

# ACCESO A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MEDIANTE EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO

JESSICA JOHANNA ARCHILA JULIO<sup>15</sup>

## Resumen:

El objetivo de la investigación es determinar si el Estado colombiano está obligado a garantizar el acceso a técnicas de reproducción asistida a través de su Sistema de Salud a personas diagnosticadas con infertilidad. Primero se intentará hacer un acercamiento a los Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos: Las TRA en casos de infertilidad, como una garantía del derecho a la salud, a la maternidad y a la paternidad. En segundo lugar, se presentarán pronunciamientos y normativa vigente en el Derecho Internacional y Derecho Comparado.

## Palabras clave:

Técnicas de reproducción asistida, salud, infertilidad, familia, sistema de salud colombiano.

## Abstract:

The aim of this research is to establish whether the Colombian State has the obligation to guarantee the access to assisted reproductive technologies through its Health System to people diagnosed with infertility. First, we will try to make an approach to the Sexual and Reproductive Rights as Human Rights: TRA in cases of infertility, as a guarantee of the right to health, maternity and paternity. Secondly, pronouncements and current regulations in the International and Comparative Law will be presented.

## Keywords:

Assisted reproductive technologies, health, infertility, family, Colombian health system.

## INTRODUCCIÓN

La salud ha sido por mucho tiempo un concepto sujeto de diversas interpretaciones alrededor del mundo; generalmente se le concibe como la capacidad de no tener enfermedad o dolencia alguna. La Organización Mundial de la Salud ha ido más allá de lo que tradicionalmente se entiende por salud, definiéndola como "el estado completo de bienestar físico y social que tiene una persona". En Colombia, el derecho a la salud como garantía fundamental se ha logrado gracias al desarrollo normativo y jurisprudencial que hace exigible el bienestar de los ciudadanos, el cual debe ser garantizado por parte del

---

<sup>15</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB. El presente texto es un avance del proyecto de investigación titulado "Acceso a las técnicas de Reproducción Asistida a través del sistema de salud colombiano" que se está llevando a cabo junto con los estudiantes: Óscar Andrés Upegui Toledo y María Angélica Otero González. Correo de contacto: [jarchila5@unab.edu.co](mailto:jarchila5@unab.edu.co).

Estado, pero que por diferentes razones sociales y políticas para todos no es igualmente accesible.

El tema central de esta investigación está altamente relacionado con la salud, y es que poder acceder a algún tipo de TRA no solo se hace para garantizar el derecho a la familia sino para proveer de un bienestar social al que la madre tiene derecho. Si bien es cierto que ha sido una práctica utilizada por vanidad, actualmente se accede a dichas técnicas para proteger tanto a la madre como al hijo que está por nacer de alguna enfermedad que se pueda agravar o transmitir.

La discusión objeto de esta investigación parte del hecho que no todas las parejas tienen acceso a estas técnicas, ya que son procedimientos que requieren una alta inversión económica y no existe un consenso general sobre su accesibilidad mediante el Sistema de Salud colombiano. Esta investigación busca establecer si de alguna manera el Estado debe garantizar el acceso a ellas cuando la madre o el padre tengan alguna afectación en su salud que le impida un bienestar físico y social.

El factor económico es determinante para el goce efectivo del derecho a la salud colombiana, pues es claro que a través del Sistema de Salud de nuestro país no es posible acceder a todo tipo de medicamentos o tratamientos necesarios para el tratamiento de las diferentes dolencias que una persona puede llegar a padecer.

A partir de este enfoque, surgen los siguientes interrogantes ¿En qué medida se debe involucrar el Estado con esta temática? ¿Hasta qué punto es su obligación ayudar a la pareja que no puede conformar una familia y no cuenta con recursos para un medio alternativo a la reproducción convencional? Con esta investigación y abordando diferentes aspectos sobre la temática se buscará llegar a conclusiones que resuelvan dichos cuestionamientos.

## **JUSTIFICACIÓN**

Las técnicas de reproducción asistida suelen utilizarse en los casos en que por infertilidad de la madre o el padre, por distintas de razones biológicas no es posible lograr la concepción natural de un hijo. Es por esto que se utilizan estas técnicas para de forma artificial aproximar los gametos femenino y masculino con el propósito de favorecer el embarazo.

Existen diversas técnicas de reproducción asistida, y todas representan una posibilidad de concepción para parejas que se vean imposibilitados a hacerlo naturalmente. Pero, dado que no hay una regulación específica en la legislación colombiana y debido a los elevados costos del tratamiento, sólo unos pocos tienen la posibilidad de acceder a este tipo de mecanismos, sin ningún tipo de seguridad acerca de una concepción de un hijo.

La salud reproductiva es un derecho con muy poca regulación normativa e insuficientes jurisprudencias como para formar un precedente. Proponemos analizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida en Colombia en los casos de infertilidad y la posibilidad

de acceder a ellos en las distintas instituciones que ofrecen estos tratamientos, estudio de la normativa internacional en temas similares que ya han sido regulados, así como su comparación con la normativa nacional.

## **METODOLOGÍA**

Este trabajo de investigación se desarrollará con base en el método deductivo tomando aportes desde diferentes disciplinas como la psicología, la medicina y el derecho para así determinar la existencia de una obligación para el Estado de brindar acceso a técnicas de reproducción asistida mediante el Sistema de Salud. Se realizará un análisis documental de las sentencias y la doctrina aplicable al caso en el ordenamiento jurídico colombiano partiendo de conceptos como la familia, la salud y técnicas de reproducción asistida, entre otras. Asimismo, mediante el método analítico y comparativo se estudiará la incidencia que puede tener la regulación internacional y doméstica de otros Estados en el presente caso.

## **LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS HUMANOS: LAS TRA EN CASOS DE INFERTILIDAD**

Los Derechos Sexuales y Reproductivos a través del tiempo y de los cambios que con este va teniendo la sociedad, han pasado de ser un concepto meramente ético en el que la persona merece respeto por su sexualidad y libertad de reproducción, a ser algo más vinculante al configurarse como pleno goce del status de ciudadano, configurándose de esta manera como un factor que podría llegar a obligar al Estado siendo este último el encargado de velar por el estricto cumplimiento de todos los derechos del ciudadano.

Una de las formas en las que se puede ver limitado el efectivo goce de estos derechos ocurre cuando el ciudadano es una persona que sufre de infertilidad, y es precisamente donde el Estado podría cumplir su papel brindando el acceso a las TRA como forma de combatir esta enfermedad y como una solución al no goce de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

## **EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS**

Estos derechos empiezan a tener mayor importancia en Colombia desde la Constitución de 1991, en la que con el reconocimiento de los Derechos a la mujer se empieza la de los derechos sexuales y reproductivos así como protección al embarazo y a la etapa de maternidad, son derechos que están totalmente relacionados con el Derecho a la Salud que se toma en un concepto amplio incluyendo el bienestar físico, mental y social de la persona, bienestar que obtiene al momento de decidir si quiere o no tener hijos, en qué condiciones y el número de hijos que quiere tener.

El concepto de salud sexual y reproductiva avanza a medida que lo hace la sociedad y consiste en que la persona pueda tener una plena libertad sobre su sexualidad, poder practicarla con la confianza de no estar en algún riesgo médico, ya sea físico o psicológico y decidir el resultado de esa sexualidad que puede ser el tener o no hijos.

Los derechos sexuales y reproductivos han avanzado a través del tiempo y la sociedad hasta el punto de considerarse Derechos Humanos inherentes a la persona, y se ha establecido que la persona puede disponer de su propio cuerpo en cuanto a sexualidad y reproducción, esto, como pleno ejercicio de la ciudadanía.

Estos derechos están relacionados no solo con la forma en la que cada persona es libre de llevar su sexualidad sino que van más allá de eso, relacionándose con la libertad de hijos que una persona desee tener en un momento de su vida.

En este punto es de interés destacar que se tratará no el punto de decidir libremente la forma de concebir los hijos si no de poder hacerlo y de que el Estado lo garantice a través de su sistema de salud, queriendo hacer notar que si un ciudadano colombiano por alguna razón que afecte su salud o porque físicamente le es imposible tener hijos el Sistema de Salud de este país deba asumir esta carga y garantizar el desarrollo de estos derechos.

### **ACCESO A TRA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD Y A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.**

Las TRA con el paso del tiempo se han convertido en un mecanismo encargado de facilitar el pleno goce de Derechos a quienes desean tener hijos, ya sea porque por razones médicas, como es el caso de la infertilidad, o por otros motivos no pueden concebir hijos convencionalmente a través del coito. El acceso a mecanismos alternos de fecundación como garantía al Derecho a la Salud es algo que se ha venido estudiando desde hace algún tiempo por la jurisprudencia colombiana, pues una de las obligaciones del Estado es el acceso y protección al derecho a la Salud, se entiende que cualquier afectación a esta debe ser manejada y solucionada de alguna forma por el Estado a través de su Sistema de Salud. Pero la problemática nace en el punto en el que se indaga hasta dónde debe llegar el Estado para asegurar el cumplimiento de este derecho de cada ciudadano, y hasta que puntos de debe brindar el a tratamientos de TRA.

El Sistema de Salud debe no solo contemplar las medidas necesarias y los especialistas adecuados para el acceso a estas técnicas sino que también debe velar por su correcto funcionamiento como debe ser y que su acceso cubra a todos los sectores de la sociedad que lo necesiten.

La garantía de acceder a estas técnicas se ha convertido en la actualidad en una necesidad y en una forma de lograr el goce efectivo de derechos relacionados con la salud de una persona, y se habla de salud no solamente como el bienestar físico sino también como el bienestar emocional de una persona ya que según la definición de la OMS la salud vendría siendo un “Estado completo de bienestar físico, mental y social”.

El Derecho a la Salud según lo anterior se debe entender de forma amplia, como un bienestar completo y no meramente como la no afectación física de la persona y de esta misma forma cada uno de los aspectos que lo rodean, debe ser de cierta forma garantizado

por el Estado quien debe cumplir la obligación que le ha asignado la Constitución Política hacia los ciudadanos asegurando un estado de bienestar.

Se habla de bienestar físico para este caso como la seguridad de la persona de estar bien, de no padecer alguna enfermedad que la pueda afectar o en el caso de la maternidad, como ese bienestar que se le da tanto a la madre como al hijo de no sufrir riesgo alguno ya sea durante el parto o durante el embarazo, también se tiene en cuenta posibles enfermedades que se puedan transmitir por la madre o el padre al hijo si se concibiera de forma convencional y que por esto se recurre a las TRA.

Otro punto a destacar es el impacto fiscal del Estado y cómo el sistema de salud a tener un monto económico determinado muchas veces se ve limitado en sus garantías por esto.

En materia de salud son muchos los obstáculos que se dan en los diferentes tratamientos ya que en ocasiones están fuera de lo que el Estado se obliga a cumplir por aspectos económicos, y el manejo de la infertilidad no es algo que se escape de esto y más aun teniendo en cuenta que los tratamientos para las TRA son en su mayoría costosos y es esta una de las principales razones por las que no son accesibles en su totalidad a toda la población, pero es materia de estudio en la presente investigación si por el hecho de no generar una afectación al Sistema Financiero del país se debe dejar de cumplir en su totalidad las garantías que debe brindar el Sistema de Salud.

#### **DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO EN MATERIA DE TRA**

Se busca hacer un análisis de la normativa internacional relacionada con la materia, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha realizado un estudio agrupando este tema de acuerdos a distintos derechos, infertilidad y derecho a la salud, derecho a la vida privada y derecho a formar una familia. (Brena, 2011).

Al realizar una lectura conjunta de estos derechos, en el caso de personas diagnosticadas con infertilidad severa, tiene una fuerte repercusión en la salud de las personas o la pareja que desea procrear y se enfrenta a la incapacidad de no poder hacerlo.

Éste es el caso de Costa Rica (Brena, 2011) donde el Estado indicó que la fecundación in vitro no es una cura para la infertilidad, se trata de un complejo recurso técnico que intenta superar esta condición, a través de la fecundación asistida. Así lo determinó la Sala Constitucional de este país, determinó que el Derecho a procrear es un derecho relativo que se deriva del derecho absoluto a la vida; tomando la fecundación in vitro (FIV) como una técnica contradictoria, ya que se toma una vida, aceptándose que es gracias a la pérdida de otras.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) se ha referido a las causas de la infertilidad como distintas causas físicas concretas, que requieren tratamiento médico y antes esta imposibilidad, se producen diversidad de trastornos psicológicos.

El Protocolo de San Salvador, tomando las directivas de la OMS, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.<sup>16</sup>

El uso de la fecundación asistida para combatir la infertilidad, está ligado con el goce de los beneficios del progreso científico, derecho que ha sido reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>17</sup>

De la lectura conjunta de derechos, se puede extraer que el Estado de ninguna manera deberá ser una obstáculo para que una pareja que haya decidido tener hijos y estén impedidos para hacerlo, ya que al interferir estaría invadiendo la privacidad y en los derechos sexuales y reproductivos de las personas; y dicha acción se convertiría en una flagrante vulneración del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su inciso primero establece: “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; asimismo, el segundo inciso manifiesta: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia y de la correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Asimismo, el artículo 11 inciso tercero dispone que tal derecho debe ser protegido por la ley. No se puede hablar de un cumplimiento total de este derecho, si el Estado no garantiza el acceso a TRA, a través del sistema de Salud en Colombia.

De la misma manera, el ejercicio al derecho a fundar una familia, se ve segmentado cuando éste se deriva del derecho a procrear y la incapacidad de ejercer este derecho causa terribles sufrimientos a quienes lo padecen, y se encuentra con una traba mayor cuando este servicio no se encuentra incluido en el POS y su plan de vida se encuentra frustrado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que el derecho a fundar una familia se encuentra reconocido en el artículo 17(2) de la Convención Americana —“se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...”—, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>18</sup> y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, la CIDH, en concordancia con la Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado anteriormente que el derecho a fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Artículo 10 del Protocolo de San Salvador, 1988.

<sup>17</sup> El artículo 15 literal b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

<sup>18</sup> En su artículo 16, inciso 1, establece el derecho de los hombres y las mujeres a casarse y fundar una familia lo mismo que el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>19</sup> CIDH María Elena Morales de Sierra y Guatemala, Informe núm. 4/01, Caso 11,625, 19 de enero de 2001, párr. 40: Corte Europea de D.H. Rees v. Reino Unido, serie A, núm. 106 17 de octubre de 1986 párr. 50. Citada en el mismo Informe de la CIDH.

## **NORMATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL VINCULANTE PARA COLOMBIA**

Colombia ha firmado y ratificado diferentes tratados de Derechos Humanos, para la protección de estos Derechos en América se encuentra con organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así mismo, por jerarquía y bloque constitucional todos los tratados firmados y ratificados por Colombia entran al ordenamiento jurídico colombiano y desde ese momento se vuelven vinculantes.

De acuerdo a esto, la Comisión al hacer una lectura conjunta de los artículos 11 y 17 de la Convención Americana se desprende que la protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológico, e incorpora la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla. Esta decisión es parte de la esfera más íntima de la vida y corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja.

Sin embargo, la Comisión reconoció que tanto el derecho a la vida privada y familiar como el derecho a fundar una familia pueden ser objeto de ciertas limitaciones; por ello, resolvió evaluar, con base en ciertos criterios, si las restricciones en el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son compatibles con dicho instrumento o si, por el contrario, se trató de limitaciones arbitrarias y por lo tanto violatorias del mismo<sup>20</sup>.

Para evaluar el alcance de esas restricciones, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han recurrido al uso de criterios que permitan evaluar en un caso concreto la legitimidad de la restricción de un derecho o la interferencia estatal en el ejercicio del mismo. Los criterios que se han aplicado son los de: legalidad, fin legítimo, idoneidad, existencia de alternativas menos restrictivas, y proporcionalidad.

### **2.2. Pronunciamientos de instancias internacionales**

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe precedente respecto a los derechos sexuales y reproductivos con el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, en el que tema central es la limitación que pone el Estado para acceder a la Fecundación in Vitro como una de las Técnicas de Reproducción asistida y la opción para que parejas que padecen de infertilidad puedan ejercer el derecho de procrear y fundar una familia.

La CIDH ha invocado jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que la protección a la vida privada incluye el respeto tanto a la decisión individual de convertirse en padre o madre, es el caso de *Pretty Vs. The United Kingdom*<sup>21</sup>, así como a la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos, el caso de *Dickinson Vs. The*

---

<sup>20</sup> Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.

<sup>21</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Pretty v. The United Kingdom*, Aplicación 2346/02, 29 de abril 2002, párrafo 61. Citada en el Informe de la CIDH.

United Kingdom<sup>22</sup>, y esta elección corresponde a una faceta particularmente importante de la existencia individual y de la identidad de una persona.

De la misma forma, la CIDH consideró que la decisión de las parejas, víctimas de esta vulneración de no tener hijos biológicos, pertenece a la esfera más íntima de su vida privada y familiar. Asimismo, la forma cómo se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja, y en consecuencia se encuentra protegida por el artículo 11 de la Convención Americana.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

De acuerdo a los postulados y principios del Estado Social de Derecho, Colombia tiene la obligación de brindar acceso a técnicas de reproducción asistida mediante el Sistema Nacional de Salud a las personas con infertilidad puesto que esta enfermedad no sólo afecta de manera directa el derecho a gozar del más alto nivel de salud posible de las personas, sino que afecta otra garantía constitucional como lo es el derecho a conformar una familia. Sin embargo la poca reglamentación legislativa y las limitaciones por vía jurisprudencial que la Corte Constitucional le ha implantado al derecho a la salud basándose en factores económicos, dificultan la materialización de dicha obligación en cabeza del Estado.

El presente es sólo un avance de un proyecto de investigación, contiene el marco teórico y algo de derecho internacional que se utilizará como marco interpretativo de referencia para la presente investigación.

### Referencias Bibliográficas

Siverino-Bavio, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. Lima: Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia.

Arango Rivadeneira, R. (2004). El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas Ramírez, E. (2013). Alcances del derecho a la salud en Colombia: Una revisión constitucional, legal y jurisprudencia. Barranquilla: Universidad del Norte.

Álvarez Díaz, J. A. (2010). El derecho a la salud y el acceso a las técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica. México.

Rincón Castellano, X. (2012). ¿Bioética y Derecho, para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

---

<sup>22</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Dickson v The United Kingdom, Aplicación 4436/04, 4 de diciembre de 2007. Citada en el informe de la CIDH.

Brena, I. (2012). La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

Bernal Crespo, J.S. (2013). Reproducción Asistida y Filiación. Tres casos. Medellín: Universidad de Medellín.

McDonald Eveens, E. (2004). A global perspective on Infertility: An under recognized Public Health issue. Chapel Hill. University of North Carolina.

F. Zegers-Hochschild, et al. (2009). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART). Organización Mundial de la Salud (OMS).

Cook AB, Dickens & Fathalla. (s.f.) Salud reproductiva y derechos humanos: Integración de la medicina, la ética y el derecho.