


| | | | | |
|---|---|---------------------|-------------------|----------|
|  | UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA | | | |
| | Documento | Código | Fecha | Revisión |
| | FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO | F-AC-DBL-007 | 10-04-2012 | A |
| Dependencia | Aprobado | | Pág. | |
| DIVISIÓN DE BIBLIOTECA | SUBDIRECTOR ACADEMICO | | i(68) | |

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

| | | | |
|--|---|----------------|---------|
| AUTORES | YULIETH VANESSA VERGEL PACHECO EDDY YOHANA TORO ANGARITA | | |
| FACULTAD | EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES | | |
| PLAN DE ESTUDIOS | DERECHO | | |
| DIRECTOR | NATALY JULIANA ASCANIO MANTILLA | | |
| TÍTULO DE LA TESIS | FECUNDACIÓN IN VITRO UN NUEVO RETO PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. | | |
| RESUMEN (70 palabras aproximadamente) | | | |
| <p>EN LA PRESENTE MONOGRAFÍA SE REALIZÓ LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA QUE HA TENIDO LA INFERTILIDAD COMO UNA ENFERMEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO, PARA ELLO, SE HIZO UNA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO, HACIENDO UN ESTUDIO A TRAVÉS DE LA HISTORIA, INTERPRETANDO LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS INFÉRTILES, CONSTRUYENDO UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL E INTERPRETANDO LA LEY 1953 DE 2019.</p> | | | |
| CARACTERÍSTICAS | | | |
| PÁGINAS: | PLANOS: | ILUSTRACIONES: | CD-ROM: |



**FECUNDACIÓN IN VITRO UN NUEVO RETO PARA EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO**

Autores

YULIETH VANESA VERGEL PACHECO

Código: 240741

EDDY YOHANA TORO ANGARITA

Código: 240740

**Trabajo de Grado presentado en modalidad monografía como requisito para optar al título
de Abogado**

Directora

NATALY JULIANA ASCANIO MANTILLA

Abogada

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA
FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**

Ocaña, Colombia

Noviembre de 2019

INDICE

| | |
|--|-----|
| Introducción | vii |
| capítulo 1. Interpretación de la fecundación in vitro desde un enfoque constitucional..... | 1 |
| 1.1 Breve recorrido de la fecundación in vitro a través de la historia | 1 |
| 1.1.1 Primera fecundación in vitro en animales..... | 2 |
| 1.1.2 Primer bebé probeta. | 2 |
| 1.2 Concepto de fecundación in vitro dentro del ordenamiento jurídico colombiano | 3 |
| 1.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 3 |
| 1.2.2 Corte Constitucional Colombiana. | 4 |
| 1.3 Nociones Internacionales..... | 6 |
| 1.3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). | 7 |
| 1.3.2 Conferencia Internacional para la Población y el Desarrollo de la ONU. | 7 |
| 1.3.3 Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo..... | 8 |
| 1.3.4. Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. (DESC). | 8 |
| 1.3.5 Análisis de los casos relevantes estudiados por la Corte Internacional de Derecho Humanos por el tema de fecundación in vitro. | 9 |
| 1.3.5.1 Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. . | 9 |
| Capítulo 2. Evolución de los derechos de las personas infértiles | 12 |
| 2.1 Concepción que se le ha dado a los derechos de las personas infértiles | 12 |
| 2.1.2 Concepción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección del derecho a la salud. | 15 |
| 2.2 Avance en el concepto de infertilidad | 21 |
| Capítulo 3. Línea jurisprudencial de la fecundación in vitro..... | 25 |
| 3.1 Corte Constitucional..... | 27 |
| 3.1.1 Sentencia T-752 de 2007..... | 27 |

| | |
|--|----|
| 3.1.2 Sentencia T- 890 de 2009..... | 27 |
| 3.1.3 Sentencia T- 226 de 2010..... | 29 |
| 3.1.4 Sentencia T-644 de 2010..... | 31 |
| 3.1.5 Sentencia T- 009 de 2014..... | 32 |
| 3.1.6 Sentencia T- 528 de 2014..... | 33 |
| 3.1.7 Sentencia T- 274 de 2015..... | 35 |
| 3.1.8 Sentencia T-375 de 2016..... | 37 |
| 3.1.9 Sentencia 398 de 2016. | 38 |
| 3.1.10 Sentencia T-126 de 2017..... | 38 |
| 3.1.11. Sentencia 316 de 2018. | 40 |
| 3.1.12 Sentencia 377 de 2018. | 40 |
| Capítulo 4. Interpretación de la normatividad jurídica del tratamiento de fecundación in vitro.. | 42 |
| 4.1 Análisis de la ley 1953 de 20 de febrero de 2019..... | 42 |
| 4.1.1 Puntos relevantes de la ley..... | 48 |
| 4.2 Ruta de acceso a tratamientos de fecundación in vitro..... | 50 |
| Conclusiones..... | 51 |
| Referencias..... | 55 |

Lista de figuras

| | |
|--|----|
| Figura 1. Derechos sexuales y reproductivos | 13 |
| Figura 2. Vías de protección del derecho a la salud..... | 16 |
| Figura 3. Argumentos de la Corte Constitucional acerca de la fecundación in vitro..... | 18 |
| Figura 4. Clases de infertilidad..... | 22 |
| Figura 5. Sentencia Arquimedica. | 26 |
| Figura 6. Puntos relevantes de la Ley 1953 de 2019..... | 47 |
| Figura 7. Ruta de acceso a tratamientos de fecundación in vitro. | 50 |

Introducción

Debido a la ausencia normativa que existe acerca de los procedimientos científicos de reproducción humana asistida en el sistema de salud, resulta indispensable y de gran relevancia abordar los avances jurisprudenciales que ha efectuado la Corte Constitucional, y a su vez, analizar la evolución que ha tenido el tratamiento de fecundación in vitro a nivel internacional, en aras de solucionar la problemática ocasionada por los vacíos jurídicos del ordenamiento jurídico colombiano.

Se trata de realizar un análisis jurídico, teniendo en cuenta que existe muy pocas investigaciones sobre la manera en que la Corte Constitucional ha asumido el procedimiento de fecundación in vitro, y sus requisitos para acceder de manera gratuita.

La existencia de un alto porcentaje de parejas que padecen infertilidad y la ausencia de recursos económicos impiden el acceso a los tratamientos científicos, ocasionando que proyectos de vida de muchas personas no lleguen a su fin, como el de concebir un hijo y, por lo tanto, conformar una familia.

Al incluir la infertilidad dentro del sistema de salud como una enfermedad, inevitablemente causaría una modificación en del POS, por lo tanto, lo que se busca básicamente es analizar ¿Cuál es la construcción jurídica que se ha desarrollado al contemplar la infertilidad como una enfermedad en el ordenamiento jurídico?, así como también se realiza un estudio al pronunciamiento del congreso, la ley 1953 del 20 de febrero del presente año y a su vez, los

requisitos de como autorizar los tratamientos de reproducción humana asistida, el cual es un aporte jurídico significativo ante las exigencias de la modernidad y los grandes avances de la ciencia.

Así las cosas, se realizó un recorrido del análisis jurisprudencial que ha elaborado la Corte Constitucional hasta febrero del presente año, para de esta manera definir que se tiene hoy en día en materia jurídica con respecto a la fecundación in vitro y en qué casos se puede otorgar dicho tratamiento de fertilidad, según las leyes y la jurisprudencia colombiana.

Finalmente, se aplicó el método hermenéutico interpretativo, el cual, según Jáñez (2008), permite una interpretación objetiva de la legislación con análisis crítico social de la norma en atención a la ley, doctrina y jurisprudencia.

Capítulo 1. Interpretación de la Fecundación In Vitro desde un Enfoque Constitucional

La fecundación in vitro hace parte de los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida (TRA); tema que se estudiará a partir de una interpretación Constitucional, jurisprudencial y tomando como base en la normatividad internacional, abarcando los conceptos, teorías, estudios, e importancia que se le ha dado en el transcurso de los últimos años a este tipo de fecundación en el ordenamiento jurídico Colombiano; teniendo en cuenta además, la incidencia que ha tenido este fenómeno en las personas infértiles, en la distinción de derechos fundamentales tales como, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la salud y la vida e integridad personal; para así lograr acceder a procedimientos científicos.

1.1 Breve recorrido de la fecundación in vitro a través de la historia

La reproducción humana asistida, así como los distintos escenarios de la vida, ha venido avanzando, básicamente con la finalidad de proporcionar oportunidades de concebir a las parejas infértiles que de alguna manera no han podido hacerlo, es por ello, que hoy en día existe un acumulado de técnicas médicas o procedimientos científicos orientados a suplantar las técnicas habituales para la reproducción convencional. Realidad que ha ocasionado múltiples controversias desde distintos puntos de vista, el jurídico, biológico, social, económico, religioso, entre otros.

La unión de un óvulo y un espermatozoide humano en un laboratorio con el fin de obtener embriones ya fecundados para ser transferido en el útero de la mujer, es

un hecho nuevo que ha venido progresando rápidamente llegando a convertirse en una solución para las personas infértiles. Los primeros hallazgos de una implantación exitosa utilizando esta técnica para lograr un embarazo se realizó en la década de los setenta. Recientemente, en Estados como Francia, Holanda, Reino Unido y Australia estos métodos son encargados del 1 al 2% de todos los nacimientos. (Valdés, 2017)

1.1.1 Primera fecundación in vitro en animales. Según Valdés (2017), las primeras fuentes de la Fecundación in vitro datan del año 1890 cuando Walter Heape hizo una transmisión exitosa en embriones de conejo. Walter escogió dos embriones de coneja luego de lavar sus trompas fecundadas horas antes, e inmediatamente traspaso estos embriones a las trompas de una coneja de raza belga; con ello se logró que nacieran seis conejos completamente sanos. Con este acontecimiento muchos científicos se interesaron en cultivar embriones en laboratorios, lo que contribuyó al estudio del desarrollo embrionario.

1.1.2 Primer bebé probeta. Los antecedentes de los procedimientos científicos para lograr un embarazo se originan en 1978, nace Louise Brown, la primera bebé probeta, nacida en Reino Unido por fecundación in vitro, estableciéndose como el más novedoso desarrollo para la ciencia respecto a los procedimientos para la fertilidad; aportando lineamientos para que hoy en día muchas parejas infértiles puedan acceder a estos procedimientos. Este hecho se produjo hace aproximadamente 40 años, por parte de Patrick Seftoe y Robert G. Edwards (Vallejo, 2017).

En el año 1982, el doctor Jan Tesarik, adoptó esta misma técnica y sus resultados fueron exitosos, ya que consiguió su primera fecundación in vitro en Chequia (Télam, 2017). Luego, en el año 1985 nace en Colombia el primer bebé probeta en manos del ginecólogo tratante Elkin Lucena en el Centro Colombiano de esterilidad y fertilidad. La fecundación in vitro se estrenó como técnica científica en el país, situando varias posturas morales, religiosas y sociales; las cuales desarrollaron una serie de críticas como la de la iglesia católica al definir que las prácticas de estos métodos transgredirían la manera natural de concebir un hijo (El tiempo, 2008).

De tal modo, Colombia pudo demostrar con el nacimiento de la primera bebé probeta que existía un científico pionero capaz de alcanzar lo mismo que habían hecho los doctores Patrick Steptoe y Robert Edward el 25 de julio de 1978 en el Reino Unido. Dando así resultados satisfactorios, pues la niña nació en condiciones sanas, óptimas y pudo llevar una vida normal, lo que significó un gran logro para la ciencia colombiana (El tiempo, 2008).

1.2 Concepto de fecundación in vitro dentro del ordenamiento jurídico colombiano

1.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. La fecundación in vitro es definida como un método de reproducción asistida que incluye fecundación extracorpórea. El método se basa en una estimulación ovárica controlada por medio de medicamentos suministrados a la mujer con la finalidad de conseguir diversos folículos, en los que se encuentran los ovocitos que se introducen seguidamente vía vaginal. Esos ovocitos pasan a ser fecundados en el laboratorio (“in vitro”) y, más adelante, los ovocitos que sean fecundados y progresen debidamente a embriones serán trasladados a la cavidad uterina (Bagnarello, 2015).

1.2.2 Corte Constitucional Colombiana. Con respecto a la conceptualización de la fertilización in vitro, la Corte menciona que:

La Fertilización in vitro es una técnica de reproducción humana asistida, utilizada para fecundar un ovario de forma extracorpórea. Los ovocitos son extraídos del útero de la mujer a través de una punción folicular y una vez el espermatozoide haya fecundado el óvulo, se procede a incrustar el embrión en la pared vaginal de la mujer, para que ella le proporcione las proteínas necesarias para su desarrollo y crecimiento. (Corte Constitucional, T-375, 2016)

Asimismo, la Corte precisa que existen tres escenarios en los cuales no podrán ser negados dichos tratamientos de reproducción humana en Colombia, teniendo en cuenta puntos relevantes como los derechos fundamentales de las parejas infértiles, derechos como la vida, la salud, la igualdad, la familia, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal y los derechos sexuales y reproductivos. Dichos escenarios son:

a) Cuando se pretenda garantizar la persistencia del servicio de salud. En los sucesos en que el procedimiento de fecundación in vitro ya se encuentre en una etapa avanzada, es decir, cuando ya fueron autorizados por la Entidad Prestadora de Salud (EPS), no podrán interrumpirse abruptamente, ni suspender el pago para la realización de dicho procedimiento científico, esto con el fin de dar garantía a derechos fundamentales como, los de otorgar el servicio de salud, vida, igualdad, y el derecho a formar una familia.

b) Cuando se solicita la realización de exámenes o procedimientos diagnósticos, para determinar una patología de salud relacionada a la infertilidad. Las EPS tienen la obligación de proteger los derechos fundamentales como la salud, la integridad personal y la vida en condiciones dignas, así mismo, deben costear los exámenes, procedimientos necesarios, el suministro de medicamentos y la información sobre la condición de salud en que se encuentra la paciente relacionada con la infertilidad y acompañamiento adecuado para ayudar a optimizar la calidad de vida de la pareja infértil. (ConsultorSalud, 2018)

El artículo 48 de la Constitución Nacional determina que el Estado está en el deber de garantizar a todos los seres humanos el derecho a la seguridad social, sin duda, la Corte constitucional se acogió en sus pronunciamientos a esta prerrogativa constitucional en cuanto a los tratamientos de reproducción humana asistida, dado de que la Empresa Promotora de Salud (EPS) tienen el deber de prestar el servicio de salud cuando se trata de una patología asociada a la infertilidad en donde se protejan los derechos fundamentales (Const., 1991, art. 48).

Por su lado, el artículo 49 de la Constitución Política señala que el Estado está en la obligación de brindar atención en salud a todas las personas, lo que significa que la Corte constitucional adopto estos parámetros en los casos de acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida en el sistema de salud, dejando en evidencia que las EPS deben suministrar una atención adecuada a todas las personas, con el fin de subsanar y prevenir la infertilidad o las patologías que la generan (Const., 1991, art. 49).

Estos preceptos constitucionales dan cabida a la creación de políticas públicas como la ley 1953 de 2019, puesto que el gobierno nacional ha buscado dar soluciones a la problemática de la infertilidad priorizando estos procedimientos científicos.

c) Cuando la infertilidad sea causada por otras patologías o enfermedades.

Cuando con la infertilidad se cause una enfermedad o patología secundaria en el aparato reproductivo de la mujer que le impide quedar en estado de embarazo, afectando así gravemente su estado de salud, la EPS debe cubrir y autorizar los procedimientos científicos en su totalidad, así como los medicamentos para atender la enfermedad que perturban el aparato reproductor femenino.

(ConsultorSalud, 2018)

1.3 Nociones internacionales

El Estado Colombiano debe garantizar el goce efectivo de los derechos de todos los colombianos, y a su vez, las normas que se encuentran instituidos en Tratados Internacionales ratificados por él, como son los derechos sexuales y reproductivos. La Carta Magna en su artículo 93, establece que los tratados y convenios internacionales acogidos por el congreso que reconocen los derechos humanos tienen prevalencia en el ordenamiento interno, por tal razón, aunque estas leyes internacionales no se encuentren plasmadas taxativamente en la Constitución, si deberán interpretarse conforme a los tratados que adopte el gobierno nacional (Const., 1991, art. 93).

Respecto a la Fecundación in vitro, es necesario traer a colación los tratados y convenios más relevantes sobre el tema, por ser estos vinculantes para Colombia, pues a través del artículo 93, regula el bloque de constitucionalidad, lo que hace a estos convenios fundamentales para el presente estudio.

1.3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). El Estado colombiano se consolidó a este pacto el 28 de mayo de 1973; el cual está encaminado a proteger los derechos humanos y el deber con otros países para ser garantes del disfrute real de derechos y el crecimiento sucesivo de estos. Con base a los derechos sexuales y reproductivos, particularmente respecto a la defensa de la familia contemplada en el artículo 42 de la Constitución Nacional, siendo este la célula básica y primordial de la humanidad que debe estar salvaguardada por el Estado (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

1.3.2 Conferencia Internacional para la Población y el Desarrollo de la ONU. Adoptada en el año 1994, por medio de la cual la Organización de las Naciones Unidas (ONU) señala como cita Bladilo, De la Torre y Herrera (2017), los estados deben asegurar una vida sexual plena y sin riesgos; esto quiere decir, el derecho que tiene hombres y mujeres a obtener información y así mismo una debida planificación para que decidan conformar o no familia, para ello, se les debe garantizar técnicas para regular la fecundidad, como es el tema de los procedimientos de la reproducción humana asistida, de forma segura, eficaz, asequible y aceptable, de igual forma, una atención adecuada de salud que permitan llevar a su fin embarazos y partos, creando así la posibilidad de concebir hijos sanos.

1.3.3 Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo. Este acuerdo fue celebrado del 12 al 15 de agosto de 2013 en Montevideo. Por ende, los estados plantearon garantías a los derechos humanos; en relación a los derechos sexuales y reproductivos, resultados que trajeron consigo un gran avance al establecer el ingreso de las mujeres a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), así como lo expresa en su artículo 43, donde señala el derecho que tienen todas las mujeres a una atención integral en salud en relación al método reproductivo, en lo que tiene que ver con la atención obstétrica humanizada, calificada y de calidad, así como servicios eficaces de salud a lo largo del embarazo y parto, brindando garantías al otorgamiento universal a técnicas de reproducción humana asistida (Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, 2013).

1.3.4. Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. (DESC). Acogido el dos 2 de mayo de 2016, en su artículo 12 de este Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, establece el acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva, en donde reconoce que existen falencias normativas, que son barreras para la práctica de procedimientos científicos y el pleno desarrollo de las personas infértiles, igualmente, destaca que existen minorías que se encuentran excluidas en la legislación como lo son, las lesbianas, gais, transgéneros, bisexuales e intersexuales y personas con discapacidad.

Dentro de la salud sexual y reproductiva se encuentran cuatro compendios primordiales interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Destacando que la omisión o negativa de los Estados para incluir los adelantos tecnológicos y novedosos en la

prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, como la reproducción asistida, pone el riesgo la calidad de los ciudadanos (Bladilo, Torre, & Herrera, 2017).

1.3.5 Análisis de los casos relevantes estudiados por la Corte Internacional de Derecho Humanos por el tema de fecundación in vitro.

1.3.5.1 Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. En los años de 1995 al 2000 se practicaban en Costa Rica procedimientos de Fecundación in vitro dentro del sistema de salud bajo el decreto No. 24029-s del 3 de febrero de 1985, emitido por el Ministerio de salud. La Corte Suprema de Costa Rica en el año 2000, anulo el decreto luego de presentarse demanda de inconstitucionalidad, manifestando que estos procedimientos vulneraban el derecho a la vida, tras el argumento de que los embriones al concebirse se consideran personas y que no podían ser objeto de estudios científicos (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2012).

Para el año 2001 las parejas infértiles al no poder realizar estos procedimientos científicos en el país y luego de sentir vulnerados sus derechos a la salud sexual y reproductiva, debían trasladarse a otros países para poder realizarse estos procedimientos; lo que no tuvo en cuenta el gobierno de Costa Rica es que existían muchas parejas que no podían acceder a estos tratamientos de fecundación in vitro por sus altos costos; por tal razón, nueve parejas deciden interponer una petición ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en estas parejas se puede evidenciar que existía causas de infertilidad, tratamientos que recurrieron para combatir la infertilidad, los casos en que se interrumpió el tratamiento de fecundación in vitro debido a la

sentencia por parte de la Corte Suprema de Costa Rica. (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2012).

Las razones por las cuales dicho Tribunal exhorta al país de Costa Rica para que de manera inmediata implemente los procedimientos de fecundación in vitro, están basados en la protección que deben tener las instituciones frente al individuo, esto es su derecho a conformar una familia y aquellos donde se vulnera su vida privada, entendiéndose estos a la relación que existe al acceder a la tecnología médica necesaria y al disfrute de los desarrollos científicos que han sido reconocidos internacionalmente. La Corte considero que el caso de Artavia Murillo, vulneraba distintas fases de la vida privada, en relacionan con el derecho a formar una familia, el derecho a la integridad física y mental, especialmente, los derechos reproductivos de las personas (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2012).

La evolución que trajo consigo la decisión que adoptó la Corte Interamericana (2012), fue la regulación normativa a estados latinoamericanos para el acceso a procedimientos científicos en países como Uruguay, Argentina, Brasil, Chile y actualmente Colombia, teniendo en cuenta las normas adoptadas en los convenios internacionales ratificados por estos países.

Con la sentencia ya mencionada, se pudo evidenciar que existió vulneración a los derechos de las parejas infértiles, al no existir una regulación normativa que protegiera y permitiera el acceso a procedimientos científicos, pues lo que allí se estaba debatiendo era si un embrión podía ser objeto de estudio científico, a lo que la Corte concluyó que en el momento de la concepción aún no existe vida, por lo contrario, refirió que al no aplicarse estos procedimientos científicos se

vulneraban derechos fundamentales a las parejas, de disfrutar de los beneficios del avance científico y tecnológico y al principio de no discriminación, de conformar una familia y del pleno goce de sus derechos sexuales y reproductivos (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2012).

Esto indica que los avances tecnológicos se han convertido en medios para ejercer derechos, permitiendo así a las parejas infértiles continuar con su proyecto de vida, dando la oportunidad de poder tener hijos en circunstancias que antes resultaban imposibles (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2012).

Capítulo 2. Evolución de los Derechos de las Personas Infértiles

2.1 Concepción que se le ha dado a los derechos de las personas infértiles

El derecho de las personas infértiles en Colombia ha sido un tema de gran preeminencia, pero no se le ha dado la importancia necesaria, pues se cuenta con poca regulación normativa. La Corte Constitucional en varias sentencias ha manifestado en qué casos se pueden conceder los tratamientos de fecundación in vitro, aunque las EPS manifiesten no otorgarlas de manera gratuita, bajo el argumento de que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de salud (POS), y aunque la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha definido la infertilidad como una enfermedad y ha indicado que existen muchas personas que la padecen, y que para dar solución al mismo deben adquirir un tratamiento científico como su única opción para lograr procrear; uno de los puntos en los cuales el Estado Colombiano ha negado incluir los TRA, son los altos costos de estos tratamientos científicos, pues con esto se impediría darle prioridad a personas con enfermedades catastróficas.

Ante tales resultados, el mecanismo que se ha invocado para acceder a Tratamientos de Fecundación in vitro y así mismo, proteger los derechos de las parejas infértiles es la Acción de Tutela, que en definitiva la Corte Constitucional ha declarado improcedente por no vulnerar derechos que afecten a las personas en salud o vida (Salazar, 2015).

Asimismo, en la búsqueda de alguna respuesta a la carencia de normatividad y a la evolución de derecho de las personas infértiles, debe hacerse un estudio de estos derechos,

ubicando primeramente a la Constitución Nacional, en donde se reconocen los derechos sexuales y reproductivos como fundamentales que se encuentran desarrollados en un conglomerado de derechos como se muestra a continuación en la figura 1.

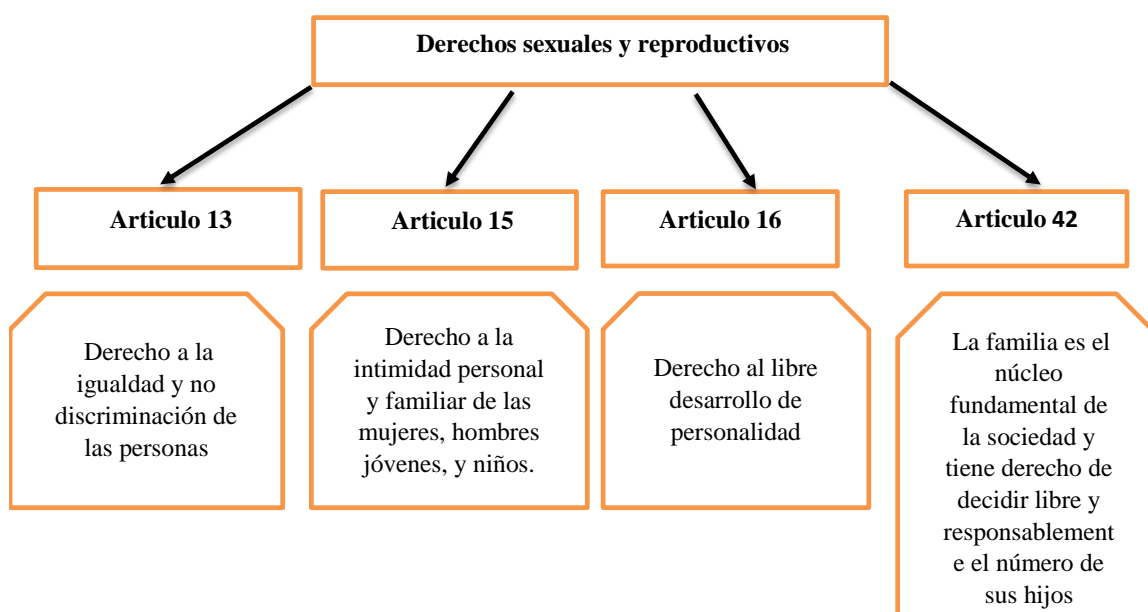


Figura 1. Derechos sexuales y reproductivos. Fuente: Elaboración propia.

En por esto que la Corte Constitucional ha explicado de manera puntual la importancia de los mencionados derechos con correlación a los derechos sexuales y reproductivos, en este caso, se consideró importante los conceptos definidos por la sentencia T- 274 de 2015.

2.1.1 Conceptos de la Corte Constitucional sobre los derechos sexuales y reproductivos. La Carta Política en su artículo 13 contempla la igualdad de las personas y la ausencia de discriminación como fundamentos rectores dentro del Estado Social de Derecho garantizando y amparando a la colectividad convencional excluidos y aislados en la comunidad,

como lo ha sido la mujer, que a lo largos de los años ha sido discriminada en aspectos sociales, políticos y demás, llegando hoy en día a la búsqueda de un protección eficaz de sus derechos como mujer dentro de los cuales se pueden destacar los derechos sexuales y reproductivos, de conformar una familia y su derecho a tener un proyecto de vida. (Const., 1991, art. 13).

Tales derechos, obligan al gobierno a instaurar medidas efectivas a favor de esas minorías, para alcanzar la equidad de oportunidades en el otorgamiento de servicios determinados como lo son el acceso de tratamientos científicos, buscando así que superen esas barreras que imposibilite el goce efectivo de sus derechos.

Por su lado, en el Artículo 16 de la Carta magna se estipula el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con los derechos sexuales y reproductivos, estableciéndose la posibilidad de que los individuos puedan desarrollar autónomamente su plan de vida, es decir, que pueda libremente decidir y planear cuando concebir un hijo, cuando conformar familia y de qué manera hacerlo. En este sentido el Estado debe velar para su cabal protección evitando su limitación, y las razones que le impidan alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida, este principio implica el derecho de decidir sobre su opción de vida, siempre y cuando no afecte la convivencia y la organización social (Const., 1991, art. 16).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en sentencia 28 de noviembre de 2012, en el caso *Artavia Murillo y otro (“fecundación in vitro”) vs. Costa*, que las personas infértiles pueden acceder al más elevado y real avance de la ciencia para el ejercicio del libre

desarrollo de la personalidad, de la libertad reproductiva y la oportunidad de conformar una familia.

Más aun, en el Artículo 42 constitucional, se consagra el derecho a fundar una familia, en tanto, los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva, es decir, el derecho que tienen las personas al momento de elegir si desean o no tener hijos y en qué momento; los derechos reproductivos, de igual forma, protegen los derechos de las parejas infértiles para poder conseguir atención en los servicios de salud reproductiva, lo que involucra procedimientos para patologías del aparato reproductor y así mismo, el acceso de tratamientos científicos, embarazos sanos y acceso a información y métodos de planificación (Const., 1991, art. 42).

Es por ello que los derechos sexuales y reproductivos, son propios de las personas, de su autonomía, acerca de disponer de su cuerpo, y, por tanto, acceder a los progresos de la ciencia, que se han vuelto habituales a lo largo de los años, y que el Estado tiene la obligación de elaborar normas o políticas públicas que salvaguarden y garanticen los derechos de las parejas infértiles (Corte Constitucional, T-274, 2015).

2.1.2 Concepción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección del derecho a la salud. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (2006) que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar los servicios de salud para proteger de manera integral los derechos como el de la vida y a la integridad personal. La salud está basada en un estado de completo

bienestar psíquico, psicológico y colectivo, y no solo la ausencia de las enfermedades o afecciones.

El derecho a la salud es un derecho fundamental, reconocido por el tribunal Interamericano y por la Constitución Nacional, derecho que van ligados con la evolución de la ciencia logrando así la inclusión de todos los individuos para el acceso al servicio público de salud de una manera efectiva y de calidad.

A través de un estudio progresivo, la CIDH ampara el derecho aludido utilizando tres modos:

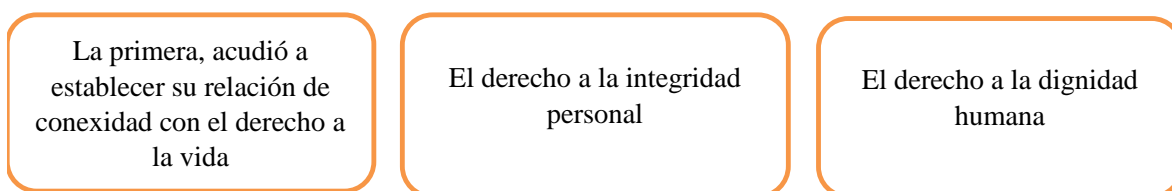


Figura 2. Vías de protección del derecho a la salud. Fuente: Elaboración propia.

En el primer criterio, admitió que la acción de tutela fuera procedente para amparar el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, la segunda, reconoció que el accionante es un sujeto de especial protección, lo que llevo a determinar que algunos ámbitos de servicios de salud deben ser efectivamente garantizados como los tratamientos científicos, y la tercera, reconoce lo esencial que es el acceso a la salud, que coinciden con los servicios establecidos en la carta magna, por el bloque de constitucionalidad, la norma, el POS y las inclusiones ineludibles para la protección de la vida digna (Corte Constitucional, T-528, 2014).

Con lo anteriormente señalado, la evolución que ha tenido los derechos de las parejas infértiles no han llegado a hacer favorables en Colombia para las personas que buscan formar una familia y solo poseen como solución única someterse a procedimientos que van ligados con la ciencia, como lo es la fecundación in vitro, por esta razón, las parejas infértiles no llegan acceder por los altos costos que tienen este tratamiento; siendo este un aspecto que constituye una barrera infranqueable para poder acceder al servicio de salud. Es por ello que se ha tenido que recurrir al mecanismo de protección de la Acción de Tutela, con resultados no muy prósperos, en donde se observa la incapacidad del estado para resolver esta problemática que durante muchos años no ha llegado a dar solución completa, máxime cuando existe un reconocimiento de la infertilidad como enfermedad, cuando existen tratados internacionales que vinculan a Colombia y cuando se está frente a derechos que han venido evolucionando y que buscan la inclusión a la salud reproductiva de todas las personas.

En definitiva, la postura de la Corte Constitucional en sentencias como: Sentencia T-752 de 2007, Sentencia T-780 de 2010, Sentencia T-226 de 2010, Sentencia T-009 de 2014, Sentencia T-398 de 2016, Sentencia T-377 de 2018, y Sentencia T-316 del 2018 siempre se ha sustentado en tres argumentos centrales para excluir el procedimiento de fecundación in vitro.

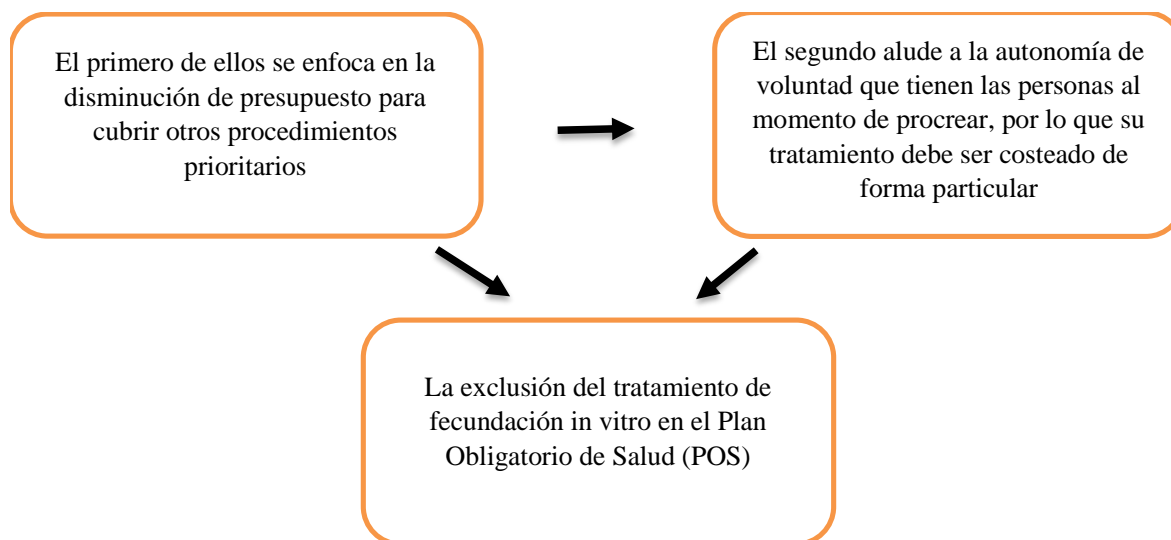


Figura 3. Argumentos de la Corte Constitucional acerca de la fecundación in vitro. Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, el tribunal en Sentencia T- 528 de 2014 y Sentencia T-274 de 2015, ha estipulado otra concepción de los derechos de las personas infértiles, llegando a darle un auge al tratamiento de la fecundación in vitro, salvaguardando no solo los derechos que se encuentran en riesgo, sino evitando las probables vulneraciones que se ocasionen con la inobservancia de derechos reconocidos por la Convención de Derechos Humanos.

En sentencia T-274 de 2015 la Corte Constitucional les da una concepción y evolución a los derechos de las personas infértiles, acatando lo dispuestos en los tratados internacionales y evidenciando dificultades como un déficit de protección a los derechos ya mencionados y la negativa del gobierno nacional en garantizarle a los pacientes el acceso a los métodos de reproducción asistida donde limita los derechos de las parejas infértiles (Corte Constitucional, T-274, 2015).

Por el cual exhorta al Estado a que verifique y estudie la problemática de las personas que tienen que padecer de infertilidad y por diversas disyuntivas como el factor económicos que impide cubrir tratamientos científicos, entre ellos la fecundación in vitro, buscando alternativas, creando políticas públicas que hagan que se extiendan y se incluya en el procedimientos científicos.

Es por esto que la sentencia emitida por la Corte Constitucional le da un enfoque diferencial acerca del origen de los medicamentos, procedimientos y tratamientos médicos no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud que contribuyen a disminuir los problemas provenientes de la infertilidad argumentando que así se evitaría el quebrantamiento de los derechos mencionados, para ellos se debe cumplir con los algunas pautas establecidas en Sentencia T- 274 de 2015, la cual dispuso:

a. Cuando la falta del medicamento o tratamiento excluido por la norma y plan de beneficios vulnera o coloque en amenaza los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia. Cuando se trate de procedimientos de fertilidad debe amplificarse el amparo de los derechos mencionados, aun cuando esta enfermedad no implica afectaciones graves a la vida, la dignidad y la integridad personal de las parejas infértiles, si trae consecuencias negativas como la mental y social, lo cual supone una protección especial por parte del juez constitucional (Corte Constitucional, T- 274, 2015).

b. Tratándose de un medicamento, servicio, tratamiento o examen diagnóstico que no posee sustituto en el POS y que logrando remplazarse no se obtengan la misma efectividad que el excluido por el sistema de salud, y a su vez, los tratamientos de fecundación in vitro no podrán ser sustituidos por su naturaleza y por sus altos costos.

c. Cuando el afiliado no cuente con recursos económicos para solventar el costo del medicamento y no pueda acceder a otro plan de salud, debe demostrar que su condición económica lo imposibilita para hacerse cargo de los tratamientos, así mismo, el paciente tendrá la responsabilidad de ejecutar una contribución para costear una pequeña parte de los procedimientos de fertilidad autorizados, sin que afecte su mínimo vital, es decir, el esfuerzo se debe hacer mancomunado entre el Estado al asumir la mayor parte del costo y de los afiliados desde el momento que deciden procrear y conformar una familia.

d. Que el medicamento o tratamiento haya sido autorizado por el galeno de la Entidad de salud, donde se encuentra el afiliado demandante, o en el suceso que haya sido autorizado por un galeno que no pertenece a la EPS, la empresa de salud debe conocer la biografía clínica del paciente, emitiendo un diagnóstico científico donde justifique la posibilidad de practicar o no un procedimiento de Reproducción Humana Asistida.

e. Al autorizarse el tratamiento se tengan en cuenta requisitos específicos del paciente en factores como, la edad, el número de ciclos intentos que deben realizarse los tratamientos de fertilidad, la condición económica, evitando las probables consecuencias y efectos de su realización, acreditados por la ciencia la factibilidad del tratamiento.(Corte Constitucional, T-274, 2015)

La concepción que ha expuesto la Corte Constitucional desde las sentencias del 2014 y 2015 a lo logrado otros lineamientos referentes a la protección de los derechos de las parejas infértiles, ha alcanzado a que se le dé prioridad a los derechos sexuales y reproductivos y su vez al conglomerado de derechos que hacen parte del mismo; adoptando así el reconocimiento que le han dado los tratados internacionales.

2.2 Avance en el concepto de infertilidad

Según la OMS la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones no protegidas” (Que se considera infertilidad según la OMS, 2016), de igual forma, ha resaltado que cada persona tiene la autonomía de decidir cuantos hijos tener y con qué continuidad y, en el caso de mostrar alguna dificultad para procrear puede aspirar a tratamientos sencillos y modernos de reproducción, como lo es la fecundación in vitro, siendo este procedimientos novedosos desde el punto de vista científico que ha sublevado el concepto de familia cotidiana y de identidad generacional.

El doctor Fernando Zegers Hochschild, resaltó que aún existen países que contemplan la fertilidad es un asunto de deseos o anhelos propios y por eso no le conceden la prelación idónea a los programas de salud de la mujer, indico que los resultados de esa patología como lo es la infertilidad origina grandes consecuencias en la salud física y psicológica de las parejas infértiles causando el desequilibrio matrimonial, angustia, ansiedad, depresión, aislamiento social, desorientación de género (Corte Constitucional, T-274, 2015).

La Corte en sentencia T- 890 de 2009 ha realizado una distinción de dos clases de infertilidad adoptando determinaciones anglosajonas que hace referencia a la infertilidad originaria o primaria e infertilidad secundaria; se presentan por medio de la figura 4.

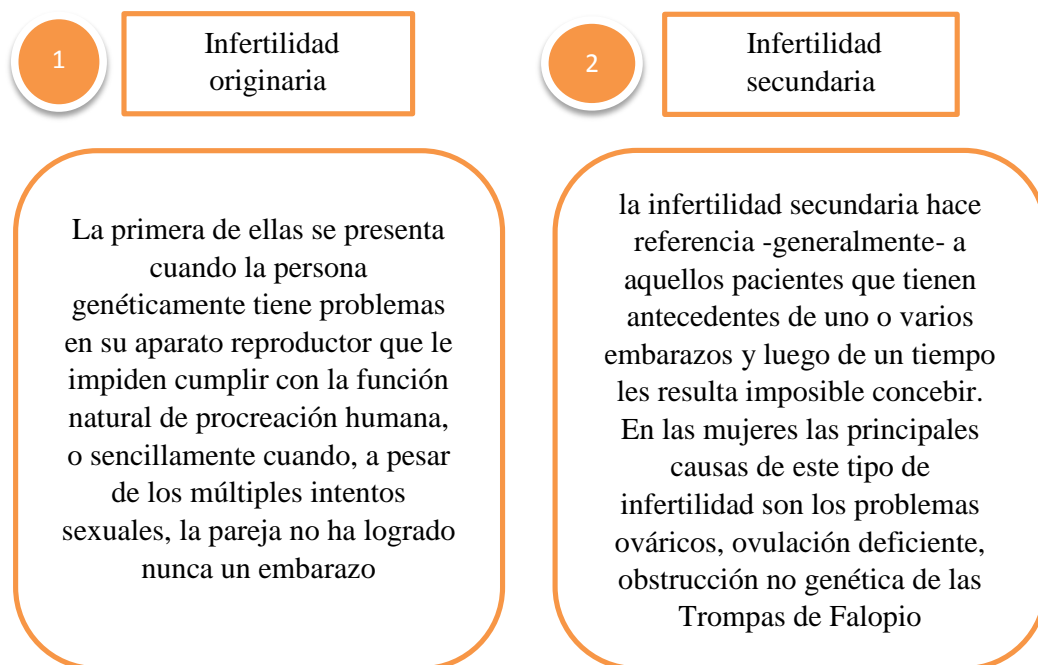


Figura 4. Clases de infertilidad. Fuente: Corte Constitucional, T-890, 2009. Elaboración propia.

Esta prerrogativa ha sido importante porque ella ha contribuido en el amparo especial, por medio de la acción de tutela para las parejas infértiles que requieren procedimientos científicos,

es decir, cuando se presenta una infertilidad originaria o primaria, esta garantía constitucional es improcedente ya que el derecho a procrear no implica la necesidad de encontrar por todas las formas la posibilidad de ejercer la finalidad reproductiva, en el momento que, existen situaciones en donde el estado no está obligado a garantizar, en cambio, en caso de que, se trate de una infertilidad secundaria se restringe la condición de una pareja infértil para concebir, dado que es causada por otra patología física o enfermedad, lo que conjetura que tiene la obligación de garantizar el amparo excepcional de los derechos fundamentales por el mecanismo de protección como lo es la acción de tutela (Corte Constitucional, T-274, 2015).

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencias como, la Sentencia T-752 de 2007, Sentencia T-780 de 2010 Sentencia T-226 de 2010, Sentencia T-644 de 2010, Sentencia T-009 de 2014, precisó que el Estado no había incluido los procedimientos científicos gratuitos dentro del POS y que hasta ese momento la Corte no había reconocido a la infertilidad como una enfermedad, sino como una patología secundaria que causaba dicha infertilidad.

En el año 2015, la Corte Constitucional ha dado un enfoque diferencial, en el cual se ha evidenciado a lo largo de los años, que las parejas infértiles de escasos recursos no han podido acceder a tratamientos como la fecundación in vitro, puesto que sus costos son muy elevados.

El avance del concepto de infertilidad en Colombia ha sido lento, pero ha llegado dar una esperanza a las personas infértiles, ya que los lineamientos de la jurisprudencia han sido encaminadas a que el Gobierno Nacional y el Ministerio de Salud y Protección Social se den cuenta de la problemática que existe para aquellas parejas que no pueden conformar una familia,

por la escasa normatividad que existe, teniendo como única alternativa procedimientos científicos, en donde la Corte ha evidenciado como a través de los años se ha venido poniendo en riesgo el derecho de las personas infértiles, vulnerando con esto, los Tratado Internacionales a los se encuentra suscrito Colombia con referencia a los derechos de las parejas infértiles.

En sus últimas sentencias la Corte Constitucional, específicamente la sentencia T-528 de 2014 y la sentencia T- 274 de 2015; exhorta al gobierno a buscar alternativas y crear políticas públicas donde se incluyan los tratamientos para dar protección a los derechos sexuales y reproductivos, así mismo, el estudio del impacto fiscal que generaría adoptar tratamiento de reproducción asistida.

Desde estas sentencias los resultados han sido gratificantes, pues actualmente se encuentra un proyecto de ley en el Congreso, donde la finalidad es que el Gobierno Nacional adopte los procedimientos científicos dentro del sistema de salud, puesto que si la infertilidad es considerada como una enfermedad, deben para ello, existir tratamientos ligados a la ciencia para llegar a tratarlos, así como medicamentos, diagnósticos y toda la información que concierne a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida.

Por otro lado, se crea la Ley 1953 del 2019, que tiene como objeto instaurar parámetros para el avance de una ley general que incluye, como se va a prevenir la infertilidad, demostrando que el Estado Colombiano, por medio del Ministerio de Salud y Protección Social debe proteger y dar garantizar a las parejas infértiles acerca de sus derechos fundamentales dentro de la seguridad social.

Capítulo 3. Línea Jurisprudencial de la Fecundación In Vitro

¿Se concede la fecundación in vitro dentro del ordenamiento jurídico colombiano? Con esta línea jurisprudencial, se busca dar respuesta al problema jurídico planteado, identificando las razones por las cuales la Corte Constitucional a través de los años ha reconocido los derechos sexuales y reproductivos, mirándolos como aquellos que garantizan la libertad individual del ser humano para decidir acerca de cuándo y cómo conformar familia. En este sentido, la Corte ha abarcando los temas de la fecundación in vitro mirados con un enfoque en donde las parejas infértiles puedan beneficiarse de los tratamientos científicos de manera gratuita.

Tratamientos que han llegado a ser un impacto importante para la ciencia y para el ordenamiento jurídico colombiano, pues brinda la oportunidad a muchas parejas para que puedan llegar a tener en buen término un embarazo, y de esta manera reconocerles sus derechos fundamentales, a la vida, salud, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, integridad personal.

En este sentido, se realizará un análisis a través del estudio de las sentencias de la Corte, desde la sentencia T-752 de 2007, siendo este el punto de partida de la fecundación in vitro, seguida de la sentencia 274 de 2015, que es la sentencia arquimedica, en donde la Corte Constitucional les abre la puerta a tratamientos de fertilidad con recursos públicos, y finalizando con la sentencia T- 377 de 2018, que es la última jurisprudencia de la Corte con respecto al tema del acceso al tratamiento de fecundación in vitro.

Para la realización de la presente línea jurisprudencial, se tuvo en cuenta las recomendaciones por López (2002) en su libro “El derecho de los jueces”, para realizar la construcción de la línea jurídica que ha llevado a que se cree la Ley de desarrollo de política pública o Ley 1953 de 2019, en donde se da prioridad a las parejas infértiles con respecto a la protección de los derechos sexuales y reproductivos y al reconociendo de procedimientos científicos como la fecundación in vitro.

| <i>SENTENCIA ARQUIMEDICA T- 274 del 2015</i> | | |
|--|-----------------------------------|------------------------------|
| Sentencia T-752 del 2007 NO | Sentencia T- 890 del 2009 NO | Sentencia T 226 del 2010 NO |
| | | Sentencia T-944 del 2010 NO |
| Sentencia T- 274 del 2015 SI | Sentencia T- 528 del 2014 NO | Sentencia T- 099 del 2014 NO |
| Sentencia T- 375 del 2016 SI | | |
| Sentencia T- 398 del 2016 NO | Sentencia T- 126 del 2017 PARCIAL | Sentencia T- 316 del 2018 NO |
| | | Sentencia T- 377 del 2018 |

Figura 5. Sentencia Arquimedica. Fuente: Elaboración propia.

3.1 Corte Constitucional

3.1.1 Sentencia T-752 de 2007. El tribunal se pronunció en el suceso ocurrido a una paciente que desde hace tiempo deseaba quedar en estado de embarazo y que se encontraba suscrita al régimen subsidiado, su galeno le autorizó el procedimiento de fecundación, como última esperanza para concebir un hijo, que fue rechazado por la empresa de salud por no estar incluido en el POS, a su vez, estableció que sus derechos fundamentales como la vida, la salud y conformar una familia, no habían sido vulnerados, pues adujo que el Gobierno no está en la obligación de garantizar tratamientos de reproducción humana asistida por el solo hecho de querer ser madre, puesto que el derecho a procrear, no se encuentra expresamente en la Constitución Nacional; así mismo, la Corte concluyó, confirmar el fallo de los jueces de instancia, negando el amparo solicitado, manifestando que en la historia clínica de la accionante no se encuentra especificado el problema de infertilidad, situación que demuestra que no se quebranta su vida, como tampoco el procedimiento requerido le genera resultados desfavorables o riesgosos para su integridad y reitera que la norma brinda la oportunidad de adoptar como otra alternativa para conforma una familia (Corte Constitucional, T -752, 2007).

3.1.2 Sentencia T- 890 de 2009. El estudio que realizó la Corte Constitucional fue fundado en que la solicitante señaló que la EPS trasgredía sus derechos a la salud en conexidad con la vida y la dignidad humana, su médico le diagnóstico endometriosis severa y miomatosis uterina, manifestó que debía someterse a un tratamiento quirúrgico llamado video laparoscopia operativa para neutralizar la infertilidad y así mismo, le oriento que debía de realizarse un procedimiento de fecundación in vitro.

El sustento de la EPS, fue que la cirugía y el procedimiento de fecundación in vitro se encuentran fuera del POS como lo contempla el artículo 28 de la resolución 806 de 1998, donde dispone que, si los usuarios desean acceder a estos tipos de procedimientos deben financiarlos directamente.

La Corte en esta oportunidad no otorgo el procedimiento de la fecundación in vitro, así mismo estableció los escenarios que deben tenerse en cuenta para que la acción de tutela sea procedente en estos casos:

1. En el momento en el que el procedimiento de fertilidad se haya iniciado y luego haya sido suspendido por la empresa de salud, sin allegar criterio médico o científico que justifique dicha conducta.
2. En la ocasión en que se solicita la práctica de exámenes diagnósticos para determinar el estado de salud de una mujer relacionado a la infertilidad.
3. En caso de que la infertilidad sea causada por otra patología que perjudique el aparato reproductor y a su vez, coloque en peligro los derechos fundamentales de la mujer. (Corte Constitucional, T- 890, 2009)

En este punto la Corte manifestó que la infertilidad es una enfermedad que causa una afectación al sistema reproductivo y que dificulta la capacidad de las parejas infértiles para conseguir un embarazo, luego de llevar una vida sexual activa por más de doce meses sin recurrir

a ningún método anticonceptivo. Finalmente, la Corte niega el procedimiento de fertilización in vitro aduciendo que esta no afecta los derechos fundamentales invocados por la accionante. (Corte Constitucional, T- 890, 2009).

3.1.3 Sentencia T- 226 de 2010. En esta sentencia la Corte Constitucional analizó varios expedientes acumulados en contra de la EPS, las accionantes consideraron vulnerados sus derechos a la salud, a la vida, a la familia y al derecho sexual y reproductivo, requirieron que se desplegaran eventos de manera integral donde fueran incluidos intervenciones quirúrgicas, diagnósticos, fecundación in vitro con donación de óvulos o con donación de semen, preservación y a su vez medicamentos.

En el primer caso, la paciente indicó que desde hace mucho tiempo mantuvo el sueño de quedar en estado de quedar en embarazo y conforma una familia, es por esto que consultó a varios médicos para buscar las causas que generaron las afectaciones en su sistema reproductivo, el diagnóstico del médico tratante es que padecía de infertilidad primaria y para ello, le recomendó la ejecución del método de fecundación in vitro.

En el segundo caso, la accionante manifestó que no logró quedar en estado de embarazo, el especialista determinó que padecía de infertilidad primaria y como solución a la afectación de su sistema reproductivo le sugirió someterse al tratamiento de fecundación in vitro.

En el tercer expediente, la solicitante señala que en el año 2007 quedó en estado de embarazo, pero no llegó a buen término ya que tuvieron que realizarse un legrado obstétrico,

para el año de 2008 volvió a quedar en embarazo, pero se trató de un embarazo ectópico tubárico, por lo que detuvieron que detener el embarazo con medicamentos. El médico le manifestó que debía realizarse el procedimiento de fecundación in vitro y que esta debía ser pronta por su edad.

En el cuarto expediente, el accionante señala que su historial clínico muestra que en el año 2008 le practicaron la extracción de las trompas de Falopio y de ovarios impidiendo quedar en estado de embarazo, sus médicos tratantes aducen que la única forma de concebir un hijo es por medio de la fecundación in vitro. Por su lado, la EPS señaló que estos procedimientos están excluidos del plan obligatorio de salud.

La Corte decidió no amparar lo invocado por los accionantes referente a los tratamientos de fecundación in vitro, alegando que dichos tratamientos no corresponden a una obligación por parte del Estado, que los altos costos de estos tratamientos disminuyen el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias, también, afirmó que el deseo de ser madre no significa que el estado de intervenir en las decisiones de las mujeres a ser madres, sino que el Estado garantiza la protección de la mujer embarazada, su estabilidad laboral reforzada y el derecho a adquirir su licencia de maternidad y que esto, no implica la responsabilidad de otorgar tratamientos para procrear.

La Corte explica que cuanto otorga estos tratamientos lo hace con el objeto de sanar la causa de la infertilidad, es decir, la patología que la produce y que afecta la salud y la integridad física de la mujer. Pero desde las líneas jurisprudenciales realizadas por la Corte han finiquitado

que cuando se pretenda producir la fertilidad por el solo anhelo de ser madre, la petición solicitada es negada (Corte Constitucional, T- 226 de 2010).

3.1.4 Sentencia T-644 de 2010. En igual sentido la Corte se pronunció en esta sentencia al analizar el caso de la accionante que se encontraba suscrita a la salud del magisterio, diagnosticada con “función ovárica ovulatoria alterada, síndrome de ovario poliquístico y obstrucción en las trompas de Falopio” (Corte Constitucional, T-644, 2010).

La IPS autorizó la técnica de fecundación in vitro con ovulo donado, lo que trajo consigo un gran resultado, pero al pasar los meses de gestación el médico tratante determinó la muerte del embrión, en razón de que el Instituto Prestador de Salud no concedió las medicinas fundamentales para la preservación del embrión arguyendo que los medicamentos solicitados se encontraban excluido dentro del contrato, ante esto la accionante requirió una nueva autorización para la realización por segunda vez del procedimiento de fecundación in vitro que finalmente es negada por la empresa de salud.

La Corte otorgó el amparo de los derechos solicitados al examinar que el procedimiento realizado para subsanar la infertilidad fue promovido, acreditado y aceptado por la IPS, pero que fue abruptamente interrumpido vulnerando la continuidad de la prestación del sistema de salud y sus resultados fueron la muerte del embrión implantado y el sometimiento a un legrado sin tener en cuenta las adversas afectaciones, ya sean físicas y mentales que produjo el hecho.

Se puede evidenciar que la Corte de manera excepcional otorgó la protección a través de la acción de tutela acerca del tratamiento de fecundación in vitro, donde ampara el derecho a la vida, la salud y la integridad personal del accionante.

3.1.5 Sentencia T- 009 de 2014. En esta ocasión la Corte negó la protección de los derechos de los accionantes manifestando que tuvo tres embarazos ectópicos en donde requería quedar en embarazo con ovulo propio.

El tribunal argumentó que para tomar esta decisión adoptó lineamientos realizados en otras sentencias acerca del acceso a la fecundación in vitro por medio de la seguridad social, donde manifiesta que el Estado no está en la obligación de costear procedimientos científicos especiales y, además, incluirlos en el Plan Obligatorio de Salud para dar garantía al derecho de ser madre y a suplir la infertilidad.

Por último, la Corte indico que la petición de la accionante solo tenía como propósito el de concebir un hijo y conformar una familia, negando el tratamiento de fertilidad bajo el soporte de que el derecho a la maternidad no puede desplegarse al punto de usar el presupuesto del sistema de salud para garantizar tratamientos científicos donde solo son anhelos de procrear que no afectan la vida e integridad de los pacientes, dando como alternativa a esta problemática la adopción.

La Corte manifiesta que el estado no tiene la obligación de garantizarle el derecho a formar una familia en casos como estos que lo que solo se busca en cumplir el deseo de ser concebir,

pero si debe ser garante cuando se vulnere o este peligro la vida de la mujer cuando no se trata patologías secundarias que causa la infertilidad, es por esto que la Corte indica que la respuesta de la Entidad de salud es coherente con la norma y los pronunciamientos judiciales y niega el amparo para la realización del tratamiento de fecundación in vitro de manera gratuita.

3.1.6 Sentencia T- 528 de 2014. Esta sentencia es una de las más relevantes sobre el acceso de los procedimientos de fecundación in vitro y de lo que ha definido actualmente el Gobierno Nacional y el tribunal acerca de los métodos de reproducción humana asistida.

El accionante indica que padece de “esterilidad del varón” enfermedad relacionada con la disminución importante en el número de espermatozoides en el semen, y que por dicha enfermedad ha solicitado a la EPS, que se le practique a su esposa el tratamiento de fecundación in vitro, dado que pone en riesgo la salud, la vida digna, la familia y la igualdad.

La EPS concluye, que al no acceder a la realización de este tratamiento no se ve afectada la vida del accionante y además indica que la esterilidad no es una enfermedad y, por ende, la afectación a los derechos fundamentales manifestados por el accionante no existe.

La Corte en su decisión aduce que la EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales, que no puede garantizar la fecundación in vitro por estar excluido del plan obligatorio de salud, pero señala, que la EPS si vulnero el derecho a la salud con relación a la debida información, guía y acompañamiento que debió otorgarle al accionante, recomendándole a la EPS que en situaciones futuras prevenga estos sucesos.

Esta sentencia cambio el trayecto que había adoptado durante mucho tiempo la Corte Constitucional, pues se evidencia que deben llenarse vacíos normativos sobre los procedimientos científicos dentro del sistema de salud.

De igual forma, en esta providencia se reconoció la infertilidad como una enfermedad adoptando lo establecido por la Organización Mundial de la Salud “La infertilidad es una enfermedad que afecta la salud de las personas, así como el de su entorno familiar, que se ven seriamente perjudicados”.

Referente a lo expuesto, se evidencia que la Corte ha avanzado en el tema del concepto de infertilidad, dado que, en sentencias pasadas no reconocían la infertilidad como una enfermedad que podía llegar a impactar de manera negativa el proyecto de vida de las personas infértiles.

La Corte en este caso, corrobora el fallo de instancia, negando el tratamiento de fecundación in vitro, pero exhortó al Estado a través del Ministerio de Salud, para que buscara alternativas a los individuos que adolecen de infertilidad y no poseen presupuesto para financiar procedimientos científicos, señalando la posibilidad de amplificar el Plan Obligatorio de Salud, para que de esta manera sean incluidas las técnicas de reproducción humana asistida.

3.1.7 Sentencia T- 274 de 2015. Está sentencia es fundamental para el presente objeto de estudio porque brinda un precedente al tema de la fecundación in vitro en Colombia, pues es el punto de partida, en donde después de casi diez años, finalmente la Corte Constitucional ordena a una Empresa Promotora de Salud EPS, la configuración del proceso de la fecundación in vitro, así como a su vez se amparan derechos fundamentales. Siendo esta sentencia la premisa fundamental que nos llevará a concluir las razones de hecho y de derecho, así como también los parámetros y fundamentos en que la Corte Constitucional se ha basado para conceder los derechos sexuales y reproductivos, como lo son los tratamientos de fertilidad; no dejando de lado que este estudio representa un gran auge y avance en temas científicos de inclusión en la normatividad.

Ahora bien, en la sentencia T-274 de 2015 se analizaron tres situaciones, la primera de ellas, en la cual la usuaria, manifiesta que fue diagnosticada con un “linfoma no hodgkin” e infertilidad primaria, el médico tratante le señaló que para quedar en estado de embarazo era por medio del tratamiento de la fecundación in vitro con donación de óvulo.

En el segundo caso, la usuaria expresa que en el año 2002 ha buscado quedar en estado de embarazo sin lograr conseguirlo, para el año 2014 el médico especialista, le informa que el tratamiento a seguir era llevar a cabo la técnica de la fecundación in vitro, como única opción para ser madre.

Y en el tercer caso, la usuaria afiliada a la EPS, manifestó que llevaba 18 años viviendo en unión marital con su compañero, y que vivían bajo la expectativa de ser padres biológicos; quien

fue diagnosticados con “endometriosis severa”, patología que le imposibilitaba concebir un hijo; para lo cual el galeno recomendó el proceso de fecundación in vitro.

La EPS ante estas solicitudes, niega la práctica y el tratamiento de fecundación in vitro, manifestando que no se le ha vulnerado los derechos invocados por las accionantes.

En esta providencia la Corte reconoció la protección especial, por medio del mecanismo de protección como lo es la acción de tutela, en el evento que sea un procedimiento de infertilidad que no se encuentre en el POS, cuando de estos dependa la vida, la salud o la integridad personal del paciente.

Finalmente, el tribunal resuelve proteger los derechos sexuales y reproductivos, ordenándole a la EPS conceder los tratamientos de fecundación in vitro, cuando se cumplan con ciertos lineamientos; la edad de la paciente, el patrimonio económico, evaluación de médicos científicos para determinar la enfermedad que causa la afectación del sistema reproductivo.

Por otro lado, esta providencia incita al Gobierno Nacional a que verifique la realidad que enfrentan las parejas infértiles que padecen de patologías que le imposibilitan quedar en estado de embarazo y su vez diversos obstáculos como el factor económico para sufragar los procedimientos científicos, entre ellos la fecundación in vitro, y así mismo que se recomienda que se tenga la opción de ampliar la cobertura del POS donde se incluyan técnicas científicas.

3.1.8 Sentencia T-375 de 2016. Mediante esta sentencia, el tribunal estudio el hecho de una mujer que quería acceder al procedimiento de fecundación in vitro, debido a que su pareja fue diagnosticado con VIH positivo, situación de salud que le restringe la posibilidad de adoptar un menor en Colombia; el especialista tratante recomendó el tratamiento de fertilización in vitro con lavado especial de esperma, para prevenir que exista una transmisión del VIH, la accionante indicó que no contaba con los medios para financiar estas técnicas asistida de forma particular y precisó, que ni su compañero ni ella tienen problemas para procrear un bebé, no obstante, por la prioridad que conlleva esta enfermedad es que solicitan a la EPS la autorización de dicho tratamiento.

La EPS niega la realización del tratamiento de fecundación in vitro por no evidenciar problemas de infertilidad de la accionante y que, por lo tanto, no puede tener cobertura al procedimiento de manera excepcional como lo establecido la Corte en reiteradas jurisprudencias.

La Corte finalmente, decide amparar los derechos de la accionante y autorizó por solo una vez el tratamiento de fecundación in vitro con lavado de semen, así mismo ordenándole a la EPS el debido acompañamiento, información y riesgos que puede causar el fracaso de la técnica reproductiva y los efectos colaterales de la fecundación in vitro.

3.1.9 Sentencia 398 de 2016. En este caso la Corte negó la protección de los derechos sexuales y reproductivos solicitados por las accionantes; abordando y desarrollando diversos motivos que evidencia la exclusión de los procedimientos científicos en la prestación de salud, explicando que el derecho a procrear que ampara la constitución no implica una responsabilidad del estado en el tema de procreación asistida, y que está solo involucra la defensa de la mujer en estado de embarazo o la estabilidad laboral reforzada y el derecho a adquirir licencia de maternidad, debido a que la enfermedad que padece la accionante no implica el amparo que la Corte de manera excepcional ha manifestado para acceder a estos procedimientos, puesto que dichos problemas no tienen consecuencias adversas o peligrosas para su vida.

3.1.10 Sentencia T-126 de 2017. Esta providencia conoció de un paciente a quien le fue diagnosticado infertilidad de larga data, por lo que le fue prescrito la realización del tratamiento de fecundación in vitro como última opción para quedar en estado de embarazo, sin embargo, la EPS no le autorizó a la accionante el tratamiento, indicando que no hay una amenaza inmediata a la vida de la mujer, quien manifestó que no cuenta con los recursos suficientes para cubrir los altos costos que genera este tratamiento.

En el estudio que ha realizado la Corte para acceder al tratamiento de reproducción asistida, a fijados tres criterios:

1. Que la falta de tratamiento o medicamento que no se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud, coloque en eminente peligro los derechos fundamentales y reproductivos, Cuando se trate de tratamientos de infertilidad

debe ampliarse la protección, debido a que, si bien la patología del paciente no afecta considerablemente la vida, la dignidad o la integridad personal, si llegaría a obstruir de manera negativa aspectos psicológicos y sociales, así como la salud, derecho que también deben ser protegido.

2. En el momento en que un tratamiento o examen diagnóstico que no tenga sustituido dentro del POS.

3. En el evento de que el paciente no tenga la capacidad económica para costear los costos del medicamento o tratamiento requerido, y que no posea un medio alternativo para acceder a él dentro del sistema de salud (Corte Constitucional, T-126, 2017)

Finalmente, el tribunal protegió parcialmente lo invocado por el solicitante, otorgándole la fecundación in vitro, pero indicándole que debe aportar una cuota moderadora como contribución al sistema de salud.

El estudio que hace esta providencia sobre el reconociendo de medicinas autorizadas, métodos y procesos científicos no abarcados en el POS, taxativamente aquellos encaminados a dar solución a la problemática de la infertilidad alcanzando una implicación diversa a estos tratamientos, puesto que incluye diferentes aspectos relacionados con la salud, pues su concepto debe inclinarse más allá de que existan dolencias o patologías.

3.1.11. Sentencia 316 de 2018. En este análisis el tribunal analiza el caso la accionante que padecía “infertilidad por falta de evolución por amenorrea secundaria”, donde manifiesta la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad, a la salud sexual y reproductiva al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia por parte de la EPS, por no autorizarle el procedimiento de fecundación para concebir un hijo.

La Corte Constitucional, decidió no conceder el tratamiento de fecundación in vitro por ser la infertilidad de tipo primaria, es decir, no es consecuencia de otra enfermedad, ya que como dijo su médico tratante perdió ambos ovarios por una extirpación del mismo, por tal razón la solicitante requirió la fecundación in vitro solo para satisfacer su deseo de gestación.

Así mismo, la Corte ha argumentado que existen lagunas jurídicas y la necesidad de una regulación normativa para lograr acceder a los procedimientos científicos y que, así como es necesario preservar el equilibrio financiero de salud, también se debe avanzar una manera progresiva en lugar de paralizarse en el tiempo sobre la ampliación del plan obligatorio de salud.

3.1.12 Sentencia 377 de 2018. La Corte estudia el caso de una accionante que solicita el tratamiento de fertilización in vitro, afirmando que es su única opción para quedar en estado de embarazo y no posee el dinero necesario para financiar la técnica.

Finalmente, la Corte ha negado el procedimiento guiándose por la línea jurisprudencia que ha realizado durante estos años, y al considerar que:

1. Estas técnicas científicas traen como finalidad la procreación más no la recuperación de la mujer.

2. El concepto dado por la constitución sobre la procreación, no causa un deber al estado en el tema de tratamiento de reproducción asistida, pues la norma establece el cuidado de la mujer en estado de embarazo o la continuidad en el empleo, más no la obligación de brindar procedimientos que admitan la concebir un hijo.

3. Las personas diagnosticadas con la infertilidad pueden contemplar la posibilidad si así lo requieren.

4. El presupuesto del sistema general de seguridad social es reducido, para darle primacía a enfermedades o patologías que generen una afectación, antes de garantizar el derecho a la procreación.

Capítulo 4. Interpretación de la Normatividad Jurídica del Tratamiento de Fecundación In Vitro

Colombia cuenta con una escasa normatividad para regular los procedimientos científicos de Reproducción Humana Asistida, lo que genera una laguna jurídica en el ordenamiento interno que imposibilita la garantía de los derechos fundamentales a las parejas infértiles.

La Corte Constitucional, en sus líneas jurisprudenciales ha venido estudiando la evolución de los derechos sexuales y reproductivos, el avance de la ciencia médica y la tecnología en tratamientos de fecundación in vitro, así como los altos índices de infertilidad; que ha generado que dichos tratamientos se otorguen de manera excepcional, por ello, el Congreso Nacional, contemplo la necesidad de crear una ley de política pública donde su objetivo principal es determinar los parámetros para el avance de los procedimientos científicos que serán incluidos en el POS.

4.1 Análisis de la ley 1953 de 20 de febrero de 2019

La Ley 1953 de 2019, es una política pública que brindara los lineamientos para la prevenir la infertilidad y sus tratamientos dentro de los lineamientos de salud reproductiva. Para ello abarca una serie de artículos tendientes a definir de qué manera se desarrollarán los procedimientos científicos, para el objeto de este estudio, la fecundación in vitro. En su artículo 2°, define conceptos fundamentales para abordar el tema de la Reproducción Humana Asistida:

Infertilidad: En este punto reconoce que la infertilidad es una enfermedad que causa afectaciones al sistema reproductor de la mujer que impide lograr un embarazo clínico, es decir, aquel donde la pareja no logra concebir. Después de un año o más de relaciones sexuales sin ningún tipo de protección anticonceptiva, la pareja no consigue quedar en estado de embarazo (Ley 1953, 2019).

Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Definidos como los tratamientos o procedimientos que incluye la manipulación de ovocitos, que son las células germinales femeninas que se originan en los ovarios, es un ciclo del crecimiento del ovulo, cuando este aún no ha madurado, (Definicion.De, 2008) de espermatozoides, que es la célula reproductiva sexual masculina, encargada de engendrar al ovulo, proporcionando la información genética suplementaria a la de la célula femenina, (Ecured, 2009) Espermatozoides, o de embriones humanos para constituir un embarazo (Ley 1953, 2019).

El artículo 3, establece una política pública, que son los programas de gobierno, creados para dar solución a una problemática de interés general, en este caso, los tratamientos de reproducción humana asistida (Ley 1953, 2019, art. 3).

Creada la política pública de la infertilidad, el gobierno contara con el término de (6) seis meses para que, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, avance en la garantía del

ejercicio de la protección sexual y reproductiva, y el amparo que se le debe dar por medio del sistema de seguridad social en salud. La política pública desarrollará una serie de componentes:

a) Investigativo: Este criterio promueve procesos de investigación que conducen a una mayor comprensión, indagación y actualización en lo que concierne a las causas, consecuencias y alternativas científicas, médicas y de ética acerca de la infertilidad destacando la prevención y el tratamiento oportuno. Busca aumentar la investigación en el sector público y el privado con relación a las distintas causas de la infertilidad, tratamiento y prevención.

b) Preventivo: Este criterio está inclinado al desarrollo pleno e interdisciplinario de planes para prevenir la infertilidad y las patologías afines a está, considerando las situaciones y estilos de vida de los seres humanos, teniendo en cuenta su calidad de vida y entorno. En este componente contiene unas líneas de acción que se tendrán en cuenta:

- Factores de riesgo asociados al estilo de vida: En donde se busca desarrollar capacidades para mejorar el estilo de vida a uno saludable, evitando riesgos asociados con comportamientos sexuales, como la obesidad, consumo de sustancias psicoactivas y la desnutrición.
- Factores asociados al ambiente: Supone cambios en los ambientes que son perjudiciales, en lo que tiene que ver con componentes químicos y de ambiente.

- Factores biológicos: Comprende un estudio de identificación y detección temprana de alteraciones anatómicas y fisiológicas, y un diagnóstico oportuno de estas.

-

- c) Educativo: La educación sexual y reproductiva se plantea desde una perspectiva de educación integral, donde se abarcará información sobre infertilidad, su abordaje terapéutico y sus enlaces con otras patologías, así mismo, la creación de programas y tratamientos de infertilidad. (Consultorsalud, 2019).

Dentro de los temas que se trataran se incluirá la vida, la libertad, la autonomía, el respeto, la garantía de no discriminación, la equidad de género; así como temas de la no violencia de género en las relaciones de pareja, inclusive la violencia sexual; temas asociados con condiciones que puede originar la infertilidad.

- d) Diagnóstico y tratamiento oportuno: Frente a las patologías de infertilidad se crearán proyectos sobre la atención, diagnóstico y tratamiento adecuado para poder mitigar la infertilidad. También se busca formar profesionales íntegros en el tema de salud, específicamente para llevar acabo tratamientos de fertilidad. (Consultorsalud, 2019)

A su vez, se debe realizar una valoración integral incluyendo el uso de tecnologías para la identificación de alguna patología que produzca la infertilidad, permitiendo ésta establecer el estado de salud del paciente.

e) Adopción: Este criterio parte desde lineamientos que constituye una protección efectiva a la niñez, para efectos de esta política, las personas infértiles podrán acceder de una manera prioritaria, en donde serán orientados acerca de los requisitos para ser padres a través de la adopción, con el fin de que estas personas tengan información suficiente y sean consideradas una opción para el cuidado de un niño o adolescente, el Estado Colombiano tiene el deber de dar cumplimiento a lo señalado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, donde debe garantizar el derecho que tienen todos los niños a gozar de una familia. (Consultorsalud, 2019)

El artículo 4 de la política pública contempla el tratamiento de la infertilidad, en donde establece que en el término de (6) seis meses se buscara la garantía plena de la protección de los derechos de las persona infértiles mediante el sistema de seguridad social en salud, con la finalidad de que el Ministerio de Salud y Protección Social reglamente su cumplimiento en un tiempo que no supere el año, por medio de terapias de reproducción asistida, con base en lineamientos jurídicos que permitan su acceso a través de los recursos públicos, dentro de la perspectiva de los derechos sexuales y reproductivos (Ley 1953, 2019, art.4). Para ello, se tendrá en cuenta una serie de condiciones como:

- i. Edad
- ii. Situación de la salud de la pareja
- iii. Capacidad económica de la pareja
- iv. Tipo de infertilidad

Así mismo, existirá un mecanismo de protección individual garante de las necesidades de la salud, así como también, la infraestructura técnica requerida para brindar los servicios de los procedimientos de reproducción humana.

El artículo 6 contempla el Registro Único que se creará a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en donde se ubicarán centros de atención especializadas para realizar los métodos y procedimientos de reproducción humana asistida, además se incluirán los pacientes atendidos, se incorporarán también, los bancos receptores de embriones y gametos (Ley 1953, 2019, art. 6).

Dichos procedimientos, solo se realizaran en los centros especializados que hayan cumplido con lo establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social, y que se encuentren inscriptos en el registro único (Ley 1953, 2019).

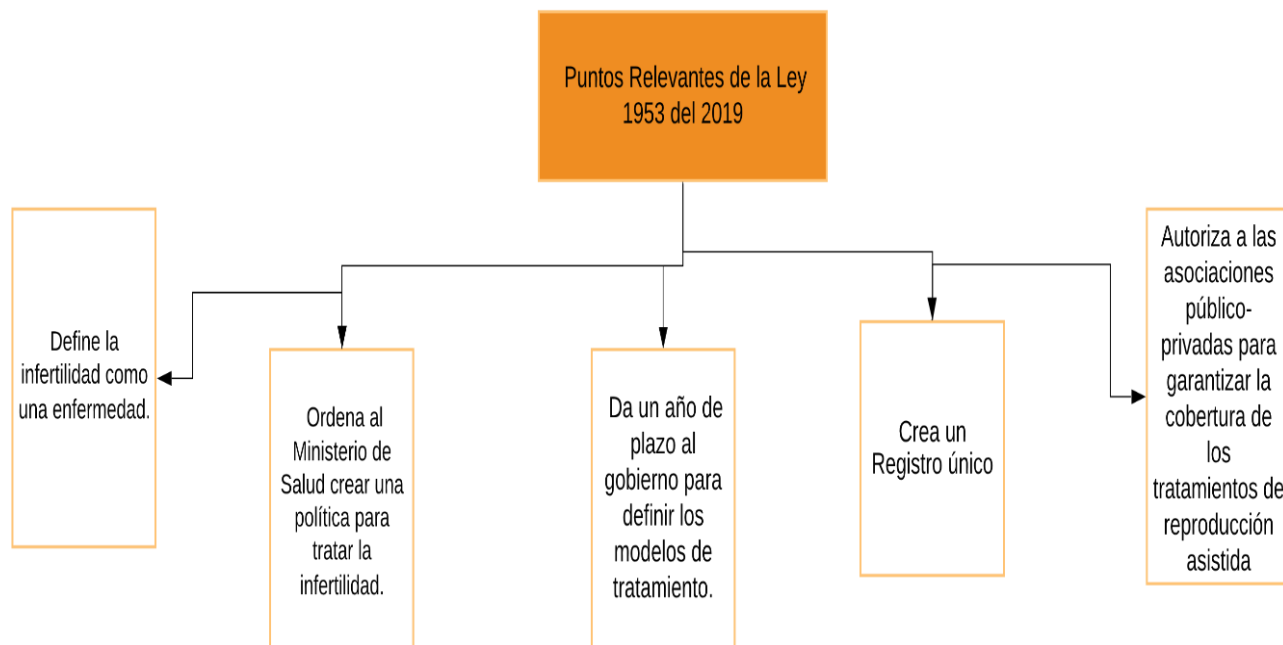


Figura 6. Puntos relevantes de la Ley 1953 de 2019. Fuente: Elaboración propia.

4.1.1 Puntos relevantes de la ley. Luego de la implementación de esta ley general quedan algunos vacíos jurídicos que deben ser estudiados, como lo son:

i) El presupuesto. El gobierno nacional no se ha manifestado para definir de donde se va a obtener la financiación para los tratamientos de reproducción asistida, solo han aportado que será un presupuesto adicional que no afectaría el dinero que es suministrado a las enfermedades que están incluidas actualmente en el Plan Obligatorio de Salud POS. (Corte Constitucional, T-126 de 2017)

El gobierno nacional creó una política pública, aunque no se ha definido claramente a cuantas personas va a beneficiar y cuál es el valor real de los tratamientos, debido a que no existe una estadística, ni un reporte oficial, dado que no se tiene una regulación normativa donde se especifique que tratamientos se van a dar.

Lo que se ha contemplado es que el gobierno nacional deberá invertir en estos procedimientos alrededor de \$13 billones, se estima que en el país habitan aproximadamente 235.914 parejas infértiles. Esto se debe al aumento de población infértil en los últimos años (Caracol, 2018).

ii) Los requisitos para el acceso a la Fecundación in vitro. Según providencias de la Corte Constitucional, se han definido unos criterios que deben realizar las personas infértiles al momento de requerir un tratamiento de reproducción humana asistida; en sentencia T-375 de 2016, se ha establecido:

a) Cuando no se tenga el medicamento o tratamiento que se encuentra excluido por la normatividad del Plan de Beneficios de salud, cuando se ponga en peligro los derechos fundamentales de las parejas infértiles, pues aunque esta patología no afecta gravemente la vida y la integridad personal de la mujer, si llegaría a afectar de forma negativa otras fases vitales desde una perspectiva social o psicológica, aspectos que deben ser protegidas constitucionalmente.

b) Que el galeno haya evaluado el procedimiento estudiando los requisitos concretos como: (i) el estado de salud; (ii) la edad; (iii) el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia; (iv) el factor económica; evitando las probables amenazas a su ejecución y evidenciando científicamente la factibilidad del tratamiento.

c) Cuando se trate de un servicio, medicamento o examen diagnóstico o tratamiento que no tenga sustituto en el Plan Obligatorio de Salud o cuando ser sustituido este no garantice el mismo nivel de efectividad que el excluido.

d) Cuando el paciente no tenga presupuesto para financiar los medicamentos o tratamiento que requiere, y no pueda acceder a él por ningún otro sistema del plan de salud. (Corte Constitucional, T-126 de 2017).

El afiliado debe demostrar a la EPS, o al juez de tutela, su condición económica que le imposibilita asumir el costo del tratamiento requerido.

Si bien es cierto, la Corte Constitucional, se ha manifestado para definir una serie de requisitos para acceder a los Tratamientos de la Reproducción Humana Asistida, aún el legislativo no ha expedido la ley para definir taxativamente los requisitos, los tratamientos que pretenden cubrir en el Plan de Salud, para que así las parejas infértiles en Colombia puedan concebir un hijo (Corte Constitucional, T-375, 2016).

4.2 Ruta de acceso a tratamientos de fecundación in vitro

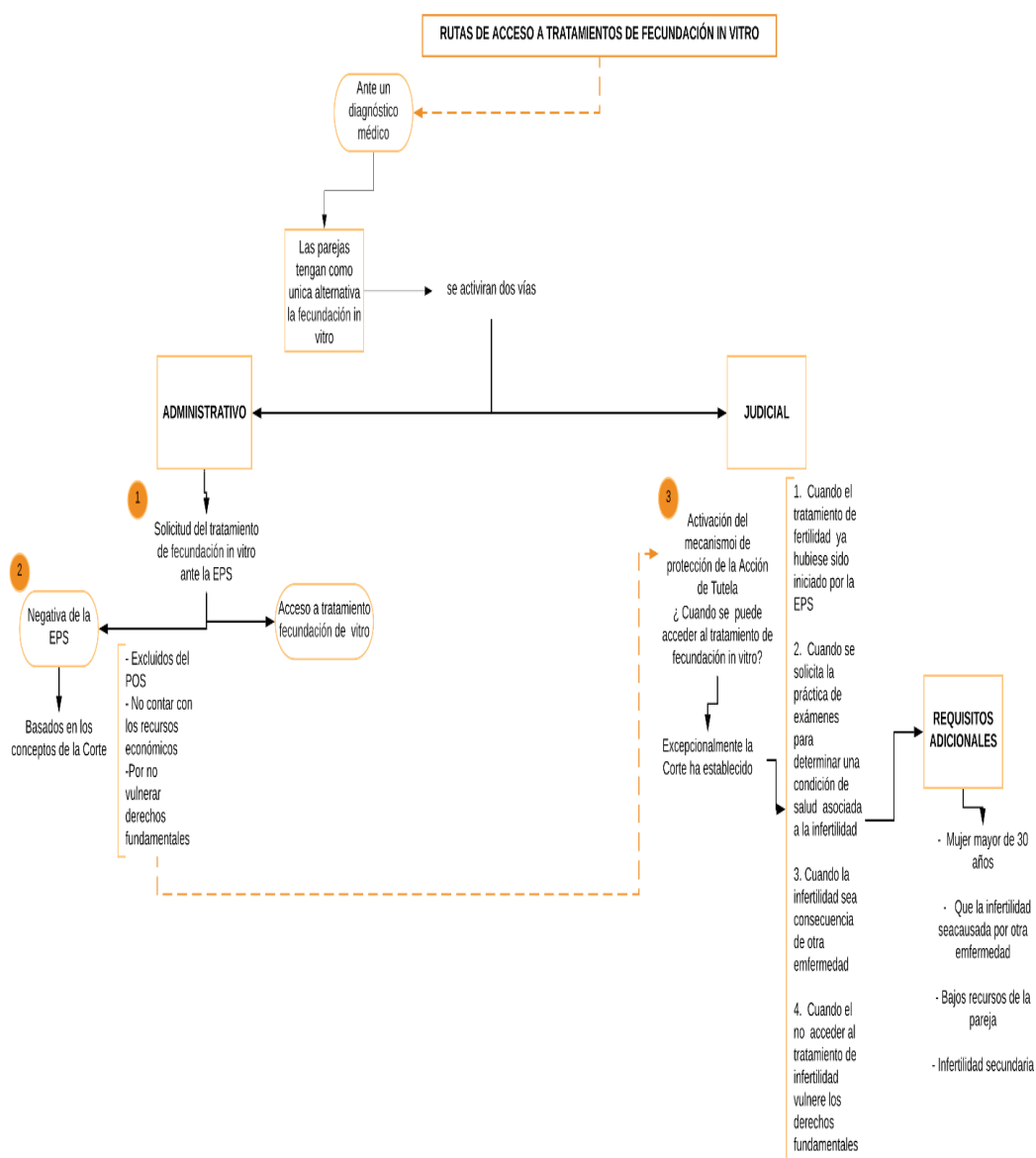


Figura 7. Ruta de acceso a tratamientos de fecundación in vitro. Fuente: Elaboración propia.

Conclusiones

Al realizar el análisis de la infertilidad como una enfermedad, se evidencia el inicio de la construcción jurídica con la creación de la política pública ley 1953 de 2019, que en términos generales establece lineamientos como el de considerar la infertilidad como una enfermedad y establece la prevención de las patologías que causan afectación en el sistema reproductor de la mujer, y aunque hoy en día haya un reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, no existe una garantía efectiva a las parejas infértiles, puesto que no se ha expedido la ley que regule qué papel va a tomar la infertilidad dentro del sistema de salud, demostrando así, los vacíos jurídicos frente a los tratamientos de reproducción humana asistida.

La ley 1953 de 2019, abre un nuevo precedente, esta vez con muchas expectativas e impacto para el tema de tratamientos de reproducción humana asistida, debido al aumento de la población infértil en los últimos años. Es por ello, que desde el año 2007 la Corte Constitucional en sus jurisprudencias ha venido estudiando acerca de la fecundación in vitro y del concepto de la infertilidad como una enfermedad, que es lo que va a permitir el otorgamiento de estos tratamientos científicos dentro del sistema gratuito de salud POS, para ello, la línea jurisprudencial permitió evidenciar que en los años 2007, 2010, 2014, las sentencias de la Corte no daban cabida a un procedimiento científico como el de la fecundación in vitro, fue luego del proyecto de ley 082 de 2015, donde el congreso nacional reconoce la infertilidad como una enfermedad, brindando así una prerrogativa para que el gobierno nacional comenzará a darle cabida a estos derechos.

Ahora bien, los resultados de la investigación jurídica demuestran que para el año 2015, la Corte Constitucional por primera vez exhorta a una EPS para que de manera gratuita otorgue el procedimiento de fecundación in vitro, razón por la que la sentencia 274 de 2015, es un precedente judicial de suma importancia que permitió la creación de la ley de política pública con el objeto de establecer lineamientos para prevenir la infertilidad y acceder a tratamientos científicos de manera gratuita.

Por medio del mecanismo de protección de la acción de tutela, la Corte Constitucional reconoce de manera excepcional unas condiciones para acceder a estos procedimientos científicos. (1) Cuando se pretenda garantizar la continuidad de la prestación del servicio de salud. (2) En el momento en que se requiera la práctica de procedimientos o exámenes diagnosticados para definir una condición de salud relacionada a la infertilidad. (3) En caso de que la infertilidad sea resultado de otra patología o enfermedad. (4) En caso de un análisis fundamentado en derechos reproductivos, se puede determinar que al no acceder a los tratamiento de infertilidad vulnerarían los derechos de las personas infértiles.

Aunque la Corte Constitucional haya manifestado en que escenarios se debe conceder los procedimientos de fecundación in vitro, aún existe una negación por parte de las Entidades Prestadoras de Salud, su negativa responde a que dichos tratamientos no están incluidos en el POS y que no existe una trasgresión a derechos fundamentales al no conceder estos procedimientos científicos.

Los derechos sexuales y reproductivos se han catalogado como los derechos que tienen las personas a decidir libremente acerca de su sexualidad, en este sentido, los procesos científicos de Reproducción Humana Asistida, han venido siendo incorporados al ordenamiento jurídico colombiano como garantía al desarrollo de los derechos fundamentales de las personas infértiles, como el derecho a la vida, a la salud, la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a integrar una familia, pues bien, los avances de la ciencia y el aumento de la población infértil, han hecho que estos derechos sean prioritarios. Así como lo establece el artículo 48 constitucional, es responsabilidad del Estado garantizar la seguridad social bajo principios de universalidad y solidaridad, por ello al proporcionar procedimientos de forma gratuita como la fecundación in vitro reconoce los derechos sexuales como derechos fundamentales, pues esto no implican la mera expectativa de una persona a ser padre o madre, lo que se pretende es dar mayor protección a las parejas cuyas patologías no les permiten concebir un hijo.

Por último, con este análisis investigativo se dejan abiertos muchos vacíos jurídicos, como pueden plantearse ¿De dónde se obtendrá el recurso para otorgar estos tratamientos? ¿Podrá una persona sin pareja acceder a dichos procedimientos científicos? ¿Cuáles son finalmente los requisitos para poder acceder a estos tratamientos? ¿Cuáles serán los tratamientos de Reproducción Humana Asistida que otorgará el gobierno?

Las anteriores son preguntas que en la actualidad no cuentan con respuesta, hasta que se expida la ley que va a llegar a regular los lineamientos para acceder a tratamientos científicos, sin duda, se abre un debate no solo jurídico, sino moral y económico acerca del acceso a estos

procedimientos, pues tendría que cuestionarse ¿Se vulnera los derechos sexuales y reproductivos a la comunidad LGTBIQ+ ya que la ley no lo contempla? Puesto que, el acceso a tratamientos como el de la Fecundación in vitro, es un avance para el derecho colombiano, pero inevitablemente, representa un nuevo reto para el ordenamiento jurídico.

Referencias

- Bagnarello, F. (2015). *Fertilización in vitro: Conceptualización*. Revista Parlamentaria de Costa Rica. 205-247. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34626.pdf>
- Bladilo, A., Torre, N. D., & Herrera, M. (2017). *Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis*. Rev. IUS, 11(39). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100002
- Bonilla Valero, B. Manosalva Prada, C. (2019). *Regulación de la fecundación in vitro en Colombia y en el derecho comparado*. Investigación. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15690/Paper%20Especializaci%C3%B3n%20Derecho%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, 2013. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21835/4/S20131037_es.pdf
- Congreso de Colombia (20 de febrero de 2019). *Lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva* [ley 1953 de 2019] Recuperado de <http://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036289>
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 13 [Título II], Artículo 16 [Título II], Artículo 42 [Título II], Artículo 93 [Título II] Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Consultorsalud. (10 de septiembre de 2018). *Consultorsalud*. Recuperado de

<https://consultorsalud.com/eps-no-estan-obligadas-a-practicar-fecundacion-in-vitro-corte-constitucional/>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (7 al 22 de noviembre de 1969) Recuperado de

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Corte Constitucional, Sala cuarta de Revisión (14 de julio de 2016) Sentencia T-375. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-375-16.htm>

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (19 de agosto de 2010) Sentencia T-644 [MP: Luis Ernesto Vargas Silva] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-644-10.htm>

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (21 de septiembre de 2017) Sentencia T-752 [MP: Clara Inés Vargas Hernández] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-752-07.htm>

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (28 de febrero de 2017) Sentencia 126 [MP: Luis Ernesto Vargas Silva] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-126-17.htm>

Corte Constitucional, Sala Primera de revisión. (18 de julio de 2014) Sentencia T-528 [MP: María Victoria Calle Correa] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-528-14.htm>

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (1 de agosto de 2016) Sentencia T-398 [MP:

Luis Guillermo Guerrero Pérez] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-398-16.htm>

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (23 de marzo de 2010) Sentencia T-226 [MP:

Mauricio González Cuervo] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-226-10.htm>

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (17 de septiembre de 2017) Sentencia T-377

[MP: Alberto Rojas Ríos] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-377-18.htm>

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (2 de agosto de 2018) Sentencia 316 [MP:

Cristina Pardo Schlesinger] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-316-18.htm>

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (12 de mayo de 2015) Sentencia T-274 [MP: Jorge

Iván Palacio Palacio] Recuperado de

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm#_ftn111

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (1 de diciembre de 2009) Sentencia T-890 [MP:

Luis Ernesto Vargas Silva] Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-890-09.htm>

Corte Interamericana de Derecho Humanos (28 de noviembre de 2012) Caso Artavia Murillo y

otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Recuperado de

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (octubre de 2006) *Documentos básicos: suplemento de la 45a edición*. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Recuperado de

https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

Definicion.De. (2008). Recuperado de

<https://definicion.de/ovocito/><https://www.quechollodesegurodesalud.com/que-se-considera-infertilidad-segun-la-oms/>

López, D. E. (2002) *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis

NoticiasCaracol.com (11 de octubre de 2018) *Noticias Caracol*. Recuperado de

<https://noticias.caracoltv.com/salud/estado-busca-recursos-tras-fallo-que-obliga-financiar-tratamientos-para-la-infertilidad>

NoticiasCaracol.com (7 de marzo de 2019) *Noticias Caracol*. Recuperado de

<https://noticias.caracoltv.com/politica/duque-sanciono-la-ley-de-infertilidad-que-beneficiara-mas-de-dos-millones-de-colombianos>

Redacción el tiempo. (31 de enero 2008). *El tiempo*. Recuperado de

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3941053>

Redacción Política. (19 de agosto de 2019). *El Nuevo Siglo*. Recuperado de

<https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/08-2019-proyectos-que-santos-objeto-pero-duque-sanciono>

Ruiz López, D. Cadéas Ayala, C. *¿Qué es una política pública?* Rev. Jurídica. Universidad Latina de América. Recuperado de

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/\\$FILE/QU%C3%89_ES_UNA_POL%C3%8DTICA_P%C3%9ABLICA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/$FILE/QU%C3%89_ES_UNA_POL%C3%8DTICA_P%C3%9ABLICA.pdf)

- Salazar, V. (2015). *El panorama Jurídico de la fecundación In Vitro en Colombia*. (Tesis de pregrado). Universidad de Manizales. Recuperado de [http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/2467/TESIS%20VANE SSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/2467/TESIS%20VANE%20SSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Télam (13 de abril de 2017) *Télam*. Recuperado de <http://www.telam.com.ar/notas/201704/185608-a-40-anos-de-la-primera-fecundacion-in-vitro-investigacion-como-crear-uteros-artificiales.html>
- Valdés, C. d. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada". *Rev. IUS*, 11(39). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100003
- Vallejo, S. (03 de diciembre de 2017) *40 años de fecundación in vitro: historia de la lucha por la maternidad*. Granada Hoy. Recuperado de https://www.gradahoy.com/granada/fecundacion-vitro-historia-lucha-maternidad_0_1196580618.html