

**LA REPRODUCCION ASISTIDA Y SU EVOLUCION JURISPRUDENCIAL, FRENTE
AL SUMINISTRO DEL TRATAMIENTO DE FERTILIDAD POR PARTE DE LAS
ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD EN COLOMBIA.**

PAULA CATALINA RUBIO HERRERA

Trabajo de Grado Presentado Como Requisito Para Optar al
Título de Abogado

Institución Universitaria Colegios de Colombia - Unicoc
Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales
Bogotá 2016

**LA REPRODUCCION ASISTIDA Y SU EVOLUCION JURISPRUDENCIAL, FRENTE
AL SUMINISTRO DEL TRATAMIENTO DE FERTILIDAD POR PARTE DE LAS
ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD EN COLOMBIA.**

PAULA CATALINA RUBIO HERRERA

Director

Dr. GUILLERMO PINZON ROA

Institución Universitaria Colegios de Colombia-Unicoc

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Bogotá, 2016

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	6
OBJETIVOS	9
 1. INFERTILIDAD	
1.1 Definición, causas y consecuencias de la infertilidad	10
1.2 Diferencias entre infertilidad y esterilidad.	20
 2. REPRODUCCION ASISTIDA	
2.1 Definición de reproducción humana asistida	20
2.2 Técnicas de reproducción humana asistida.	21
2.2.1 Técnicas de baja complejidad.	22
2.2.2 Técnicas de alta complejidad.	24
2.3 Protección legal y constitucional de la reproducción asistida.	27
2.4 Situación jurídica del menor nacido por métodos de reproducción asistida.	32
2.5 Pronunciamiento de la iglesia respecto de la reproducción asistida.	42
 3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE AL SUMINISTRO DEL TRATAMIENTO DE FERTILIDAD POR PARTE DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD Y DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.	

SENTENCIAS TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD

- | | | |
|--------------|---|----|
| 3.1.1 | Sentencia T – 341 del 27 de julio del año 1994 | |
| | Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. | 45 |
| 3.1.2 | Sentencia T- 572 del 25 de julio del año 2002 | |
| | Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. | 51 |
| 3.1.3 | Sentencia T- 512 del 19 de junio del año 2003 | |
| | Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. | 55 |
| 3.1.4 | Sentencia T- 870 del 05 de septiembre 2008 | |
| | Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. | 60 |
| 3.1.5 | Sentencia T- 857 del 26 de noviembre del año 2009 | |
| | Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. | 63 |
| 3.1.6 | Sentencia T- 525 del 05 de julio del año 2011 | |
| | Magistrado ponente: Mauricio González cuervo. | 68 |
| 3.1.7 | Sentencia T- 528 del 18 de julio del año 2014 | |
| | Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. | 70 |

SENTENCIAS DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

- | | | |
|--------------|---|----|
| 3.1.8 | Sentencia T- 605 del 03 de agosto del año 2007 | |
| | Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. | 77 |
| 3.1.9 | Sentencia T- 732 del 15 de octubre del año 2009 | |

	5
Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.	83
3.1.10 Sentencia T- 528 del 18 de julio del año 2014	
Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.	89
 4. PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS EN COLOMBIA	
 4.1 proyecto de ley 196 de 2008camara	95
4.2 proyecto de ley 148 de 2011camara	95
4.3 proyecto de ley 109 de 2013 cámara	96
4.4 proyecto de ley 082 de 2015 cámara	96
 5. CONCLUSIONES	97
 6. BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUCCION

En un mundo dinámico, cambiante y diverso en el que el desarrollo no se detiene, empujado por el espíritu indomable del ser humano. En su búsqueda continua de bienestar y dominio de nuevos horizontes en los diferentes ámbitos del desarrollo humano, científico y tecnológico. Pareciera que las leyes que rigen los destinos de la humanidad, estuvieran condenadas a avanzar a marchas forzadas, siguiendo de lejos la aplicación de los avances de la ciencia. En una sociedad ávida y consumista de nuevas tecnologías que le permitan un desarrollo más armónico, equitativo e incluyente para todos y cada uno de los miembros que la conforman. Es este el caso de un sector de nuestra población que se ve relegado a vivir la vida en el desierto de la infertilidad.

La infertilidad, se presenta como una afección del sistema reproductivo y como una problemática de salud pública que aqueja a un sector de la población colombiana. Hasta el momento, esta enfermedad se encuentra desestimada por parte del estado, debido a la exclusión específica de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud y a la poca evolución que ha tenido la salud frente a la infertilidad. Esta situación empeora. Dado que, actualmente no se ha generado la protección y creación de políticas que favorezcan el mejoramiento de la salud y atención de la enfermedad para quienes la padecen.

Dada la imposibilidad que surge para concebir hijos naturalmente por parte de las parejas se presenta como solución la reproducción humana asistida. Compuesta por un conjunto de técnicas o métodos científicos por medio de los cuales, se realizan procedimientos artificiales que brinda la posibilidad de procrear.

Estos métodos de reproducción humana asistida, deben responder conforme a la protección de derechos tales como derecho a fundar una familia, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la vida, derecho a la libertad y la autodeterminación, derecho a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, es significativo resaltar, la importancia de la reproducción humana asistida. Puesto que ella permite o brinda a las parejas, la posibilidad de conformarse totalmente y en efecto, constituir el núcleo fundamental de la sociedad.

Por esta razón, se evidencia la importancia de investigar este tema a profundidad y analizar la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional. Dado que, se han venido generando vulneración de derechos a los asociados, al no existir un desarrollo normativo e inclusión de enfermedades del sistema reproductivo, específicamente en el otorgamiento de políticas que respalden los tratamientos de fertilidad y que ayude a los beneficiarios del sistema de seguridad social en salud a superar sus afecciones y de esta manera cumplir con su plan de vida y hacer pleno uso de sus derechos sexuales y reproductivos.

Por otra parte, es importante resaltar que en Colombia existen varias instituciones de fertilidad que cuentan con la tecnología adecuada para proporcionar los tratamientos a las personas que los requieran y posean los recursos suficientes para hacerlo.

En este sentido, y aun cuando no existe la regulación normativa necesaria, estos procedimientos se vienen realizando. Esta situación está generando una serie de problemas ocasionados por los vacíos jurídicos que nuestra legislación tiene sobre el asunto en estudio. Como es el caso de la situación jurídica del menor que nace por medio de la reproducción asistida.

Cabe destacar que actualmente, en Colombia se han presentado varios proyectos de ley que pretenden reglamentar las técnicas de reproducción asistida y su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud. Sin embargo, ninguno ha llegado a convertirse en ley. No obstante, el 19 de agosto del año 2015 se presentó el proyecto de ley número 082 de 2015¹ de la cámara de representantes, el cual tiene como fin reconocer la infertilidad como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana, y garantiza el acceso total a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción a través de la inclusión en el plan de beneficios y/o Plan Obligatorio de Salud. Actualmente este proyecto de ley se encuentra en tránsito a senado en la comisión séptima de la cámara de representantes.

Finalmente, cabe destacar la importancia de incluir en el Plan Obligatorio de Salud (POS) los tratamientos de fertilidad, Para las personas afiliadas al sistema de seguridad social en salud que requieran atención. Pues de esta manera se proporciona la protección y acceso a los servicios de salud y se garantizan los derechos de un sector de la población que hasta el momento se encuentra desprotegido.

¹ Proyecto de ley 082 de 2015 de la cámara de representantes presentado por el partido de la U

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para identificar las causas de la negación o aprobación en el suministro de los tratamientos de fertilidad por parte de las entidades prestadoras de salud y la inclusión en el plan obligatorio de salud de los procedimientos para las personas que requieran atención y no cuenten con los recursos económicos suficientes, para costear los tratamientos de fertilidad.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Identificar las diferencias entre infertilidad y esterilidad.
2. Describir las técnicas de reproducción asistida existentes.
3. Analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, frente a la evolución de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia.
4. Investigar y sintetizar la situación jurídica del menor, nacido por métodos de reproducción asistida.
5. Sistematizar los proyectos de ley presentados en Colombia, en materia de reproducción asistida para identificar, si se ha propuesto la inclusión en el plan obligatorio de salud de los tratamientos de fertilidad, para las personas de estrato uno, dos y tres.

1. INFERTILIDAD

1.1 DEFINICION, CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA INFERTILIDAD.

La infertilidad, según el glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), revisado y preparado por *el Internacional Committee For Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART)* y la *Organización Mundial de la Salud (OMS)*, está determinada como una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas².

Existen dos tipos de infertilidad, primaria y secundaria. La infertilidad se puede denominar como primaria cuando la pareja nunca ha logrado llevar un embarazo a término y secundaria cuando la pareja ha logrado embarazos previos. (Pérez, 2011, p.2)³.

En cuanto a las causas de infertilidad es necesario conocer las dos partes pues de esta manera se puede determinar tanto en el hombre como en la mujer, cuál es el impedimento para procrear y así desarrollar el tratamiento adecuado para cada pareja.

² http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 El glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida, fue desarrollado por el comité internacional de monitoreo en técnicas de reproducción asistida en cooperación con la organización mundial de la salud. El comité internacional es una organización sin ánimo de lucro que ha tenido un papel destacado en el desarrollo, recopilación y difusión sobre las técnicas de reproducción asistida.

³ Pérez, E. (2011). (P.2) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

Según Sánchez (2012)⁴ en el caso de las mujeres, los problemas más comunes que causan la infertilidad son:

CAUSAS DE INFERTILIDAD DE ORIGEN FEMENINO		
CAUSAS		DESCRIPCION
ORIGEN OVOCITARIO	<i>ALTERACIONES DETECTABLES MORFOLOGICAMENTE</i>	Aumento de grosor de la zona pelucida, alteraciones en el espacio perivitelino o alteraciones intrínsecas de ovocitos.
	<i>ALTERACIONES NO DETECTABLES DESDE EL PUNTO DE VISTA MORFOLOGICO</i>	Implican alteraciones celulares que dificultan o hacen imposible la fecundación como pueden ser la distribución y numero de mitocondrias en el interior del ovulo.
	<i>ALTERACIONES OVOCITARIAS</i>	Conllevan a una dificultad en la reparación del ADN del espermatozoide y que generalmente van asociadas a la edad materna.
ORIGEN OVARICO	<i>FALLO OVARICO MINIMO</i>	Problema ocasionado por una depleción de los folículos existentes en el ovario la paciente que lo tiene se denomina baja respondedora y va en relación directa con la edad de la madre.
	<i>PRESENCIA DE ALTERACIONES EN EL OVARIO</i>	Implica disminución de tejido ovárico sano. Los endometriomas, teratomas o cualquier otra tumoración que tenga desarrollo ovárico ocasionan perdida de tejido ovárico sano bien directamente o por la cirugía que se ha utilizado en la solución de la misma.
	<i>ALTERACIONES EN LA OVULACION</i>	La más frecuente es el síndrome de ovarios poliquísticos causante de anovulación crónica.

⁴ Cruz, N. (2012). “Esterilidad de Causa Femenina lo que el Andrologo Debe Conocer” En F. Sanchez (Ed.) *Tratado de Andrologia y Medicina Sexual* (P. 419, 420). Madrid España: Medica panamericana S.A

CAUSAS DE INFERTILIDAD DE ORIGEN FEMENINO		
CAUSAS		DESCRIPCION
ORIGEN TUBOPERITONEAL	<i>ADHERENCIAS TUBPERITONEALES</i>	Tras un proceso inflamatorio o infeccioso dificulta que el ovulo pueda llegar al ovario. En el mismo sentido operan las adherencias que se pueden ocasionar a ese nivel tras cualquier cirugía abdominal.
	<i>OBSTRUCCIONES TUBARICAS PROXIMALES</i>	Se pueden ocasionar tras algún proceso infeccioso.
	<i>PRODUCCION DE SUSTANCIAS TOXICAS PARA EL DESARROLLO EMBRIONARIO</i>	Una de las causas que se han propuesto en los casos de endometriosis en las que el líquido inflamatorio producido en su superficie se captaría por la trompa dificultando la posibilidad de fecundación y desarrollo embrionario.
ORIGEN VAGINAL		Engloba situaciones menos frecuentes como son la existencia de malformaciones vaginales que impiden o dificultan las relaciones sexuales.
ORIGEN SISTEMICO	<i>ALTERACIONES HORMONALES</i>	Sustancias que produce el cuerpo y que cumplen funciones específicas en el organismo como las alteraciones tiroideas. También se presentan en otras situaciones como lo es la diabetes.
	<i>ALTERACIONES GENETICAS</i>	Impiden la correcta formación de los óvulos al dificultar su acceso a un número adecuado de cromosomas.
	<i>CONSUMO DE TOXICOS</i>	tabaquismo o consumo de drogas
	<i>PROBLEMAS DE COAGULACION</i>	Afecta la implantación y desarrollo embrionario son más causas de aborto de repetición.

Según Castañeda & Pérez (2000)⁵ las afecciones de infertilidad de las mujeres en cuanto a origen uterino son:

CAUSAS DE INFERTILIDAD DE ORIGEN FEMENINO		
CAUSAS		DESCRIPCION
ORIGEN UTERINO	<i>MIOMATOSIS UTERINA</i>	Constituyen los tumores internos más frecuentes en las mujeres se caracterizan por su potencial variable de crecimiento y se desarrollan a partir de fibras musculares con tejido conectivo variable como elemento de sostén.
	<i>MALFORMACIONES UTERINAS CONGENITAS</i>	Las anomalías anatómicas ginecológicas congénitas incluyen la ausencia congénita de la vagina, defectos en función lateral y vertical de los conductos mullerianos, y desordenes del desarrollo sexual.
	<i>SINDROMES ADHERENCIALES INTRAUTERINOS</i>	Las adherencias intrauterinas fusionan las paredes uterinas reduciendo la cavidad endometrial, la causa más frecuente corresponde a legrado postparto o postaborto.

Por lo anterior, existen múltiples causas que afectan el sistema reproductivo de las mujeres de forma negativa, lo que ocasiona que se presente la infertilidad. Sin embargo, esta enfermedad presenta complicaciones en cualquier etapa de la vida. Puesto que, aunque se manifiesta solo en la edad reproductiva de la mujer, existen causas que se originan desde el desarrollo del cuerpo humano hasta la edad adulta, en donde se afecta la fecundidad por cuestiones ambientales, infecciosas o por alteraciones hormonales entre otras.

⁵ Pérez, L. (2000). "Factor Uterino" En J. Castañeda & L. Pérez (Ed.) *Infertilidad y Endocrinología Reproductiva* (P 92, 96, 99). Bogotá: Gamacolor.

En cuanto a las causas de infertilidad más comunes que afecta la salud reproductiva en los hombres Pérez (2011)⁶ nos dice:

CAUSAS DE INFERTILIDAD DE ORIGEN MASCULINO		
CAUSAS		DESCRIPCION
TRASTORNOS ENDOCRINOS	<i>TIROIDEOS Y SUPRARRENALES</i>	la disfunción de estas glándulas endocrinas puede afectar la función testicular puede producir disminución de la libido e impotencia
	<i>HIPERPROLACTINEMIA</i>	Es el aumento de los niveles de la hormona prolactina en sangre, habitualmente, predomina la disminución de la libido y la disfunción sexual.
TRASTORNOS GENETICOS	<i>CRIPTORQUIDIA</i>	Se le denomina así a la falta de descenso de los testículos o cuando el testículo se desvía y se localiza en un sitio extraño a su trayecto normal.
	<i>ANORQUIDIA</i>	Los genitales externos e internos son de tipo masculino pero los testículos no son palpables. En la exploración quirúrgica no se les encuentra o están representados por tejido atrófico.
	<i>ANOMALIAS DEL PENE Y URETRA</i>	Se debe a aquellos individuos que en etapa prenatal estuvieron expuestos a dietilestilbestrol o a progestágenos sintéticos que deforman el tracto uretral e interfieren con la fertilidad normal al dificultar el depósito del semen durante la eyaculación.

⁶ Pérez, (2011). (P 354, 355, 360, 361). *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

CAUSAS DE INFERTILIDAD DE ORIGEN MASCULINO⁷		
CAUSAS		DESCRIPCION
TRASTORNOS NEUROLÓGICOS		Las lesiones neurológicas ocasionadas por traumatismos enfermedades degenerativas o procesos infecciosos pueden desencadenar disfunción eyaculadora e incluso oligozoospermia y azoospermia puesto que el trastorno neurológico ocasiona cambios hemodinámicos y de temperatura.
FACTORES AMBIENTALES, TOXICOS Y MEDICAMENTOSOS		Entre los factores ambientales que afectan la calidad del semen se consideran el estrés emocional o físico acentuados, exceso de alcohol, tabaquismo drogadicción, dietas muy restrictivas, radiación diagnostica o terapéutica.
TRASTORNOS TUMORALES	<i>NEOPLASIAS MALIGNAS TESTICULARES</i>	Se dividen en primarias, si se originan en testículo y secundarias, si son metástasis de otros sitios. Se señalan como factores predisponentes las alteraciones, hormonales, criptorquidia.
TRASTORNOS IDIOPATICOS	<i>OLIGOZOOSPERMIA</i>	Es una entidad que abarca una serie de trastornos de naturaleza desconocida es uno de los trastornos más frecuentes en infertilidad masculina y se debe al contenido bajo de espermatozoides.
	<i>AZOOSPERMIA</i>	definida como la ausencia de espermatozoides en el eyaculado debido a la obstrucción de vía seminal o insuficiencia testicular
	<i>OBSTRUCCION POST-VASECTOMIA</i>	Por la aceptación de la vasectomía para control de la fertilidad y el aumento en la incidencia de divorcios, el deseo de recanalización de los conductos deferentes se solicita con mayor frecuencia para tener la posibilidad de procrear nuevamente.

⁷ Pérez, (2011). (P 362, 363). *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida.*

CAUSAS DE INFERTILIDAD DE ORIGEN MASCULINO		
CAUSAS		DESCRIPCION
DISFUNCION ES SEXUALES	<i>DISFUNCION ERECTIL</i>	Se definen como la incapacidad para lograr o mantener una erección durante el tiempo necesario para tener coito con orgasmo su incidencia es difícil de determinar pero aumenta con la edad y con factores psicológicos y orgánicos.
	<i>TRASTORNO DEL DESEO</i>	Es necesario un nivel mínimo de andrógenos circulantes para mantener el deseo sexual normal entre las causas de disminución de la libido están abuso de sustancias toxicas medicamentos, trastorno psicológico y enfermedades crónicas.
	<i>TRASTORNO DE LA EYACULACION</i>	La eyaculación depende del sistema nervioso, central y periférico las causas son neurológicas, psicológicas y farmacológicas.
	<i>ENVEJECIMIENTO</i>	Con la edad la función reproductiva en los hombres declina aunque no en forma tan abrupta y temprana como en las mujeres esta declinación es denominada andropausia y afecta la espermatogénesis como la reproducción hormonal.

Según Viladoms (2012)⁸ las afecciones de infertilidad en los hombres en cuanto a trastornos vasculares corresponde a:

CAUSAS DE INFERTILIDAD DE ORIGEN MASCULINO		
CAUSAS		DESCRIPCION
TRASTORNOS VASCULARES	<i>VARICOCELE</i>	Es la dilatación varicosa de las venas del cordón espermático en la zona del escroto. El varicocele se suele acompañar de un testículo disminuido de tamaño y consistencia, con el tiempo causa daño progresivo en el testículo.

⁸ Cruz, N (2012). “Varicocele” En J. Viladoms (Ed.) *Tratado de Andrologia y Medicina Sexual*: (P.368) Madrid España: Medica panamericana S.A

Se estima, que la incidencia de la infertilidad en el mundo va en aumento, a continuación se presenta un cuadro de la bodega de datos de SISPRO sistema integral de información de la protección social que evidencia el incremento que esta enfermedad ha tenido con el paso de los años.



Número de personas atendidas en los servicios de salud con diagnóstico de infertilidad en el varón e infertilidad femenina. Colombia 2009 – 2015								
Número Personas Atendidas	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Total general
N46X - INFERTILIDAD EN EL VARON	3.650	3.099	4.679	3.798	3.668	4.300	2.813	24.285
N970 - INFERTILIDAD FEMENINA ASOCIADA CON FALTA DE OVULACION	998	818	986	1.155	1.094	1.143	681	6.437
N971 - INFERTILIDAD FEMENINA DE ORIGEN TUBARICO	577	471	577	703	672	694	494	3.916
N972 - INFERTILIDAD FEMENINA DE ORIGEN UTERINO	325	240	307	267	219	183	99	1.593
N973 - INFERTILIDAD FEMENINA DE ORIGEN CERVICAL	43	31	39	32	34	47	35	258
N974 - INFERTILIDAD FEMENINA ASOCIADA CON FACTORES MASCULINOS	427	379	401	428	513	516	387	2.900
N978 - INFERTILIDAD FEMENINA DE OTRO ORIGEN	869	834	954	1.033	1.153	1.249	838	6.616
N979 - INFERTILIDAD FEMENINA, NO ESPECIFICADA	8.634	7.743	8.716	10.130	10.870	12.036	8.619	58.477
Total general	14.605	12.910	15.837	16.703	17.320	19.148	13.493	96.309
Fuente: Bodega de Datos de SISPRO (SGD), RIPS 2009-2015 ⁹								

Estas cifras evidencian que la infertilidad es una enfermedad común, que afecta a un sector significativo de la población, se presenta en hombres como en mujeres y aunque no impide el

⁹ La información de Registro Individual de Prestación de Servicios de Salud (RIPS) es remitida por las Entidades Administradoras De Planes de Beneficios (EAPB) al Ministerio de Salud y Protección Social.

vivir bien, sí puede afectar otras facetas humanas tales como el desarrollo del proyecto de vida que se ve directamente afectado, la vida en pareja y la salud emocional entre otras.

En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia T 528/2014¹⁰ explicó que:

El doctor Fernando Zegers Hochschild¹¹, manifestó lo siguiente:

“La Organización Mundial de la Salud (OMS) definió la infertilidad como una enfermedad Reconociendo de esta manera que la salud de las personas afectadas, así como su entorno familiar, se ven seriamente dañadas”

Además, resaltó que “desafortunadamente, algunos países aun consideran la fertilidad como una cuestión de anhelos o deseos personales y por ello, no le otorgan suficiente prioridad en los programas de salud de la mujer”.

En cuanto a las causas que genera la presencia de esta enfermedad. Se estima, que afecta de forma diferente a hombres y mujeres. Igualmente sucede con la reacción de la pareja. En cuanto a esto Pérez-Efraín (2011)¹² afirma que:

¹⁰ Sentencia T- 528 del 18 de julio de 2014. Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa.

¹¹ El doctor Fernando Zegers Hochschild es cofundador y miembro del consejo directivo del instituto chileno de medicina reproductiva. también, es fundador y director del registro latinoamericano de reproducción asistida y de la red latinoamericana de reproducción asistida. igualmente, es co-fundador y vice-presidente del comité internacional de monitoreo en técnicas de reproducción asistida.

¹² Perez, (2011). (P. 449, 450) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

Las reacciones más frecuentes que experimentan las parejas infértiles son: sorpresa, negación, aislamiento, enojo, culpa, autodevaluación, depresión, sufrimiento, regateo, duelo y aceptación o resolución”. (p. 449).

Igualmente manifiesta, que los conflictos en la pareja, pueden agravarse o no. toda vez que, pueden culparse, quejarse, aislarse, agredirse, separarse o por el contrario apoyarse el uno al otro. A pesar de todo, se debe considerar que algunas parejas por distintas causas no manifiestan alteraciones emocionales (, p.450).

En el caso específico de las mujeres, debido a las presiones culturales y sociales respecto a la maternidad y a cómo deben desempeñarse, desarrolla en ellas la sensación de no estar completas o de ser menos femeninas. Esto afecta considerablemente su autoestima y su vida marital y sexual (p.450).

En cuanto al impacto psicológico por causas de infertilidad radicadas en el hombre, resulta muy frustrante, puesto que su concepto de virilidad se ve altamente amenazado. Lo que genera pérdida de relaciones con personas emocionalmente importantes autoestima, seguridad y confianza. (P.450).

En consecuencia, aunque la infertilidad no causa incapacidad laboral, ni pone en peligro la vida de las personas que padecen la enfermedad si es un problema serio. Puesto que, el deseo de tener un hijo y no poder hacerlo, compromete sus metas de vida. Más aun, cuando en nuestro país no se brinda la atención médica de las personas que padecen esta enfermedad. Lo que

ocasiona que las causas anteriormente mencionadas aumenten y perjudique aún más, el desarrollo social, emocional y la vida marital.

1.2. DIFERENCIAS ENTRE INFERTILIDAD Y ESTERILIDAD.

La literatura científica determina la infertilidad, como una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Por su parte, la esterilidad, es determinada como la incapacidad irreversible o absoluta para lograr un embarazo (Reprotec)¹³. Es decir, la infertilidad, es susceptible de corrección. Mientras que la condición de esterilidad, es invariable o permanente. De ahí que la única opción para las parejas estériles es la adopción.

2. REPRODUCCION ASISTIDA

2.1. DEFINICION DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Se denomina Reproducción Asistida (RA), al empleo de tecnología avanzada que incluye la manipulación de gametos y/o embriones para complementar el contacto sexual y lograr que ocurra la fertilización, división embrionaria e implantación. Puede dividirse en reproducción asistida de baja complejidad y de alta complejidad. Existen diferentes posibilidades, riesgos e

¹³ <http://www.reprotecentro.com/Glosario-Tratamientos-de-Fertilidad> Reprotec centro de fertilidad aliado de la fundación santa fe de Bogotá que cuenta con más de 20 años de reconocimiento.

implicaciones médicas, éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas para cada procedimiento (Pérez, 2011, p.474)¹⁴.

2.2. TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

En cuanto a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), Colombia obtiene un lugar preponderante a partir de enero de 1985 cuando el Dr. Elkin Lucena Quevedo¹⁵ logra el primer recién nacido con Fertilización in Vitro y posteriormente en el año de 1986 cuando se obtiene el primer nacimiento con embriones congelados.

Según el glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Revisado y preparado por el Internacional Committee For Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁶ Las Técnicas de Reproducción Asistida son “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 solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la criopreservación de ovocitos y

¹⁴ Pérez, (2011). (P. 474) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

¹⁵ El Dr. Elkin Lucena Quevedo logro el primer nacimiento probeta en américa latina es por esto que se considera el pionero de la reproducción asistida en Colombia. Además cuenta con un instituto especializado en reproducción asistida llamado CECOLFES en la ciudad de Bogotá.

¹⁶ http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 El glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida, fue desarrollado por el comité internacional de monitoreo en técnicas de reproducción asistida en cooperación con la organización mundial de la salud

embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado”. De ahí que existan diferentes clasificaciones para estas técnicas. A continuación se describe las principales Técnicas de Reproducción Asistida existentes de baja, y alta complejidad en Colombia.

2.2.1. TECNICAS DE BAJA COMPLEJIDAD

- I. Inseminación Terapéutica o Artificial (IA): consiste en la selección de espermatozoides del varón, para ser centrifugados y colocados en un medio líquido óptimo, a manera de capacitarles, para favorecer su movilidad, para posteriormente depositarlos en la cavidad uterina. De esta forma libremente los gametos masculinos prosiguen su camino hacia la porción distal de las trompas uterinas donde se encontrara con el ovulo. (Barroso & Colín, 2012)¹⁷. existen diferentes clasificaciones para la Inseminación Artificial estas son:

A *Según el origen o procedencia de los espermatozoides:*

- *Inseminación Artificial Homologa (IAH):* se realiza con el semen capacitado del compañero sexual o cónyuge (Alvarado, Pérez & Díaz, 2000)¹⁸.
- *Inseminación Artificial Heterologa (IAD):* se realiza con semen de donante al no obtener por ningún método espermatozoides del cónyuge (Alvarado, Pérez & Díaz, 2000)¹⁹.

¹⁷ Barroso. G & Colín. (2012) (P.8) *Bases Biológicas y Terapéuticas de la Fertilización Asistida* recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/3.pdf>

¹⁸ Pérez, L. (2000). “Técnicas de Reproducción Asistida” En J. Alvarado, L. Pérez & I. Yamal (Ed.) *Infertilidad y Endocrinología Reproductiva* (P. 224) Bogotá:Gamacolor.

Respecto a inseminación artificial Pérez (2011)²⁰ afirma:

“Más allá de si la muestra procede del esposo o de donante, el procesamiento o preparación de la muestra permite, en la mayoría de los casos, mejorar las características de los espermatozoides, lo cual incrementa las posibilidades de lograr un embarazo”. (p.484)

B. Según el Tiempo Transcurrido Después de la Obtención de la Muestra:

- *Fresco o con criopreservación:* el recurso de la técnica de congelación del semen presenta múltiples ventajas puesto que disminuye el peligro de contagio de graves infecciones (Junquera, 1998, p.39)²¹.

Las razones por las que se utiliza la inseminación artificial se debe a las siguientes afecciones: en pacientes con infertilidad de origen inexplicado, en pacientes con endometriosis mínimo o leve y en pacientes que tienen alteraciones mínimas de los espermatozoides. (Reprotec)²².

¹⁹ Pérez, L. (2000). “Técnicas de Reproducción Asistida” En J. Alvarado, L. Pérez & I. Yamal (Ed.) *Infertilidad y Endocrinología Reproductiva* (P. 224) Bogotá:Gamacolor.

²⁰ Pérez, (2011). (P. 484) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

²¹ Junquera, R. (1998). (P. 39) *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos, S.A.

²² <http://www.reprotecentro.com/Glosario-Tratamientos-de-Fertilidad> Reprotec centro de fertilidad aliado de la fundación Santa Fe de Bogotá que cuenta con más de 20 años de reconocimiento.

- II. Estimulación Ovárica Controlada (EOC): consiste en aumentar la concentración de gametos en el oviducto e incrementar las probabilidades de fertilización e implantación. Permite la solución de disfunciones ovulatorias comunes, la programación más precisa de la ovulación y la mejoría en receptividad cuando se acompaña de Inseminación Intrauterina (IIU). Se emplea en infertilidad inexplicable y después de tratamientos de endometriosis y de adherencias tuboperoitoneales. (Pérez, 2011, p.489)²³.
- III. Crio preservación de Espermatozoides: consiste en la congelación y almacenamiento de espermatozoides con fines reproductivos. El objetivo final de todo este proceso es que al final del mismo, el varón disponga de varias dosis seminales crio preservadas de cara a su utilización futura. Esta técnica está indicada para pacientes que hayan de ser sometidos a tratamientos que pueden reducir o anular su capacidad reproductiva (quimio o radioterapia), dificultad en la obtención de muestra seminal destinada a tratamientos de reproducción asistida. Oligoastenospermia, previo a la realización de vasectomía y por deterioro conocido o desconocido de las características de los espermatozoides. (clínica tambre)²⁴

2.2.2. TECINAS DE ALTA COMPLEJIDAD

- I. Fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones (FIV & TE): consiste en la obtención de óvulos directamente de cada ovario por medio de la punción y aspiración vaginal con guía ultrasonografía y se realiza la fertilización en el laboratorio. Una vez evaluada la

²³ Perez, (2011). (P. 489) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

²⁴ <https://clinicatambre.com/criopreservacion-de-semen/> Clínica de Reproduccion Asistida Madrid España

calidad de los embriones, estos son introducidos, a través de un catéter, dentro del útero en el paso tradicionalmente denominado “*transferencia embrionaria*” (Barroso & Colín, 2012)²⁵

Los ovocitos son incubados durante 4 - 6 horas antes de que se añadan los espermatozoides en el medio de inseminación. Posteriormente se dejan en incubación durante 16 - 20 horas, para luego inspeccionar en cuál de ellos ha ocurrido la fertilización, la cual acontece luego de tres horas de estar en contacto los gametos. El ovocito una vez fertilizado es depositado en medio de crecimiento, el embrión permanece en incubadora y se reexamina 24 – 48 horas más tarde para verificar si ocurrió la división celular (Alvarado, Pérez & Díaz, 2000)²⁶.

- II. Transferencia Intratubarica de Gametos (GIFT): técnica creada en 1984, requiere que las pacientes tengan al menos una trompa de Falopio en buen estado, ya que el procedimiento consiste, en colocar por laparoscopia o mini laparotomía espermatozoides y ovocitos sin fecundar en la porción ampular de un oviducto para que allí ocurra la fertilización. Una de las principales indicaciones es la infertilidad de causa desconocida (Pérez, 2011, p.521)²⁷.

²⁵ Barroso. G & Colín. (2012) (P.9) *Bases Biológicas y Terapéuticas de la Fertilización Asistida* recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/3.pdf>

²⁶ Pérez, L. (2000). “Técnicas de Reproducción Asistida” En J. Alvarado, L. Pérez & I. Yamal (Ed.) *Infertilidad y Endocrinología Reproductiva* (P. 217) Bogotá:Gamacolor.

²⁷ Perez, (2011). (P. 521) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

- III. Criopreservacion de Embriones: la criopreservacion de embriones permite enfriar y almacenar células tejidos u órganos a temperaturas muy bajas para su uso en el futuro (Agulles & Guillen, 2011)²⁸. originalmente fue implantada para aumentar las posibilidades de embarazo en un mismo ciclo, sin necesidad de una nueva estimulación ovárica. Sus indicaciones se fueron ampliando para evitar o reducir la incidencia de embarazos múltiples. Actualmente es una de las técnicas más eficientes para la preservación de fertilidad. (Pérez, 2011, p.574)²⁹.
- IV. Inyección Intracitoplasmatica de Espermatozoides (ICSI): Los primeros recién nacidos con esta técnica se lograron hacia el año de 1992 cuando en el laboratorio de la universidad libre de Bruselas un espermio accidentalmente penetro en el citoplasma de un ovocito con fertilización (Caballero, 1999, p. 242)³⁰. La técnica empleada en el proceso de micro inyección inicia con la micromanipulacion de los gametos en el laboratorio, realizando en forma directa la introducción de un espermatozoide de calidad óptima al interior del ovulo, para posteriormente evaluar el desarrollo de los embriones y transferirles al interior del útero (Barroso & Colín, 2012)³¹.

²⁸ Agulles, P. Guillen, M. (2011). *Ética de la investigación biomédica trasplantes, vacunas y embriones*. Valencia, España: Cultural y espiritual popular S.L.

²⁹ Perez, (2011). (P. 574) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*. Madrid España: Medica panamericana S.A

³⁰ Botella, J. (1999). "Microinyeccion de Espermios en Ovocitos (ICSI)" En J. Caballero (Ed.) *Esterilidad e Infertilidad Humanas* (P. 242) Madrid, España: Ediciones Dias de Santos S.A

³¹ Barroso. G & Colín. (2012) (P.9) *Bases Biológicas y Terapéuticas de la Fertilización Asistida* recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/3.pdf>

Las técnicas anteriormente mencionadas, son las que se llevan a cabo en las instituciones de fertilidad existentes en Colombia. Esto indica, que nuestro país se encuentra a la par con los avances científicos y tecnológicos. Además, cuenta con profesionales calificados que encabezan los procedimientos. Sin embargo, se presentan varios impedimentos al momento de acceder a los tratamientos. Puesto que, al no hacer parte del Plan Obligatorio de Salud los procedimientos para tratar la infertilidad, no todas las personas con afecciones en el sistema reproductivo pueden acceder a los mismos.

Por esta razón, después de analizar las causas que generan la enfermedad de la infertilidad y de conocer los numerosos tratamientos que existen para solucionar estas afecciones, es importante que se genere una política pública por parte del estado, para empezar a brindar atención integral y de calidad a las personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud que padecen esta enfermedad.

2.3. PROTECCION LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LA REPRODUCCION ASISTIDA.

La normatividad existente en Colombia a cerca de la reproducción asistida es escasa. En consecuencia, esta normatividad no regula todos los ámbitos que se presentan. Sin embargo, se expone la reglamentación existente.

Para empezar el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 establece lo siguiente:

“ARTICULO 42. *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

La Constitución Política de 1991 le dio gran importancia a la familia. Pues la reconoce y ampara como institución básica de la sociedad brindándole protección integral. Igualmente, considera que corresponde a la esfera íntima familiar, decidir el número de hijos que deseen procrear. No sin antes puntualizar la igualdad de derechos y deberes que poseen los descendientes de las parejas.

Sin embargo, aunque el constituyente reconoce la asistencia científica, no profundiza en la aplicación de la Reproducción Humana Asistida que se emplea para los hijos nacidos por medio de estos procedimientos científicos. Lo que genera interrogantes para las personas que deben acudir a estos tratamientos y también para las instituciones que proporcionan estos servicios. Puesto que, al no existir reglamentación clara que aborde todos los cuestionamientos que surgen

a partir del manejo de las técnicas de reproducción asistida se pueden presentar dificultades. Más aun, cuando en Colombia la reproducción asistida se practica con reconocimiento desde el año de 1985.

Igualmente en el Código Penal se tipifican algunas conductas que prohíben la clonación, la manipulación genética y la fecundación de embriones con finalidad diferente a la procreación humana, con el fin de proteger la vida y la integridad personal desde la concepción.

En este sentido los artículos 132, 133 y 134 del código penal señalan.

“ARTICULO 132. MANIPULACION GENETICA: El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses”.

“ARTICULO 133. REPETIBILIDAD DEL SER HUMANO: El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses”.

“ARTICULO 134. FECUNDACION Y TRAFICO DE EMBRIONES HUMANOS: El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con

respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título”.

De manera que como se ve anteriormente, en el Código Penal se encuentran tipificados algunos delitos referentes a la manipulación genética. Con el fin de sancionar y controlar a quienes manejan componentes anatómicos, para que no den uso inapropiado o confieran finalidad diferente a la de contribuir con los avances científicos el diagnóstico y tratamiento de quienes requieran de la procreación humana asistida.

Así mismo, el Decreto 1546 del 04 de agosto de 1998³² regula las condiciones mínimas que deben tener las unidades de biomedicina reproductiva para su buen funcionamiento. También, define conceptos relacionados con las técnicas de reproducción asistida como donante, donante homólogo, donante heterólogo, receptor entre otros.

Ahora bien, el Decreto anteriormente mencionado fue modificado por el Decreto 2493 del 04 de agosto de 2004³³ por el cual se regula la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante e

³² <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/16629/Decreto+1546-1998.pdf/04f0f531-0525-4942-b5d9-2f85b5b2412e> decreto 1546 de 1998 regula las condiciones minimas de las unidades de biomedicina reproductiva.

³³ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14525> decreto 2493 de 2004 regula la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante e implante en los seres humanos.

implante en los seres humanos. Además, amplía las definiciones científicas del artículo 2 del decreto modificado.

Por último, la Ley 919 del 22 de diciembre de 2004³⁴ tipifica como delito el tráfico de los componentes anatómicos. (Órganos, tejidos, fluidos corporales) Igualmente, prohíbe la comercialización de los mismos por considerar que estos siempre deben hacerse por razones humanitarias y no por compensación económica.

Finalmente, cabe anotar, que en Colombia la reproducción asistida tiene aceptación, por parte de la Constitución Política de 1991 y la normatividad anteriormente mencionada. Además, es claro que se pretende regular sobre la materia y todo lo que ella abarca. No obstante, se evidencia que la regulación actual no se ajusta a las necesidades de los colombianos y a los avances científicos y tecnológicos que se presentan de las técnicas de reproducción asistida. Por esta razón, es indiscutible, que el estado debe intervenir, para afrontar y adaptar las normas a la problemática que surge de las parejas que deben acudir a la reproducción asistida para aliviar la infertilidad que los aqueja.

³⁴ <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad+Nuevo/LEY%200919%20DE%202004.pdf> ley 919 de 2004 por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico.

2.4. SITUACION JURIDICA DEL MENOR NACIDO POR METODOS DE REPRODUCCION ASISTIDA.

La carta política de 1991 toma a la familia como objeto de regulación y en el artículo 5 y 42 la reconoce como institución y núcleo fundamental de la sociedad. Además, consagra que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. También reconoce la igualdad de derechos de los hijos creados por medio de técnicas de reproducción asistida con los hijos adoptados o procreados naturalmente.

Morales (2006)³⁵ afirma que la familia en el sistema jurídico colombiano se define en sentido restringido y en sentido amplio.

“En sentido restringido, que es del que normalmente se sirve el derecho de familia, por lo general, considera a la familia como el grupo social compuesto por padre, madre e hijos que forman una.

“En sentido amplio, es el conjunto de personas que descienden de un tronco común, o lo que es igual, todos los descendientes, ascendientes y colaterales que tienen un mismo linaje” (p.124).

Para comenzar el desarrollo de la situación jurídica del menor nacido por métodos de reproducción asistida se analizará la importancia de la concepción.

La concepción, es determinada como la unión de dos componentes genéticos uno masculino y otro femenino. Esta unión puede ser natural o asistida.

³⁵ Morales, A. (2006). (p.124). *Lecciones de derecho de familia*. Leyer.

La concepción natural es la que se produce por la copula sexual de un hombre y de una mujer y que se presenta en los órganos internos de la mujer (Montoya & Montoya, 2001)³⁶.

La concepción asistida es la que se produce sin copula sexual, se lleva a cabo con la unión del espermazoide y el ovulo esta fecundación se realiza por medio de intervención médica. Existen varias modalidades esto depende del procedimiento o técnica que se utilice.

Según (Montoya & Montoya, 2010)³⁷. Para efectos jurídicos, es importante determinar el momento de la concepción porque de ese instante se derivan consecuencias jurídicas patrimoniales o extra patrimoniales, así:

- Con la determinación temporal se presume el carácter de hijo matrimonial o extramatrimonial si la concepción se da después de la celebración del matrimonio o después de iniciada la unión marital
- Se puede impugnar la paternidad si se demuestra que la concepción se dio en fecha respecto de la cual el presunto padre no estuvo en posibilidad de procrear
- Se tiene derecho a reclamar cuota alimentaria para la gestante, la cual comprende también los gastos del embarazo y del parto, conforme el artículo 24 del código de la infancia y la adolescencia
- Se tiene derecho a establecer una protección patrimonial para el que está por nacer

³⁶ Montoya, M. & Montoya, G. (2001). (P. 27) *Las personas en el derecho civil colombiano*. Bogotá: Leyer.

³⁷ Montoya, M. & Montoya, G. (2010). (P. 54) *Las personas en el derecho civil*. Bogotá: Leyer.

Sin embargo, frente a la concepción asistida, la determinación del momento en el cual se da la unión del espermatozoides y el óvulo es cuestión de simple registro médico, por lo tanto, la dificultad se presenta frente a la concepción natural porque aquí no hay certeza sobre el instante mismo de la fecundación; para ello las leyes se valen de reglas que permiten establecer, por presunción, la época de la concepción. (Montoya & Montoya, 2001)³⁸.

En este sentido, El artículo 92 del Código Civil establece:

“De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume (de derecho) que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

Por otra parte, la corte constitucional mediante sentencia C-004 del 22 de enero de 1998³⁹ declaró inexecutable la expresión “de derecho” del artículo anteriormente descrito. En consecuencia estableció que la presunción de la que trata este artículo será “Legal” que admita prueba en contrario. Es decir, permite la prueba de la filiación en los casos excepcionales de nacimientos de menos de 180 días de gestación y más de 300 días. Puesto que, acepta que la ciencia médica mediante la prueba del ADN (reglamentado en la ley 721 de 2001) ha llegado a establecer sin lugar a dudas casi con el 100% de posibilidades de acierto, que ocurran nacimientos de seres humanos que sean el resultado de gestaciones de duración inferior a 180 días o superior a 300 días.

³⁸ Montoya, M. & Montoya, G. (2001). (P. 30) *Las personas en el derecho civil colombiano*. Bogotá: Leyer.

³⁹ Sentencia C-004 del 22 de enero de 1998 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Por lo que se refiere al nacimiento el Código Civil en su artículo 90 estima lo siguiente:

“La existencia legal de toda persona principio al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputara no haber existido jamás.”

Montoya & Montoya (2010)⁴⁰ afirma que para que el nacimiento constituya principio de existencia y surja la personalidad jurídica se requiere, de acuerdo con el citado artículo 90, lo siguiente:

- Que la criatura se encuentre fuera del vientre materno, bien por proceso natural o bien por asistencia médica.
- Que la criatura este separada de la madre, bien sea en forma natural o por medios quirúrgicos, ni el método, ni el modo, ni el momento de la separación interesan al derecho. Para que esta separación sea completa, se requiere que se rompa totalmente la unión entre madre y criatura y ello se logra con el corte del cordón umbilical.
- Que la criatura haya vivido siquiera un momento después de la separación completa. Esta expresión es de difícil entendimiento, parece significar vivir al menos una fracción de tiempo, por insignificante que sea, un tiempo brevísimo, fracción de segundo. según el diccionario de la lengua española, momento es: “mínimo espacio en que se divide el tiempo”.

⁴⁰ Montoya, M. & Montoya, G. (2010). (P. 62) *Las personas en el derecho civil*. Bogotá: Leyer

En consecuencia, como lo describe el artículo antes mencionado, se necesita que la criatura se haya separado un momento siquiera de la madre, para que el nacimiento constituya la existencia de la persona y surja la personalidad jurídica. Así mismo, la prueba del nacimiento se acredita con el certificado de nacido vivo expedido por las entidades de salud.

En cuanto a los derechos del no nacido el Código Civil en el artículo 93 manifiesta que:

“Los derechos que se deferirán a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectuó. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrara el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.

En el caso del inciso del artículo 90 pasaran estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.”

Por consiguiente, para que surja el carácter de personalidad jurídica basta con nacer, y separarse de la madre. A partir de este momento la persona adquiere sus derechos, los cuales se encuentran suspendidos a espera de que se efectuó el nacimiento. Es importante resaltar que en Colombia se reconocen los derechos del natus, sin embargo, estos se consolidan con el hecho mismo del nacimiento.

Ahora bien, concluido el nacimiento surgen cuatro conceptos filiación, maternidad, paternidad y parentesco que se desarrollaran a continuación.

La filiación por reproducción asistida desde el punto de vista biológico, radica en el vínculo que une al hijo con los padres, en razón del parto y la fecundación, que para este suceso es el que se lleva a cabo por medio de técnicas de reproducción humana asistida. En consecuencia, se puede ser hijo con las dos calidades. Cuando se habla de inseminación heteróloga asistida, es decir cuando el gameto proviene de un donante o persona anónima o inseminación homologa asistida, cuando el gameto pertenece al compañero o conyugue.

En este sentido, la filiación también integra al ser que es acogido como hijo sin serlo pues como se mencionaba anteriormente, también ocurre filiación en la adopción o en la inseminación heterologa asistida.

En cuanto a la maternidad desde el punto de vista biológico, consiste en el acontecimiento de una mujer en dar a luz a una criatura. De manera, que la mujer se convierte en madre. Así mismo, presupone dos circunstancias:

- El hecho físico del parto.
- Que exista identidad de la criatura parida, con el que se llama hijo.

Montoya & Montoya (2010)⁴¹ afirman que en derecho la maternidad comprende un concepto más amplio que el natural o biológico porque también cobija a mujeres que no han dado a luz y sin embargo frente a la ley son madres, como lo son en el caso de la adopción y el nuevo

⁴¹ Montoya, M. & Montoya, G. (2010). (P. 66) *Las personas en el derecho civil*. Bogotá: Leyer.

fenómeno que surge del arrendamiento de vientre, se habla así de madre adoptante y madre sustituta la primera está reglamentada en Colombia la otra no.

En cuanto a la maternidad subrogada o alquiler de vientre, consiste en el compromiso que se genera por parte de la madre gestante hacia los padres biológicos. Con el fin de llevar a cabo una gestación en el vientre de la madre subrogada con gametos pertenecientes a la pareja o aportados por un tercero donante, a fin de que la madre subrogada entregue la criatura al momento del nacimiento a los padres biológicos.

La corte constitucional mediante sentencia T- 968 de 2009⁴² señaló que la maternidad subrogada ha sido definida por la doctrina “como *el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figura como madre de este*”.

Así mismo, preciso la necesidad de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y de condiciones como las siguientes:

- Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir.
- Que los gametos que se requieran para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
- Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.

⁴² Sentencia T-968 del 18 de diciembre de 2009 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

- Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica haber tenido hijos etc.
- Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo así como a valoraciones psicológicas.
- Que se preserve la identidad de las partes.
- Que la mujer gestante una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos no pueda retractarse de la entrega del menor.
- Que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.
- Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- Que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica entre otros.

En consecuencia, surgen diversos interrogantes frente a la maternidad subrogada, que aún no se ha regulado en Colombia. Pero que si se viene efectuando en algunos centros de fertilidad. No obstante, la constitución política de 1991 legitimo jurídicamente la procreación asistida, pero no Estableció de forma clara los lineamientos para que estos procedimientos se llevaran a cabo. Lo que es significativo para todas las personas que recurren a la reproducción asistida y que se ven perjudicadas por los vacíos normativos existentes en la actualidad.

Por otra parte, la paternidad desde el punto de vista biológico consiste en fecundar, ya sea de manera natural o asistida un ovulo siempre y cuando se presente como consecuencia el nacimiento.

Así mismo, la ley reconoce el carácter de padre al adoptante y al aceptante de fecundación heterologa que asume tal calidad sin que lo sea de manera biológica. Igualmente se descarta la calidad de padre por la simple entrega o donación de semen (Montoya & Montoya, 2010)⁴³.

Otro punto a tratar es el parentesco el cual es determinado como un vínculo jurídico impuesto a las personas en razón de la consanguinidad, afinidad o parentesco civil.

El parentesco de consanguinidad, se encuentra consagrado en el artículo 35 del Código Civil así:

“Es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de la sangre”.

Así pues, el parentesco de consanguinidad se conforma porque descienden unas personas de otras o porque tienen una misma sangre.

El parentesco de afinidad se clasifica en legítima o ilegítima la primera se encuentra establecida en el artículo 47 del Código Civil indica:

“Afinidad legítima es la que existe entre una persona que esta o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo”.

Se denomina afinidad ilegítima, a la que existe entre dos personas que no han contraído matrimonio y han concebido hijos sin estar casados. La diferencia entre estas dos clases de

⁴³ Montoya, M. & Montoya, G. (2010). (P. 66) *Las personas en el derecho civil*. Bogotá: Leyer

afinidad es que en la afinidad legítima, los hijos son concebidos durante el matrimonio y en la afinidad ilegítima, los hijos son concebidos sin antes contraer matrimonio.

Ahora bien, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 595 de 1996⁴⁴ determino que las expresiones “legítimo” e “ilegítimo” debían sustituirse por las expresiones “matrimonial” y “extramatrimonial” puesto que en la Ley 29 de 1982⁴⁵ artículo 1 se estableció que “los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos” otorgándole así igualdad de derechos herenciales. Igualmente, considero que estas expresiones se ajustan en pie de igualdad con el artículo 42 de la constitución política de 1991, que reconoce que la familia se constituye por vínculos “naturales o jurídicos”.

Con respecto a lo anterior, es importante destacar, que la constitución política de 1991 en el artículo 42 inciso 3 consagra que los hijos habidos en el matrimonio o fuera del adoptados o procreados naturalmente, o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes.

Por lo que se refiere al parentesco civil, se configura cuando surge la adopción en cuanto a esto, Manifiesta el artículo 61 de la ley 1098 de 2006⁴⁶ del código de la infancia y la adolescencia lo siguiente:

“La adopción es principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza ”

⁴⁴ Sentencia C-595 del 6 de noviembre de 1996 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

⁴⁵ Ley 29 de 1982 por medio de la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

⁴⁶ Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.

El Estado brinda la oportunidad para que las personas que deseen conformar una familia y no pueden hacerlo naturalmente, lo hagan por medio de la adopción. Ahora bien para poder adoptar en Colombia es necesario cumplir con una serie de requisitos que corresponden tanto para el adoptante como para el adoptado. Situación que corresponde como objeto de estudio en otra investigación.

2.5 PRONUNCIAMIENTOS DE LA IGLESIA RESPECTO DE LA REPRODUCCION ASISTIDA

La religión católica se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con las técnicas de reproducción asistida. Estos comunicados siempre han manifestado el desacuerdo por parte de la iglesia para que se efectúen estas técnicas de procreación.

En este sentido, el 23 de noviembre de 1996, el presidente de la conferencia episcopal de Colombia, monseñor Alberto Giraldo Jaramillo envió una carta a la cámara de representantes, con el fin manifestar criterios del magisterio, debido a los debates que se presentaban en el congreso por el proyecto de ley 261 de 95 que regulaba la procreación humana con asistencia científica. La carta expuso que las técnicas de reproducción asistida, son inmorales por cuanto separan los fines procreativos y unitivo del acto conyugal. Además, afirmo que la inseminación heterologa, es contraria a la fidelidad de los cónyuges y a la unidad familiar⁴⁷.

Así mismo, el 3 de marzo de 2012, el papa Benedicto XVI durante la conferencia realizada en la santa sede sobre el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad, invito a los católicos a no aceptar la procreación asistida manifestando que el único ámbito digno para la procreación es el

⁴⁷ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-597959> archivos digitales de la pagina de el tiempo

matrimonio porque “no consiste en un producto si no en su vínculo con el acto conyugal, una expresión del amor de los esposos, de su unión no solo biológica sino también espiritual”⁴⁸.

En cuanto a la religión judía e islámica Pérez, 2011⁴⁹ afirma que:

“La religión judía respecto a la reproducción asistida considera que predomina el mandamiento de Dios a Adam de crecer y multiplicarse, por lo que está a favor de ella utilizando gametos propios. En cuanto a la religión islámica está a favor de la reproducción asistida siempre y cuando se empleen gametos propios y el útero sea el de la esposa” (p.600).

En conclusión, el papel de la religión en la reproducción asistida es un tema significativo. Puesto que en Colombia, la religión católica cuenta con bastantes feligreses y como mencionamos anteriormente la iglesia se encuentra en desacuerdo frente a la procreación humana. Así pues, en algunos casos las parejas sin desearlo, se enfrentan al dilema de someterse a tratamientos de fertilidad, así vayan en contra de sus creencias religiosas o también deciden tomar la decisión de no realizar estos procedimientos, así no den cumplimiento a sus proyectos de vida.

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE AL SUMINISTRO DEL TRATAMIENTO DE FERTILIDAD POR PARTE DE LAS ENTIDADES

⁴⁸ <http://www.semana.com/enfoque/articulo/vetada-procreacion-artificial/254378-3> archivos digitales de la revista semana.

⁴⁹ Pérez, (2011). (P. 600) *Atención Integral de la Infertilidad Endocrinología, Cirugía y Reproducción Asistida*.

Madrid España: Medica panamericana S.A

PRESTADORAS DE SALUD Y DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.

3.1 problema jurídico: ¿cuál es el fundamento de la Corte Constitucional, para negar o conceder, el suministro e inclusión de los tratamientos de fertilidad en el plan obligatorio de salud (POS)? ¿cuál es la importancia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y de qué manera influye el acatamiento de estos derechos en la inclusión de los tratamientos de fertilidad en el plan obligatorio de salud (POS)?

Con el fin de brindar solución a los interrogantes planteados se enuncian las sentencias seleccionadas de la Corte Constitucional, que tratan el objeto de estudio. (Tratamientos de fertilidad y derechos sexuales y reproductivos).

SENTENCIAS RELACIONAS CON TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD

T- 341 del 27 de julio del año 1994 Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz

T- 572 del 25 de julio del año 2002 Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

T- 512 del 19 de junio del año 2003 Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett

T- 870 del 05 de septiembre 2008 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

T- 857 del 26 de noviembre del año 2009 Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

T- 525 del 05 de julio del año 2011 Magistrado ponente: Mauricio González cuervo

T- 528 del 18 de julio del año 2014 Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa

SENTENCIAS RELACIONADAS CON LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.

T- 605 del 03 de agosto del año 2007 Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto

T- 732 de 2009 Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto

T- 528 del 18 de julio del año 2014 Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Para iniciar el desarrollo jurisprudencial se narraran los hechos de cada sentencia, luego se detallaran las consideraciones emitidas por parte de La Corte Constitucional y finalmente se hará un análisis jurisprudencial por parte de quien escribe esta monografía.

Primeramente se tomara la sentencia T- 341 del 27 de julio de 1994 emitida por la Corte Constitucional para conocer la línea jurisprudencial frente a los tratamientos de fertilidad.

3.1.1. Sentencia T – 341 de 1994

SENTENCIA	T-341 DE 1994
FECHA	27 DE JULIO DE 1994
MAGISTRADO PONENTE	CARLOS GAVIRIA DIAZ
ACCIONANTE	PETRA ROONER
ACCIONADO	AVIANCA S.A

HECHOS

La accionante firmo un contrato a término indefinido con la empresa Avianca el día 13 de junio de 1989 para desempeñarse como copiloto. A partir de esa fecha y hasta el día 16 de julio de

1991 desempeño con normalidad las labores que le fueron encomendadas y para las cuales fue contratada, en esta fecha es suspendida de las actividades de vuelo por estar embarazada. El nacimiento de su hijo ocurre el día 23 de noviembre de 1991 pero el 30 de noviembre del mismo año muere por ser prematuro.

Debido al nacimiento anticipado de la criatura, la accionante quedo padeciendo anovulación severa⁵⁰ e infertilidad secundaria. Por esta razón, decidió a título personal iniciar el 14 de octubre de 1993 un tratamiento para inducción de ovulación. Situación ante la cual solicito a Avianca S.A, apoyo para costear los gastos ocasionados por el tratamiento, pero la empresa se negó a sufragarlos por el elevado costo aun así, la accionante continuó con el tratamiento.

A causa de este tratamiento la accionante solicitaba continuamente incapacidades motivadas en episodios de mareos continuos que no le permitían desempeñar con normalidad sus labores de copiloto.

El 16 de noviembre de 1993 el jefe de departamento medico de Avianca le explico a la accionante, que no se le iban a conceder más incapacidades derivadas del tratamiento de fertilidad; puesto que, no se trataba de una enfermedad. Ante la continuidad sistemática de incapacidades por parte de la accionante la empresa Avianca s.a decidió dar por terminado el contrato laboral con la accionante el día 5 de enero de 1994.

⁵⁰ Alteraciones en la ovulacion

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional en esta sentencia hace referencia a los tratados internacionales acogidos por Colombia para evaluar si hace parte del derecho a la salud de la accionante el recuperar su función reproductiva.

En este sentido, determino que El Pacto Internacional De Derechos Económicos Sociales y Culturales⁵¹ en su artículo 12 numeral 1 señalo: *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"*.

Así mismo, en La Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas de Discriminación Contra La Mujer⁵² señalo tres artículos:

"Artículo 11, Numeral 1: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

⁵¹ El pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales fue suscrito por Colombia el 21 de julio de 1966. aprobado mediante la ley 74 de 1968. Entro en vigor el 3 de enero de 1976.

⁵² La convención sobre la eliminación de todas las formas contra la mujer fue suscrita por Colombia el 17 de julio de 1980 y aprobada mediante la ley 51 de 1981 entro en vigor el 18 de febrero de 1982.

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo.

Artículo 12: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

Artículo 16, Numeral 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:

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación, y los medios que les permitan ejercer estos derechos ”⁵³

⁵³ Sentencia T- 341 del 27 de julio de 1994 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

En consecuencia, la Corte Constitucional estimo, que de acuerdo con el artículo 49 de la constitución política de Colombia y los tratados internacionales acogidos por Colombia la accionante tenía derecho a que se le prestara la atención médica que requería en el período posterior a su parto y además de que le fuera suministrado el tratamiento de inducción a la ovulación que requería para recuperar plenamente su función reproductora.

De la misma manera, considero que se le vulneró el derecho a formar una familia a la accionante y a su pareja. Dado que, ellos tenían la voluntad de tener hijos pero debido al no reconocimiento de la infertilidad como enfermedad y el desamparo por parte de Avianca la afección en el sistema reproductivo de la accionante no pudo resolverse.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

De lo anterior, cabe destacar que la Constitución Política de Colombia de 1991 se puede complementar con la aplicación de tratados y convenios internacionales como sucede en este caso en el cual La Constitución Política de Colombia en su artículo 49 indica que:

“ARTICULO 49. *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por

entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”

Este artículo se ve complementado y ampliado en su cobertura con la integración del artículo 12 numeral 1 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales” y por la “convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer por los artículos 11 numeral 1 literal e) f) artículo 12 numeral 1, artículo 16 numeral 1 literal e) citados anteriormente en las consideraciones de esta sentencia en donde resalta la importancia del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y la eliminación de la discriminación contra la mujer en relación con el matrimonio y las relaciones familiares.

Así mismo, cabe resaltar, que en esta sentencia⁵⁴ la infertilidad no es considerada como enfermedad por el accionado Avianca, que utilizó tal argumento para negar el pago del tratamiento de inducción a la ovulación. En este caso La Corte Constitucional considera que hace parte del derecho a la salud de la accionante la recuperación de la función reproductiva. Sin embargo, no discrepa que la infertilidad no sea reconocida como una enfermedad por parte del accionado.

⁵⁴ Sentencia T- 341 del 27 de julio de 1994 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

3.1.2. Sentencia T- 572 de 2002

SENTENCIA	T-572 de 2002
FECHA	25 de julio del 2002
MAGISTRADO PONENTE	MARCO GERARDO MONROY CABRA
ACCIONANTE	ESTHER LOPEZ CHINCHILLA
ACCIONADO	COOMEVA E.P.S

HECHOS

La tutelante solicito medicamento “pergonal” a COOMEVA EPS para continuar con el tratamiento de fertilidad iniciado por el doctor adscrito a la misma, con el fin de solucionar la anovulación que presentaba. Puesto que aunque el tratamiento ya se había iniciado con otro medicamento este no había surtido efecto.

El 27 de junio de 2001, Coomeva comunica a la accionante que el medicamento solicitado, no se encuentra en la lista de medicamentos. Así mismo, le indica que el Comité Técnico Científico puede definir la autorización. Por lo que, el médico adscrito a La EPS diligencio un formato para solicitar el medicamento. Coomeva respondió que el comité decidió negar la entrega del medicamento. Dado que el tratamiento de infertilidad está por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

CONSIDERACIONES

La sala sexta de revisión de la Corte Constitucional, examino la jurisprudencia de ese momento para conocer, si existía jurisprudencia que declarara improcedente la acción de tutela para

extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a operaciones que tienen que ver con el tratamiento de fertilidad y encontró dos precedentes:

El primero, corresponde a la petición de una señora para que se le practicara un procedimiento quirúrgico denominado laparoscopia operatoria. La sentencia T-689/01⁵⁵ negó el amparo con fundamento en las siguientes razones:

“Por una parte, por la regulación que se ha hecho de los servicios comprendidos por el Plan Obligatorio de Salud pues entre ellos no se encuentra el tratamiento para la infertilidad. Esa exclusión no sólo constituye el legítimo desarrollo de una facultad de configuración legal sino que además es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio colombiano.

Por otra parte, porque si bien el Texto Fundamental dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer ha de ser objeto de la especial asistencia y protección del Estado, ese deber de asistencia y protección opera siempre que la procreación sea posible y sólo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear.”

La anterior decisión de la Corte Constitucional invocó una jurisprudencia contenida en la sentencia T-1104/00⁵⁶ que dijo lo siguiente:

⁵⁵ Sentencia T- 689 del 03 de julio del año 2001 Magistrado ponente: Jaime Cordoba Triviño

⁵⁶ Sentencia T – 1104 Del 23 de Agosto Del año 2000 Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

“Se colige de lo expuesto que el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable cuando éste se dirige a posibilitarle mediante una acción positiva, verbigracia una intervención médico quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer cuya función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal.

Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un

Deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada sobre planificación familiar, etc.”

En cuanto, a la continuidad del servicio la Corte Constitucional señaló que cuando el médico tratante prescribe un tratamiento no se puede suspender. Dado que viola los derechos a la igualdad, dignidad e integridad física. Además, en este caso la paciente no cuenta con los

recursos suficientes para continuar con el tratamiento lo que hace que se perjudique aún más su salud.

En consecuencia, la Corte Constitucional concluyo que a la accionante no se le debió suspender el tratamiento. Dado que, el médico que inicio el procedimiento y prescribió los medicamentos estaba adscrito a la EPS donde se encontraba afiliada la tutelante. Igualmente, consideró que él no suministrar el medicamento solicitado afectaba otros aspectos de salud. Puesto que, la accionante no poseía los recursos económicos suficientes para costearlo. Lo que le impedía continuar con el tratamiento si la EPS no le entregaba el medicamento.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, no obstante lo anterior, se evidencia que las mujeres que no pueden procrear biológicamente, no cuentan con el apoyo del estado lo que hace difícil recuperar la salud y función reproductora para fecundar, más aun cuando los tratamientos para la infertilidad tienen un alto costo. Además, el no brindar la atención requerida puede ocasionar que otros aspectos de la salud se vean afectados.

Por lo anterior, se extrae de la sentencia T- 572 de 2002⁵⁷ previamente citada el concepto emitido por el médico tratante de la accionante cuando La Honorable Corte Constitucional profirió un auto preguntándole si la no aplicación del medicamento “pergonal” implicaba una afectación física o psicológica para dicha señora a lo que responde:

⁵⁷ Sentencia T – 572 del 25 de julio del año 2002 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

*“Dando respuesta a la pregunta específica de que si la no utilización del “pergonal” implica una afectación física o psicológica a la señora. La respuesta en concreto es: no tiene por qué afectarla desde ningún punto de vista. Lo importante a tener en cuenta es que sin este medicamento o cualquier otro que se requiera para la estimulación de la ovulación, la señora Esther López Chinchilla es incapaz de lograr un embarazo **y esto si llevaría la afectación psicológica y por lo tanto física** ya que para ella y su pareja en el momento es de suma importancia lograr el embarazo.”*

En este sentido, las personas que tienen como proyecto de vida, procrear si se ven afectados en su salud, considerando que la afectación seria psicológica y en consecuencia física. Por esta razón es importante empezar a brindar atención y protección a las personas que padecen esta enfermedad. Puesto que la asistencia que proporciona el estado en cuanto a los métodos de planificación familiar se queda corta para atender todos los derechos reproductivos.

3.1.3 Sentencia T – 512 DE 2003

SENTENCIA	T-512 DE 2003
FECHA	19 DE JUNIO DE 2003
MAGISTRADO PONENTE	EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
ACCIONANTE	ERLINDA MOGOLLON
ACCIONADO	COLSEGUROS E.P.S

HECHOS

Se le practicó a la accionante una laparoscopia con el fin de determinar un problema de infertilidad. El examen determino que se le debía realizar un procedimiento quirúrgico, para

desobstruir una trompa de Falopio. A lo que la EPS respondió que no se le practicaría tal procedimiento. Dado que, los tratamientos para la infertilidad, no estaban incluidos dentro de Plan Obligatorio de Salud.

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional, en esta sentencia confirmo la línea jurisprudencial frente a la improcedencia de la acción de tutela para hacer extensiva la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a los tratamientos de infertilidad. Distinguiendo entre tres situaciones:

a) En los casos en los cuales la causa de la solicitud de atención médica es la infertilidad misma, la Corte Constitucional ha negado la procedencia de la tutela, con los siguientes argumentos: son fundamentales los derechos contenidos en el capítulo I del título II de la Constitución; que el derecho a la salud está consagrado en el capítulo II del título II de la Carta y, por lo mismo, no es fundamental; que, por otra parte, la salud es per se un derecho prestacional y, por lo tanto, no puede ser calificado como fundamental; que los derechos prestacionales únicamente se protegen mediante tutela cuando, por conexidad, se viola un derecho fundamental; que el derecho a la salud única y exclusivamente se protege por vía de tutela cuando se viola el derecho fundamental a la vida; que, de conformidad con los tratados de derechos humanos adoptados en el marco interamericano, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos prestacionales son de desarrollo progresivo, razón por la cual su prestación efectiva se difiere a la existencia de recursos; que la protección a la maternidad se extiende a las facultades procreativas de la mujer, únicamente en

el evento en que, de manera natural, sea apta para gestar; y, finalmente, dado que el no tratamiento de la infertilidad no pone en peligro la vida de la mujer, no se presenta violación de derecho fundamental alguno.

b) En el evento en que, a pesar de encontrarse los tratamientos contra la infertilidad excluidos del P.O.S., éstos se hubieren iniciado, la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la continuidad del servicio, razón por la cual resulta prohibido a las E.P.S. suspender la atención, alegando la expresa exclusión de tales tratamientos del P.O.S.

c) En los casos en los cuales la infertilidad es producto de otros males o enfermedades, la Corte ha protegido el derecho a acceder a los tratamientos médicos que los enfrenten y, así mismo, permitan la recuperación de las funciones reproductoras⁵⁸.

Igualmente, en esta sentencia La Corte Constitucional reitera la jurisprudencia sobre la improcedencia de la acción de tutela para hacer extensiva la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a los tratamientos de infertilidad con la sentencia T – 752 del 21 de septiembre del año 2007 Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández cuando la accionante, solicita un procedimiento de fertilización in vitro para poder ser madre pero la Corte Constitucional señala las tres causales antes mencionadas y niega una vez más el amparo solicitado.

Así mismo, la Corte Constitucional insiste en que no se vulnera el derecho a conformar una familia. Puesto que, no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes

⁵⁸ Sentencia T – 512 del 19 de junio del año 2003 Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett (P.6)

obligatorios de salud. Además, indica que existe otra opción para conformar un núcleo familiar como lo es la adopción.

Por último, La Corte Constitucional niega el procedimiento quirúrgico debido a la exclusión expresa de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud. Además, confirma la sentencia de segunda instancia, que determina que el no suministrar el tratamiento requerido por la accionante, no interfería en el desarrollo pleno de su vida. Igualmente menciono, que de acuerdo con los principios que orientan la seguridad social en salud se justifica que los tratamientos de fertilidad estén expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud por el alto costo que ocasionan.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Para resolver este caso, la Honorable Corte Constitucional solicito a varias autoridades información relacionada con la infertilidad femenina en Colombia. No obstante, las autoridades tales como ICBF, Consejería Presidencial Para la Equidad de la Mujer y el Ministerio de Salud en el año 2003 manifestaron que no se habían realizado estudios específicos sobre la infertilidad. Por tanto, no contaban con archivos que dieran respuesta a la solicitud de la Corte Constitucional.

Solamente, el instituto colombiano de antropología respondió que, se habían elaborado estudios etnográficos y antropológicos sobre la infertilidad de la mujer y su incidencia en las relaciones de pareja, Diciendo que; la infertilidad es una de las causas de divorcio de las parejas. Dado

que, los hijos ayudan a afianzar los lazos familiares, por esta razón los matrimonios infértiles se consideran como desgraciados e incompletos.

Por lo anterior, cabe resaltar la importancia que tiene la respuesta emitida por el instituto colombiano de antropología ya que expone, que la vida social y en pareja se ve afectada por la infertilidad hasta el punto de generar rupturas matrimoniales. Es decir, interfiere en el proyecto de vida de quienes sufren de infertilidad. Motivo por el cual, se insiste en que se conceda por parte del estado más atención y apoyo a este segmento de la población que se ve afectado. Considerando que por medio de las sentencias antes estudiadas se empieza a manifestar las consecuencias que genera la infertilidad en las parejas.

Adicionalmente, se observa la poca investigación e importancia que se presta a la infertilidad en distintas entidades. Considerando que en el año 2003 y anteriores esta enfermedad ya afectaba parte de la población, pero aún así no había sido objeto de estudio.

Finalmente, se percibe que hasta el momento la infertilidad solamente se ha estimado en mujeres lo que es un desacierto. Puesto que, esta problemática no afecta únicamente al sexo femenino. Considerando que en la actualidad según la bodega de datos sispro del ministerio de salud más de 24. 285 hombres padecen de infertilidad por diferentes causas.

3.1.4 Sentencia T- 870 de 2008

SENTENCIA	T- 870 DE 2008
FECHA	05 DE SEPTIEMBRE DE 2008
MAGISTRADO PONENTE	MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
ACCIONANTE	CECILIA AMEZQUITA
ACCIONADO	COMFAMILIAR HUILA EPS-S REGIONAL BOYACA

HECHOS

La accionante solicito a su EPS-S (Empresa promotora de salud subsidiada) tratamiento para miomatosis uterina que le genera dificultades para procrear. La EPS-S negó el tratamiento argumentando que esta fuera del POS-S (plan obligatorio de salud subsidiado) Además, considero que la paciente no corre peligro de muerte si no se le suministra el medicamento solicitado.

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional indico que los tratamientos de fertilidad se encuentran excluidos expresamente del Plan Obligatorio de Salud, conforme lo dispone la resolución 5521 de 2013 en su artículo 130 exclusiones específicas numeral 4 “tratamientos *para la infertilidad*”⁵⁹ por las siguientes razones:

⁵⁹ Ministerio de salud y de la protección social resolución 5521 del 27 de diciembre del año 2013 por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud

- I. *El alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias.*
- II. *El derecho a la maternidad en la constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación.*
- III. *La exclusión del plan obligatorio de salud de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa⁶⁰*

En consecuencia expreso que las entidades encargadas de prestar un servicio de salud, no vulneran los derechos fundamentales de una persona por no autorizar la práctica de un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud. Además, estimo que los tratamientos de fertilidad no constituyen una obligación a cargo del estado.

Así mismo, en la referida sentencia La Corte Constitucional identifico tres casos en los que excepcionalmente se conceden tratamientos de fertilidad por existir circunstancias adicionales que justifican que no se aplique la regla, estas son:

- I. *Cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder. (En estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado).*

⁶⁰ Sentencia T- 870 del 5 de septiembre del año 2008 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa (p. 13)

- II. *Cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad. (En estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad).*
- III. *Cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer*⁶¹

Adicionalmente, la Corte Constitucional antes de emitir la sentencia citada efectúa una revisión al cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para que procediera el suministro de un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud estos son:

- I. *La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere.*
- II. *El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio.*
- III. *El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie.*
- IV. *El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitando.*⁶²

Finalmente, la Corte Constitucional concede el amparo a la accionante, dado que considera que el tratamiento para la miomatosis uterina es independiente de su deseo de procrear, además, el no tratar la enfermedad puede ocasionarle deterioro en la salud a futuro. Igualmente, quien

⁶¹ Sentencia T- 870 del 5 de septiembre del año 2008 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa (p. 13)

⁶² Sentencia T- 870 del 5 de septiembre del año 2008 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa (p. 15)

prescribió el tratamiento fue un médico adscrito a la EPS-S donde está afiliada la accionante y no existe otro medicamento que le brinde solución a su afección.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Para comenzar, se observa que en la presente sentencia La Corte Constitucional establece claramente en qué casos se conceden o se niegan los tratamientos de fertilidad. Además, expuso cuales son los requisitos establecidos en la jurisprudencia para que proceda el suministro de un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud subsidiado (POS-S)

Igualmente, examinando los pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional se evidencia que, en la sentencia citada se amplían las excepciones en las que se conceden los tratamientos de fertilidad. Abriendo la puerta a que se proporcionen exámenes diagnósticos para detectar la enfermedad. Además, el derecho a la salud ya no se presenta como una de las justificaciones para la improcedencia de la acción de tutela en los casos de infertilidad. Más aun, se empieza a hablar del derecho fundamental a la salud.

3.1.5 Sentencia T – 857 de 2009

SENTENCIA	T- 857 DE 2009
FECHA	26 DE NOVIEMBRE DE 2009
MAGISTRADO PONENTE	NILSON PINILLA PINILLA
ACCIONANTE	DARLYN PARRA CAICEDO
ACCIONADO	COOMEVA E.P.S

HECHOS

La accionante padece de endometriosis y quistes ováricos. Además, se le practicaron 3 operaciones a causa de que el intestino, el útero y la matriz se encontraban pegados. Debido a las cirugías la tutelante perdió 1 trompa de Falopio y parte de la otra trompa. Aun así, la accionante manifestó al médico tratante el deseo de procrear, el doctor le indicó que la única opción que estimaba conveniente, era la de someterse a un tratamiento de fertilización in vitro.

Como la accionante no contaba con los recursos económicos para costearlo, solicitó a su EPS que le proporcionara el tratamiento, a lo que Coomeva E.P.S se negó. Dado que considero que a través de su Plan Obligatorio de Salud se le habían brindado las atenciones médicas que había requerido.

CONSIDERACIONES

Para empezar, La Corte Constitucional reitera una vez más la improcedencia de la acción de tutela para extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a los tratamientos de infertilidad. Así mismo, indico los parámetros acerca de la improcedencia de amparar el acceso a la fertilización in vitro estos son:

i) No procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del POS a un procedimiento que, como éste, está excluido de allí.

ii) La exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía para todos los habitantes del territorio nacional.

iii) Así el médico tratante haya prescrito dicho tratamiento, no es viable otorgarle tutela, porque el derecho a la salud y, para el caso, a la maternidad asistida, tiene límites razonables y justificados constitucionalmente, como consta en las anteriores referencias jurisprudenciales.

Además, recapitulo y expuso una vez más una de las excepciones que se presentan cuando se afecta la continuidad del servicio de los tratamientos de fertilidad, diciendo que las EPS deben continuar con el procedimiento ya iniciado, si no proceden de esta manera desconocerían el principio de eficiencia, y la salud de quienes requieren la atención se vería afectada.

Así mismo, La Corte Constitucional extrajo un fragmento de la sentencia T – 946 del 31 de octubre del año 2002 Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández que reitero que si una mujer, o la pareja, desea integrar una familia y proyectarse vitalmente a través de su descendencia, existe otra opción:

“... estima la Sala en relación con las pretensiones de la accionante, las cuales tienen como última finalidad la procreación y correspondiente configuración de un núcleo familiar, instituciones consagradas en el artículo 42 de la Carta Política, que para su alcance existe

también otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece, como el procedimiento de adopción regulado por el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989⁶³, al cual puede acceder la señora... si lo desea.

Por lo tanto, se puede concluir que ante otra opción para la conformación del núcleo familiar, no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud...”

Finalmente, La Corte Constitucional decidió negar la protección de los derechos invocados. Por considerar que la acción de tutela no puede ampliar el Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentre excluido de él. Igualmente, estimo que no es obligación del estado garantizar la procreación. Dado que, el cubrimiento de estos tratamientos debilitaría la capacidad del sistema de salud. Además, manifestó que para conformar una familia existe otra alternativa como lo es la adopción.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional es específica, precisando que es improcedente amparar el acceso a la fertilización in vitro. Dado que, la acción de tutela no procede para lograr extender el Plan Obligatorio de Salud y la exclusión del Plan Obligatorio de Salud de este tratamiento constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal.

⁶³ Es importante aclarar que el Código del Menor así citado, fue derogado por la Ley 1098 de noviembre 8 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Así mismo, la Corte Constitucional ha manifestado en sentencias anteriores que para que proceda un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud se requiere que el servicio haya sido ordenado por el médico adscrito a la EPS. Sin embargo, en el caso concreto para el tratamiento de la fertilización in vitro estableció que así el médico tratante haya ordenado el tratamiento no se puede otorgar tutela debido a las limitantes que existen.

Igualmente, en esta sentencia La Corte Constitucional indica que el artículo 42 de la constitución consagra la conformación del núcleo familiar el presente artículo manifiesta lo siguiente:

“ARTICULO 42. *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

En este sentido, concluye que debido a que existe otro mecanismo que ofrece la constitución política como lo es la adopción. El estado no debe comprometerse con el suministro de los tratamientos de fertilidad, sin embargo es importante evaluar que para adoptar un niño en

Colombia es necesario cumplir con determinados requisitos. Por tal razón no todas las parejas que optan por la adopción pueden conformar una familia.

3.1.6 Sentencia T – 525 de 2011

SENTENCIA	T- 525 DE 2011
FECHA	05 DE JULIO DE 2011
MAGISTRADO PONENTE	MAURICIO GONZALEZ CUERVO
ACCIONANTE	DIANA PATRICIA SANABRIA GONZALEZ
ACCIONADO	COOMEVA E.P.S

HECHOS

La accionante se encuentra afiliada a la EPS Coomeva. El 10 de mayo de 2010 se realizó un examen denominado histerosalpingografía el cual arrojó como resultado que presentaba obstrucción tubárica bilateral. El día 13 de mayo de 2010 acudió a consulta de ginecología donde se le diagnosticó infertilidad de origen tubárico primario.

Posteriormente, asistió a cita médica de ginecología el día 16 de junio de 2010, el médico tratante la remitió para que se le practicara cirugía tubárica e indicó que este procedimiento estaba excluido del Plan Obligatorio de Salud, por lo que la accionante acudió al Comité Técnico Científico de la E.P.S para que autorizara el procedimiento, pero este respondió que el procedimiento solicitado estaba excluido del Plan Obligatorio de Salud y por tanto no era susceptible de ser aprobado.

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional reitera una vez más la línea jurisprudencial respecto de la improcedencia de la acción de tutela para extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a los tratamientos de infertilidad. También confirma los tres casos en los que excepcionalmente se conceden tratamientos de fertilidad.

En cuanto al derecho a la salud, manifiesta que en la jurisprudencia constitucional inicio como un derecho de carácter social que estaba sujeto a un desarrollo progresivo. Con el paso del tiempo, este derecho fue protegido a través de la acción de tutela por medio de la conexidad cuando se afectaba un derecho fundamental.

En la actualidad, la corte constitucional considera que el derecho a la salud es un derecho autónomo y por lo tanto fundamental lo que permite hacerlo exigible de manera directa a través de la acción de tutela.

Finalmente, La Corte Constitucional concedió el amparo solicitado y ordeno a la EPS practicar el procedimiento prescrito por el médico tratante. Considerando que, la solicitud de la accionante se encontraba enmarca dentro de las excepciones indicadas por la jurisprudencia constitucional. Que consiste en combatir una enfermedad en el sistema reproductor que produce por sí misma una afección de la salud, y que de manera derivada puede ser la causa de infertilidad de la accionante.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Es importante destacar que en esta sentencia La Corte Constitucional enuncia claramente el desarrollo progresivo que ha tenido el derecho a la salud hasta llegar a ser considerado derecho fundamental. Actualmente el derecho fundamental a la salud fue reconocido en la ley 1751 del 16 de febrero de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud.

Considerando que, el derecho a la salud es fundamental es conveniente también que se empiece a estimar la posibilidad de conceder tratamientos de fertilidad a las personas con deseos de conformar una familia. Dado que, mientras que los tratamientos se encuentren excluidos de Plan Obligatorio de Salud seguirán existiendo limitantes que impidan acceder a los servicios de salud por el alto costo que estos generan.

3.1.7 Sentencia T – 528 de 2014

SENTENCIA	T- 528 DE 2014
FECHA	18 DE JULIO DE 2014
MAGISTRADO PONENTE	MARIA VICTORIA CALLE CORREA
ACCIONANTE	ANDRES FERNANDO MONTILLA VARELA
ACCIONADO	SALUD TOTAL E.P.S

HECHOS

El accionante se encontraba afiliado en calidad de cotizante a la EPS salud total en donde solicito ayuda médica. Dado que, luego de convivir por varios años con su compañera no había sido posible lograr un embarazo. La EPS accionada determino que la imposibilidad de concebir

se debía a la infertilidad que presentaba el accionante. Puesto que, se evidencio afectación en la calidad, cantidad y morfología de los espermatozoides, conocido como “*OLIGOAZTENOZOOSPERMIA*”.

Para encontrar una solución a su problemática, el accionante acudió al centro de biomedicina reproductiva “FECUNDAR” ya que la EPS accionada no brindo la atención y orientación necesaria que requería la pareja. El doctor HECTOR NARVAEZ de este centro, concluyo que la única opción para lograr un embarazo era recurrir a la aplicación de técnicas de reproducción asistida en este caso fertilización in vitro.

Teniendo en cuenta que el accionante no contaba con los recursos suficientes para costear el tratamiento, elevo un derecho de petición al Comité Técnico Científico de salud total para que autorizaran el tratamiento. El día 23 de abril del año 2012 el Comité negó la autorización para la realización del procedimiento a causa de que el servicio solicitado estaba expresamente excluido del Plan Obligatorio de Salud.

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional mantiene la línea jurisprudencial y reitera una vez más la improcedencia de la acción de tutela, para solicitar un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud, manifestando que una entidad encargada de prestar un servicio de salud, no vulnera los derechos fundamentales de una persona por no autorizar la práctica de un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud del cual no depende la salud, la vida o la integridad personal.

Así mismo, reitero las excepciones en las cuales las entidades prestadoras de salud deben autorizar la práctica de un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud. Y confirmo los requisitos establecidos en la jurisprudencia para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad.

En cuanto al derecho fundamental a la salud, La Sala de Revisión de La Corte Constitucional reitera la progresividad que ha tenido el derecho a la salud para llegar a ser considerado como fundamental. Igualmente hace mención del derecho al disfrute del más alto nivel de salud. Por esta razón, La Corte manifiesta que La Constitución de la Organización Mundial de la Salud⁶⁴ la define de la siguiente manera:

*“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. || El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.*⁶⁵(sic)

En correspondencia con esta definición, el artículo 48 de la Constitución Política colombiana adopta un concepto amplio de la seguridad social, que explicado por la Corporación *“incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general [...]. [Resaltando que involucra un] conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona”* (sic)

⁶⁴ La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

⁶⁵ Sentencia 528 del 18 de julio del año 2014 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Corea (p. 36)

En consecuencia, estima La Corte Constitucional que de acuerdo con la progresividad del derecho fundamental a la salud consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 sobre el cual el estado debe ampliar la cobertura de salud para acceder a los servicios necesarios y superar las afecciones sin importar que no sean aquellas que involucran gravemente la vida, la dignidad o la integridad personal no se ha presentado. Es decir la progresividad del derecho a la salud en relación con los tratamientos de fertilidad no ha evolucionado a pesar de los años transcurridos. Puesto que, siempre se dificulta el acceso a la recuperación de la salud reproductiva impidiendo así el disfrute del más alto nivel posible de salud.

Por lo anterior, manifiesta La Corte Constitucional que frente a la regulación existente en lo que tiene que ver con las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad es insuficiente por lo cual exhorta al Gobierno Nacional para que realicen la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y que no cuentan con los recursos suficientes para realizarse los procedimientos.

En relación con el derecho de los usuarios para el goce efectivo del derecho a la salud indico La Corte Constitucional que para garantizar el acceso de los servicios y no vulnerar este derecho fundamental las Entidades Prestadoras de Salud deben brindar información, guía y acompañamiento, en cuanto a el diagnóstico de la enfermedad, el grado de afectación en la salud, los tratamientos a seguir, las alternativas médicas disponibles y las entidades encargadas de prestarlos.

De la misma manera, en esta sentencia La Corte Constitucional define la infertilidad como una enfermedad que afecta el sistema reproductivo y que interfiere con la capacidad, temporal o permanente, de una pareja heterosexual para alcanzar un embarazo. En concordancia, indico:

“Según la denominación anglosajona, se conocen dos tipos de esta enfermedad: la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria. La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo.

La infertilidad secundaria hace referencia –generalmente– a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir”⁶⁶

En este sentido, La Corte Constitucional considera que en los casos de la infertilidad originaria no se afecta la vida de la paciente y por lo tanto no procede la acción de tutela. Dado que esta solo procede en los casos en que la infertilidad es producto de otras enfermedades.

Ahora bien continuando con las consideraciones de La Corte Constitucional es importante estudiar el derecho comparado en américa latina que realiza la Sala de revisión en relación con las Técnicas y los Tratamientos de Reproducción Asistida y su inclusión en el sistema público de salud. En donde se evidencia que la mayoría de países tales como Brasil, Argentina, Chile y Uruguay cuentan con la cobertura prestacional por parte del sistema de salud pública Brasil a partir del año 2012 y Argentina a partir del año 2013.

⁶⁶ Sentencia 528 del 18 de julio del año 2014 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Corea (p. 14)

En el caso particular de Chile y Uruguay se regulan las Técnicas de Reproducción Asistida con un poco más de restricciones. Es decir en Uruguay se incluyen dentro del sistema público de salud todas las técnicas científicamente acreditadas, las de baja complejidad, se proporcionan a mujeres no mayores de 40 años y las de alta complejidad se subsidian hasta máximo tres intentos y en Chile se empezó a aplicar la ley por etapas garantizando las de baja complejidad y en algunos casos excepcionales las de alta complejidad debido al alto costo que generan.

Caso diferente, se presenta en México puesto que, en este país aún no se ha regulado el acceso a las técnicas de reproducción asistida como una prestación pública a cargo del estado. Sin embargo, en relación con la procreación se cuenta con la vía de los hospitales públicos y especializados dependientes de la secretaria de salud, que recuperan una cuota por la prestación del servicio proporcional al resultado de un estudio socioeconómico realizado al paciente.

En conclusión, La Corte Constitucional considero que Salud Total EPS no vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad del accionante debido a la negativa de autorizar el tratamiento de fertilización *in vitro* ordenado por el médico tratante, dado que este servicio está expresamente excluido del POS. No obstante, estima que sí vulneró su derecho fundamental a la salud en la faceta de información, guía y acompañamiento.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Para empezar, se evidencia una vez más la línea jurisprudencial que conserva La Corte Constitucional frente a la improcedencia de la acción de tutela para solicitar los tratamientos de

fertilidad, las exclusiones específicas en las que se conceden tratamientos de fertilidad, las subreglas que ha establecido La Jurisprudencia Constitucional para inaplicar El Plan Obligatorio de Salud, cuando el servicio se requiere con necesidad y la evolución del derecho a la salud para alcanzar el carácter de fundamental.

Igualmente, se observa que en esta sentencia 528 de 2014 La Corte Constitucional da un paso considerable al reconocer la infertilidad como una enfermedad y el derecho de los usuarios del sistema de salud al disfrute del más alto nivel de salud, por lo cual se demuestra la necesidad y el derecho que poseen las personas que padecen de infertilidad a ser tratadas para recuperar su función reproductora que hasta el momento no había sido aceptada por parte de La Corte Constitucional.

Además, es importante resaltar que en esta sentencia no se argumenta que existe otra alternativa como la adopción para conformar una familia, por el contrario, reconoce la falta de regulación y protección frente a la cobertura que debe conceder el estado para tratar este segmento de la población que se ve afectado.

Del mismo modo, La Corte Constitucional ha manifestado que los tratamientos de fertilidad no se pueden conceder debido al alto costo, sin embargo la sala primera de revisión deja la puerta abierta para que estos tratamientos deban ser suministrados puesto que, precisa en esta sentencia que debido a que el sistema de salud debe ser progresivo ampliando cada vez más la cobertura del Plan Obligatorio de Salud es irrazonable e injustificado obstaculizar el acceso a los servicios de salud reproductiva.

En conclusión, esta sentencia es de gran relevancia, puesto que modifica considerablemente las razones que por medio de la jurisprudencia de La Corte Constitucional se venían presentando para negar o conceder en algunos casos tratamientos de fertilidad, además, reconoce que no existe la suficiente protección y cobertura por parte del gobierno nacional, por lo que hace un llamado para que este brinde la atención necesaria y evalúe la posibilidad de ampliar el Plan Obligatorio de Salud para los tratamientos de infertilidad. Favoreciendo a las personas que padecen esta enfermedad para que solucionen sus afecciones reproductivas y puedan conformarse como una familia.

En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos se analizara cuál es la importancia y de qué manera influyen en los tratamientos de fertilidad, para esto se tomaron las sentencias T- 605 del 03 de agosto del año 2007 Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto T- 732 de 2009 Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto T- 528 del 18 de julio del año 2014 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

3.1.8 Sentencia T – 605 de 2007

SENTENCIA	T- 605 DE 2007
FECHA	3 DE AGOSTO DE 2014
MAGISTRADO PONENTE	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
ACCIONANTE	MARTHA CECILIA DE LAS SALAS PEREZ
ACCIONADO	COOMEVA E.P.S

HECHOS

La accionante ha presentado dificultades para quedar en estado de embarazo, motivo por el cual, acudió a consulta de ginecología en su EPS Coomeva. El médico tratante le prescribió unos exámenes de endocrinología y la remitió a Profamilia, esta entidad indico a la accionante que se le debía practicar una cirugía des obstructiva de las trompas de Falopio y retiro de adherencias del ovulo izquierdo para tratar su infertilidad. Con todo, la EPS Coomeva negó la autorización para practicarle la cirugía a la accionante bajo el argumento de la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud.

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional en la presente sentencia inicia definiendo la salud sexual y la salud reproductiva, señala que según el informe de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) de 1975, define la salud sexual de la siguiente manera:

“Es la integración de los aspectos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual, a través de formas que realzan y enriquecen la personalidad, la comunicación y el amor”. (p.11).

Igualmente, un informe presentado por Naciones Unidas de la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 definió la salud reproductiva como:

“Un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo sus funciones y procesos. En consecuencia la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo cuando y con qué frecuencia” (p.11).

Así mismo, estableció que la atención de la salud reproductiva abarca métodos, técnicas y servicios que contribuyan al bienestar y la salud del individuo a tratar y a su entorno familiar. comprendiendo la atención integral del embarazo, parto, puerperio y lactancia, planificación familiar, métodos anticonceptivos, morbilidad materno infantil, la atención del VIH-SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, tratamientos de patologías genitomamarias y/o prostáticas, tratamientos de infertilidad.

De igual manera, La Corte Constitucional señaló que el informe presentado por Naciones Unidas de la Confederación Internacional de Población y Desarrollo realizada en el Cairo en 1994, incluye un capítulo completo dedicado a los derechos reproductivos y la salud reproductiva. En éste, se afirma que el origen último de tales derechos descansa en el reconocimiento de ciertos derechos humanos, consagrados en legislaciones nacionales y en documentos internacionales sobre derechos humanos, tales como: (i) el derecho de las parejas y de los individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos, así como a disponer de la información y los medios para ello; (ii) el derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva; y (iii) el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminaciones, coacciones ni violencia (p. 13).

Sin embargo, en el informe antes mencionado reconoce que existen personas que no tienen acceso a la salud reproductiva por diferentes factores, tales como, los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva, por lo que el programa de acción de la Confederación Internacional de Población y Desarrollo realizada en el Cairo en 1994, solicita a los países a que se esfuercen por que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas lo antes posible y a más tardar para el año 2015 mediante el sistema de atención primaria de salud.

De acuerdo con lo examinado anteriormente, la Corte Constitucional considero que los derechos sexuales y reproductivos son verdaderos derechos humanos por lo que estableció:

“[l]os derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.”(p. 14)

Ahora bien, aun cuando La Corte Constitucional reconoce los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos y también admite que los servicios de salud sexual y reproductiva encierra el uso de técnicas y servicios que ayuden a la prevención y solución de los problemas tales como planificación familiar y tratamientos de infertilidad entre otros. Manifiesta que los mismos, se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud en razón a que tales exclusiones

han sido establecidas con el fin de dar cumplimiento a los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad.

En conclusión, La Corte Constitucional decide amparar los derechos de la accionante y ordenar a la EPS Coomeva la práctica del procedimiento. Pues considera que la intervención quirúrgica no es en sí un tratamiento de fertilidad sino que más bien, es una cirugía que busca la recuperación de la salud perdida de la accionante que talvez puede incidir en la solución para el problema de infertilidad que padece la accionante.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como se advirtió anteriormente, fueron reconocidos en los tratados internacionales y por parte de La Corte Constitucional como derechos humanos siendo de gran importancia para las mismas. Sin embargo, hasta el momento no se han adoptado todas las medidas por parte del estado para que las mujeres puedan disfrutar en su totalidad de estos derechos, considerando que los tratamientos de fertilidad como ya es sabido se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Y estos según el informe presentado por Naciones Unidas de la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 hacen parte de los servicios en salud reproductiva que deben ser proporcionados por parte del estado.

Por tal razón, el estado colombiano no debería limitar el acceso a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como lo hace en la presente sentencia, donde indica que los

tratamientos de fertilidad se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad definidos en la ley 1751 del año 2015⁶⁷ de la siguiente manera:

- I. Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida.
- II. Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades.
- III. Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población. (p. 3)

En cuanto a la definición de salud sexual y de salud reproductiva desarrollada por la Organización mundial de la salud (OMS) y el informe presentado por Naciones Unidas de la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994, se observa que las 2 definiciones tienen en cuenta la importancia del bienestar físico, emocional y social que anteriormente ya se había citado en la sentencia 572 del 25 de julio del año 2002 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra donde explicó el médico tratante de la accionante que si no se suministraba el medicamento solicitado le llevaría a una afección psicológica y por lo tanto física.

⁶⁷ Ley 1751 del año 2015 por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud

En este sentido, se reitera la importancia de brindar atención médica a las personas que padecen de infertilidad, dado que, esta enfermedad puede generar afectación psicológica y por ende perjudicar el bienestar físico y social, puesto que el deseo de conformar una familia se ve frustrado por quienes desean hacerlo, pero no pueden debido a que su salud reproductiva se encuentra afectada.

Finalmente, La Corte Constitucional concede la práctica de la cirugía des obstructiva de las trompas de Falopio y retiro de adherencias del ovulo izquierdo de la accionante, dado que, se encuentra inmersa en una de las tres excepciones por las que se conceden tratamientos de fertilidad esta es cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otra enfermedad.

3.1.9 Sentencia T – 732 de 2009

SENTENCIA	T- 732 DE 2009
FECHA	15 DE OCTUBRE DE 2015
MAGISTRADO PONENTE	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
ACCIONANTE	AA
ACCIONADO	SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A (EPS)

HECHOS

Para empezar, se aclara que en esta sentencia La Corte Constitucional decide reemplazar el nombre del peticionario por las letras A.A con el fin de garantizar la intimidad, buen nombre y honra del accionante.

El accionante cuenta con 28 años de edad, manifiesta que desde hace más de 16 años padece problemas urológicos los cuales le impiden la erección del pene, lo que hace que no pueda sostener relaciones sexuales. En consecuencia, acude a su EPS servicio occidental de salud S.A el día 11 de noviembre de 2008 para que le practiquen un examen denominado ecografía doppler de pene, en el cual se detectó una fuga venosa bilateral.

El 18 de noviembre de 2008 el accionante acudió a consulta con un médico particular, quien con fundamento en la ecografía practicada, manifestó que el único tratamiento que daría solución a los problemas urológicos sería la colocación de prótesis peneana inflable de tres piezas dada la corta edad del paciente.

Así mismo, con base en el estudio mencionado el 19 de diciembre de 2008 el médico adscrito a la EPS le diagnosticó al actor disfunción eréctil y le ordeno la colocación de una prótesis peneana. Por tal razón, el accionante solicitó el 20 de enero del año 2009 la autorización y programación de la cirugía. Sin embargo, la EPS decidió negar el requerimiento del accionante argumentando que el procedimiento no estaba contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que se debía tramitar la solicitud ante el comité técnico científico.

Finalmente, la EPS autorizó la colocación de una prótesis peneana semirígida por ser de menor costo. Sin embargo el médico particular considera que la que requiere el accionante es una prótesis peneana inflable de tres cuerpos dada la corta edad que detenta el accionante.

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional reitera en la presente sentencia que los derechos sexuales y reproductivos han sido reconocidos como derechos humanos. Además, indica que la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indico que esta categoría de derechos

“abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso” (principio 4). En este sentido, los derechos sexuales y reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros (p.15).

Además, expreso que la titularidad de los derechos sexuales y reproductivos recae sobre hombres y mujeres. sin embargo, es innegable la importancia que tienen para las mujeres, puesto que sobre ellas se encuentra la determinación de procrear o no debido a que el proceso de gestación se lleva en el cuerpo de las mujeres.

Respecto a los derechos sexuales, La Corte Constitucional manifestó que reconocen y protegen la libertad sexual y el acceso a los servicios de salud sexual. En este sentido, considera que en virtud del derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener

o no relaciones sexuales y con quien. Igualmente frente al acceso a los servicios de salud sexual considera la corte que deben incluir:

- I. *Información y educación oportuna, veraz, completa y libre de prejuicios sobre todos los aspectos de la sexualidad.*
- II. *Acceso a servicios de salud sexual de calidad que permitan atender y prevenir las infecciones dolencias y enfermedades que afecten el ejercicio de la sexualidad.*
- III. *Información y educación, sobre toda gama de métodos anticonceptivos y acceso a los mismos en condiciones de calidad y la posibilidad de elegir aquel de su preferencia, lo cual es un punto de contacto evidente entre los derechos sexuales y reproductivos (, p.14).*

En cuanto al acceso de los servicios en salud reproductiva, La Corte Constitucional manifiesto que los derechos reproductivos reconocen y garantizan la facultad de las personas en especial a las mujeres de acceder a los servicios de salud reproductiva estos servicios incluyen:

- I. *Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que está reconocida en los artículos 10 y 12 de la Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (CEDAW) y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.*
- II. *Interrupción voluntaria del embarazo de forma segura en aquellos casos en que es legal*
- III. *Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Al*

respecto, el artículo 43 de la Constitución prescribe que “durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado”. Por su parte, el artículo 12 de la Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (CEDAW) impone a los Estados la obligación de asegurar “a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”. Así mismo, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño los obliga a proporcionar “atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

IV. Prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor masculino y femenino (p.12).

Por último, La Corte Constitucional decide conceder el amparo solicitado en virtud del derecho a la autonomía personal, cuya garantía se deriva, según la jurisprudencia constitucional, de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la autodeterminación (artículo 9) y a la dignidad humana el accionante tiene derecho a elegir el tipo de prótesis que desea.

En consecuencia, ordena a la E.P.S servicio occidental de salud S.A realizar una junta médica a fin de informar al accionante los beneficios, riesgos y consecuencias que puede generar en su organismo la implantación de una prótesis peneana semirigida o de una prótesis peneana inflable de tres cuerpos. Para que el accionante de manera libre y espontánea escoja entre estas dos opciones, luego realizar el implante de la prótesis peneana elegida por el accionante.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos considerados como derechos humanos reconocen y protegen el derecho a la libertad y a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, a la libertad para fundar una familia y acceso a los servicios de salud sexual y de salud reproductiva.

Por lo que se refiere al derecho al libre desarrollo de la personalidad, está consagrado en el artículo 16 de la constitución política de 1991 indicando, que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Así mismo, el derecho a la intimidad personal y familiar está sustentado en el artículo 15 de la Constitución Política de 1991 y en la convención americana sobre derechos humanos en el artículo 11.2 que indica nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

En cuanto a la libertad para fundar una familia, se encuentra soportada en el artículo 42 de la constitución política de 1991 que indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Y en el inciso 5 contempla que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y deberá

sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. También, el artículo 17 de la convención americana sobre derechos humanos indica el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Para finalizar, es evidente la protección y reconocimiento que existe en cuanto a salud sexual y reproductiva para las mujeres, sin embargo, hasta el momento no se presta la atención que se requiere en un cien por ciento, puesto que, la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor masculino y femenino aún no se suministran completamente por parte del estado.

3.1.7 Sentencia T – 528 de 2014

SENTENCIA	T- 528 DE 2014
FECHA	18 DE JULIO DE 2014
MAGISTRADO PONENTE	MARIA VICTORIA CALLE CORREA
ACCIONANTE	ANDRES FERNANDO MONTILLA VARELA
ACCIONADO	SALUD TOTAL E.P.S

HECHOS

El accionante se encontraba afiliado en calidad de cotizante a la EPS salud total en donde solicito ayuda médica. Dado que, luego de convivir por varios años con su compañera no había sido posible lograr un embarazo. La EPS accionada determino que la imposibilidad de concebir se debía a la infertilidad que presentaba el accionante. Puesto que, se evidencio afectación en la

calidad, cantidad y morfología de los espermatozoides, conocido como “*OLIGOAZTENozoospermia*”.

Para encontrar una solución a la problemática, el accionante acudió al centro de biomedicina reproductiva “FECUNDAR” ya que la EPS accionada no brindó la atención y orientación necesaria que requería la pareja. El doctor HECTOR NARVAEZ de este centro, concluyó que la única opción para lograr un embarazo era recurrir a la aplicación de técnicas de reproducción asistida en este caso fertilización in vitro.

Teniendo en cuenta que el accionante no contaba con los recursos suficientes para costear el tratamiento, elevó un derecho de petición al Comité Técnico Científico de salud total para que autorizaran el tratamiento. El día 23 de abril del año 2012 el Comité negó la autorización para la realización del procedimiento a causa de que el servicio solicitado estaba expresamente excluido del Plan Obligatorio de Salud.

CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional señaló que los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos, cuya titularidad recae principalmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad social. Así, consideró que la atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de fertilidad, No obstante estos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y solamente son proporcionados en situaciones excepcionales.

Igualmente, La Corte Constitucional indicó que el derecho a la reproducción humana se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia. En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos señaló que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que:

*“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”*⁶⁸. Además, que *“la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”* (p. 25).

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

“[...] los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva (p. 26).

También manifestó que *“salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables”* (p. 28)

⁶⁸ Citado en Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (pág. 43, párr. 137).

Del mismo modo, La Corte Constitucional definió una vez más la salud reproductiva considerándola como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, manifestó que 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 (p. 28).

Por otra parte, es importante resaltar que el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 15 b reconoce el derecho que tiene toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico lo cual debería ponerse en práctica específicamente en lo relacionado a las técnicas de asistencia reproductiva para que todas las personas que requieren tratamientos de fertilidad puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud y de los avances científicos.

En consecuencia, La Corte Constitucional considero que Salud Total EPS no vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad del accionante debido a la negativa de autorizar el tratamiento de fertilización *in vitro* ordenado por el médico tratante, dado que este servicio está expresamente excluido del POS. No obstante, estima que sí vulneró su derecho fundamental a la salud en la faceta de información, guía y acompañamiento.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para comenzar, se observa que La Corte Constitucional reitera una vez más el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos. Además, definió una vez más la salud reproductiva considerándola como un estado general de bienestar físico, mental y social e insistió en la exclusión que poseen los tratamientos de fertilidad en el Plan Obligatorio de Salud.

En cuanto a lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que indicó que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia y que la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar.

Se extrae el presente fragmento de la sentencia T – 946 del 31 de octubre del año 2002 Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández que reitero que si una mujer, o la pareja, desea integrar una familia y proyectarse vitalmente a través de su descendencia, existe otra opción:

“... estima la Sala en relación con las pretensiones de la accionante, las cuales tienen como última finalidad la procreación y correspondiente configuración de un núcleo familiar, instituciones consagradas en el artículo 42 de la Carta Política, que para su alcance existe también otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece, como el procedimiento de adopción regulado por el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989⁶⁹, al cual puede acceder la señora... si lo desea.

⁶⁹ Es importante aclarar que el Código del Menor así citado, fue derogado por la Ley 1098 de noviembre 8 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Por lo tanto, se puede concluir que ante otra opción para la conformación del núcleo familiar, no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud...”

Por lo expuesto anteriormente, se evidencia que el estado no debe brindar como solución o como exoneración de proporcionar e incluir los tratamientos de infertilidad en el Plan Obligatorio de Salud la alternativa de la adopción para las parejas que sufren de infertilidad. Dado que, como se mencionó anteriormente tal decisión atañe únicamente a las parejas, pues hace parte de su autonomía e identidad.

En este sentido, se observa que es necesaria la intervención por parte del estado, con el fin de generar políticas que contribuyan a la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino. De esta manera garantizar el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva que ya han sido reconocidos por parte de La Corte Constitucional mediante sentencia T -732 del 15 de octubre del año 2009 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

4. PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS EN COLOMBIA

PROYECTOS DE LEY PRESENTADO EN COLOMBIA A PARTIR DEL AÑO 2008					
No	PRESENTADO POR	OBJETO	CAMPO DE APLICACIÓN	INCLUSION EN EL POS	ESTADO ACTUAL
196 de 2008 cámara	Jorge Ignacio morales gil representante a la cámara del departamento de Antioquia	Reglamentar la práctica de la gestación sustitutiva, mediante la técnica de reproducción humana asistida, así como establecer los mecanismos que permitan controlar la realización de esta práctica.	la presente ley tiene por objeto reglamentar en todo el territorio nacional	no presenta inclusión dentro del plan obligatorio de salud	retirado art 155 de la ley 5 de 1992
148 de 2011 cámara	Elías Raad Hernández representante a la cámara departamento de Bolívar	Regular la reducción embrionaria en las prácticas de las técnicas de procreación asistida por fecundación in vitro con el fin de evitar la generación de embriones sobrantes de esta técnica y la dignidad del ser humano en sus primeras fases de desarrollo, además regular el destino de los embriones no transferidos y la prohibición de investigar y clonar seres humanos con fines reproductivos.	la presente ley tiene por objeto reglamentar en todo el territorio nacional	no presenta inclusión dentro del pan obligatorio de salud	retirado art 155 de la ley 5 de 1992

PROYECTOS DE LEY PRESENTADO EN COLOMBIA A PARTIR DEL AÑO 2008					
No	PRESENTADO POR	OBJETO	CAMPO DE APLICACIÓN	INCLUSION EN EL POS	ESTADO ACTUAL
109 de 2013 cámara	Laureano augusto acuña Díaz representante a la cámara departamento del Atlántico	Esta ley tiene como objeto reconocer la infertilidad humana como enfermedad, garantizar el acceso integral subsidiado a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización homologas reconocidas por la OMS	la presente ley se aplicara a todos los usuarios del sistema de seguridad social en salud entre los 25 y los 40 años de edad	la presente ley contempla la inclusión de este tipo de técnicas en el plan obligatorio de salud	archivado artículo 190 de la ley 5 de 1992
082 de 2015 cámara radiado 19 de agosto de 2015	Wilmer Carrillo, Jairo Castiblanco, Carlos Correa, Marta Curí, Alfredo Deluque, Eduardo Díaz, Elbert Díaz, Nicolás Guerrero, Juan Lemos, Luz Adriana Moreno, Christian Moreno, Ana María Rincón, Cristóbal Rodríguez, Jorge Eliecer Tamayo, Martha Patricia Villalba, del partido de la u	Esta 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 fertilización reconocidas por la (OMS), a través de su inclusión en el Plan de Beneficios.	La presente ley se aplicará a todos los ciudadanos afiliados en el Sistema de Salud Pública del Estado colombiano.	la presente ley contempla la inclusión en el plan de beneficios dentro de la atención por parte del estado y los particulares que participan del sistema de salud	Tránsito a senado

EXPOSICION DE MOTIVOS PROYECTOS DE LEY

En cuanto a la exposición de motivos de los proyectos de ley anteriormente señalados, se encuentra que el proyecto de ley 196 de 2008 cámara que tenía por objeto permitir la práctica de la gestación sustitutiva, únicamente cuando la pareja conformada por hombre y mujer tenían problemas de infertilidad e incapacidad para procrear. Además, muestra que aunque existía vacío jurídico en relación con la práctica de la gestación sustitutiva y las técnicas de reproducción asistida esta ya se venía realizando, lo que hacía necesaria la reglamentación.

Igualmente, definió la gestación sustitutiva y explico que existían dos tipos estas son:

- GESTACION SUSTITUTIVA TRADICIONAL: el ovulo es de la subrogada es decir, quien alquila su vientre con el espermatozoide del padre o donante
- SUBROGACION GESTACIONAL: es la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada.

En cuanto a la gestación sustitutiva, la definió como aquel acuerdo por medio del cual, una mujer lleva una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer sea la madre del mismo ante la sociedad.

Este proyecto de ley, pretendía que se reglamentara la práctica de la gestación sustitutiva, mediante la técnica de la reproducción humana asistida, así como establecer los mecanismos que permitieran controlar la realización de esta práctica.

PROYECTO DE LEY 148 DE 2011

Por lo que se refiere a la exposición de motivos del proyecto de ley 148 de 2011 cámara. Exponía que iba en busca de que se legislara acerca de la fecundación y transferencia de embriones para que únicamente se emplearan tres embriones por ciclo y así evitar la violencia prenatal que se presentan con los embriones congelados sobrantes, de las técnicas de fertilización in vitro. Así mismo, solicitaba que se llenara el vacío que se evidencia en el ordenamiento jurídico en relación con las técnicas de reproducción asistida.

Por lo anterior, este proyecto de ley tenía por objeto la reducción embrionaria en las prácticas de las técnicas de reproducción asistida y el destino de los embriones no transferidos.

PROYECTO DE LEY 109 DE 2013

El proyecto de ley 109 de 2013 cámara manifiesta la importancia de que la infertilidad haga parte de los programas de salud pública. Puesto que, esta enfermedad ocasiona deterioro en la salud mental y emocional de las personas que la padecen. Además, la relación de pareja también se ve afectada. Igualmente indico que la infertilidad es una enfermedad que va en aumento tanto en hombres como en mujeres y hasta el momento no se cubren los gastos que conllevan al diagnóstico, tratamiento y la orientación psicoterapéutica de este padecimiento.

Además, en la exposición de motivos del presente proyecto de ley exponen, que un tratamiento simple es suficiente si se hace un diagnostico a tiempo, pues muy rara vez están indicadas

medidas extremas como (inseminación artificial) o (fertilización in vitro) lo que genera que si se diagnostica a tiempo las causas de la infertilidad, se pueda emplear tratamientos que no tienen un costo tan elevado como los de alta complejidad.

Asimismo, indican que la corte constitucional en el artículo 42 de la constitución política de 1991 garantiza la autodeterminación reproductiva desde una dimensión positiva, que se evidencia en la libertad de reproducirse y una dimensión negativa, que se refleja en la libertad de no reproducirse.

Finalmente el proyecto de ley antes mencionado tenía por objeto “reconocer la infertilidad humana como enfermedad, garantizar el acceso integral subsidiado a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización homologas reconocidas por la OMS.”

PROYECTO DE LEY 082 DE 2015

El proyecto de ley 082 de 2015 cámara, busca que la infertilidad deje de considerarse una cuestión de anhelos y deseos y se le dé la importancia necesaria, para brindar soluciones oportunas a las afectaciones del sistema reproductivo masculino y femenino, que causan esta enfermedad. Así mismo, manifiesta que el padecimiento de la infertilidad, conlleva a una cantidad de consecuencias tanto en la salud física como mental, emocional, psicológica social y religiosa. De ahí que la infertilidad ha sido catalogada, en seis niveles de gravedad que van

desde el sentimiento de culpa, miedo y depresión hasta la pérdida de dignidad y muerte por violencia y suicidio.

Igualmente, en la exposición de motivos del presente proyecto de ley, consideran relevante que el derecho a la salud haya sido reconocido por medio de la ley 1751 del año 2015 como un derecho fundamental. Además, destacan que la Corte Constitucional mediante sentencia T- 732 del año 2009⁷⁰ señaló que los derechos sexuales y reproductivos en la constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad, reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas en especial la de las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva, esto incluye entre otros la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor masculino y femenino.

Así mismo, la Corte Constitucional también manifestó, que la salud reproductiva es un aspecto de la salud en donde puede reconocerse una insuficiencia de regulación y una opacidad de la jurisprudencia, que en la actualidad merece ser tomada en consideración. Además, hizo alusión de la progresividad del derecho a la salud según el cual el Estado debe ampliar cada vez más el espectro de protección. En consecuencia, preciso que existen ciertos grupos sociales que por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, solamente pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos de orden público.

Por lo anterior, este proyecto de ley pretende que se reconozca la infertilidad, como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana y garantizar el acceso total a

⁷⁰ Sentencia T- 732 del año 2009 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización reconocidas por la (OMS), a través de su inclusión en el plan de beneficios.

Finalmente, se evidencia la importancia de que la infertilidad haga parte del Plan Obligatorio de salud, con el fin de que todas las personas que hagan parte del sistema de seguridad social, puedan acceder a los tratamientos y recuperen así la salud reproductiva. De esta manera cumplir con sus proyectos de vida.

5. CONCLUSIONES

La jurisprudencia de la corte constitucional manifiesta las causas por las que el Estado colombiano no proporciona los tratamientos de fertilidad en un cien por ciento a las personas que los requieren. Sin embargo, reconoce que de acuerdo al artículo 48 de la constitución política de 1991 la ampliación progresiva del derecho a la salud específicamente en el acceso a los servicios de salud reproductiva en cuanto a la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor masculino y femenino no se ha presentado, motivo por el cual mediante sentencia T-528 de 2014 la corte exhorta al gobierno nacional para que se inicie una discusión acerca de la política pública que incluya la posibilidad de ampliar la cobertura del plan obligatorio de salud.

Lo anterior tiene sustento en el proyecto de ley 082 de 2015 que actualmente cursa en el congreso con el fin de reconocer la infertilidad como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana, y garantiza el acceso total a los procedimientos y técnicas medico asistenciales de reproducción a través de la inclusión en el plan de beneficios.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos se concluye la importancia de los tratados internacionales que refuerzan los mecanismos de protección interna y reconocen tales derechos como derechos humanos.

Así mismo, La Corte Constitucional considero mediante sentencia T -732 del 15 de octubre del año 2009 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Que los derechos sexuales y reproductivos considerados como derechos humanos reconocen y garantizan el acceso a los

servicios de salud reproductiva, que incluyen la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor masculino y femenino. Lo que es de gran importancia, dado que contempla la atención que se debe brindar a las personas que padecen de infertilidad.

Igualmente es importante destacar que Colombia cuenta con instituciones que proporcionan tratamientos de fertilidad, lo que hace que las personas con imposibilidad de concebir puedan beneficiarse siempre y cuando cuenten con los recursos necesarios para sufragar los gastos. Ahora bien, de acuerdo a la investigación realizada es primordial que se empiece a regular en la materia para que las leyes estén conforme a los avances científicos y así disfrutar del más alto nivel en salud.

Por otra parte, en el presente trabajo se toma el concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la constitución política de 1991 que indica que la familia se conforma por un hombre y una mujer. Sin embargo, esto no quiere decir, que se desconozca otros tipos de familia. Dado que, el concepto de familia ha venido transformándose en el tiempo. Y aunque existen familias constituidas tradicionalmente, también existen familias conformadas de forma diferente, por ejemplo las familias monoparentales conformadas por un solo progenitor ya sea padre o madre.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, las instituciones que prestan estos servicios, suministran los procedimientos no solo a parejas conformadas por un hombre y una mujer, sino que también proveen el servicio a mujeres sin tener en cuenta su estado civil, considerando que al tener los recursos para costear los tratamientos, los centros de fertilidad no encuentran inconveniente alguno en proporcionarlos.

Ahora bien, en cuanto al suministro de estos tratamientos por parte del servicio de seguridad social, para mujeres o para una pareja de dos mujeres. Considero que el mismo no debe negarse. Puesto que, el derecho fundamental a la salud y el derecho al disfrute del más alto nivel de salud debe garantizarse en igualdad de condiciones a las personas, tanto individual como colectivamente. Además, de acuerdo a los principios que rigen el derecho fundamental a la salud hago mención del principio de universalidad que indica que los residentes en el territorio colombiano, gozaran efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida.

En consecuencia, las técnicas de reproducción asistida, deben suministrarse a todas las personas que hacen parte del sistema de seguridad social en salud y que padecen infertilidad, con el fin de tratar a quienes aqueja esta enfermedad y garantizar así su derecho fundamental a la salud.

Finalmente, se reconoce la importancia que tiene el legislador de intervenir para que se regule de fondo todos los aspectos relacionados con la reproducción humana, que hasta el momento es muy superficial generando grandes interrogantes frente a quienes requieren de estos servicios. Además, reconocer la trascendencia de los avances científicos que aunque para algunos no está bien visto, para otras personas es de gran relevancia puesto que esta es la única manera de conformarse como familia.

BIBLIOGRAFIA

- Junquera, R. (1998). *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos, S.A.
- Agulles, P. Guillen, M. (2011). *Ética de la investigación biomédica trasplantes, vacunas y embriones*. Valencia, España: Cultural y espiritual popular S.L.
- Morales, A. (2006). *Lecciones de derecho de familia*. Leyer.
- Montoya, M. & Montoya, G. (2010). *Las personas en el derecho civil*. Bogotá: Leyer.
- Pérez, E. (2011). *Atención integral de la infertilidad endocrinología, cirugía y reproducción asistida*. México: Medica panamericana.
- Cruz, N. (2012). *Tratado de andrología y medicina sexual*. México: Medica panamericana.
- Botella, J. (1999). *Esterilidad e infertilidad humanas*. España: Días de santos s.a.
- Montoya, M. & Montoya, G. (2001). *Las personas en el derecho civil colombiano*. Bogotá: Leyer.
- Pérez, L. & Castañeda. (2000). *Infertilidad y endocrinología reproductiva*. Bogotá: Gamacolor.

JURISPRUDENCIA

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2014) Sentencia T- 528 de 2014 del 18 de julio. Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2011) Sentencia T- 525 de 2011 del 5 de julio. Magistrado Ponente, Mauricio Morales Cuervo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2009) Sentencia T- 857 de 2009 del 26 de noviembre. Magistrado Ponente, Nilson Pinilla Pinilla.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2009) Sentencia T- 968 de 2009 del 18 de diciembre. Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2009) Sentencia T- 732 de 2009 del 15 de octubre. Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2008) Sentencia T- 870 de 2008 del 5 de septiembre. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2007) Sentencia T- 605 de 2007 del 03 de agosto. Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2003) Sentencia T- 512 de 2003 del 19 de junio. Magistrado Ponente, Eduardo Montealegre Lynett.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2002) Sentencia T- 572 de 2002 del 25 de julio. Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1994) Sentencia T- 341 de 1994 del 27 de julio. Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1996) Sentencia C- 595 de 1996 del 6 de noviembre. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía.

NORMATIVIDAD

- Constitución Política De Colombia
- Código Civil
- Código Penal
- Código De La Infancia y La Adolescencia (ley 1098 de 2006)
- Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Ley 1751 de 2015
- Ley 919 de 2004
- Decreto 1546 de 1998
- Decreto 2943 de 2004
- Resolución 5521 de 2013

PROYECTOS DE LEY

- proyecto de ley 196 de 2008 cámara
- proyecto de ley 148 de 2011 cámara
- proyecto de ley 109 de 2013 cámara
- proyecto de ley 082 de 2015 cámara

Sitios web

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

<http://www.reprotectucentro.com/Glosario-Tratamientos-de-Fertilidad>

Bresa, I. (2012) Bases Biológicas y Terapéuticas de la Fertilización Asistida. En Barroso, & Colín (Ed). *Reproducción Asistida* Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/3.pdf> Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<https://clinitambre.com/criopreservacion-de-semen/>

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%200919%20DE%202004.pdf

<https://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/16629/Decreto+1546-1998.pdf/04f0f531-0525-4942-b5d9-2f85b5b2412e>

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14525>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-597959>

<http://www.semana.com/enfoque/articulo/vetada-procreacion-artificial/254378-3>