

## RAE

1. **Tipo de documento:** Trabajo de grado para optar por el título de abogado(a).
2. **Título:** La garantía de los derechos humanos de las personas que acceden a las técnicas de reproducción humana asistida.
3. **Autores:** Diana Marcela Celeita Díaz, Jhonn Figherald Gordillo Camacho y Paula Andrea Osorio Urriago.
4. **Lugar:** Bogotá, D.C., Colombia.
5. **Fecha:** 11 de noviembre de 2016.
6. **Palabras clave:** derechos humanos, familia, fecundación, técnicas de reproducción asistida, jurisprudencia, infertilidad.
7. **Descripción del trabajo:** Esta investigación identifica y analiza la vulneración de los derechos de personas que desean acceder a las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia, desde el enfoque de la teoría del derecho y la administración de justicia, que permite comprender las garantías susceptibles de protección de los derechos humanos y su posible accesibilidad de manera efectiva.
8. **Línea de investigación:** Línea de investigación Teoría del Derecho y Administración de Justicia, del Grupo Interdisciplinario de Estudios sobre Religión, Sociedad y Política (GIERSP), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas, dentro del proyecto de Investigación “La responsabilidad y la protección de los derechos humanos desde el sistema interamericano”.
9. **Metodología:** Se emplea una metodología analítica-descriptiva, con un enfoque cualitativo, a partir de un proceso de indagación e interpretación de textos y contextos, análisis de datos, análisis y sistematización de doctrina y jurisprudencia colombianas, y análisis de diversos artículos relacionados con la práctica del método de fecundación humana asistida y con el derecho a constituir una familia mediante la misma. A su vez, la investigación tiene un enfoque social y subjetivo que permite la comprensión de la realidad social y la interpretación del contexto del que forma parte, pues su principal objetivo es hacer una mirada hermenéutica a las significaciones que el derecho otorga a las parejas que no pueden procrear, en términos de ser una posibilidad de constituir una familia con ayuda de la tecnociencia. De esta forma, la metodología cualitativa abre espacio a las interpretaciones de textos que permiten construir una postura crítica y reflexiva en torno al problema planteado, como también compilar diferentes discursos, estudio de jurisprudencia y teoría del derecho y administración de justicia, los cuales fueron posteriormente analizados, interpretados y aplicados al objetivo de la investigación: analizar el acceso a las TRA como garantía de los derechos humanos de personas que desean constituir una familia.

**10. Conclusión:** A partir de este trabajo de investigación se pudo identificar lo que implica la necesidad de avanzar en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida, o bien, en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales. Ello facilita que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social, revise la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida; igualmente, la investigación pone de relieve la importancia de iniciar una discusión pública y abierta de la política pública, que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas. También se logró concluir que el Estado colombiano debe otorgar garantías a los derechos de personas que acceden a las técnicas de reproducción humana asistida —las cuales pueden ser ampliamente discutidas—, en la gran mayoría de casos que se presentan de parejas que desean constituir una familia.

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS QUE  
ACCEDEN A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

PRESENTADO POR:  
DIANA MARCELA CELEITA DIAZ  
JHONN FIGHERALD GORDILLO CAMACHO  
PAULA ANDREA OSORIO URRIAGO

Trabajo prestando como requisito para optar por el título de Abogado(a).

Profesor Asesor: Dr. José Olmedo López Oliva.

UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA, SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y ECONÓMICAS  
BOGOTÁ, D.C., 2016

# La garantía de los derechos humanos de las personas que acceden a las técnicas de reproducción humana asistida \*

## *The guarantee of the human rights of persons who access to assisted human reproduction techniques*

Diana Marcela Celeita Díaz \*\*

Paula Andrea Urriago Osorio \*\*\*

Jhonn Figherald Gordillo Camacho \*\*\*\*

### Resumen

Este artículo busca establecer las tensiones que se presentan cuando el Estado vulnera los derechos a constituir una familia mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente la fecundación *in vitro*, al no ser parte del Plan Obligatorio de Salud (POS) en Colombia. Aun cuando las leyes colombianas, apoyadas en la Constitución, han establecido políticas de atención especial y protección a los miembros de la familia, aún quedan muchos aspectos por resolver en lo relacionado con las técnicas de reproducción asistida (TRA). Por ello, en el artículo se buscan identificar los principales conflictos generados por la vulneración por parte del Estado del derecho a la utilización de la TRA con fines de constituir una familia, estudiar la jurisprudencia colombiana con relación a los derechos a constituir una familia y los métodos de reproducción humana asistida, aportar elementos reflexivos sobre la

---

\* Trabajo de grado prestando como requisito para optar por el título de abogado(a) en la Universidad de San Buenaventura, Sede Bogotá. El trabajo tuvo como profesor asesor al Dr. José Olmedo López Oliva. A su vez, es un artículo de reflexión académica, producto del proyecto de investigación denominado “La responsabilidad y la protección de los derechos humanos desde el sistema interamericano”, CJP 010-001, que forma parte de la línea de investigación Teoría del Derecho y Administración de Justicia, del Grupo Interdisciplinario de Estudios sobre Religión, Sociedad y Política (GIERSP) de la Universidad de San Buenaventura, Sede Bogotá.

\*\* Estudiante de último semestre de Derecho en la Universidad de San Buenaventura. Correo electrónico: celeitamarcela@gmail.com

\*\*\* Estudiante de último semestre de Derecho en la Universidad de San Buenaventura. Correo electrónico: paulaandrosur@hotmail.com

\*\*\*\* Estudiante de último semestre de Derecho en la Universidad de San Buenaventura. Correo electrónico: jhonngordillo@gmail.com

comprensión interdisciplinaria de la familia actual y, finalmente, percibir la relatividad de la familia generada por la concepción a partir de los métodos de fecundación artificial.

*Palabras clave:* derechos humanos, familia, fecundación, técnicas de reproducción asistida, jurisprudencia, infertilidad.

## **Abstract**

This article seeks to establish the way and tensions that appear when the State violates the rights to constitute a family through the use of assisted human reproduction techniques, in vitro fertilization especially, given that it is not part of the Obligatory Health Plan (POS) in Colombia. Although when the Colombian laws, supported by the Constitution, have established policies of special attention and protection to the members of the family, there are still many issues to be settle in relation to assisted reproductive technology (ART). Therefore, the article seeks to identify the main conflicts generated by the State's violation of the right to use the ART for forming a family, study the Colombian law in relation to the rights to constitute a family and the assisted human reproduction methods, contribute with reflective elements on the interdisciplinary understanding of the current family, and finally perceive the relativity of the family generated by the conception from the artificial fertilization methods.

*Keywords:* rights, family, fertilization, assisted reproduction techniques, law.

## **INTRODUCCIÓN**

En el siglo XXI, la familia ha adquirido una connotación muy importante en conexión con la bioética y, en particular, en lo referente a los métodos de fecundación artificial. La concepción de familia desde la heterosexualidad, la procreación y otros conceptos involucrados en jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-577 de 2011, es objeto de estudio del presente trabajo, que la aborda como fuente de investigación y de reflexión para la presente indagación cualitativa.

Se sabe hoy que el derecho como ciencia social debe responder a las necesidades de la sociedad, tanto en la realidad actual como en la identificación a tiempo de la aparición de problemáticas, para poder legislar y llenar dichos vacíos o limbos jurídicos. Precisamente, esta es una necesidad que lleva a analizar el caso que se conceptualiza en este artículo: *los desarrollos científicos y tecnológicos en la vida humana*.

Gracias al avance de la ciencia, en los últimos tiempos se ha abierto un espectro de posibilidades y oportunidades antes inimaginables que han transformado los discursos y los devenires de la familia en sí. Por ello, resultado de esta preocupación, el objetivo del presente artículo de investigación es abordar cómo se vulneran los derechos humanos de las personas que quieran acceder a la técnica de fecundación humana asistida. Para ello, la principal fuente del análisis jurídico es la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Con este artículo se pretende establecer cómo las técnicas de reproducción asistida (TRA) contribuyen a la construcción de las familias, ya que se entiende que uno de los fines del matrimonio es el de tener hijos; por lo tanto, estas técnicas significan una ayuda de suma importancia para las parejas que no pueden hacerlo por determinadas causas fisiológicas. A corto plazo, estas técnicas han generado polémica, debido a las críticas recibidas por la Iglesia, la sociedad, el derecho, etc.. Así, por ejemplo, la Iglesia sostiene en ese sentido: “Estos procedimientos son contrarios a la dignidad de ser humano propia del embrión y, al mismo tiempo, lesionan el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio (Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, 1987). No obstante, a medida que el tiempo pasa y estas técnicas se van perfeccionando, se ha demostrado que cada vez los riesgos son menores y que definitivamente ellas representan una gran solución para las personas que desean tener hijos.

El estudio de este tema resulta importante debido a que cada día son más los hombres y las mujeres infértiles. La alimentación, el cuidado, el estrés, el cambio en muchos hábitos de la vida cotidiana han generado que el porcentaje de estas personas

cada vez sea mayor; por ello, se ve la posibilidad de acudir a las técnicas de fecundación humana asistida, para hacer posible la procreación y prolongación de la vida humana. De no permitirse las TRA, se estarían vulnerando múltiples derechos: a constituir una familia, a la dignidad humana, a la intimidad, a la libertad, a la integridad y formación sexual, a la reproducción, etc. De cierta manera, esto generaría discriminación por una condición de salud: la infertilidad; de ahí que sea importante que el Estado desarrolle políticas en materia de salud sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos, ya que esto podría considerarse como un problema de salud pública.

En suma, el objetivo general de este artículo es establecer la manera y las tensiones que se presentan cuando el Estado vulnera los derechos a constituir una familia mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente la fecundación *in vitro*, al no ser parte del Plan Obligatorio de Salud (POS) en Colombia.

El desarrollo de este objetivo implica, a su vez, realizar otras acciones: a) identificar los principales conflictos generados por la vulneración por parte del Estado en el derecho a la utilización de la TRA con fines de constituir una familia; b) estudiar la jurisprudencia colombiana relevante con relación a los derechos a constituir una familia y los métodos de reproducción humana asistida, con el fin de aportar elementos reflexivos frente a la postura de la Corte Constitucional sobre la inclusión de las TRA en el POS; c) aportar elementos reflexivos sobre la comprensión interdisciplinaria de la familia actual, sujeta a los desarrollos científicos de la bioética; d) elaborar un marco teórico psicojurídico sobre la familia, producto de la bioética y la jurisprudencia colombiana, y e) percibir la relatividad de la familia generada por la concepción a partir de los métodos de fecundación artificial.

## **METODOLOGÍA**

En la presente investigación se emplea una metodología analítica-descriptiva, con un enfoque cualitativo, que encuentra precisión y pertinencia con la pregunta concreta que se quiere responder, en el contexto del problema con cuya solución se contribuirá a la ejecución del proyecto, la comprensión del marco conceptual en que se inscribe esta discusión, así como a alcanzar cada uno de los objetivos propuestos. Los métodos de investigación utilizados parten desde el análisis de datos, el análisis y la sistematización de doctrina y jurisprudencia colombianas, y el análisis de diversos artículos relacionados con la práctica del método de fecundación humana asistida.

Para el desarrollo del objetivo general, se realizará un análisis de los datos recolectados sobre normatividad, doctrina y jurisprudencia, relacionados con el derecho a constituir una familia mediante la técnica de fecundación humana asistida y su vulneración en el caso colombiano. Posteriormente, para desarrollar los objetivos específicos, se utilizaron matrices que permitían identificar y aplicar a la investigación la jurisprudencia nacional relacionada con la protección de los derechos a constituir una familia, y estructurar así una propuesta para identificar las herramientas jurídicas que permitan proteger dicho derecho vulnerado.

El tiempo de ejecución de la investigación fue de dieciocho (18) meses continuos, según las orientaciones de un investigador principal. La investigación tiene un enfoque social y subjetivo que permite la comprensión de la realidad social y la interpretación del contexto del que forma parte, pues su principal objetivo es hacer una mirada hermenéutica a las significaciones que el derecho otorga a las parejas que no pueden procrear, en términos de ser una posibilidad de constituir una familia con ayuda de la tecnociencia, pero que no cuentan con los recursos económicos suficientes para acudir a dichos tratamientos médico-científicos, debido al alto costo que demandan. De esta forma, la metodología cualitativa abre espacio a las interpretaciones de textos que permiten dar una postura crítica y reflexiva al problema planteado.

## **AVANCE DE LA TECNOCENCIA EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

A medida que los tiempos cambian y la tecnología avanza, la reproducción no se queda atrás y da saltos agigantados. El término *TRA* comprende un grupo de procedimientos que tienden a sustituir un proceso de fecundación natural; generalmente consisten en la unión de dos gametos que se incuban bajo ciertas condiciones y luego, ya fecundados, se transfieren al útero de la mujer. Estas técnicas tienen varias fases: estimulación, punción, incubación, transferencia y apoyo de la fase lútea.

En un principio, hacia los inicios de la TRA, se estimaba una edad comprendida entre los 18 y los 40 años para ser candidato a este procedimiento. Hoy en día, estos márgenes de edad se han ampliado y se procura la estimulación de más folículos. Procurar la estimulación de un solo folículo tiene una serie de ventajas para la mujer, a saber: no someterla a dosis excesivas de gonadotropinas (GN-RH), lo cual es menos costoso; hay menos exposición a riesgos y al síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO); hay menor estrés para la paciente; se puede realizar una nueva punción folicular en el ciclo siguiente, al fin de evitar el riesgo de embarazo múltiple, pérdida de embriones o la necesidad de hacer reducción embrionaria (Murcia-Lora y Esparza-Encina, 2009).

Las técnicas en mención condujeron a un avance científico sobre la reproducción humana y se han convertido hoy por hoy en un apoyo o asistencia para aquellas personas que se les dificulta procrear. Turner (2001) sostiene en este sentido:

Los avances de la biomedicina han dado a la sexualidad y procreación, antes pertenecientes estrictamente al ámbito privado de las personas, un protagonismo inusual y, para algunos, incómodo. En este ámbito, un ejemplo que refleja el carácter progresivo de los derechos humanos es el desarrollo de los denominados “Derechos Sexuales y Reproductivos”, que aseguran a todas las personas la posibilidad de tomar decisiones y ejercer libre, consciente y responsablemente su sexualidad y reproducción, sin ningún tipo de coacción y violencia. [...]. El origen de los derechos sexuales y reproductivos se remonta a la década de 1960 del siglo

recién pasado, cuando, unida a la preocupación de los países desarrollados por la pobreza y el explosivo crecimiento poblacional de los países pobres que ponía en peligro la estabilidad política regional y mundial, surge la idea de crear políticas que influyesen sobre el comportamiento reproductivo de las personas.

### ***Antecedentes***

Aproximadamente desde mediados del siglo XX, en la sociedad y la familia se han presentado constantes cambios, avances y problemas en lo que concierne al campo de los desarrollos científicos relacionados con la procreación humana asistida. Estos desarrollos reclaman un minucioso análisis, no solo por los cambios sociales resultado de la globalización, sino por el nuevo modelo de familia, lo cual deriva en que esta resulte afectada por ciertos avances. Cuando se habla de *familia*, necesariamente hay que hacer referencia al concepto de *persona* desde el punto de vista jurídico.

El Código Civil colombiano, en su artículo 74, define *personas* como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, estirpe o condición”. La persona es sujeto de derechos y obligaciones, y además tiene unos atributos inherentes a su condición, por medio de los cuales es posible su presencia en el mundo y su desarrollo; por ejemplo, la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad. Estos son atributos mismos de su personalidad, como se reconoce en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Organización de Naciones Unidas [ONU], 1948).

Desde hace ya algún tiempo, la procreación mediante métodos asistidos y cuando la pareja presenta problemas para tener hijos ha derivado en la aparición de métodos de reproducción humana asistida. Según la Asociación de Bioética y Derechos Humanos de México (s. f.), la reproducción humana es un polo de atracción para el profesional de la salud y es uno de los temas que más dilemas y problemas éticos generan en relación con el uso que puede representar; consiste en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo y se utiliza para una pareja que sufre de infertilidad o esterilidad. A partir de 1978, cuando se produjo el primer nacimiento mediante fertilización *in vitro*, se han desarrollado diversos procedimientos en el campo

de las técnicas de reproducción asistida que actúan sobre los componentes de la reproducción humana.

## **CONCEPTOS Y GENERALIDADES**

### ***Nasciturus y dilema legal de la persona***

Si se quiere hablar de la persona en general, se debe entender principalmente cuándo se le da este estatus: la existencia legal de toda persona se presume al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre y respirar por sí solo. En otras palabras, solo se es persona cuando la criatura se separa del vientre materno y vive un instante siquiera. Para el ordenamiento colombiano, la personalidad jurídica del ser humano comienza al nacer; por tanto, antes de nacer no existe legalmente una persona, lo cual no impide que se pueda proteger la vida del nasciturus, tal y como lo contempla el artículo 91 del Código Civil: “La Ley protege la vida del que está por nacer”.

Con el fin de proteger la vida, en este caso de los concebidos pero no nacidos, se demuestra la necesidad de aplicar el *principio pro homine* (‘a favor de la persona’) y el *principio pro debilis* (‘favorecer a los débiles frente a los fuertes’) (Ramos, Arenas y Santos, 2014). En este caso, la ley protege la vida del que está por nacer, y el juez puede adoptar todas las medidas que juzgue pertinentes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de alguna u otra manera está en peligro. Incluso, la ley otorga al no nacido derechos sucesorios suspensivos, condicionados al nacimiento y sobrevivencia así sea solo un momento (Figuerola, 2007).

En la mayoría de las TRA, la dignidad del embrión humano se reduce a la que le conceden los padres o la sociedad, sin percibir que todas las formas de dignidad se encuentran en la primera fuente, la dignidad puramente ontológica. Al privar al no nacido y a otras personas humanas de su vida, se les priva también de la posibilidad de alcanzar esa dimensión más profunda, de su vocación de llegar a una dignidad como las de las personas vivas (León, 2007).

Existe discusión en la doctrina sobre si el “nasciturus”, el “no nacido” o el que “está por nacer” se pueden considerar o no como *persona*. Para algunos doctrinantes, la información que se desprende del diálogo entre lo genético y lo epigenético —el código de instrucciones que el proceso vital en marcha expresa desde el primer instante— indica que se está viviendo, que se está expresando la “vida” del ente embrionario.

Pero, ¿cómo?, ¿desde cuándo? Algunos consideran que desde el momento en que aflorara el nuevo código. Desde la aparición del fenotipo cigoto hay una vida en marcha que se autoconstruye; por eso es un viviente. Y es un viviente humano porque surge de un código que expresa especie humana y autoorganización. “Vida”, desde el punto de vista biológico, es la emisión de un mensaje genético; emisión permanente y singular para cada célula y aún mucho más para la iniciación del viviente en el cigoto. En el individuo adulto, la vida biológica resulta de la emisión del mensaje genético de muchos miles de células, coordinadas y orientadas (De Santiago, 2004).

Este tema también cobra especial importancia en los casos de las técnicas de reproducción humana asistida, como la fecundación *in vitro*, ya que plantean incógnitas sobre la naturaleza jurídica del embrión congelado en un laboratorio; sin embargo, no se ahondará sobre esta discusión en el presente artículo.

### ***Esterilidad e infertilidad***

En la *Enciclopedia Iberoamericana de Psiquiatría*, Andrés (1995) argumenta en torno a la noción de *procreación humana*:

Con frecuencia se emplean como sinónimos los términos de *esterilidad* e *infertilidad*, pero ello se debe, entre otras causas, a que no se aplican a personas, sino a parejas que quieren concebir. De hecho, a menudo parejas infértiles que presentan factores múltiples masculinos y femeninos implicados en la causa de su esterilidad tienen hijos cada cual con otra pareja. También es posible que tras estudios prolongados se catalogue a una pareja de estéril, programándose la aplicación de técnicas de reproducción asistida. En esta situación de espera no es

desdeñable el porcentaje de parejas que consigue un embarazo espontáneamente y sin el concurso de la ciencia.

Diferentes razones congénitas son causa de esterilidad e infertilidad en el hombre; las que más incumben para esta investigación son *impotencia coeundi* e *impotencia generandi*. La primera consiste en la incapacidad para realizar el coito por falta de erección o alteraciones morfológicas en el pene, en tanto la segunda presenta una serie de causas por las cuales el semen no tiene capacidad o la tiene disminuida para fecundar el óvulo (Andrés, 1995)<sup>1</sup>.

La infertilidad de origen femenino, según la misma fuente, “agrupa el 35-45% de todas las causas de infertilidad”. Estas causas son, entre otras, la existencia de dificultades en la producción de óvulos, la obstrucción tubárica que impide la toma de contacto entre el óvulo y el espermatozoide y alteraciones en el cuerpo uterino. En estas últimas, las causas más comunes son ausencia de útero, miomas uterinos, lesiones endometriales, alteraciones orgánicas o funcionales que dificultan el paso de los espermatozoides hacia la cavidad uterina y trastornos infecciosos o traumáticos graves que dificultan el coito (Andrés, 1995, p. 1208).

Por otro lado, la Iglesia se refiere a la esterilidad de la siguiente manera:

La esterilidad no obstante, cualquiera que sea la causa y el pronóstico, es ciertamente una dura prueba. La comunidad cristiana está llamada a iluminar y sostener el sufrimiento de quienes no consiguen ver realizada su legítima aspiración a la paternidad y a la maternidad. Los esposos que se encuentran en esta dolorosa situación están llamados a descubrir en ella la ocasión de participar particularmente en la cruz del Señor, fuente de fecundidad espiritual. Los cónyuges estériles no deben olvidar que incluso cuando la procreación no es posible, no por ello la vida conyugal pierde su valor. La esterilidad física, en efecto, puede ser ocasión para los esposos de hacer otros importantes servicios a la vida de las personas humanas, como son, por ejemplo, la adopción, los varios tipos de labores educativas, la ayuda

---

<sup>1</sup> Las alteraciones son: azoospermia, ausencia de espermatozoides; oligospermia, disminución en el número de espermatozoides; alteraciones morfológicas de los espermatozoides; astenospermia, alteraciones en la motilidad de los espermatozoides; y alteraciones en la capacitación, proceso por el cual el espermatozoide adquiere el poder de penetrar en el óvulo.

a otras familias, a los niños pobres o minusválidos (Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, 1987).

Por último, la jurisprudencia Colombiana ha hecho una distinción entre la *infertilidad originaria o primaria* y la *infertilidad secundaria*. La primera se da cuando sea producto o consecuencia de una enfermedad que afecte el aparato reproductor y, de paso, ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. Por su parte, la infertilidad secundaria se da cuando se limita la capacidad de una persona para engendrar a causa de otro tipo de afecciones físicas o enfermedades (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-274 de 2015).

### ***Finalidad de la persona***

Desde el momento mismo de la fecundación, el fin de este ser humano es vivir; por ello, es obligación de los sujetos velar por el bienestar de esa persona que se está formando en el vientre de la mujer, independientemente del modo en que este haya sido creado, sea en el contexto de una relación conyugal o marital, o bien, fruto de una fecundación *in vitro*. La razón que funda el reconocimiento del valor de la fecundación y del merecido respeto que se le debe a este proceso radica en el hecho de que el óvulo fecundado posee un fin en sí mismo, una teleología que le es propia, un desarrollo que se da por sí mismo en el espacio y en el tiempo, independientemente del padre y de la madre y de la técnica utilizada (Chomai, 2007).

El recorrido se inicia a partir de la esterilidad, la cual, según el *Diccionario de Medicina* del grupo editorial Océano (2004), es “la incapacidad de una persona, o de una pareja, para concebir hijos con la práctica de relaciones sexuales normales”. Como se señaló, no se debe confundir el concepto de *esterilidad* con el de *infertilidad*, porque el primero es un trastorno caracterizado por la imposibilidad de concebir, en tanto el segundo consiste en la incapacidad de tener hijos por la existencia de un impedimento para que el embarazo llegue a término, y que suele manifestarse por la producción de abortos repetidos.

Con respecto a los aspectos psicológicos de las nuevas técnicas reproductivas, habría que revisar primero por qué alguien llega a solicitar un hijo al médico, pregunta que no es tan ingenua como parece. El discurso social tradicional responde, en parte, a estereotipos sobre la feminidad y el ideal maternal, en el contexto de estas afirmaciones: “Una mujer no está completa si no tiene hijos”, “Los niños ‘llenan mucho’” o “Hay que tener hijos como todo el mundo” (Tuber, 1995).

Por ello, la finalidad de cualquier persona como realización humana o familiar, si se quiere, es la de poder tener hijos, y esto cobra especial importancia en materia de filiación: las personas que desean procrear puedan acceder a los métodos de fecundación asistida si no les es posible hacerlo por medios naturales.

## **DERECHOS HUMANOS**

Los derechos humanos son un ideal político y social que regula las relaciones humanas bajo los principios de libertad, respeto mutuo, equidad, justicia social, convivencia, democracia y paz, en beneficio de toda la humanidad. Es una Carta Magna Universal, una Constitución Universal de los Derechos del Hombre, que parte del derecho fundamental a la vida en todas sus formas y a la dignidad de la persona humana (Cardona, 2007).

Debido a su carácter abstracto, los derechos fundamentales necesitan ser detallados en términos concretos según sea el caso. En este proceso, en contextos culturales diferentes los legisladores y jueces suelen llegar a resultados distintos; hoy en día esto puede verse, por ejemplo, en la regulación de asuntos éticos controvertidos como el suicidio asistido, el aborto y la manipulación genética. Entre tantos derechos, es menester resaltar algunos que para la presente investigación son pertinentes en lo atinente a la resolución del problema planteado.

## ***Derecho a constituir una familia***

Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas e interpersonales, para reglar la relación que debe existir entre las personas que pertenecen a una sociedad. De esta manera, los derechos a la vida, la dignidad, la integridad física, la salud, la intimidad, la personalidad, la identidad y la sexualidad (coito) entran en juego en la reproducción humana asistida. En concreto, el derecho a la sexualidad lleva inmersa una serie de derechos de los hombres y las mujeres que desean conformar una familia, puesto que la presencia de los hijos en la vida de la mayoría de las personas constituye un elemento esencial, ya que significa no solo un logro personal, sino que hace posible constituir una familia en el seno de un matrimonio, signado fundamentalmente por los múltiples significados sociales y culturales que esto representa.

Sin embargo, el logro de un embarazo o la presencia misma de los hijos no es algo que ocurra siempre de manera simple y previsible, pues existen eventos inesperados e indeseados que obligan a reformular las expectativas en relación con la paternidad, la maternidad y todo lo que ello implica. Un ejemplo de esto lo constituye la infertilidad, que es un problema clínico común y se define como la incapacidad de lograr el embarazo luego de uno o dos años de relaciones sexuales frecuentes sin protección en parejas en edad reproductiva (Fernández, Gerez y Pineda, 2015). Esta dificultad, como lo sostiene Escobar (2007), también repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, el derecho sucesorio, etc.

Se puede afirmar que la familia es la institución que mejor cumple con las funciones esenciales para el desarrollo de todo ser humano, como lo son la función biológica (sexual y reproductiva), educativa (socializa a los niños en cuanto a conductas, hábitos y valores), económicas (alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación) y de protección (seguridad y cuidado de sus integrantes, principalmente de los más débiles, como los niños, ancianos o personas con algún tipo de discapacidad) (Lepin, 2014).

Cabe señalar que la Constitución Política del 91 define en el artículo 42 a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”. A su vez, establece la igualdad de derechos y deberes de los hijos, ya sean habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o *procreados naturalmente o con asistencia científica*.

Es importante entender que con este tipo de reproducción son muchos los cambios que emergen, en la medida en que estos procedimientos médicos hacen que la procreación pierda su dimensión sentimental, sexual e íntima: la procreación asistida se hace con cierta publicidad e intervención de varias personas que constituyen un equipo especializado, lo cual afecta el derecho a la intimidad de los progenitores, ya que es todo un equipo el que dirige y vigila la procreación (Escobar, 2007).

La decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a las técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos que tienen las personas; derechos que serían violados a las parejas, los matrimonios o simplemente los sujetos que desean conformar una familia con hijos, pero que debido a problemas físicos no pueden hacerlo de la forma considerada “tradicional”; en otras palabras, se violarían derechos como la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar. La decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida es una manifestación de la voluntad de las personas, que gozan de plena libertad porque los protege la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales (Zegers, Dickens y Dughman, 2014). Paker (s. f.) argumenta en este sentido:

Hoy, la importancia de la familia se relaciona con sus funciones relativas a la reproducción y procreación, en el entendido de que la finalidad misma de la unión entre un hombre y una mujer es la procreación. La socialización afectiva y cultural, a la integración y cooperación económica y social entre sus miembros, y a las habilidades de proteger y asegurar el bienestar del grupo de parentesco en situación de crisis. Una economía compartida que asegure la satisfacción y la seguridad física, tanto del individuo como del grupo, son factores considerados de significativo valor para la configuración del grupo familiar de acuerdo con disciplinas como la antropología y la sociología.

Es importante tener en cuenta esa cadena porque en cada eslabón es posible pensar en las TRA para acceder a los hijos deseados en cada momento histórico y personal, fruto de una elección que se incluye en el concepto de familia como proyección humana, ya que, desde esta perspectiva, el papel que incumbe a la familia es el de “hacer personas”. También se podría pensar la familia como unidad estructurante: “La familia es una estructura determinante en la formación de los niños en tanto sujetos deseantes, es decir, seres libres, creativos y responsables” (Salzlberg, 1993, p. 77). De hecho, desde el punto de vista psicoanalítico, los primeros años de vida son fundamentales para la estructuración del sujeto.

Por otra parte, es incuestionable hoy “el derecho a la investigación y a la producción científica y técnica, directamente relacionado, a su vez, con el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y como un claro ejemplo de libertad entendida como derecho a la no interferencia” (Turner, 2001). Las relaciones familiares son el marco dentro del cual se dan las interacciones padre-hijo y madre-hijo, y si bien el antagonismo y las diferencias están allí presentes como vivencias naturales que aceleran procesos de cambio, dichas interacciones están inscritas en las perspectivas actuales que plantea la ciencia y que tienen que propiciar un cambio en la manera de ver el mundo y de concebir la familia, alejada en algunos casos de la “natural reproducción humana” que ha acompañado la definición de matrimonio en todas o casi todas las legislaciones, como se indica en el Código Civil colombiano, artículo 113.

Esta es la razón por la cual se modifica también un sinnúmero de situaciones o circunstancias ligadas a esa concepción de familia. La heterosexualidad, por ejemplo, pierde valor simbólico: el que se le había atribuido en tantos años de historia, que la hacía una característica imprescindible para la constitución de la familia, y que en la antigüedad era símbolo de poderío para el “paterfamilias” y de dominación y esclavitud para la mujer y los hijos, ambos puestos al servicio del padre y de la consecución de los bienes. Ello favoreció el mantenimiento del “modelo patriarcal”, aunque con algunas limitaciones a partir del siglo XIX, por la intervención del Estado moderno, que asume funciones educativas, de salud y judiciales frente a la familia, debilitando así la omnímoda potestad paterna y marital. No menos dicente es la experiencia en la Edad

Media, cuando la única manera en que podría liberarse la mujer era accediendo al “amor cortés”<sup>2</sup>, que marcó el inicio de una poética y que señaló la incompatibilidad entre el amor y el matrimonio.

La procreación es otro de los valores cuestionados con la nueva familia que aquí se trata: ya aquella no es necesaria para engendrar hijos mediante la unión íntima de la pareja; ya el hombre no es indispensable para la generación de nuevos seres humanos, o por lo menos tal hombre para tal mujer, fruto de un matrimonio o de una unión marital o simplemente de unión libre; más aún, ya no es indispensable la vida en pareja para la crianza de los hijos. Hay quienes acuden a la inseminación artificial porque, según su sentir, “no quieren estar ligadas a un hombre”. Son familias monoparentales marcadas por el desconocimiento del padre, que fácilmente es reemplazado por un espermatozoide.

Por último, en Sentencia T-1104 de 2000, 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.

### ***Derecho a la dignidad humana***

La dignidad humana exige que se reconozca un ámbito de libertad a las personas; para el presente caso, que se les respete el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción, sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, y mucho menos la obligación a verse sometidos o excluidos, dada su “incapacidad” de tener

---

<sup>2</sup> “*Cortés* significa todo ese conjunto de costumbres que constituían una marca de adhesión a los valores caballerescos de las capas más altas de la sociedad feudal, un ideal ético y una constante escuela de exigencia por medio de la cual se perpetuaba una clase o se aspiraba a progresar socialmente” (Rodríguez, 1994, p. 114).

hijos y poder tener una vida normal en un ámbito familiar. El ejercicio responsable de cualquier libertad implica un previo conocimiento de su finalidad y de los medios para su consecución; por tanto, las personas que se someten a estas técnicas no lo hacen de manera apresurada ni mucho menos de manera caprichosa, ya que la decisión de tener hijos no se debe tomar de forma ligera, y así tampoco la de conformar una familia (Solano, 2003).

La dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de forma tal que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos (Habermas, 2010).

Se entiende por *dignidad humana* la importancia del reconocimiento. La tesis del reconocimiento gira en torno al otro como interlocutor legítimo de encuentro, complementariedad, respeto y convivencia, fundamento de todos los derechos. Es indispensable integrar los conceptos de persona, dignidad y reconocimiento para derivar de ellos la teoría de los derechos humanos.

En síntesis, la dignidad implica, por un lado, reconocer el ser, el sentido, las características y las múltiples dimensiones de lo humano (reconocimiento ontológico), y, por otro, crear y promover las condiciones y circunstancias propicias para que tales características, dimensiones y potencialidades del otro se expresen y desarrollen plenamente (reconocimiento axiológico). El reconocimiento es hipótesis básica y condición ineludible para la realización del orden político-social, pues no puede haber un orden social con discriminación o privación del otro, violencia e injusticia o sin reconocimiento (García, 2007).

### ***Supremacía de la autonomía privada de la voluntad***

El respeto a la autonomía de las personas y la libertad para decidir sobre sus vidas deben ser valores supremos que una sociedad debe defender hasta los últimos

extremos, siempre que esos comportamientos derivados de los derechos adquiridos no atenten contra los intereses y los derechos de las demás personas. Los derechos de los individuos van hasta donde empiezan los de los demás. Pero, sobre todo, la defensa del derecho a la vida humana en todas sus formas y manifestaciones culturales debe ser el valor que cualquier sociedad defina como valor supremo; por tanto, el derecho a consolidar una familia con hijos es totalmente respetable (Montes, 2004).

## **PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) identifica la salud como el estado de bienestar físico, social, emocional y psicológico; por ello insiste en que se debe trabajar para que las personas alcancen esa salud integral. Es una misión de todos los países velar para que sus habitantes gocen de esa plenitud en su salud. En ese sentido, luchar contra la esterilidad, que es una enfermedad que día tras día va en aumento, con las técnicas de reproducción asistida es una forma humana de curación y de garantizar la salud anhelada.

Se puede afirmar que la autorización de los métodos de reproducción asistida es una forma de garantizar el derecho a la salud y a otros plenamente ligados a este, y con la ayuda ofrecida de la medicina estos derechos se van materializando y asegurando en los ciudadanos (Solano, 2003). También es importante resaltar que el uso de tecnologías de información en la prestación de los servicios de salud exige una reflexión ética crítica sobre la atención de los pacientes como humanos. El médico y los demás miembros del equipo de salud deben atender a sus pacientes no como exclusivos cuerpos orgánicos, sino como personas que sufren y padecen, para así propiciar una mayor comprensión hacia el enfermo y su enfermedad (Arellano, Matos y Oberto, 2010).

En este sentido, la OPS (1997) establece como visión el uso de una tecnología apropiada, que, combinada con una infraestructura fiable para el procesamiento de información de salud, permita la “integración de datos de salud, mejora del

funcionamiento de los servicios de salud y calidad de la atención, expansión del acceso, ampliación y apoyo de las actividades de promoción de la salud, mayor acceso al conocimiento y educación de proveedores y consumidores” (p. 2). Cabe señalar que la infertilidad es considerada por esta organización como una enfermedad del sistema reproductivo que afecta la salud de las personas que la sufren.

## **LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

Para el caso colombiano, el constituyente de 1991, en sintonía con los avances de la tecnología y para estar a la vanguardia, brinda la posibilidad procreativa de las personas, y ante la posibilidad de que las parejas puedan, por intermedio de las (TRA), tener hijos propios, se plasmó en la Constitución esta realidad: se dio la protección de los derechos a las personas y de la familia como núcleo esencial del Estado, en lo referido en el artículo 42: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

La condición de ser infértiles produce en el ser humano una frustración: la de no realizarse como persona. No obstante, en los seres humanos no es una constante esa frustración, ya que para otros casos el no tener hijos, así se esté apto para ello, es también una opción de vida. Con independencia del caso o de las razones, muchos seres humanos desean tener su propia descendencia.

Por esta razón, la Corte Constitucional ha tenido un papel muy activo en pronunciamientos sobre casos específicos relacionados con las TRA, donde el Sistema General de Salud ha negado los tratamientos, sobre todo en lo concerniente a la fecundación *in vitro*. Entre los más relevantes pueden citarse las sentencias T-1104 de 2000, T-946 de 2007, T-760 del 2008 y T-009 de 2014. En esta última sentencia se afirma:

Es plausible y merecedora de todo respeto la aspiración de mujeres y los hombres de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos tan necesaria para

la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresismos costosos que permitan el nacimiento de más párvulos en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que siguen requiriendo madre, padre, familia y amor.

La posición de la Corte frente al acceso a las tecnologías propias de las técnicas de reproducción asistida que protegen los derechos sexuales y reproductivos está sentada. En este orden, el acceso a este tipo de procedimientos está supeditado a la capacidad económica; postura que, para la Alta Corporación, indica la importancia de hacer viable desde el punto de la sostenibilidad fiscal el Sistema General de Salud (Monroy, 2013).

El Código Civil no consagra una definición de la familia como tal, aunque trata del matrimonio y de los hijos, etc.; pero la Constitución Política sí lo hace. La aproximación al concepto de familia en la legislación y la jurisprudencia colombianas se hace desde una aproximación del artículo 42 de la Carta, en el cual se la reconoce como la institución más importante, núcleo fundamental de la sociedad que puede conformarse por vínculos jurídicos y naturales. Se encuentra allí un gran número de normas que amparan a la familia y consagran deberes con respecto a los integrantes: cónyuges, compañeros permanentes, hijos mayores y menores de edad, con incapacidad, personas de la tercera edad, mujeres en estado de embarazo, mujeres cabeza de familia y otros.

Las leyes, apoyadas en la Constitución, han establecido políticas de atención especial y protección a los miembros de la familia, y adicionalmente resulta como un agregado la especial protección de la cual gozan los niños en el Estado colombiano. En la Sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional señala:

La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede

constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”.

Por último, como lo manifestó la Corte en Sentencia T-528 de 2014, los tratamientos de fertilidad se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud, pues así está estipulado en el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, así como en el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, en cumplimiento de los principios de universalidad, equidad y eficacia enunciados en la Ley 100 de 1993. Dicha exclusión ha encontrado su justificación, por un lado, en la faceta prestacional y progresiva que desde un principio caracterizó el derecho a la salud y, por otro, debido a que los tratamientos para la esterilidad resultan ser muy costosos.

## **VULNERACIÓN AL DERECHO DE ACCEDER A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

### ***Postura de la Corte Constitucional***

Es relevante señalar que la Corte Constitucional colombiana ha negado en algunas oportunidades el amparo a los padres que desean conformar un hogar con hijos mediante alguna técnica de fecundación humana asistida. La Alta Corporación ha indicado que el derecho fundamental a la salud tiene límites, y por ello el plan de beneficios no tiene que ser infinito, por cuanto debe circunscribirse al cubrimiento de las necesidades de índole prioritaria, con el objetivo de asignar de manera eficiente los recursos económicos escasos disponibles en el Estado. Por esta razón, en varias sentencias la Corte Constitucional ha hecho nugatorio el servicio de salud demandado por vía de tutela, en el caso de procedimientos estéticos y tratamientos para la obesidad. En este último evento se ha señalado que cada individuo tiene el deber de cuidar de su salud para prevenir las enfermedades derivadas del sobrepeso (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008; López, 2015). En la Sentencia T-528 de 2014 se lee:

Si bien la Sala reconoce que esta enfermedad no involucra gravemente la vida y, o necesariamente, la dignidad o a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud, sí puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad/maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja. Esta situación pone en evidencia que hay una dimensión prestacional del derecho a la salud en la cual no se ha avanzado en lo absoluto, y que deja desprotegido a un sector de la población que demanda servicios médicos para el tratamiento de su infertilidad, como lo tiene para otra cualquier causa de salud. [...]

Considerando la insuficiencia de regulación existente en lo que tiene que ver con la exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad, que precisa ser superada, la Sala exhortará al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización *in vitro*, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas. [...]

Concluye la Sala 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, como única alternativa para lograr reproducirse, debido a que este servicio está excluido del POS. No obstante, sí vulneró su derecho fundamental a la salud en la faceta de información, guía y acompañamiento, y así será declarado en la parte resolutive de esta providencia. En este sentido, se prevendrá a Salud Total EPS para que en el futuro, ante casos similares, no incurra en la misma conducta.

El acceso a tratamientos de fertilidad se entiende como los beneficios a los cuales tienen derecho todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, según el Ministerio de Salud. No obstante, los tratamientos de reproducción asistida se han mantenido por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio

de Salud en razón de la mayor efectividad en la utilización de los recursos del sistema y la destinación de estos en servicios que contribuyan al diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de enfermedades más graves.

## **LA SOLUCIÓN PARA LA SALVAGUARDA DEL DERECHO DE LA FAMILIA**

El Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el Sistema de Seguridad Social en Salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización *in vitro*, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente. No hacerlo puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas.

Para precisar esta última idea, y teniendo presente que se está ante un área de la salud que tiene sus particularidades —esto por cuanto, entre otras razones, involucra una cantidad de dimensiones del entorno humano—, no se puede concluir que en términos generales toda negativa de acceso a la realización de tratamientos de fertilidad vulnera derechos fundamentales, pues deben considerarse las circunstancias personales de quien solicita este servicio de salud. No es lo mismo que el tratamiento de fertilidad lo requiera una pareja que ya tiene hijos —al menos uno— y ha materializado su derecho a la reproducción humana y a fundar una familia, a que sea solicitado por una pareja en edad reproductiva que no ha logrado hacer realidad su deseo de ser padres biológicos, debido a la infertilidad que afecta su salud reproductiva.

Es claro que en el segundo evento descrito las personas se encuentran en un nivel de afectación mayor, y que la negativa de acceso al servicio de salud supone una carga desproporcionada, toda vez que implica una restricción para hacer efectivos los derechos a la reproducción humana, la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y la libertad para fundar una familia especialmente. Lo anterior es indicativo de que hay una gran ausencia del

Estado en la atención de la infertilidad, conforme a lo ya reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia T-528 de 2014.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta lo mencionado en Sentencia T-946 de 2007, sobre el carácter prestacional del derecho a la salud:

(i) El constituyente decidió ubicar el derecho a la salud entre los derechos económicos, sociales y culturales, y no entre los derechos fundamentales; (ii) los derechos sociales económicos y culturales se encuentran sujetos, para su eficacia, al desarrollo estatal; (iii) dado el alto costo de los tratamientos de fertilidad, la posibilidad de ser cubiertos por el Estado, implica una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones, situación que resulta especialmente nociva en un contexto de escasos recursos como el colombiano, y (iv) el principio de universalidad que guía las políticas públicas en materia de seguridad social obliga a tomar medidas que permitan ampliar la cobertura del sistema hacia toda la población. Como conclusión, la Corte indicó que los tratamientos de fertilidad no resultaban exigibles en el nivel actual de desarrollo del Estado.

Ahora bien, conviene indicar que la infertilidad también tiene sus causas en *trastornos de origen psicógeno* como los siguientes: el rechazo consciente al embarazo, el temor a los trastornos de la gestación, el dolor del parto, el miedo a engendrar un hijo mal formado, el temor a enfrentarse al cuidado de un nuevo ser; en definitiva, el miedo a cumplir con el papel reproductor de la mujer puede generar tal angustia, ansiedad y ambivalencia que produce esterilidad.

Por las razones anteriormente expuestas, diversas situaciones psicológicas remiten a la consideración de que “las nociones mismas de maternidad y paternidad son construcciones que definen la posición que ocupan determinados sujetos en un sistema de parentesco”. Por ello, el acceso a los métodos alternativos de fecundación “no depende solamente de la potencialidad biológica, sino que comprometen la subjetividad de las personas, es decir, existe un deseo en juego, un deseo inconsciente” (Andrés, 1995).

Por ello, la Corte Constitucional, en Sentencia T-274 de 2015, reitera su jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de los tratamientos de reproducción asistida en aquellos casos en los que se pretenda garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y se busque garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, razón por la cual deben ser autorizados por las entidades prestadoras de servicios de salud.

Asimismo, en Sentencia T-009 de 2014 esta Corporación ha considerado que es procedente la tutela para asuntos atinentes a fertilidad solo en tres casos puntualmente indicados:

- (a) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique tal proceder;
- (b) cuando se requiere la práctica de exámenes, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad;
- (c) cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que sí ponga en riesgo reales derechos fundamentales de la paciente, como la vida, la integridad y la salud.

El problema jurídico planteado por la Corte se relaciona con el objeto de la presente investigación: *¿Vulnera una entidad prestadora de salud, del régimen contributivo o del régimen subsidiado, los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos, y a la vida privada y familiar de una mujer por negarle la autorización del tratamiento de fertilización in vitro como única posibilidad de procrear de manera biológica, bajo el argumento de que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud?*

En la *ratio decidendi* de la sentencia se estableció el estudio sobre la posibilidad de acceder a los tratamientos de reproducción asistida, como servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud, el cual debe ser analizado teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre

desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Como se expuso previamente, tratándose de tratamientos de fertilidad, debe ampliarse el ámbito de protección, en la medida en que si bien esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social: el derecho a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, facetas que igualmente deben ser protegidas por el juez constitucional.

- b) Que se trate de un medicamento, un servicio, un tratamiento, una prueba clínica o un examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo hacerse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. Cuando se han agotado otros medios y estos no han dado resultado, los tratamientos de fertilidad *in vitro* no cuentan con un homólogo o sustituto dentro del POS, precisamente por su naturaleza y su considerable costo.
- c) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. Debe exigirse un mínimo de diligencia del afiliado en demostrar a la EPS a la que se encuentre afiliado o, de ser el caso, al juez de tutela que conozca el asunto de su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado. El afiliado deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados. El monto que deberá sufragar el paciente para acceder a tales procedimientos, a través de la cuota moderadora o el copago según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital. En esa medida, debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y por su parte, los pacientes, desde el momento de tomar la decisión

de procrear y conformar una familia, deben asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica.

- d) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona, al tener noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios, y no la descarte con base en criterios médico-científicos. En caso de ser prescrito por un galeno particular, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas, que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifique científicamente la viabilidad o no del procedimiento.

En cierto sentido, la Corte establece unos requisitos para poder acceder a los tratamientos de fertilidad, pero en su parte resolutive *exhorta* al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización *in vitro*. A su vez, *exhorta* para se inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas, al igual que inicie los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud; y una vez el Ministerio de Salud y Protección Social obtenga los resultados de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud, evalúe los factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida, como la condición de salud del o la paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia, la capacidad económica del afiliado, entre otros que considere pertinentes.

Es evidente que la problemática continúa siendo objeto de debate, hasta tanto no se realicen los estudios pertinentes anteriormente mencionados; sin embargo, el Gobierno Nacional debe considerar los casos de infertilidad como una enfermedad que merece toda la atención para ser tratada, garantizar los derechos de las personas que desean acceder a las TRA y, por supuesto, extender dichos tratamientos a la cobertura del POS.

## **CONCLUSIONES**

- a) Efectivamente, la respuesta a la pregunta de investigación es afirmativa, porque existe una vulneración al derecho de constituir una familia por parte del Estado, al ser este la máxima autoridad administrativa que debe asegurar el cumplimiento de una justicia social y representar los intereses y derechos de los padres que pretenden hacer uso de técnicas de fecundación asistida, con el fin de acceder a su derecho de procreación. Al no dirimirse el conflicto por la entidad promotora de salud al cual la potencial víctima se encuentra afiliado, esta debe acudir a la vía jurisdiccional para que se le garanticen los derechos que le fueron vulnerados o se encuentren en peligro de serlo —especialmente el derecho humano de ser padres—, y mediante tutela exigir que le sea autorizado uno de los diversos tratamientos de carácter médico utilizados para auxiliar a los pacientes con problemas de infertilidad; pero al no ser considerado el derecho a constituir una familia un derecho fundamental o de primera generación, la acción no prospera.
- b) La práctica de las citadas técnicas genera controversia desde el punto de vista médico, ético y jurídico; sin embargo, el debate se agudiza cuando las parejas no tienen los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de los tratamientos, caso en el cual se genera una grave vulneración de sus derechos fundamentales y humanos por parte del Estado; como se abordó en esta investigación, se configuró la transgresión a los pacientes al derecho a la familia, a la honra, a la dignidad y a la igualdad ante la ley por parte del Estado.

c) Los prestadores en salud o el mismo Estado pueden vulnerar un derecho o libertad salvaguardado por la Constitución de 1991 en su artículo 42, como lo es el derecho a constituir una familia como núcleo esencial de la sociedad, por la negativa del Estado de la práctica de procedimientos médicos como la utilización de la fecundación *in vitro* en aquellas personas que desean conformar un hogar con hijos. Tal y como lo ha indicado la Corte, el derecho fundamental a la salud tiene límites, y por ello el plan de beneficios no tiene que ser infinito, por cuanto debe circunscribirse al cubrimiento de las necesidades de índole prioritaria, con el objetivo de asignar de manera eficiente los recursos económicos escasos disponibles en el Estado. Parece ser un fundamento jurídico precario al reducirse a un tema meramente económico y presupuestal, pues no logra dar solución ni justificación a la problemática que padecen las parejas que no cuentan con los recursos necesarios para acceder a las citadas técnicas y a la negativa del Estado de sufragar los costos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrés, P. (1995). Procreación humana. En G. Vidal, R. Alarcón y F. Lolas, *Enciclopedia Iberoamericana de Psiquiatría* (tomo III). Buenos Aires: Editorial Médica Panamericana.
- Arellano, M., Matos, J. y Oberto, L. (2010). Hacia una mirada transdisciplinar de la bioética. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 10(2), 20-33.
- Asociación de Bioética y Derechos Humanos de México (s. f.). Bioética y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Recuperado de [goo.gl/MdEYOZ](http://goo.gl/MdEYOZ)
- Cardona Arias, J. D. (2007). Los derechos humanos: una reflexión desde la bioética. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 7(12), 116-125.
- Chomali, F. (2007). Derecho a la vida, derecho fundamental. *Teología y Vida*, 48(4), 413-423.

Congreso de la República de Colombia (1887). Ley 57 del 15 de abril 1887: Código Civil Colombiano.

Congreso de la República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia T-1104 de 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia T-946 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia T-760 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-577 de 2011, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia T-009 de 2014, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia T-528 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T- 274 de 2015, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

De Santiago, M. (2004). *Estatuto biológico, antropológico y ético del embrión humano*. Recuperado de <http://www.bioeticaweb.com/estatuto-biologico-antropolologico-y-etico-del-embrión-humano-dr-manuel-de-santiago/>

Escobar Fornos, I. (2007). Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). *Cuestiones Constitucionales*, 16, 137-158.

- Fernández Borbón, H., Gerez Mena, S. y Pineda Bouzón, A. (2015). La reproducción asistida. *Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río*, 19(2), 367-373.
- Figuroa García-Huidobro, R. (2007). Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho*, 20(2), 95-130.
- García Cardona, G. (2007). La dignidad de la persona humana, Horizonte de fundamentación teórica y práctica de la bioética. *Bioeditorial*, 13(8), 6-11.
- Grupo Editorial Océano (2004). *Diccionario de Medicina*. Barcelona: Autor.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), 3-25.
- León Correa, F. J. (2007). El diálogo bioético en las técnicas de reproducción asistida. *Acta Bioethica*, 3(2), 161-167.
- Lepin Molina, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23, 9-55.
- López Oliva, J. O. (2015). *La responsabilidad internacional derivada de la técnica de fecundación in vitro*, 21-22.
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Iuris*, 30, 135-150.
- Montes Guevara, G. E. (2004). Bioética y técnicas de reproducción asistida. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 12(1), 71-78.
- Murcia-Lora, J. M. y Esparza-Encina, M. L. (2009). Ventajas de la reproducción humana natural. *Persona y Bioética*, 13(1), 85-93.
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización Panamericana de la Salud (OPS) (1997). *Tecnologías en salud uniendo a las Américas. Impulsando una visión: La implantación y uso de la tecnología y los sistemas de información en el mejoramiento de la salud y la atención de salud*. Washington: Autor.

Parker Gumuci, C. (s. f.). ¿Qué es ser familia hoy? Los cambios de la familia latinoamericana en el inicio del siglo XXI. *Revista Novamérica*, 107. Recuperado de [http://www.novamerica.org.br/Revista\\_digital/L0107/rev\\_emdebate02.asp](http://www.novamerica.org.br/Revista_digital/L0107/rev_emdebate02.asp)

Ramos Vergara, P., Arenas Massa, Á. y Santos Alcántara, M. (2014). La persona y su dignidad al inicio de la vida: el concebido por técnicas de fertilización in vitro en Chile. *Acta bioethica*, 20(2), 169-179.

Rodríguez Magda, R. M. (1994). *Femenino, fin de siglo. La seducción de la diferencia*. Barcelona: Anthropos.

Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (1987). *Donum Vitae, Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Recuperado de [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html)

Salzberg, B. (1993). *Los niños no se divorcian*. Buenos Aires: Beas Ediciones.

Solano Castillo, P. (2003). El derecho a la salud y la reproducción asistida. *Medicina Legal de Costa Rica*, 20(1), 15-27.

Tuber, S. (1995). Maternidad y paternidad: aspectos psicológicos. En G. Vidal, R. Alarcón y F. Lolas, *Enciclopedia Iberoamericana de Psiquiatría* (tomo III, p. 1212). Buenos Aires: Editorial Médica Panamericana.

Turner Saelzer, S. (2001). Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida. *Revista de Derecho*, 12, 206-216.

Zegers Hochschild, F., Dickens, B. y Dughman Manzur, S. (2014). El derecho humano a la fecundación in vitro. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 79(3), 229-235.