limitar la igualdad de un ser humano como bien lo dice la constitución debe ser sancionado o se debe acabar de manera inmediata el abuso que lo provoca.

El abuso que se proporciona en este caso es que tanto el hombre como la mujer que no gocen de las condiciones económicas o inclusive de una posición estable y

adinerada que les dé acceso libre a los diferentes tratamientos o asistencia científica frente a la infertilidad no pueden acceder a ella creando injustificadamente una barrera entendiendo que los costos particulares de cualquier tratamiento o de cualquier asistencia en este sentido es muy alto lo cual lo deja de imposible acceso.

Esto da como resultado no solo un acceso limitado sino un acceso nulo a cualquier tipo de tratamiento. Solo hasta el año 2015 se reconoció una vulneración al derecho de la igualdad al indicar:

(...)La prohibición de los tratamientos de reproducción asistida por parte de los Estados supone una limitación para el ejercicio de estos derechos, y de paso, para otros que se encuentran íntimamente relacionados, como el **derecho a la igualdad**. Desde esta perspectiva, dicha prohibición se concreta en situaciones de discriminación indirecta en relación (i) con la condición de discapacidad sobre aquellas personas que padecen una enfermedad en su sistema reproductivo (ii) con el género -en la medida que produce impactos desproporcionados diferenciados por los estereotipos y prejuicios de la sociedad- y (iii) con la condición económica al tener un impacto negativo sobre las personas que no cuentan con los recursos para asumir un tratamiento de reproducción asistida.(...)” (MP Palacio, Jorge Ivan, 2015)

### **2.2.3. Derecho a la salud en el ámbito de la salud reproductiva**

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud la salud reproductiva se entiende como:

El Estado de completo bienestar físico, mental y social, en los aspectos relativos a la sexualidad y la reproducción en todas las etapas de la vida. No es por tanto una mera ausencia de enfermedades o dolencias. La salud reproductiva implica que las personas puedan tener una vida sexual segura y satisfactoria, la capacidad de tener hijos y la libertad de decidir si quieren tenerlos, cuándo y con qué frecuencia lo cual constituye por conexidad los derechos reproductivos. (Organization, World Health, 2009, pág. 1)

Ahora bien, los derechos reproductivos definidos por la IV Conferencia Mundial de la ONU sobre Población y Desarrollo, llevada a cabo en el Cairo en 1994 de la siguiente manera:

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por

consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.(ONU, 1994, pág. 37)

A lo largo de este escrito se ha analizado como Colombia los tratamientos relacionados contra la infertilidad han sido expresamente excluidos, razón por la cual éste ha sido el parámetro normativo que ha sido utilizado por todas las entidades de salud en nuestro país para negar las autorizaciones en este tipo de procedimientos, por lo que los diferentes ciudadanos se encuentran ante la necesidad de acudir en acción de tutela para el reconocimiento de este tipo de procedimientos encontrando que la respuesta reiterativa de la Corte ha sido como ya lo hemos mencionado amparar o consentir esta conducta de exclusión aduciendo que existen límites razonables y justificados constitucionalmente. Sin embargo, ha sido la propia Organización Mundial de la Salud quien ha entendido y ha adoptado la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo.

En Colombia solo se han dado pequeños avances en este tema encontrando como en el Plan de Salud Pública 2012 – 2021 desarrollado por el Ministerio de Salud y Protección Social, define como objetivo de la dimensión de sexualidad y derechos sexuales y reproductivos el de:

Promover, generar y desarrollar medios y mecanismos para garantizar condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que incidan en el ejercicio pleno y autónomo de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, grupos y comunidades, en el marco de los enfoques de género y diferencial asegurando reducir las condiciones de vulnerabilidad y garantizando la atención integral de las personas a través de dos componentes 1. La promoción de derechos sexuales y reproductivos y equidad de género; y 2. La prevención y atención integral en salud sexual y reproductiva desde un enfoque de derechos.”(Ministerio de salud y Protección Social, 2012)

Este pequeño avance en el reconocimiento frente a la salud sexual y reproductiva de los colombianos responde a una realidad emanada de la misma sociedad por cuanto el problema de la infertilidad tanto en mujeres como en hombres que se encuentran en edad reproductiva ha ido en aumento llegando a límites del 20% al 24%, pero lo más concluyente y relevante de todo este estudio que realizan las entidades de salud es que el 80% de estos casos son previsibles por lo que debe existir un cambio de mentalidad frente al abordaje de estos temas pasando de la indiferencia a un reconocimiento de la salud reproductiva como un problema de salud pública que merece generar políticas de salud reproductiva y de salud reproductiva orientada a la prevención, es decir tanto las diferentes entidades del Estado como la propia Corte Constitucional han podido llegar a entender que su desconocimiento, omisión y negligencia han dado frutos serios frente al no reconocimiento de tratamientos sobre la infertilidad por cuanto ha ido en crecimiento las parejas que padecen de infertilidad y su limitación a tratamientos previsibles se han tornado indispensables razón por la cual se han visto en la obligación de ponerle frente a esta situación.

Por esta razón el Estado ha empezado a crear políticas y promociones frente a los derechos sexuales y reproductivos de las personas, de igual manera la Corte Constitucional ha optado por desarrollar reconocimientos progresivos aunque aún limitativos de la salud sexual y reproductiva de las personas, entendiendo entonces que ha reducido las barreras que impedían su acceso a diferentes tratamientos de infertilidad, por cuanto la falta de una regulación adecuada y la falta de protección de la Corte Constitucional frente a estos derechos ha logrado que pasemos de un problema de infertilidad a un problema de salud pública frente al aumento de casos de infertilidad y es ahí donde la Corte y los diferentes órganos del Estado han intentado resarcir esa actitud omisiva y reconocido a nivel jurisprudencial que este padecimiento afecta otros aspectos del ser humano lo que lo ha llevado a considerarlo como una enfermedad.

Tan es así como en la Sentencia T – 528 de 2014 se hizo mención a que la Organización Mundial de la salud definió la infertilidad como una enfermedad y en cuanto a las consecuencias de este padecimiento precisó que la

Infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso"(Corte constitucional de Colombia, 2014)

A raíz y en consideración de estos principales pasos en pro de la evolución de la salud reproductiva en la Sentencia arriba citada la Corte exhorto 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 tratamiento de infertilidad con el fin de llegar a la inclusión de tratamientos de infertilidad en el Plan Obligatorio de Salud, siendo estos los principales pasos que ha dado la Corte Constitucional en concordancia con los deferentes órganos del Estado dedicados a esta materia con el fin de realizar un estudio previo frente a este tipo de enfermedades logrando a su vez una progresiva protección de los derechos fundamentales de todas estas personas que padecen de infertilidad, a pesar del largo tiempo que ha transcurrido desde la Constitución de 1991 ignorando y consintiendo en la exclusión de este tipo de tratamientos para la infertilidad que lo único que logro fue llevar a una realidad que no es otra que no un problema de salud pública que ha afectado a un 20% de las parejas en etapa reproductiva, quizás entonces en algunos casos sea un reconocimiento tardío de difícil recuperación pero para otros nuevos casos terminara siendo una nueva esperanza de poder llegar a construir una verdadera familia bajo una decisión libre y espontánea que solo se encuentra dentro del ámbito privado de cada ser humano.

#### **2.2.4. Protección especial a la mujer frente al derecho a la salud sexual y reproductiva y su acceso a los diferentes tratamientos contra la infertilidad**

La intención de tratar este último derecho tiene una sencilla explicación toda vez que hay un punto de unión en la coexistencia de varios derechos fundamentales que logran una especial protección hacia la mujer, una especial prohibición de no ser discriminada y una especial protección frente a la salud sexual y reproductiva, todos ellos derivados de derechos constitucionales establecidos en la Carta Superior y tratados



por línea jurisprudencial lo que compone una relevancia que debe ser tratada bajo el análisis jurídico constitucional y legal de que trata esta investigación.

Es de pleno conocimiento la evolución que ha tenido la mujer, como se han configurado protecciones especiales a derechos elevados a fundamentales y al desarrollo de especiales protecciones frente a la discriminación que han sufrido por años. Como resultado de esta evolución social, legislativo y jurisprudencial encontramos una especial concordancia entre el artículo 13 y 43 de la Carta Superior en donde de manera expresa indica que las personas nacen libres e iguales ante la Ley sin ninguna discriminación por razones de sexo enlazado con norma posterior que determina que en especial la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.

Para el caso especial que nos ocupa ciertas medidas adoptadas por el Estado y consentidas por la Corte Constitucional crean una diferenciación entre grupos, entendiendo estos tanto hombres como mujeres los cuales afectan gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental que se encuentra determinado en las medidas discriminatorias adoptadas por el gobierno colombiano frente a la salud sexual y reproductiva.

Esta situación afecta tanto a hombres como mujeres, pero encontrando bajo la realidad una especial discriminación hacia la mujer la cual ha sido históricamente evidenciada en diferentes aspectos como sociales, políticos, económicos, culturales llegando a la vulneración de derechos fundamentales, encontrando una verdadera evolución real y efectiva en la Constitución de 1991, en esa misma línea encontramos la reiterada jurisprudencia la cual ha protegido los derechos de las mujeres entre otros la igualdad, la no discriminación, el libre desarrollo de su personalidad y sus derechos sexuales y reproductivos, reconocidos estos últimos como derechos humanos y ahí su relevancia y su importancia como la representación máxima de respeto a los derechos de la mujer y a su dignidad humana. De lo anterior encontramos en la Sentencia C – 776 de 2010 plasmada la protección a la mujer establecida en el derecho colombiano:

La Constitución Política de 1991 trajo varios elementos útiles para reforzar el propósito de avanzar en el campo de protección a la mujer en las distintas áreas dentro de las cuales ella actúa. Los cambios en la estructura del Estado permitieron la aparición de la Defensoría del Pueblo, dentro de ésta entidad fue creada la Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer; así mismo, en la Procuraduría General de la Nación entró en funcionamiento la Procuraduría Delegada para la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Como parte del Ministerio Público estas dependencias deben coordinar sus actuaciones para brindar protección integral a la mujer, teniendo en cuenta que ella es actor principal dentro de la sociedad, como también dentro de la familia.

En la Rama Ejecutiva fue creada la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer como dependencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. El interés del Legislador en el sentido de garantizar la coordinación entre órganos estatales para la adecuada protección de la mujer queda en evidencia con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 1257 de 2008.

Además, después de 1991, con la nueva legislación, se fortaleció el compromiso del Estado en materia de protección a la familia y a la mujer. A nivel nacional fueron efectivamente vinculados los sectores administrativos de justicia, salud y educación.

Las entidades comprometidas fueron las siguientes: Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Policía Nacional, Instituto de Medicina Legal, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Ministerio de Cultura, Comisarías de Familia y Jueces civiles municipales y de familia, entre otras autoridades.(Sentencia, 2010).

Esta especial protección encuentra de igual manera sustento internacional y a nivel de ejemplo encontramos dentro del bloque de constitucionalidad la Convención Sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en donde el 18 de diciembre de año 1979 la Asamblea General de la Naciones y Unidas aprobó la esta convención (CEEAW) la cual define:

“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.(ONU, 1981, pág. 10)

Esta convención la cual hace parte del bloque constitucional Colombiano garantiza el libre goce de los derechos económicos y sociales, culturales, civiles y políticos por lo que no existe excusa que se sigan presentado cualquier tipo de discriminación en contra de la mujer toda vez como bien ya se mencionó goza de una especial protección la cual debe ser garantizada por el Estado.

## **CAPITULO III**

### **Marco Jurídico**

Toda persona tiene la potestad de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, es deber del Estado propender por el goce efectivo de los derechos de todos los Colombianos, consecuente a lo anterior deberá brindar los recursos y condiciones necesarias para hacer tangible estos derechos.

### **3.1 Nociones Internacionales**

El Bloque de Constitucionalidad enmarcado en el Artículo 93 de la Constitución Política de 1991 establece:

Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Conforme la norma anterior el Estado Colombiano deberá observar los postulados internacionales al momento de establecer legislación interna. Respecto a la regulación de la reproducción humana asistida (RHA) es menester traer a colación los tratados y convenciones más relevantes sobre el tema.

#### **3.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Esta declaración es considerada la piedra angular sobre la cual se cimienta el reconocimiento universal de derechos y libertades innatos del ser humano, propios y aplicables a todas las personas sin distinción de nacionalidad, etnia, raza, religión o cualquier otra denotación que el hombre se haya impuesto a sí mismo.

Adoptada en París el 10 de diciembre de 1948, ha inspirado la gran mayoría de los Tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes.

En su artículo 16 establece:

“Art. 16.1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

1. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

2. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. “(Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

### **3.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

En consideración a que el hombre es un ser destinado a vivir en sociedad y que posee derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales con carácter inalienable, y derivados de la dignidad humana de la persona se promulga el presente pacto el 16 de diciembre de 1966 y entra en vigencia el 23 de marzo de 1976.

En el cual en su Artículo 23 contempla:

Art 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

### **3.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**

Fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, el Estado colombiano se adhirió el 28 de mayo de 1973; en procura de fortalecer la defensa de los derechos humanos reitera el compromiso internacional por garantizar el goce efectivo de derechos y el desarrollo progresivo de los mismos.

En relación a los derechos sexuales y reproductivos y específicamente en cuanto a la protección de la familia el artículo 17 hace mención a lo siguiente:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”(CADH, 1969)

### **3.1.4 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)**

Adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas entro en vigor el 03 de septiembre de 1981 y fue ratificado por Colombia el 12 de agosto de 2005; el artículo 1 define para efectos de la convención la definición de discriminación contra la mujer:

“Discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (UNICEF, 2010).

En relación con los derechos sexuales y reproductivos el artículo 16 expresa:

1. Los Estados Partes adoptarán 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:

- a. El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en

la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso...”

### **3.1.5. Conferencia mundial de la mujer en Beijín**

Las Naciones Unidas han celebrado cuatro conferencias sobre la mujer, México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985 y Beijín 1995, esta última celebrada del 4 al 15 de septiembre de ese año, cuyo objetivo era promover la igualdad, el desarrollo y la paz de las mujeres del mundo, en la plataforma de acción los numerales 94 y 95 abordan el tema de la salud y los derechos reproductivos de la siguiente manera:

**Numeral 94.** La salud reproductiva es 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. En consecuencia, la salud reproductiva entraña 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 frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

**Numeral 95.** Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de



salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad.

La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable. La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. En la mayoría -37- de los países, los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada.(ONU, 2014)

### **3.1.6 Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo**

Este consenso fue el resultado de la primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, celebrada del 12 al 15 de agosto de 2013 en Montevideo. Al abordar el tema de los desafíos que deben plantearse los Estados para poder garantizar los derechos humanos.

Respecto a los derechos sexuales y reproductivos el avance es inminente al acordar el acceso de las mujeres a las técnicas de fertilización asistida tal como se enuncio en el artículo 43:

Asegurar el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo, específicamente a atención obstétrica humanizada, calificada, institucional y de calidad, y a servicios óptimos de salud de la mujer durante el

embarazo, parto y puerperio, así como a servicios que integren la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley y garantizar el acceso universal a técnicas de fertilización asistida (NU-CEPAL, 2013).

## **3.2 Referencias Jurisprudenciales Internacionales**

### **3.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos- Caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica**

Mediante Sentencia del 28 de noviembre de 2012, la Corte IDH, resolvió el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, en el cual 18 ciudadanos buscaban que el Estado de Costa Rica fuera declarado internacionalmente responsable por la vulneración de derechos fundamentales al prohibir la práctica de fecundación in vitro en ese país.

Esta demanda encontró asidero en El Decreto Ejecutivo N° 24029-S, emitido por el Ministerio de Salud Costarricense el cual autorizaba la práctica de la fecundación In Vitro, para parejas conyugales; dichos tratamientos fueron permitidos entre el año 1995 y 2000, En el año 1995 el ciudadano Hermes Navarro del Valle, presento acción de Inconstitucionalidad contra el referido Decreto ejecutivo, que termino con Sentencia de fecha 15 de marzo del año 2000, mediante la cual se anuló el decreto N° 24029-S, fundando su decisión en el entendido de que el poder ejecutivo no tiene discrecionalidad para legislar respecto a derechos y libertades fundamentales; y dicho Decreto regulaba el derechos a la vida y a la dignidad humanad, en consecuencia su expedición fue contraria a la Constitución.

Durante el trámite de la demanda el Estado de Costa Rica alegó falta de agotamiento de los recursos internos. “que la Sala Constitucional declaró inconstitucional un determinado tipo de fertilización in vitro y precisó que si la técnica avanza al punto de permitir la realización de la misma sin pérdida de embriones, es posible efectuarla” (Corte IDH, 2012, pág. 18), por ende las victimas podían hacer uso

de la Jurisdicción Constitucional o de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en aras de que les fuera posible acceder a los tratamientos de infertilidad para tratar la patología que los aquejaba, de tal manera que la sentencia emitida no es vinculante para la misma sala, por ende es posible volver a conocer del asunto por vía de acción de institucionalidad.

Añadió que también era procedente iniciar un proceso contencioso administrativo pero ninguno de los peticionarios lo hizo antes de acudir ante la CIDH, siendo los recursos internos eficientes.

La Corte Interamericana al respecto indicó que no basta con que existan formalmente acciones encaminadas a la defensa de los derechos humanos en Costa Rica, además las mismas deben ser adecuadas y efectivas, por otro lado también hizo mención a la improcedencia del recurso de amparo al que eventualmente pudieron acudir las víctimas en procura de sus derechos, pues la jurisdicción constitucional emitió su concepto final en relación a los problemas jurídicos, esto sumado a que es ese el órgano de cierre de la Justicia Costarricense y sería la misma entidad que conocería de los recursos interpuestos por los peticionarios.

La última excepción presentada por el Estado se denominó incompetencia de la Corte para conocer “hechos nuevos no incluidos” en los “hechos de la demanda; Según el Estado Costarricense “ninguno de los hechos denunciados por los representantes [sobre estas materias], está incluido dentro de los hechos alegados por la Comisión y tampoco pueden considerarse como derivados de los hechos principales o sobrevinientes de los mismos”. (Corte IDH, 2012, pág. 15)

De igual manera la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV.

Atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano” e indicó que: i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser

protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer” (Corte IDH, 2012, pág. 25)

Finalmente la Corte considero que utilizar embriones para fines investigativos, sometiéndolos a procesos de selección y crío conservación, es totalmente inconcebible a la luz de la Constitución pues se exponen a riesgo extremo de muerte, desconociendo la calidad de ser humano que ostentan, el embrión es persona desde el momento de la concepción.

La Corte IDH debió determinar si la prohibición de las técnicas de reproducción humana asistida en Costa Rica, violan los derechos humanos de las víctimas.

Estableció el alto Tribunal que en el caso que ocupa se ven relacionados los derechos a la vida privada, el derecho a fundar una familia, derecho a la integridad física y mental, y los derechos reproductivos.

Respecto al derecho a fundar una familia, se concretó lo siguiente:

La decisión [...] de tener hijos biológicos [...] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar [y...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. (Corte IDH, 2012, pág. 43)

La libertad es un derecho básico e intrínseco de la persona, la decisión de reproducirse y en qué momento, hace parte del fuero personal. Esto contenido en el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que la libertad en un sentido amplio como la discrecionalidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente aceptado.

En relación al derecho a la vida privada se tienen que es concebido como la visión que tiene la persona de sí misma y como pretende hacerse ver por los demás, por esta razón es necesario para el desarrollo de la personalidad pues de esta manera se propician relaciones con los demás seres humanos y con el mundo externo.

Sobre la integridad física y mental, se estableció que no es solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En relación al caso el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, definió la salud genésica en los siguientes términos:

La mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud.(Corte IDH, 2012, pág. 47)

La sentencia del 15 de marzo del año 2000, proferida por la sala Constitucional de Costa Rica, prohibió de forma absoluta la realización de técnicas de reproducción humana asistida, bajo cualquier motivo y/o circunstancia lo anterior conllevó a que las parejas que quisieran practicar estas técnicas debieron desplazarse fuera del territorio Costarricense.

Al respecto el Estado sostuvo que dicha prohibición es relativa, en el entendido de que quedó abierta la posibilidad de realizar dichos tratamientos siempre y cuando se cumplieran los requisitos que la misma Sala Constitucional instituyó, consistentes en que no se produzca pérdida embrionaria.

La prohibición que ya se mencionó también desencadenó en la interrupción de tratamientos ya iniciados, lo cual constituyó una clara limitación al derecho a la vida privada toda vez que la posibilidad de decidir si tener hijos biológicos o no se limitó.

Finalmente sintetizó la Corte IDH, que la prohibición de la práctica de técnicas de reproducción humana en Costa Rica afectó la capacidad de decisión autónoma de las parejas para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, es independiente si se logra el fin último que es la concepción de un hijo, pues la práctica de estos tratamientos no garantiza los resultados.

El Artículo 4 de la Convención Americana Establece:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (CADH, 1969)

Con notable suficiencia ha considerado la corte que el derecho a la vida ostenta el carácter de universal fundamental, siendo este la piedra angular sobre la que descansa la posibilidad de concretar los demás derechos, se concluye del axioma de que sin vida no hay hombre, que es la vida el hecho superior que da lugar a la existencia de todos los derechos de la persona humana.

El artículo 4.1 de la Convención, (CADH, 1969) otorga a los Estados miembros la facultad de regular la protección de la vida desde la concepción, no obstante dicha facultad no puede ser enmarcada dentro de un mandato, de tal manera que dicho derecho puede ser objeto de estudio por parte de la Corte cuando se vean afectados otros derechos, en este caso el derechos a la familia, a la vida privada a la autonomía; El derecho a la vida comporta dos obligaciones a las cuales están conculcados los Estados; un deber positivo consistente en la adopción de todas las medidas apropiadas para proteger y preservar la vida, y una obligación negativa que indica que ninguna persona puede ser privada de su vida de forma arbitraria.

La concepción humana puede ser entendida en dos momentos; a saber el primero hace referencia al periodo de fecundación del ovulo por el espermatozoide, del cual resulta un cigoto, que tiene toda la información necesaria para la formación de un embrión. Por otro lado se entiende la concepción como el momento en el cual el cigoto es implantado en el útero materno, pues de no ser así el embrión no tendría posibilidades de desarrollarse, de tal manera que la Corte considera que el proceso de la concepción no puede ser excluyente del cuerpo de la madre pues es el único lugar donde es posible llevar a cabo un embarazo.

Una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación [, que] comienza con la implantación del embrión [,] [...] ya que la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de

la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio(Corte IDH, 2012, pág. 58)

Finalmente la Corte indica que a la luz del artículo 4.1, el embrión no puede ser concebido como una persona y como ya se dijo la concepción tiene lugar desde la implantación de embrión en el útero materno y desde ese preciso momento es cuando se hace aplicable el Artículo 4 “Derecho a la vida” de la Convención.

Por todo lo anteriormente esgrimido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontró responsable al Estado de Costa Rica de violación de los derechos contenidos en los artículos 5.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 7. Derecho a la Libertad Personal y 17. Protección a la Familia, de la convención americana de derechos humanos. (CADH, 1969).

La Corte IDH en la citada sentencia evidencia como la prohibición de los tratamientos de RHA, y la falta de regulación por parte de los Estados son una clara vulneración a los derechos humanos de las personas, no simplemente de las infértiles en determinado momento, pues como ya se estableció la infertilidad secundaria puede aparecer en la edad fértil y no necesariamente padecer de ella desde los primeros años de la vida.

Limitar a una persona y obstruir su capacidad de tomar decisiones tan intrínsecas del ser humano y que son básicamente resultado de su fuero interno como lo es tener hijos y formar una familia es desconocer que es una persona libre y capaz de autorregularse.

Si un Estado no propicia las condiciones y escenarios necesarios para que las parejas infértiles puedan si así lo desean concebir hijos ayudados por los avances de la ciencia y la consecución de herramientas adecuadas para tal fin está restringiendo su derechos a elegir por sí mismo el rumbo de su proyecto de vida si en él está el ser padres.

Esta sentencia permite dimensionar como la falta de regulación por parte de los Estados que en su gran mayoría se muestran con carácter privativo y restrictivo respecto a derechos de los pequeños grupos poblacionales que ostentan aspectos similares y factores determinantes que definen sus condiciones de vulnerabilidad es el motivo de transgresión de derechos fundamentales.

### **3.3. Evolución jurisprudencial en Colombia frente al reconocimiento de derechos a personas infértiles hasta el año 2015**

La aparición de nuevas técnicas de reproducción humana asistida a lo largo de los últimos años ha ocasionado el planteamiento de diferentes problemas jurídicos alrededor de cada caso en concreto. La Corte Constitucional por su parte ha conocido de diferentes casos mediante los cuales ciudadanos colombianos han acudido en sede de tutela con el fin de obtener el amparo constitucional ordenando a las Entidades Promotoras de Salud o a los entes encargados de prestar la atención médica la autorización y práctica de tratamientos para la infertilidad, a continuación, un análisis concreto de las más importantes decisiones que ha proferido la Corte Constitucional a lo largo de los años y la evolución que este tema ha tenido en beneficio de los ciudadanos colombianos que padecen de esta enfermedad.

De las sendas sentencias en las que la Honorable Corte Constitucional ha realizado un estudio frente a la eventual vulneración de derechos fundamentales por el no reconocimiento de los tratamientos médicos contra la infertilidad por las Entidades Promotoras de Salud en sede de tutela, se desprende la postura de la Corte Constitucional en principio, en establecer que no se vulnera ningún derecho fundamental al momento de negar un procedimiento no establecido dentro del POS máxime si es un procedimiento tendiente a tratar la infertilidad, ya que expresamente este tipo de tratamientos han sido taxativamente excluidos del POS.

A lo largo del estudio constitucional que se ha realizado sobre el tema en particular se han derivado tres excepciones para proteger los derechos de las personas infértiles y así otorgarles un amparo constitucional, la primera de ellas provino de la Sentencia T – 572 de 2002 en donde a la accionante quien padecía una patología que le impedía reproducirse normalmente, su médico tratante le formuló un medicamento para mejorar su diagnóstico y que fue suministrado en pequeñas dosis por voluntad de éste, sin embargo requería de dosis mayores que fueron negadas por su Entidad Promotora de Salud por tratarse de un medicamento para tratar la infertilidad.



En dicha sentencia la Corte Constitucional propuso un estudio en cuanto a la continuidad y oportunidad de los servicios médicos, planteando que en el evento en que el tratamiento ya hubiera sido iniciado, éste no podría ser suspendido de manera abrupta teniendo en cuenta que podría ocasionar un perjuicio irremediable y una violación de los derechos fundamentales especialmente si dicha suspensión no obedecía a la voluntad del paciente sino por motivos ajenos a este, es así como se configura la primera excepción por vía de tutela otorgando el amparo constitucional para la continuidad de tratamientos contra la infertilidad cuando estos ya habían sido iniciados por parte de su Entidad Promotora de Salud e interrumpidos de manera injustificada.

En el año 2004, mediante la sentencia T – 901 de 2004, aparece una nueva excepción para obtener la extensión del Plan Obligatorio de Salud en materia de infertilidad por existir una violación de derechos fundamentales tendiente a otorgar la respectiva protección constitucional en el evento en que la infertilidad que padecieran los pacientes accionantes haya sido derivada de otras enfermedades que llegaran a producir una afectación de la integridad personal, la salud o la vida en condiciones dignas aunado a los tratamientos, medicamentos o procedimientos que mejorarían la calidad de vida de los accionantes y que evitarían que en un futuro padecieran de infertilidad.

Para el año 2007, en la Sentencia T -636 de 2007 acude la accionante en sede de tutela para solicitar el amparo constitucional por cuanto ha presentado innumerables embarazos fallidos, al consultar con su médico tratante este formula exámenes para establecer la patología que presenta y su posible tratamiento los cuales son negados por su Entidad Promotora de Salud por encontrarse excluidos del Plan Obligatorio de Salud por estar relacionados con la infertilidad, en el presente caso la Corte basa su decisión en prevalecer la importancia y necesidad de la defensa del derecho al examen diagnóstico indicando que hace parte fundamental del derecho a la salud, configurándose la tercera excepción para extender la cobertura del POS a procedimientos y/o exámenes tendientes a establecer el diagnóstico de una patología y lo más importante su posible tratamiento.

Así las cosas de acuerdo con lo establecido en líneas anteriores el derecho a la salud, y en este ámbito a la salud sexual y reproductiva, no lo reconocía la Corte en sus primeras decisiones como un derecho fundamental, si no como un derecho prestacional, por lo tanto de la única manera que se podía amparar ese derecho prestacional era por conexidad a una vulneración de un derecho fundamental, aunado al impacto fiscal y económico que intentaban evadir a favor del Gobierno y del Sistema de Seguridad Social en Colombia pero en contra de los lineamientos constitucionales los cuales deben prevalecer frente a cualquier decisión que intente adoptar la Honorable Corte Constitucional en favor del Estado por cuanto la guarda constitucional en Sede de tutela debe ser amparar los derechos fundamentales cuyo sujeto activo es el ciudadano colombiano.

Las decisiones jurisprudenciales respecto al tema de la infertilidad iban encaminadas a establecer que el Estado únicamente estaba obligado a garantizar plenamente el derecho a la reproducción y por ende a la procreación a quienes naturalmente estaban posibilitados para ello y los demás métodos establecidos en la Carta Política como podrían ser la adopción, limitando entonces y desconociendo arbitrariamente la posibilidad de la asistencia científica como una posibilidad de procreación pero contrario sensu la persona quedaba a la deriva y en abandono total por parte del Estado.

La Honorable Corte Constitucional en pronunciamientos de los dos últimos años, esto es en las Sentencias T – 528 de 2014 y T – 274 de 2015 ha intentado aclarar la mora en el reconocimiento de derechos fundamentales con el fin de amparar la salud sexual y reproductiva de las personas, aduciendo que el amparo de estos derechos fundamentales deben realizarse de manera progresiva respetando el impacto fiscal y económico que para el Estado tendrá el incluir este tipo de procedimientos dentro del Plan Obligatorio de Salud u ordenando la práctica de estos tratamientos médicos en sede de tutela.

Para el año 2014, la Corte Constitucional adelanta su estudio en una comparación con diferentes países de América Latina en donde han avanzado notablemente en la regulación de las técnicas para atender la infertilidad y en su inclusión en el sistema público

de salud, realiza una importante relación entre el derecho a la reproducción humana y el derecho ya fundamental de la salud en su faceta de salud reproductiva, entendiendo que de este se derivan otros derechos como la libertad, la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Así las cosas se concluye que existe una insuficiencia de regulación en lo que tiene que ver con la exclusión absoluta del POS de los tratamientos de infertilidad que amerita un inicio de revisión del tema y EXHORTA al Gobierno Nacional con el fin de realizar un estudio sobre la situación que tienen que enfrentar las personas infértiles y que no cuentan con los recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, de igual manera iniciar una discusión pública y abierta de la política pública que incluya la posibilidad de ampliar la cobertura del POS a dichas técnicas científicas.

Para el año 2015 la decisión fue aún más favorable para los accionantes y que beneficiaría a la población infértil de Colombia al argumentar la Corte Constitucional que es necesario después de tanto retraso frente al tema, presentar nuevas consideraciones tendientes a proteger los derechos a la igualdad, la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y el de conformar una familia que hasta la fecha no habían sido valorados por anteriores decisiones, de igual manera se reconoció la libertad de las personas para tomar sus decisiones en cuanto a su sexualidad y reproducción que implica que el Estado debe proporcionar los recursos para hacer efectivo tal fin.

Reconoce la Corte y como gran aporte al desarrollo de la presente investigación la carencia de avances en la legislación Colombiana en cuanto a la reproducción humana asistida lo que hace aún más evidente la ausencia del Estado frente al particular, resalta y confirma lo asignado al Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Salud en la sentencia del año anterior en el sentido de revisar la situación de la población infértil que no cuentan con los recursos económicos para costear los tratamientos de infertilidad e iniciar una discusión pública con el fin de ampliar la cobertura del POS a tratamientos de infertilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior para el año 2015 se dio un importante avance jurisprudencial respecto a la materia, en el sentido de reconocer la vulneración de derechos a las personas infértiles, de igual manera se reconoció el amparo constitucional, ordenando así a las EPS por primera vez que autorizaran y practicaran el procedimiento *fecundación in vitro* a los accionantes, aclarando que estos deben hacer su aporte económico de acuerdo a sus ingresos con el fin de ayudar a sufragar el alto costo de estos tratamientos. Se ordenó realizar un estudio de impacto fiscal sobre la inclusión de estos tratamientos al POS, como también iniciar programas de investigación en materia de salud respecto a la infertilidad.

Esta nueva concepción ajustada a los lineamientos constitucionales ha como resultado un reconocimiento inicial frente a los tratamientos médicos que combatirían la infertilidad otorgándole a todas aquellas personas infértiles nuevas expectativas frente a la decisión libre de procrear hijos basados en la asistencia científica o en cualquier otro mecanismo alternativo el cual pueda ser cubierto por el Estado, toda vez que este tipo de decisiones que afectan y que constituyen el núcleo esencial de todo ser humano contenido en la libertad de tomar sus propias decisiones derivadas de una autonomía propia la cual se veía plenamente limitada al ser flagrantemente desconocida por el Estado por su expresa exclusión del Plan Obligatorio de Salud, decisión que no puede encontrar obstáculos en trámites administrativos, económicos o en el impacto fiscal que puede producirse en el sector de la salud.

Como bien lo ha concluido la Corte el reconocimiento lento pero a la vez progresivo ha intentado menguar el impacto económico frente al reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad y los respectivos tratamientos que como muy bien lo mencionó en el análisis jurisprudencial son en su mayoría preventivos lo cual podría disminuir considerablemente la infertilidad entendiéndola inclusive por sus altos porcentajes de crecimiento en la población colombiana como un problema de salud pública, lo que conllevó a la adaptación de este tipo de medidas con el fin de proteger los derechos fundamentales de los colombianos al verse vulnerados con el absurdo desconocimiento del Estado cuando su deber constitucional es el de proteger y garantizar el libre acceso a la salud respetando las decisiones libres y voluntarias de todas aquellas personas que padecen

actualmente esta enfermedad internacionalmente reconocida como tal por la OMS, por lo que la intervención y un pronunciamiento de fondo de la Honorable Corte Constitucional como veedora del cumplimiento de los principios constitucionales establecidos en la Carta Superior se hacía necesaria reconociendo entonces que el Estado no puede seguir caracterizándose por su omisión frente a la inclusión de asistencia científicas en favor de la reproductividad del ser humano en el Sistema De Seguridad Social En Salud que debe estar constantemente actualizándose de acuerdo con las exigencias y diferentes patologías y padecimientos sufridos por todas aquellos beneficiarios de los derechos y principios constitucionales que deben ser respetados y amparados por el Estado y protegidos por la Honorable Corte Constitucional como bien lo determinó la sentencia T - 274 de 2015 otorgándole nuevas oportunidades de reproducción dejándolas como la constitución lo previó bajo la decisión libre, espontánea y autónoma de cada persona.

Esta decisión emanada por la Corte Constitucional con plenos efectos legales dentro la estructura ejecutiva del Estado debe hacerse extensiva también a la rama legislativa con el fin de reglamentar como es su deber constitucional normas que protejan los derechos fundamentales adquiridos y reconocidos desde el año 1991 para el caso que nos ocupa la libre decisión de procrear como una manifestación autónoma del ser humano la cual se encuentra amparada por la Constitución Política de 1991 dejando de lado absurdas decisiones que solo han contribuido a la afectación de los derechos fundamentales, a la discriminación de género y a que llegue a convertirse la infertilidad en un problema de salud pública, hechos reales claros y contundentes que hacen una necesidad imperiosa el reconocimiento legislativo de la infertilidad como una enfermedad y la respectiva inclusión de los tratamiento médicos necesarios para combatir esta enfermedad que paulatinamente ha crecido entre la población y que ha llamado la atención de los entes de control y demás entidades encargadas del sector de la salud por lo que debe prevalecer la salud de todos los colombianos y más de aquellas personas que padecen de infertilidad creando normas que protejan la salud sexual y reproductiva creando políticas tendientes a mejorar el Plan Obligatorio de salud del cual tiene amplia responsabilidad la rama legislativa, máxime cuando se encuentra en mora de pronunciarse frente a una política de salud clara que

proteja a esta población en particular y disminuya el porcentaje de población que la padece a través de tratamientos preventivos que lograrían ser efectivos mediante una inclusión real del POS creado por la ley 100 de 1993.

## **CAPÍTULO IV**

### **Actores generadores de vulneración de derechos a las personas infértiles en Colombia**

#### **4.1 Carencia de Legislación de Reproducción Humana asistida**

##### **4.1.1 Proyectos de Ley orientados a la población infértil Colombiana**

###### **4.1.1.1 Proyecto de ley 107 de 2009**

El proyecto de Ley 107 de 2009, radicado por el Representante Musa Besaile Fayad, el día 11 de agosto del año 2009, en la Cámara de Representantes, tenía como objetivo el reconocimiento de la infertilidad como enfermedad y su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud. Al no ser considerada en Colombia la infertilidad como una enfermedad los tratamientos de fertilización asistida deben ser asumidos por las parejas que la padecen, de tal manera que si no se cuenta con los recursos económicos suficientes se niega la única posibilidad de lograr un embarazo.

Argumentó el ponente de este proyecto que en los países con servicios de salud pública, reconocen la infertilidad como enfermedad por ende los tratamientos y medicamentos están a cargo del Estado, en Colombia “Hoy una pareja no puede tener un hijo propio no porque la ciencia no pueda ayudarlo sino porque no tiene los medios económicos”.

De igual manera en la exposición de motivos del proyecto de Ley 107 de 2009, se hizo referencia a la implicación negativa que tiene la infertilidad en la salud psíquica de las personas, afectando así la calidad de vida y desconociendo la visión de salud de la OMS, la cual implica un estado de completo bienestar físico, mental y social.

Tabla N° 3

Trámite Legislativo del Proyecto de ley 107 de 2009

<b>Trámite Legislativo</b>	<b>Fecha</b>	<b>Autor/ Ponente</b>
Radicación	11/08/2009	H.R Musa BesaileFayad,
Primer Debate- Comisión Séptima de la Cámara de Representantes	22/10/2009	H.R Rigo Armando Rosero Alvear
Estado Actual		Archivado según el Art. 190 de la Ley 5 de 1992

*Elaboración propia a partir de Proyecto de ley 107 de 2009 y trámite en el Congreso dela Republica*

#### **4.1.1.2. Proyecto de Ley 109 de 2013 “Ley Sara”**

La infertilidad como un problema de salud reproductiva, encuentra sus orígenes en factores tanto del hombre como de la mujer; en la actualidad entre un 20% y 24% de la población tienen problemas de infertilidad y el 80% de los casos podrían ser evitables si hubiese una política de salud reproductiva hacia la prevención.

Las principales barreras de acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida, son la exclusión del plan obligatorio de salud y los altos costos que representan los mismos, haciendo evidente la falta de una política que responda al problema de salud pública que desencadena las limitaciones a las que se ven abocados las personas infértiles en Colombia.

Los expertos vienen sosteniendo que la infertilidad es una enfermedad crónica porque genera discapacidad, aunque no se vea afectada la salud física si hay afectación de la salud mental, pues “las alteraciones de la capacidad reproductiva constituye, sin

lugar a dudas, un problema médico, cuya asistencia y tratamiento, no se trata de un lujo o capricho fruto de presión social”. (Voto católico, 2013)

El derecho a tener un hijo es un derecho intrínseco de todo ser humano, y el no poder hacerlo se constituye en una limitación a desarrollar una vida plena y a la autodeterminación reproductiva, la cual es reconocida por la Constitución Política de 1991 como la libertad que tienen las parejas de fundar una familia, de esta manera se encuentra implícitamente relacionado con derechos fundamentales tales como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la salud entre otros.

### **Trámite legislativo**

*Tabla N° 4*

*Trámite Legislativo del Proyecto de ley 109 de 2013 (Voto católico, 2013)*

<b>Trámite Legislativo</b>	<b>Fecha</b>	<b>Autor/ Ponente</b>	<b>Gaceta</b>
Radicación	26/09/2013	H.R Laureano Augusto Acuña peña	779 de 2013
Primer Debate- Comisión Séptima de la Cámara de Representantes	26/03/2014	H.R Alba Luz Pinilla Pedraza	118 de 2014
Aprobado en primer debate	07/05/2014	H.R Alba Luz Pinilla Pedraza	222 de 2014
Segundo Debe- Plenaria de la Cámara de Representantes	21/05/2015	H.R Alba Luz Pinilla Pedraza	
Concepto Ministerio de Salud	25/05/2015	Ministerio de Salud	233 de 2014
<b>Cambio de Período Legislativo</b>			
Segundo Debate	24/09/2015	H.R. Ángela María	222 de 2014



		Robledo, H.R Ana Cristina Cardona, H.R. Rafael Romero Piñeros	
Estado Actual		Archivado según el Art. 190 de la Ley 5 de 1992	

*Elaboración propia a partir de Proyecto de ley 109 de 2013 y trámite en el Congreso de la Republica*

#### **4.1.1.3. Proyecto de Ley 082 de 2015**

Desde el año 2009, la Organización Mundial de la Salud, (OMS) reconoció la infertilidad como enfermedad, el padecimiento de dicha enfermedad tiene consecuencias en aspectos físicos, mentales, emocionales, psicológicos y sociales de las parejas que las sufren, según la Fundación Colombiana de parejas infértiles FUNCOPI, la infertilidad se sigue percibiendo como una cuestión de anhelos o deseos personales, sin tener en cuenta que las parejas que desean tener un hijo y no cuentan con ningún tipo de apoyo.

En la exposición de motivos planteado por los autores de la Ley 082 de 2015, se debe tener en cuenta que Colombia ha sido pionero en Latinoamérica la implementación de técnicas de reproducción humana asistida y contradictoriamente en este país dichos tratamientos no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

La Ley 1751 de 2015, elevó el derecho a la salud a rango fundamental por su conexidad intrínseca con el derecho a la vida, de tal manera que ya no es entendido solamente como un servicio obligatorio, por lo anterior serán los médicos y no las EPS, los que decidan sobre los tratamientos o medicamentos que los pacientes necesitan. Los pacientes tendrán derechos a todo excepto a lo que este taxativamente excluido del POS, ese es el caso de los tratamientos de reproducción humana asistida, de igual manera la citada Ley en el Art. 15 establece las exclusiones, dentro de las cuales se encuentran los servicios y tecnologías que estén en fase de experimentación.

Finalmente se hizo alusión a países de la región los cuales ostentan una situación económica y social similar a la de Colombia y sin embargo ya han incluidos los

tratamientos de reproducción humana asistida dentro de sus servicios públicos de salud, tales como Argentina, Uruguay y Brasil.

### **Trámite Legislativo**

*Tabla N° 5*

*Trámite Legislativo del Proyecto de ley 082 de 2015*

<b>Trámite Legislativo</b>	<b>Fecha</b>	<b>Autor/ Ponente</b>	<b>Gaceta</b>
Radicación	19/08/2015	H.R Wilmer Ramiro Carillo Mendoza, Jairo Castiblanco Parra	611 de 2015

*Elaboración propia a partir de Proyecto de ley 082 de 2015 y trámite en el Congreso de la Republica*

## **4.2 FACTORES ECONÓMICOS**

### **4.2.1 Costos de un tratamiento de fertilidad en Colombia.**

El principal obstáculo que existe en Colombia para que los tratamientos de RHA, sean incluidos dentro del plan obligatorio de salud es el ámbito económico, pues se considera que estos tratamientos tienen costos demasiado elevados los cuales no son sostenibles fiscalmente por el Estado.

La Subdirección de Salud y Riesgos Profesionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público le señaló a la Corte Constitucional en el trámite de la sentencia 274 de 2015 indicó:

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

De igual manera presento unos valores que a continuación se relacionan:

Tabla N° 6

FECUNDACIÓN IN VITRO	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES	IMPLANTE DE OVOCITOS DONADOS
\$20.547.100	\$17.000.000	\$20.950.000	\$32.230.500

*Elaboración propia a partir del texto Aspectos clínicos, epidemiológicos y logísticos de un programa de reproducción asistida y fertilización in vitro para atender la necesidad de tratamiento de las parejas infértiles en el distrito. DR. JORGE A. RAMIREZ M.D.*

No obstante la Fundación Colombiana de Pacientes Infértiles – FUNCOPI, considera que del 100% de los casos de infertilidad presentes en la población colombiana, el 70% puede ser tratado con procedimientos de baja complejidad, cuyos costos son moderados en comparación con tratamientos de alta complejidad.

### **4.3 Exclusiones de Cobertura por parte de POS**

#### **4.3.1 Diagnostico y tratamientos para la infertilidad excluidos taxativamente del Plan Obligatorio de Salud en Colombia**

El plan obligatorio de salud “POS” es entendido como conjunto de servicios, procedimientos, insumos, medicamentos y actividades a los que tienen derecho los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

El artículo 2 de la Resolución N° 5521 del año 2103 define la estructura y naturaleza del POS en los siguientes términos:

El Plan Obligatorio de Salud es el conjunto de tecnologías en salud descritas en el presente acto administrativo, que determina a qué tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-Se constituye en un instrumento

para que las Entidades Promotoras de Salud -EPS- garanticen el acceso a las tecnologías en salud en las condiciones previstas en este acto administrativo (MSPS).

La Dirección de regulación de beneficios, costos y tarifas del aseguramiento en salud del Ministerio de Salud y Protección Social en concepto enviado a la Corte Constitucional durante el trámite de la sentencia 274 del año 2015, manifestó que las técnicas de RHA, no están excluidas del POS, toda vez que en ningún momento han estado incluidas en el mismo; y por ende la exclusión debe entenderse como NO inclusión, en razón a que dichos tratamientos no han sido priorizados para la actualización del POS.

Añade que en desarrollo de la normatividad que ha reglado la creación y aplicación del Plan Obligatorio de Salud (Decreto Ley 1650 de 1977 y sus Reglamentaciones Acuerdos 003 y 008 de 1994, se han establecido requisitos específicos para inclusión de actividades, intervenciones o procedimientos dentro del POS a saber:

La aplicación del POS sujeta a las condiciones financieras del sistema y a la economía del país, para garantizar la concordancia entre el costo de las actividades incluidas en el Plan con su respectiva disponibilidad y que la mayor efectividad en la utilización de los recursos, la mayor eficacia en términos de los resultados deseados y a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

También para la aprobación de exclusiones y limitaciones del POS se consideraron las problemáticas de mayor importancia respecto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana, y costo-efectividad.

Finalmente La Dirección de regulación de beneficios, costos y tarifas del aseguramiento en salud del Ministerio de Salud y Protección Social revelo que pese a que los tratamientos de RHA aparecen como excluidos desde la implementación del

POS, la atención de las causas de base que pueden llevar a esta situación que no corresponde a la finalidad exclusiva de tratamiento de reproducción humana asistida, se encuentra cubierta en el Plan Obligatorio de Salud.

No obstante de lo anterior la exclusión de los tratamientos para la infertilidad ha sido una constatación desde la creación del POS, a continuación se hace una relación de los decretos expedidos por la Comisión de Regulación de Salud CRES:

En el ámbito del plan obligatorio de salud una exclusión de cobertura hace referencia a las prestaciones que no son financiadas con la unidad de pago por capitación –UPC<sup>2</sup>.

Tabla N° 7

RESOLUCIÓN	ESPECIFICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE TRATAMIENTOS DE RHA
5521 del 2013	<p><b>"Artículo 130: Exclusiones específicas:</b> para el contexto del plan obligatorio de salud, debe entenderse como excluida de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la unidad de pago por capitación –UPC- y son las siguientes:</p> <p>1.1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética.</p> <p>1.2. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.</p> <p>1.3. Diagnóstico y tratamiento para a infertilidad ”(Resolución N° 5521 de 2013)</p>
29 de 2011	<b>“Artículo 49. Exclusiones en el Plan Obligatorio de Salud. Se</b>

---

<sup>2</sup>La Unidad de pago por capitación (UPC) es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado. La UPC-Subsidiada, UPC-S, es el valor reconocido para cubrir el POS subsidiado y también es referida como UPC plena o subsidio pleno. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES y hoy en día, el Acuerdo N° 19 de 2010 es el acuerdo vigente en esta materia.

	<p>encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética.</li> <li>2. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.</li> <li>3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad ”(Acuerdo N° 29 de 2011)</li> </ol>
28 de 2011	<p><b>Artículo 49. Exclusiones en el Plan Obligatorio de Salud.</b> Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética.</li> <li>2. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.</li> <li>3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad.(Acuerdo N° 28 de 2011)</li> </ol>
08 de 2009	<p><b>Artículo 54. Exclusiones en el régimen contributivo.</b> El POS-C tiene las siguientes exclusiones y limitaciones, acorde con lo estipulado en el artículo 000, del presente acuerdo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética.</li> <li>2. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.</li> <li>3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad ”(Acuerdo N° 08 de 2009)</li> </ol>

03 de 2009	<p><b>Artículo 69. Exclusiones en el régimen contributivo.</b> El POS-C tiene las siguientes exclusiones y limitaciones:</p> <p>...b) <b>En particular, las descritas a continuación:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética.</li> <li>2. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.</li> <li>3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad.(Acuerdo N° 03 de 2009)</li> </ol>
5261 de 1994	<p><b>ARTICULO 18. De las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud:</b></p> <p>En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Cirugía estética con fines de embellecimiento.</li> <li>b. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.</li> <li>c. Tratamientos para la infertilidad.(Resolución N°5261 de 1994)</li> </ol>

*Elaboración propia a partir de Resoluciones N° 5261 de 1994; 03 del 2009; 08 del 2009; 28 del 2011; 29 del 2011 y 5521 del 2013.*

#### **4.4 Requisitos planteados por la Corte Constitucional para acceder a tratamientos de infertilidad por acción de tutela**

La Acción de Tutela contenida en el artículo 86° de la Constitución Política de 1991 y desarrollada por el Decreto 2591 del mismo año se establece como el mecanismo idóneo para procurar por la defensa de los derechos fundamentales cuando estos hayan sido vulnerados o sean amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular.

En principio la acción de tutela es improcedente para acceder a tratamientos de RHA, no obstante la Corte Constitucional de manera excepcional ha determinado circunstancias específicas en las cuales el amparo es procedente para la autorización de tratamientos de fertilidad excluidos del plan obligatorio de salud (POS), los casos son los siguientes:

1. Cuando  
se pretenda dar continuidad en la prestación de servicios de salud, esto en el entendido que “Romper la continuidad del tratamiento de manera abrupta ocasiona un perjuicio irremediable, y vulnera los derechos a la dignidad, a la igualdad, a la integridad física, a la confianza legítima y a la posibilidad de ser madre”
2. Cuando  
se busque garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, en este sentido se han fijado unas parámetros que garantizan el acceso a:  
(I) La práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad, pues el derecho al diagnóstico hace parte del derecho fundamental a la salud, de tal manera que negar la práctica de un examen significa privar a las personas de la posibilidad de determinar con mayor precisión en que consiste la patología que padecen y los tratamientos que pueden combatir la enfermedad que los aqueja por ende cercenar este derecho atenta el goce de una vida en condiciones dignas.  
(II) El suministro de un medicamento y (III) La práctica de tratamientos integrales en



pacientes que padecen una enfermedad que afecta su aparato reproductor. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

De otro lado la Corte Constitucional también ha hecho énfasis en que las excepciones anteriormente descritas se conceden cuando se trata de infertilidad secundaria pues: “El derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando estas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado(Sentencia T-528, 2014).

Amén de lo anterior la Acción de Tutela es improcedente para otorgar ese tipo de procedimientos cuando se trata de infertilidad primaria.

De lo anterior se colige que si bien es cierto como se ha descrito, los derechos sexuales y reproductivos ostentan carácter fundamental por su conexidad con otros derechos y siendo la acción de tutela el único mecanismo idóneo establecido en la legislación actual para procurar su defensa, el mismo en sede de estos postulados se encuentra limitado, de tal manera que las parejas infértiles en Colombia se encuentran inmersas restricciones que se han impuesto para condicionar el goce efectivo de sus garantías constitucionales.

## CAPITULO V

### 5.1 Propuesta de Proyecto de Ley que beneficie a la población infértil en Colombia.

En la actualidad cursa en el congreso el proyecto de Ley 082 de 2015, a continuación se transcribe el texto completo; de igual manera después de haber identificado y analizado cuáles son los principales actores vulneradores de derechos en Colombia en relación con las personas infértiles y de observar las Leyes promulgadas en países como España, Argentina y Brasil, las siguientes son adiciones, exclusiones y modificaciones que mejorarían el proyecto de ley en curso.

Tabla N° 8

<b>“PROYECTO DE LEY 082 DE 2015 CÁMARA.</b>	<b>PROYECTO DE LEY 000 DE 2016 CÁMARA</b>
<p>Por medio de la cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, se autoriza su inclusión en el Plan de Beneficios y se dictan otras disposiciones. El Congreso de Colombia DECRETA:</p>	<p>Por medio de la cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad <u>y se incluyen dentro del plan obligatorio de salud (POS), los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida</u> y se dictan otras disposiciones. El Congreso de Colombia DECRETA:</p>
<p>Artículo 1°. <i>Objeto.</i> La presente ley tiene como fin reconocer la infertilidad, como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana, y garantizar el acceso total a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de</p>	<p>Artículo 1°. <i>Objeto.</i> La presente ley tiene como objeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Reconocer la infertilidad, como una enfermedad <u>que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana y limita los derechos fundamentales al libre desarrollo</u></li> </ul>

<p>fertilización reconocidas por la (OMS), a través de su inclusión en el Plan de Beneficios</p>	<p><u>de la personalidad y la libertad.</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida y a las técnicas de fertilización reconocidas por la (OMS), <u>a través de su inclusión en el Plan obligatorio de salud (POS).</u></li> <li>- <u>Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente.</u></li> </ul>
<p>Artículo 2°. <i>Definición.</i> La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo</p>	<p>Artículo 2°. <i>Definición.</i> La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas. A su vez, <u>se entiende por reproducción humana asistida la denominación objetiva de diversas técnicas utilizadas, para el tratamiento de la infertilidad, las cuales se caracterizan por la manipulación de los gametos de la pareja, sin que para tal fin sea necesaria la presencia de relaciones sexuales.</u></p>
<p>Artículo 3°. <i>Campo de aplicación.</i> La presente ley se aplicará a todos los</p>	<p>Artículo 3°. <i>Campo de aplicación.</i> La presente ley se aplicará a todos los</p>

<p>ciudadanos afiliados en el Sistema de Salud Pública del Estado colombiano</p>	<p>ciudadanos afiliados en el Sistema de Salud Pública del Estado colombiano.</p>
<p>Artículo 4° <i>El Ministerio de Salud</i> es la autoridad encargada de la aplicación de la presente ley y debe proporcionar las medidas necesarias para garantizar el derecho igualitario a todos los usuarios.</p>	<p>Artículo 4°. <i>El Ministerio de Salud</i> es la autoridad encargada de la aplicación de la presente ley <u>y tendrá las siguientes funciones sin objeción de las ya determinadas por la Ley:</u></p> <p>a) <u>Garantizar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente;</u></p> <p>b) <u>Estará a su cargo la publicidad y difusión de los centros de atención especializada, con el fin de facilitar el acceso de la población a los mismos;</u></p> <p>c) <u>Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.</u></p> <p>d) <u>Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida</u></p>
	<p>ARTÍCULO ADICIONADO</p> <p>Artículo 4°. <i>Beneficiarios.</i> Serán beneficiarios de los tratamientos de reproducción humana asistida las parejas</p>

	<p>heterosexuales y homosexuales que cumplan con los requisitos establecidos en la presente Ley.</p>
	<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO ADICIONADO</b></p> <p>Artículo 6°. <i>Consentimiento</i>. Las técnicas de reproducción humana asistida sólo podrán aplicarse previo consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, por las personas que se someterán a ella.</p> <p>Dicho consentimiento deberá constar por escrito.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, dicho consentimiento deberá ser dado previa información por parte del prestador acerca de todos los aspectos involucrados en la aplicación de estas técnicas, en particular de las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos emocionales y psicológicos involucrados.</p> <p>El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer</p>
<p>Artículo 5°. <i>Inclusión en el plan de</i></p>	<p>Artículo 8°. <i>Inclusión en el plan de</i></p>

<p><i>beneficios.</i> Se incluirán en plan de beneficios, dentro de la atención por parte del Estado y los particulares que participan del Sistema de Salud, entre otros procedimientos y tratamientos: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente quedarán incluidos los procedimientos de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.</p> <p>Parágrafo. El Ministerio de Salud en un plazo no mayor a seis meses a partir de la expedición de la presente ley, deberá reglamentar específicamente la atención para el tratamiento de la infertilidad dentro del Sistema de Salud</p>	<p><i>beneficios.</i> Se incluirán en plan de beneficios, dentro de la atención por parte del Estado y los particulares que participan del Sistema de Salud, entre otros procedimientos y tratamientos: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente quedarán incluidos los procedimientos de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.</p> <p><u>Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.</u></p> <p>Parágrafo. El Ministerio de Salud en un plazo no mayor a seis meses a partir de la expedición de la presente ley, deberá reglamentar específicamente la atención para el tratamiento de la infertilidad dentro del Sistema de Salud</p>
---	---

<p>Artículo 6°. <i>Requisitos para acceder a la atención.</i> Además de lo establecido en el artículo 2° de la presente ley, para acceder a sus beneficios, las personas deberán ser ciudadanos colombianos o tener un mínimo de 5 años de residencia en nuestro país, haberse diagnosticado problemas de infertilidad verificables por un profesional competente, comprobarse la necesidad en dicho paciente, demostrar que no cuenta con los recursos necesarios para costear el tratamiento. Tendrán prioridad aquellas parejas que aún no hayan tenido hijos (infertilidad primaria).</p> <p>Se contemplarán los tratamientos de alta complejidad que deberán ser analizados por un Consejo Médico Consultivo de Fertilidad Asistida y un Comité de Bioética que abordará casos específicos.</p>	<p>Artículo 5°. <i>Requisitos para acceder a la atención.</i> Para acceder a sus beneficios, las personas deberán ser ciudadanos colombianos, haberse diagnosticado problemas de infertilidad verificables por un profesional competente, Tendrán prioridad aquellas parejas que aún no hayan tenido hijos (infertilidad primaria).</p>
<p>Artículo 7°. <i>Centros de atención especializada.</i> El Estado y los particulares que participan del Sistema de Salud desarrollarán, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades</p>	<p>Artículo 9°. <i>Centros de atención especializada.</i> El Estado y los particulares que participan del Sistema de Salud desarrollarán, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades</p>

<p>que sean necesarias para que quienes soliciten tratamientos para la fertilidad accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad, seguridad y obligación de garantía, para lo cual será imperativo asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud se cree e implemente los centros de atención especializada en las diferentes empresas sociales del Estado departamental, distrital y municipal que garantice el servicio y cuente con el personal médico profesional idóneo y suficiente.</p> <p>Parágrafo 1°. El Gobierno nacional deberá incentivar la investigación y equipamiento con tecnología de punta en este tipo de tratamientos para lo cual la Colciencias y los Ministerios de Salud y Educación priorizarán recursos para la investigación y preparación de profesionales colombianos en el tema de infertilidad humana, demostrando que los tratamientos aplicados tienen evidencia científica.</p> <p>Parágrafo 2°. El Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud, adoptarán las medidas necesarias para regular, la inspección, vigilancia y control de los</p>	<p>que sean necesarias para que quienes soliciten tratamientos para la fertilidad accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad, seguridad y obligación de garantía, para lo cual será imperativo asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud se cree e implemente los centros de atención especializada en las diferentes empresas sociales del Estado departamental, distrital y municipal que garantice el servicio y cuente con el personal médico profesional idóneo y suficiente.</p> <p>Parágrafo 1°.El Gobierno nacional deberá incentivar la investigación y equipamiento con tecnología de punta en este tipo de tratamientos para lo cual Colciencias y los Ministerios de Salud y Educación priorizarán recursos para la investigación y preparación de profesionales colombianos en el tema de infertilidad humana, demostrando que los tratamientos aplicados tienen evidencia científica.</p> <p>Parágrafo 2°. El Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud, adoptarán las medidas necesarias para regular, la</p>
--	--



<p>centros médicos que realicen los diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de la fertilidad asistida. Elaborarán estadísticas para el conocimiento, estudio y seguimiento de esta problemática, propiciarán el desarrollo de centros de referencia de procreación humana asistida integral en los hospitales públicos y la firma de convenios asistenciales con entidades privadas con el fin de cubrir la atención de la población afectada.</p>	<p>inspección, vigilancia y control de los centros médicos que realicen los diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de la fertilidad asistida. Elaborarán estadísticas para el conocimiento, estudio y seguimiento de esta problemática, propiciarán el desarrollo de centros de referencia de procreación humana asistida integral en los hospitales públicos y la firma de convenios asistenciales con entidades privadas con el fin de cubrir la atención de la población afectada.</p>
<p>Artículo 8°. <i>Registro Único.</i> El Ministerio de Salud creará un registro único en el que deben estar inscritos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida solo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine el Ministerio de Salud.</p>	<p>Artículo 10°. <i>Registro Único.</i> El Ministerio de Salud creará un registro único en el que deben estar inscritos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida solo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine el Ministerio de Salud.</p>

<p>Artículo 9°. <i>Asociaciones público privadas</i>. Para los propósitos de la presente ley, y con el fin de garantizar la cobertura de los procedimientos de reproducción asistida, se podrán establecer Asociaciones Público Privadas, cuando estas últimas cuenten con la infraestructura, la tecnología y el equipo humano necesario en procedimientos de alta y baja complejidad para prestar de manera oportuna los tratamientos requeridos.</p>	<p>Artículo 11°. <i>Asociaciones público privadas</i>. Para los propósitos de la presente ley, y con el fin de garantizar la cobertura de los procedimientos de reproducción asistida, se podrán establecer Asociaciones Público Privadas, cuando estas últimas cuenten con la infraestructura, la tecnología y el equipo humano necesario en procedimientos de alta y baja complejidad para prestar de manera oportuna los tratamientos requeridos.</p>
<p>Artículo 10. <i>Formación de Talento Humano</i>. El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación llevarán a cabo las acciones necesarias para fomentar la oferta educativa de alta calidad e innovación en los temas relacionados con este proyecto de ley.</p>	<p>Artículo 10. <i>Formación de Talento Humano</i>. El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación llevarán a cabo las acciones necesarias para fomentar la oferta educativa de alta calidad e innovación en los temas relacionados con este proyecto de ley.</p>
<p>Artículo 11. <i>Registro presupuestal</i>. A fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Hacienda conjuntamente con el de Salud deberán proveer anualmente dentro del Presupuesto General de la Nación la</p>	<p>Artículo 13. <i>Registro presupuestal</i>. A fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Hacienda conjuntamente con el de Salud deberán proveer anualmente dentro del Presupuesto General de la Nación la</p>

correspondiente asignación presupuestal.	correspondiente asignación presupuestal.
<p>Artículo 12. <i>Dentro de los términos que establezca el Ministerio de Salud</i>, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad y hasta tres (3) tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos.</p>	<p>Artículo 14. <i>Dentro de los términos que establezca el Ministerio de Salud</i>, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad y hasta tres (3) tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos.</p>
<p>Artículo 13. El Ministerio de Salud llevará a cabo campañas de información y de difusión de cuidados de la fertilidad haciendo hincapié en la importancia de la edad de la mujer, la utilización de métodos anticonceptivos adecuados, la prevención de infecciones que puedan afectar la fertilidad, control de enfermedades que incidan en la fertilidad, la interacción con el medio ambiente y su impacto en la fertilidad.</p>	<p>Artículo 15. El Ministerio de Salud llevará a cabo campañas de información y de difusión de cuidados de la fertilidad haciendo hincapié en la importancia de la edad de la mujer, la utilización de métodos anticonceptivos adecuados, la prevención de infecciones que puedan afectar la fertilidad, control de enfermedades que incidan en la fertilidad, la interacción con el medio ambiente y su impacto en la fertilidad</p>
<p>Artículo 14. <i>Vigencia</i>. La presente ley rige a partir de su sanción y promulgación,</p>	<p>Artículo 17. <i>Vigencia</i>. La presente ley rige a partir de su sanción y promulgación,</p>

<p>derogando todas las normas que le sean contrarias.”(Voto Católico Colombiano)</p>	<p>derogando todas las normas que le sean contrarias.</p>
	<p><b>ARTÍCULO ADICIONADO</b></p> <p>Artículo 16°. <i>Prohibiciones.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El uso de las técnicas de reproducción humana asistida con fines distintos del procreativo queda prohibido.</li> <li>- No podrán utilizarse las técnicas de reproducción humana asistida si existe inminente riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer.</li> <li>- Se prohíbe el carácter lucrativo o comercial de la donación de gametos.</li> <li>- Se prohíbe la publicidad de la identidad de los donantes, esta será anónima.</li> </ul>

*Elaboración propia a partir de proyecto de Ley 082 de 2015, Colombia; Ley 26.862 Argentina; Ley 14 del 2006 España.*

## CONCLUSIONES

I. La falta del reconocimiento de la infertilidad como enfermedad, la exclusión de los tratamientos de RHA del POS y la carencia de legislación en Colombia sobre temas de reproducción humana asistida lleva a concluir que a las personas infértiles se les están vulnerando derechos fundamentales tales como la igualdad al verse limitados por aspectos económicos a no poder tener hijos biológicos por no contar con recursos necesarios para acceder a las técnicas y procedimientos para tal fin; a la salud en el ámbito reproductivo al estar dichos tratamientos taxativamente excluidos del plan de salud público desconociendo así que la infertilidad es una enfermedad que afecta la salud humana en un ámbito físico y peor aún emocional; al libre desarrollo de la personalidad al generar barreras y obstáculos para que muchas parejas puedan desarrollar su proyecto de vida como padres y a la mujer cumplir un rol que por naturaleza le fue facultado.

II. El análisis propuesto en esta investigación logra demostrar que por años existió una negación injustificada frente a la atención y la debida prestación del servicio de salud frente a la infertilidad la cual perduró por la negativa expresa del legislador avalada y consentida por la rama judicial en sede de tutela no pretendiendo incluir estos tratamientos dentro del Plan Obligatorio De Salud creado por la Ley 100 de 1993.

III. Ha existido una evolución jurisprudencial frente a esta materia aunque aún restrictiva ha llegado a prevalecer el interés general entendiendo este como el interés que le asiste a todas aquellas personas hombres y mujeres que padecen de infertilidad logrando rescatar la protección al derecho fundamental que desde la constitución Política de 1991 ha establecido a través de los diferentes derechos los cuales han sido protegidos constitucionalmente y cuyo amparo debe ser alcanzado mediante las diferentes acciones constitucionales contempladas en la Carta Superior que para el caso en concreto deben ser a través de las acciones de tutela.

IV. La falta de legislación en materia de reproducción humana asistida es resultado de la falta de interés del Estado por regular la materia, pues son varios los proyectos de ley que se han archivado por falta de trámite legislativo, sin mediar

justificación alguna; no obstante se busca proponer un proyecto de ley integral que responde de manera efectiva y oportuna a las necesidades de las personas infértiles en Colombia.

V. La principal razón por la cual En Colombia los tratamientos de reproducción humana asistida son excluidos de el plan de salud obligatorio, es el alto costo que representa, no obstante pese a los requerimientos de la Corte Constitucional a diferentes estamentos del orden público como Ministerio de Salud y de Hacienda no se ha realizado un estudio del impacto fiscal de dicha inclusión.

VI. La infertilidad es internacionalmente entendida como una enfermedad la cual afecta derechos fundamentales tan íntimos como lo es la libertad en el ámbito de la libertad de reproducción, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la salud en materia sexual y reproductiva, entre otros, limitando todos ellos la constitución de una familia y la libre decisión de cuantos miembros la conformen e inclusive limitando el método para procrearse por cuanto solo permite la procreación natural o la adopción, desconociendo con ello derechos fundamentales y fundamentalísimos amparados por la Constitución Política y cuya práctica debe ser garantizados atendiendo los principios fundantes de un Estado Social de Derecho.

VII. Se ha creado una brecha entre la debida y oportuna prestación de un servicio de salud y la vulneración de los derechos fundamentales en cabeza de cada una de las personas que padecen de infertilidad, población que está en aumento, de tal manera que las Entidades encargadas de regular el sector salud han considerado la infertilidad como un problema de salud pública; por lo que se ha hacía imperioso él implementar políticas institucionales de inclusión en favor de estos tratamientos de reproducción humana asistida y de proteger los pluricitados derechos fundamentales a los que ya se han hecho mención en esta investigación.

VIII. Sin embargo y pese a este desarrollo y evolución jurisprudencial la mayor falencia se sigue encontrando en la falta de legislación que logre reconocer la infertilidad como una enfermedad e incluir dentro del Plan Obligatorio de Salud los diferentes tratamientos para combatir dicha enfermedad, creando así políticas

institucionales en salud claras y con una mayor cobertura que logre amparar este tipo de tratamientos para que así se configure una protección integral a todos los ciudadanos y el amparo y protección de todos su derechos fundamentales.

## REFERENCIAS

- ACNUR. (20 de 10 de 2015). Obtenido de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=Pdf/0507>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de 12 de 1948). *Declaracion Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado el 25 de 08 de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/DECLARACION%20UNIVERSAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.php>
- Colombia, Constitución Política de. (s.f.).
- Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 13. (s.f.).
- Convencion Americana Sobre Derechos Humanos (*Pacto de San José*). (1969). Recuperado el 03 de 09 de 2015, de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (29 de Septiembre de 2010) MP Jorge Ivan Palacio Palacio. (s.f.).
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revision, (18 de Julio de 2014) MP Maria Victoria Calle. (s.f.).
- Corte Constitucional del Colombia, Sala Sexta de Revisión, (12 de Mayo de 2015) MP Jorge Ivan Palacio. (s.f.).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (28 de 11 de 2012). Recuperado el 18 de 06 de 2015, de CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Díaz, J. A. (5 de 2007). *Historia contemporánea: Las Técnicas complejas de reproducción asistida*. Recuperado el 21 de 8 de 2015, de [http://www.academia.edu/1313139/Historia\\_contempor%C3%A1nea\\_las\\_t%C3%A9cnicas\\_complejas\\_de\\_reproducci%C3%B3n\\_asistida](http://www.academia.edu/1313139/Historia_contempor%C3%A1nea_las_t%C3%A9cnicas_complejas_de_reproducci%C3%B3n_asistida)
- Dr.Carlos Fernandez Collado, D. R. (2010). *Metodologia de la investigcion*. MC Graw Hill.
- Estela Palacios, E. J. (2000). *Revista chilena de Neuro Psiquiatría*. Recuperado el 20 de 08 de 2015, de Aspectos emocionales en la infertilidad: una revisión de la literatura reciente: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-92272000000200004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272000000200004)



- F. Zegers-Hochschild, a. G. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. . Recuperado el 20 de 8 de 2015, de Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). : [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1).
- Gobierno de España- Ministerio de la Presidencia. (s.f.). Recuperado el 15 de 10 de 2015, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-63.pdf>. (s.f.). Obtenido de <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-63.pdf>
- Info Leg. (20 de 10 de 2015). Obtenido de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>
- Kushner-Dávalos, L. (12 de 12 de 2010). *La fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro*. Recuperado el 22 de 08 de 2015, de [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S1817-74332010000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S1817-74332010000200006&script=sci_arttext)
- Mendiola J1, T. J. (1 de 1 de 2005). *Revista Iberoamericana de Infertilidad*. Recuperado el 21 de 8 de 2015, de Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica: <http://docplayer.es/5010661-Esterilidad-y-reproduccion-asistida-una-perspectiva-historica-sterility-assisted-reproduction-a-history-perspective.html>
- Ministerio de salud y Protección Social. (2012). *Plan de Cenal de Salud Publica 2012-2021*.
- NU-CEPAL. (09 de 05 de 2013). *Comisión Economica para America Latina y el Caribe-CEPAL*. Recuperado el 03 de 09 de 2015, de Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/21835-consenso-de-montevideo-sobre-poblacion-y-desarrollo>
- ONU MUJERES. (2014). *Conferencias mundiales sobre la mujer*. Recuperado el 03 de 09 de 2015, de Declaración y Plataforma de Accion de Beijing : <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Recuperado el 20 de 08 de 2015, de

[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf)

Organization, W. H. (2009). *Reproductive health*. Obtenido de [http://www.who.int/topics/reproductive\\_health/en/](http://www.who.int/topics/reproductive_health/en/)

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (23 de 03 de 1976). Recuperado el 03 de 09 de 2015, de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

PARADA, A. L. (11 de 2010). *REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI "CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"*. Recuperado el 20 de 08 de 2015, de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>

Rincon, J. J. (2006). *Glosario de Biotecnología*. Recuperado el 20 de 08 de 2015, de [https://books.google.com.co/books?id=iFCVkjTiRqWC&pg=PA84&dq=La+alteración+o+desviación+del+estado+fisiológico+en+una+o+varias+partes+del+cuerpo,+por+causas+en+general+conocidas,](https://books.google.com.co/books?id=iFCVkjTiRqWC&pg=PA84&dq=La+alteración+o+desviación+del+estado+fisiológico+en+una+o+varias+partes+del+cuerpo,+por+causas+en+general+conocidas)

Salud, C. d. (30 de 07 de 2009). Acuerdo N° 03 de 2009. Bogotá D.C, Colombia.

Salud, C. d. (29 de 12 de 2009). Acuerdo N° 08 de 2009. Bogota D.C., Coombia.

Salud, C. d. (28 de 12 de 2011). Acuerdo N° 29 de 2011. Bogota D.C., Colombia.

Salud, C. d. (30 de 11 de 2011). Acuerdo N° 28 de 2011. Bogota D.C., Colombia.

Salud, M. d. (05 de 08 de 1994). Resolución N°5261 de 1994. Bogota D.C, Colombia.

Senado y Cámara de diputados de la Nación Argentina . (19 de 7 de 2013). *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*. Recuperado el 20 de 08 de 2015, de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.: <http://www.msal.gob.ar/prensa/index.php/noticias/noticias-de-la-semana/1416-se-reglamento-la-ley-26862-de-reproduccion-medicamente-asistida>

Sentencia T-274, 274 (Corte Constitucional de Colombia 12 de 05 de 2015).

Sentencia T-528, 528 (Corte Costitucional de Colombia 18 de 07 de 2014).

Sentencia, T-565/13, Sentencia T-565/13 (Corte constitucional de Colombia Sala Novena de revisión 23 de Agosto de 2013).

- Sierra, F. G. (2013). *Costitucion Poitica de Colombia*. Bogota D.C-Colombia: Leyer Editores .
- Sierra, F. G. (2013). *Costitución Política de Colombia*. Bogota D.C- Colombia: Leyer Editores.
- Sierra, F. G. (2013). *Costitución Política de Colombia*. Bogota D.C-Colombia: Leyer Editores.
- Sistema de Naciones Unidas de Panamá. (2010). Recuperado el 03 de 09 de 2015, de Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminacion contra la mujer (CEDAW): [http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo\\_web.pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf)
- Social, M. d. (27 de 12 de 2013). Resolución N° 5521 de 2013. Bogotá D.C., Colombia.
- Social, M. d. (s.f.). Resolución N° 5521 de 2013.
- Solís, L. S. (2000). *Aspectos bioéticos de las técnicas de reproducción asistida*. Recuperado el 22 de 8 de 2015, de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Unidas, A. G. (09 de 1981). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*. Obtenido de [http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo\\_web.pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf)
- Unidas, N. (13 de 09 de 1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. Obtenido de [http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)
- VOTO CATÓLICO COLOMBIA. (2013). Recuperado el 26 de 6 de 2016, de <http://www.votocatolico.co/2013/10/proyecto-de-ley-109-de-2013-camara.html>
- Voto Católico Colombiano. (s.f.). Recuperado el 12 de 02 de 2016, de <http://www.votocatolico.co/>