

**LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO EN PAREJAS INFÉRTILES DE DIFERENTES SEXOS**

Por

LUZ MARINA DE LA TORRE

Directora

JULIE MARCELA DAZA

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHOS, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

Bogotá 2016

RESUMEN

La presente investigación, se encuentra relacionada con el análisis de las medidas que actualmente existen dentro del ordenamiento jurídico frente al reconocimiento al derecho la garantía del derecho a la procreación asistida en el ordenamiento jurídico colombiano en parejas heterosexuales con dificultades para procrear, derechos sexuales y reproductivos, y cuál es su alcance dentro de la legislación colombiana. Para poder lograr tal cometido, en esta disertación se expondrán aquellas categorías que tienen que ver con la garantía de los derechos en comento, tales como la familia y sus generalidades, las técnicas de reproducción asistida, la implementación de estas en el Estado Colombiano, sus ventajas y falencias.

Con ello, se pretende llegar a la conclusión de que en Colombia, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, es totalmente parcializado y no atiende a las necesidades de las parejas heterosexuales que padecen de infertilidad, con el propósito de concientizar al lector y a todo aquel que esté interesado en la necesidad de que el Estado Colombiano, tome acciones de tipo legislativo que incluyan dentro de los planes obligatorios de salud POS, el acceso a las técnicas de reproducción asistida como forma de materializar los derechos sexuales y reproductivos.

Palabras Clave: Procreación, Derechos sexuales, derechos reproductivos, procreación, técnicas de reproducción asistida.

ABSTRACT

The present investigation, is based to the analysis of the actual measurements that exist on the jurisdictional order related with the acknowledgment of the right, the guarantee o the right to assisted procreation in the Colombian legal system in straight couples with difficulties with procreation, sex and reproductive rights and what is it's reach in Colombian law. To get to this point, in this discourse, there are going to be exposed the categories related to the guarantee with the rights involved like family and related themes, techniques for assisted reproduction, implementation of this in Colombia, advantages and disadvantages.

We want to get to the conclusion, that in Colombia the acknowledgment of sex and reproductive rights is partial and does not count with the straight couples with fertility problems this with the proposal to create conscience in the one who reads this paper and all those interested in the need for the Colombian State to take legislative actions to include in the obligatory health plan (POS) the access to assisted techniques for reproduction like the way to guarantee sex and reproductive rights.

Key words: procreation, sex rights, reproductive rights, techniques for assisted reproduction.

INTRODUCCIÓN	7
1- CAPITULO I. EL CONCEPTO DE FAMILIA, MATRIMONIO, CONCEPTO DE PROCREACIÓN, PROCREACION HUMANA NATURAL Y PROCREACION HUMANA ASISTIDA	12
1.1 Antecedentes históricos, sociales y jurídicos del concepto de familia	13
1.1.1. Concepto de familia en la doctrina	18
1.1.2 Concepto de Familia en la Ley.....	24
1.1.3 Concepto de familia en la jurisprudencia.....	33
1.2 La Familia a través de la Historia	37
1.2.1 Tipos de Familia en Colombia.....	41
1.2.2 Familia Nuclear.....	41
1.2.3 Familia Extensa.....	44
1.2.4 Familia Nuclear Poligeneticas.....	46
1.2.5 Familia Monoparental.....	47
1.3 Formas de conformación de la Familia en Colombia	49
1.3.1 El Matrimonio.....	53
1.3.2 Unión Marital de hecho.....	58

1.3.3 Unión de parejas Homosexuales.....	60
1.4 La Procreación.....	62
1.4.1. Dificultades para Procrear.....	64
1.4.2 Obligaciones para el Estado en materia de procreación.....	68
1.5 Tipos de Reproducción.....	76
1.5.1 Reproducción Humana natural.....	77
1.5.2 Reproducción Humana asistida.....	78
CAPITULO II. PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN COLOMBIA.....	85
2.1. El derecho a la reproducción humana asistida en el sistema de salud Colombiano.....	85
2.1.1 Los Derechos sexuales y reproductivos.....	88
2.1.2 Limitantes actuales de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia.....	91
2.2. El estado Colombiano frente a la salud reproductiva y a la reproducción humana asistida.....	94

2.2.1	La protección de los derechos sexuales y Reproductivos en la jurisprudencia colombiana.....	101
2.2.2	Dificultades para acceder a los diferentes Tratamientos de reproducción humana asistida.....	106
2.3.	El derecho a la continuidad del servicio.....	112
2.3.1	La infertilidad como producto de otros males o enfermedades.....	116
2.3.2	Procedimientos asociados a la infertilidad	118
CAPITULO III. IMPLICACIONES PARA EL ESTADO COLOMBIANO AL INCLUIR LOS DIFERENTES TRATAMIENTOS DE REPRODUCCION SEXUAL EN EL PLAN UNICO DE BENEFICIOS EN SALUD.....		
122		
3.1	Costos de los diferentes tratamientos de Reproducción asistida en Colombia.....	123
3.2	Impacto en el sistema de salud.....	127
3.3	Breves notas sobre Derecho Comparado.....	132
Conclusión Del Trabajo Final.....		139
Bibliografía.....		141

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la garantía del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico colombiano en parejas infértiles de diferentes sexos con dificultades para procrear, considero que es un tema de gran importancia ya que va ligado al tema de la familia, en el sentido de que algunas parejas se casan con la finalidad de procrear sintiendo que los hijos forman una de las bases al interior del núcleo familiar que decidieron conformar.

En el trabajo presentado hablare de parejas infértiles en el entendido que son aquellas parejas con incapacidad para lograr un embarazo, debido a enfermedades de tipo reproductivo ya sea por infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria de esta clasificación de infertilidad profundizare en el primer capítulo de este trabajo de investigación. En Colombia se han presentado diferentes casos sobre este tema en relación a la procreación asistida, teniendo en cuenta que los problemas de infertilidad aumentan cada día por diferentes causas, cada día más parejas heterosexuales están acudiendo más a diferentes clase de tratamientos médicos de reproducción sexual por los diferentes medios científicos existentes, pero también nuevamente nos tropezamos con otro obstáculo y es los altos costos para poder acceder a esta clase es de tratamientos.

Los diferentes métodos de reproducción sexual asistida son de mucha importancia para la procreación humana, al ser los mismos derechos considerados como necesarios para la formación de tan importante institución jurídica como la familia, además de ser una

extensión de derechos de importancia como la vida. Una de las formas en que estos derechos se concretan son las técnicas de reproducción asistida, mediante las cuales las parejas heterosexuales que tienen dificultades para concebir pueden conformar una familia.

Ahora bien, cabe aclarar que en este documento no se abordará el tema relativo a la procreación de parejas del mismo sexo, ya que en recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional, la adopción de menores ya es un hecho y una facultad a la que pueden acceder esta población para conformar familia, lo que hace de la procreación científica una segunda opción para éstos casos y solo es posible en limitados casos, pero se precisa que este tema no será objeto de estudio en el presente trabajo. Debido a sus altos costos mismas dado sus altos costos en Colombia no encuentran respaldo dentro del sistema de seguridad social, la falta de recursos para la estabilidad financiera del sistema, y la concepción de que este tipo de tratamientos dista de ser parte fundamental de la vida o del desarrollo de la familia por tener otras opciones como la adopción, son excluidas de los planes obligatorios de salud.

En razón a ello, el problema de investigación que se pretende resolver en la presente disertación atiende a responder al siguiente interrogante: ¿Cómo se protegen los derechos sexuales y reproductivos en Colombia a las parejas heterosexuales con dificultad para procrear?, con el objeto de determinar si existe o no un vacío jurisprudencial respecto de las herramientas jurídicas para materializar y garantizar el derecho a la procreación. Así las cosas, el problema de investigación planteado se puede

sintetizar a través de que mecanismos jurídicos y normativos, que garanticen a las parejas infértiles de diferentes sexos sus derechos reproductivos.

Como posible respuesta a esta pregunta de investigación, se tiene como hipótesis que la constitución política colombiana señala a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y le da a la pareja la posibilidad de decidir libre y responsablemente el número de hijos. Pese a esta garantía constitucional, no hay mecanismos jurídicos que garanticen a la pareja infértil heterosexual el que quiera tener hijos, el ejercicio de estos derechos reproductivos.

A pesar de esta falencia legislativa, si es posible encontrar directrices jurisprudenciales sobre el derecho de estas parejas infértiles a procrear, a partir de los derechos a la salud sexual y reproductiva y las diferentes técnicas de reproducción humana asistida. Para lograr dicho cometido se planteó entonces, como objetivo general de la investigación, determinar si en el ordenamiento jurídico colombiano existen mecanismos efectivos que protejan el derecho a la procreación, desde la promulgación de nuestra constitución política hasta la actualidad; y como objetivos específicos: (i) referir cuales son las formas de conformación de la familia en el contexto colombiano, (ii) Indagar cuales son las formas de procreación que existen y su regulación normativa, y (iii) señalar si existen o no en Colombia mecanismos jurídicos garantizan a las parejas heterosexuales el derecho a la procreación.

El tema objeto de estudio en este trabajo de investigación, es la garantía del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico Colombiano en parejas infértiles de diferentes sexos, para este trabajo utilizaré la metodología de investigación cualitativa que

consiste en estudiar y analizar el nivel normativo doctrinal y jurisprudencial del tema objeto de estudio, con el fin de determinar si existen mecanismos idóneos que permitan a la población colombiana garantizar su derecho a la conformación de la familia, en las condiciones enunciadas en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

Así mismo este documento está dividido en tres capítulos, el primero de ellos relativo a la conceptualización del contexto de la procreación, es dedicado a la familia, el matrimonio y clases de matrimonio, ya que la familia significa la institución que por excelencia ha sido reconocida por instancias nacionales e internacionales como donde se presenta la reproducción asistida. En ese sentido se aborda su concepto y naturaleza, así como su tipología y algunos conciben que su función que tiene en la sociedad como seno para la perpetuación de la especie. Y el matrimonio como el acto celebrado entre dos personas con el ánimo de tener vivir una vida juntos cuya finalidad en algunas parejas es la de procrearse y así formar una familia.

En el segundo capítulo, se aborda en que consiste la procreación y cuáles son las técnicas de reproducción asistida de mayor uso en la actualidad. A punto seguido se analiza cual ha sido la posición frente a las mismas en el Derecho Colombiano, y cuál es la posición que tiene al respecto la Corte Constitucional, por ser dicho órgano el encargado de desarrollar en mayor medida esta protección.

Por último, el tercer capítulo, señala las principales posiciones que tienen instancias nacionales frente a la incorporación de estos medios de procreación alternos y el impacto que podría generar dentro del sistema de salud. Así mismo, se realiza un análisis de Derecho Comparado de algunos países que tienen condiciones económicas y

culturales que han tomado la determinación de incluir dentro de sus ordenamientos jurídicos una regulación frente a los tratamientos necesarios para poder acceder a los tratamientos de reproducción, con el fin de satisfacer los derechos sexuales y reproductivos. Ello con el fin de dar sustento a la conclusión principal de esta investigación, que no es otra que el evidente vacío y silencio del Estado en materia legislativa frente a la resolución de este tipo de problemas con lo cual se genera inseguridad jurídica y la interpretación cambia de acuerdo a las posturas de los encargados de la toma de decisiones.

**1 CAPITULO I. EL CONCEPTO DE FAMILIA, FORMAS DE CONFORMACION
DE LA FAMILIA, CONCEPTO DE PROCREACIÓN, PROCREACION HUMANA
NATURAL Y PROCREACION HUMANA ASISTIDA**

En este capítulo tal como se señaló en la introducción se analizará el concepto de familia en la doctrina, en la ley y en la jurisprudencia, Formas de conformación de la familia en Colombia concepto de procreación, procreación humana natural y procreación humana asistida, a fin de contextualizar dicho escenario como punto de partida de la garantía del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico colombiano en parejas infértiles de diferentes sexos, analizando los diferentes estudios o casos que se han presentado.

Como actúa la Corte Constitucional y las diferentes entidades de salud, entendiéndose por parejas de diferentes sexos las parejas heterosexuales, y con dificultad para procrear a las parejas que se unen de manera voluntaria con la finalidad de vivir como pareja ya sea por la unión marital de hecho o bajo cualquier rito religioso y que pese a muchos intentos de querer procrearse no lo logran, ya que no han podido quedar en estado de embarazo o cuando lo consiguen el embarazo no continua su etapa final, es ahí cuando la pareja decide que el único medio para poder concebir un hijo es accediendo a los diferentes métodos de reproducción humana asistida, pero nuevamente tropiezan con un nuevo impedimento los costos de estos tratamientos son muy elevados.

Para ello se dará inicio con una exposición del concepto de familia, su naturaleza y tipología, acudiendo para ello a los conceptos doctrinales y jurisprudenciales. En segundo lugar, se hablara de los tipos de uniones en Colombia, se definirá de manera clara y

sencilla, este concepto en la legislación colombiana, como se celebra y las clases de matrimonio que existen en la actualidad desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Se hablara también de la procreación, y las diferencias entre procreación humana natural y procreación humana asistida ya hacen parte fundamental en el tema materia de investigación. En tercer lugar, se hablara de la unión marital de hecho su naturaleza, acudiendo para ello a los conceptos desarrollados por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

1.1 Antecedentes históricos, sociales y jurídicos del concepto de familia.

La familia, al ser una de las instituciones fundamentales de la sociedad, ha ido creciendo con el avance de la sociedad y se ha venido transformando de acuerdo a las dinámicas sociales y a los cambios socio – culturales, que se presentan principalmente con la introducción de nuevas formas de vida.

Ahora bien, para poder iniciar con un concepto de familia, es necesario analizar de donde se deriva la necesidad de la conformación de este tipo de agrupación. Con el crecimiento del hombre, surge la necesidad instintiva de asociarse imperante en la mayoría de las veces por el deseo de apareamiento y procreación existente dentro de la humanidad. Con base en dicha premisa, es que se conforma las primeras instituciones familiares, uniones donde convergían a su vez no solo la procreación de seres humanos, sino también, el compartir espacios de habitación, aspecto materiales, entre otros., con el fin último de sobrevivir.

Uno de los principales autores que trata este tema con bastante amplitud es Engels en su libro *“El origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado”*. De acuerdo a los estudios y análisis realizados por dicho autor, en la historia la familia ha tenido diversas transformaciones en su estructura llegando a lo que se conoce hoy en día como la familia moderna.

La primera de ellas, se refiere a la familia consanguínea, denominada como la primera etapa de la familia, en la cual se encontraban incluidos todos los grupos conyugales y sus generaciones, desde las abuelas y abuelos y las generaciones venideras, lo que comúnmente se llama como el árbol genealógico, existiendo la única prohibición de procreación o de extensión de la familia, la unión entre padres e hijos. Así las cosas, *“los hermanos y hermanas, primos y primas, segundo y restantes grados más lejanos, son todos ellos entre sí, hermanos y hermanas y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres, unos de otros. El vínculo de hermano y hermana en este periodo tiene condigo el ejercicio del comercio carnal reciproco”* (Parra, 2005, p. 17).

En este tipo de familias, subsistían entonces las relaciones carnales entre todos los miembros de la misma, exceptuando entre padres e hijos. Puede decirse que esta forma de familia, se deriva principalmente de las primeras formas de civilización por así decirlo, o de grupos donde la variedad de especímenes humanos no era considerable, siendo la única forma posible de procreación la unión entre hermanos o hermanas.

Posterior a esta estructura familiar, se encuentra la denominada familia Punalúa, caracterizada por el avance en la exclusión de algunas relaciones sexuales de procreación, prescindiéndose entonces de las mismas en las hermanas y hermanos por

línea materna, y estableciéndose los grados de parentesco entre las relaciones familiares. A partir de la creación de este tipo de vínculos, se fueron conformando los clanes y tribus, prohibiendo tajantemente entonces el incesto entre progenitores e hijos y entre los hermanos, y estableciendo las primeras bases del matrimonio, permitiendo el ayuntamiento entre las parejas.

Ya en la familia sindiasmica, se originan los primeros avances en el matrimonio como forma de conformación de la familia, pero sin que existiera aun la monogamia como se conoce hoy día, sino que existía en cada familia una mujer denominada como jefe de las otras. En este tipo de familias, la mujer gozaba de una posición dominante, por ser la proveedora de vida. Para Parra (2005, p. 18) en este tipo de familia el orden sucesorales se realizaba por vía materna, ya que “esta clase de familia se caracteriza por el predominio de la madre existiendo el derecho a tener una propia y la imposibilidad de conocer con certidumbre al verdadero padre, ya que las mujeres tomaban sus maridos de otras gens”

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, y el avance en las actividades del hombre para lograr el sostenimiento de la familia, la mujer comenzó a ser relegada como simple medio de reproducción, convirtiéndose casi por completo en la esclava sexual del hombre, con el que se encontraba, pasando entonces de una familia matriarcal a una familia patriarcal.

A raíz de dichos cambios, y con la abolición de la familia sindiasmica, surge la que se conoce hoy día como la familia monogamica, caracterizada por el ser hombre quien tiene un papel protagónico en las relaciones familiares, y con el fin de crear líneas

sucesorales sin duda razonable de paternidad, para traspasar los emolumentos familiares solamente por dicha vía. Para algunos autores, el surgimiento de la familia monogámica significa un paso considerable hacia el establecimiento de las civilizaciones tal y como ahora las conocemos.

Para el caso Colombiano, la familia Monogámica ha sido influenciada y transformada de acuerdo con los cambios sociales que se han venido presentando en la historia. El primero de ellos, se refiere principalmente a las revoluciones demográficas ocasionadas principalmente por la reducción de las tasas de natalidad y mortalidad en la sociedad. Según Echeverry (2003, p. 7) “ *la transformación en la familia monogámica presentada por la revolución demográfica, se da principalmente por las siguientes razones: (...) a) avances médico – científicos y tecnológicos (control de la natalidad, vacunaciones masivas, para no mencionar sino algunas) y b) los procesos de urbanización e industrialización del país (de 30% de población urbana en el pasado, a un casi 80% hoy, y de país agrícola pasamos de ser un país en proceso de industrialización con una economía globalizada)*”.

Aunado a estos fenómenos en el siglo XX, la familia colombiana, comienza con una transformación, pasando a lo que se denomina como una familia nuclear compuesta por la pareja e hijos (Rico de Alonso, 2010). Con el paso del tiempo, los modelos de familia colombiana, viene sufriendo otro tipo de transformaciones, como la presencia de uno solo de los progenitores en el núcleo familiar, influenciado principalmente por la presentación de separaciones conyugales, la viudez o la formación de familias por madres solteras (Rico de Alonso, 2010), o también a través de la conformación de núcleos familiares sin la presencia de hijos, pasando de ser la figura de la familia como un medio de reproducción,

a la creación de vínculos amorosos basados simplemente en el deseo de compartir con otra persona, sin la necesidad de agregar hijos a su desarrollo.

Otro concepto que se evidencia en la historia de la conformación del concepto de familia la encontramos en la definición que de ella da Aristóteles en su libro de *“La Política”*, donde considera que éste grupo corresponde a una *“comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas”* (Aristóteles, 1252). Por su parte los romanos consideraban la familia más que como una comunidad de personas unidas por lazos familiares, como un grupo de bienes que pertenecen a un señor, es decir en principio concebían a la familia como el conjunto de bienes que le pertenecían a alguien, es decir su patrimonio. Posterior a esta primera acepción los romanos comenzaron a considerar que dentro de la palabra familia, también debían ir incluidas las personas que se consideraban unidas a dicho patrimonio. Al menos en ese sentido lo considera Corral (2005, p.), al decir que Ulpiano en la época del Imperio Romano proclamaba que *“la palabra familia se entiende con variedad y en ella se comprenden las personas y las cosas”*. A partir de dicha inclusión, es de donde surge la familia como grupo de personas, sujetas a un señor, unidas por el vínculo de autoridad y subordinación que debían tener todos los miembros del grupo familiar hacia quien era considerado como el jefe de la familia.

Dependiendo de cada rol que ejercía el jefe de familia frente a su grupo de personas, el vínculo de autoridad y subordinación, tenía una acepción diferente. Así frente a la mujer o esposa el vínculo familiar era concebido como el manus, frente a los hijos la patria potestas, sobre los esclavos la potestas y sobre los ciudadanos romanos reducidos a condición servil la mancipium.

1.1.1 Concepto de familia en la doctrina

Etimológicamente hablando la palabra familia, deviene de los vocablos dhá (asentar) y dhaman (asiento, morada, casa), siendo entonces su significado más próximo un espacio denominado como casa doméstica, y los bienes que a esta pertenecen, es decir el patrimonio (Valverde, 1938). Existen otros autores, que consideran que la familia proviene de los vocablos famulus y faamat, que tienen como significado habitar en un lugar, es decir que la acepción de estos dos vocablos unidos atendería la definición de la familia como el *“hogar comprendido por la mujer, los hijos y los esclavos domésticos”* (Corral, 2005, p. 22).

Existen otros autores, que asocian la palabra familia del latín domus que en español corresponde a casa (Lago, 2009). Etimológicamente la familia es una institución que tiene como función principal la satisfacción de las necesidades básicas del grupo del que está conformada, mediante el entablamiento de alianzas entre los miembros que la componen, siendo el eje principal de la misma lo que se denomina como la *“vida conyugal de la pareja”*.

Así las cosas, se puede decir que la acepción del concepto de familia, etimológicamente hablando, en principio correspondía al lugar de habitación de un grupo determinado de personas, unidas por lazos de consanguinidad y afinidad, y que poco a poco se fue extendiendo su significado a los miembros que en dicho lugar habitaban.

El concepto general de familia, reconocido universalmente atiende al *“conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, independientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco”* (Zanonia, 1989, p.

328). Sin embargo este concepto no abarca la totalidad de los modelos familiares, ya que como se ha sostenido existen diversas formas de familia en el mundo actual. Una de ellas atiende al de familia extensa, la cual *“reúne a todos los parientes y personas con vínculos reconocidos como tales”* (Valdivia, 2008, p. 15), dentro de los cuales se encuentran no solo los progenitores y los hijos, sino todos aquellos miembros de un grupo unidos por lazos de consanguinidad o afinidad, y por ende *“recoge diferentes núcleos u hogares, con características diferentes: desde organizaciones en las que conviven miembros de tres generaciones y colaterales, hasta hogares monoparentales”* (Valdivia, 2008, p. 15).

Ahora bien, existen algunos autores, que consideran que la palabra familia se basa únicamente en las relaciones de parentesco y afinidad. En ese sentido Carbonier (1965, p. 281), define la familia como *“el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por la filiación, por el parentesco y la afinidad, resultantes éstos del matrimonio y la filiación”*. Así mismo Rossel (1993, p. 1), considera que la familia es aquella conformada por vínculos de matrimonio o parentesco.

Al igual que en la época romana, existen autores que consideran que el concepto de familia, se deriva de las relaciones de autoridad y vínculos que se presentan dentro del grupo de personas que la conforman. Por ejemplo Mazeaud (1976, p. 10), considera que la familia *“es el grupo formado por las personas que, en razón de sus vínculos de parentesco o de su calidad de esposos, están sometidas a la misma comunidad de vida y en la cual los esposos aseguran en conjunto la dirección moral y material”*, de donde se conserva aún las consideraciones romanas de que la familia existe en virtud de las relaciones de subordinación y asistencia que se derivan de la figura paternal y de las obligaciones que el jefe de familia tiene para con sus allegados.

En esa misma corriente doctrinal se encuentran autores destacados como por ejemplo Clemente del Diego, quien define la familia como *“ese organismo ético – natural que, fundado sobre el matrimonio , comprende a varios ligados por la ley del amor, respecto, autoridad y obediencia, medio necesario de la continuidad de la especie humana, llamamos familia”* (Del Diego, s.f., p. 436). Así mismo, bajo las relaciones de autoridad considera Valverde (1938, p. 358), al definir a la familia como *“la institución natural y social, que fundada en la unión conyugal, liga a los individuos que la integran para el cumplimiento en común de los fines de la vida espiritual y material bajo la autoridad del ascendiente originario que preside las relaciones existentes”*.

Ahora bien, existen otros doctrinantes, que consideran que la familia atiende más a un concepto de amor, fraternidad y solidaridad, antes que a un concepto de subordinación y autoridad. Así lo indica por ejemplo, Lacruz (1979, p. 214), al definir a la familia en los siguientes términos: En nuestro tiempo la familia, perdida la fórmula de institución de varón y mujer para la crianza de los hijos si los hay y la convivencia en todo caso, es un grupo unido por vínculos de sangre y afecto que procrea, educa, prepara los alimentos, vive en común y cuyos miembros útiles contribuyen al sostenimiento de todos con el producto de su actividad.

Así mismo lo indica Cupis (1983, p. 1111), al considerar que la familia *“es un grupo social basado en la voluntaria unión sexual entre individuos de sexo diverso y con un fin de humana solidaridad”*, prescindiendo entonces de toda forma de subordinación o autoridad para poder considerar a un grupo como familia.

Un concepto que se acerca aún más, a las estructuras actuales de la familia, es el nos proporciona Palacio (2004, p. 85), quien define la familia en los siguientes términos:

Una forma de organización social básica en la cual se inician los procesos de reproducción cultural, integración social y formación de identidades individuales; da cuenta de una completa red de relaciones de parentesco, consanguinidad y afinidad tanto legal como ceremonial; lo cual permite descifrar el carácter, el sentido, además del significado que le corresponde en la elaboración de vínculos afectos con intensidad, duración, e igualmente frecuencia diferentes a otros grupos sociales; así mismo responde a los requerimientos existenciales de los sujetos integrantes según género y generación. Se configura en dinámicas particulares según contextos socioculturales específicos, que dan cuenta de diversas formas de organización familiar, de múltiples expresiones de convivencia y sobrevivencia más o menos permanentes en el tiempo.

Así mismo, existen autores que han considerado a la familia como un centro de crecimiento cultural, de formación y de interacción de las relaciones humanas, a través del cual se forma el ser humano en sus propiedades más intrínsecas. Al respecto Baeza (2000, p. 2), señala lo siguiente: La familia, como unidad o sistema, es un campo privilegiado de observación e investigación de la interacción humana y por ende de la interacción social. La metáfora de la familia como “aula primordial” apunta a cómo en su seno se instaura el proceso de socialización del hombre. Allí se tejen los lazos afectivos primarios, los modos de expresar el afecto, la vivencia del tiempo y del espacio, las distancias corporales, el lenguaje, la historia de la familia grande, extensa, que comprende a las distintas generaciones que nos precedieron; es decir, todas las dimensiones humanas más significativas se plasman y transmiten en la cotidianidad de la vida en familia. Esta es por excelencia el campo de las relaciones afectivas más profundas y constituye, por lo tanto, uno de los pilares de la identidad de una persona.

En el sentido constitucional y legal de acuerdo a lo mencionado por Rosa Elizabeth Guío (2009, p. 66), la familia es *“la institución más importante en el ordenamiento jurídico colombiano, que por el carácter de entidad social cambiante a lo largo del tiempo, y por causa de las circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas que la rodean es reconocida como el núcleo de la sociedad”*.

De otro lado, la familia también es definida como *“un comportamiento colectivo capaz de desbordar la individualidad: De allí que se diga y se acepte a la familia, en vez del individuo, como la primera célula de la sociedad”* (Bilbao & Crespo, 1999, p. 24).

Así mismo, la familia de acuerdo a la denominación de la Constitución Política de Colombia, corresponde a los *“vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla”* (C. P./91, art.42), deduciéndose de dicha disposición que la familia en su acepción clásica está constituida por un hombre y una mujer.

Hoy en día de acuerdo al desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional, la familia ha sufrido diversas transformaciones en su conformación, al punto tal que en la actualidad puede estar conformada por parejas del mismo sexo.

Al respecto la Corte Constitucional ha reconocido que existen diversas formas de conformar una familia el día de hoy. Al respecto esta corporación enuncia: Claramente la Corte ha señalado que la *“unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”*, debe ser protegida, *“pues ella da origen a la institución familiar”* y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una *“unión libre de hombre y mujer”*. Con apoyo en los anteriores criterios,

reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución “*consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos*”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “*corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges (C - 577/11)*”.

Complementado esta disposición el H. Consejo de Estado enuncia que la familia hoy día “*es una estructura social que se construye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros.*” (Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 2013).

Otra parte importante del problema de investigación planteado es que él hace referencia a los derechos sexuales y reproductivos. Al respecto Barroso y Langer (2009), enuncian que este tipo de derechos en América Latina presentan desafíos importantes, dentro de los cuales se puede destacar los altos índices de mortalidad materna en los partos en especial en los países en vía de desarrollo, la creciente tendencia de las mujeres a la planificación, el nuevo rol que ocupa la mujer dentro del seno familiar como dirigente y la falta de educación sexual.

Frente a estos desafíos esta autora plantea la necesidad de mayor atención a América Latina por parte de los diferentes organismos internacionales, en los siguientes términos: Si bien en los últimos años ha habido importantes avances en ALC en el campo de la salud sexual y reproductiva, el progreso ha sido desigual y aún queda mucho por

hacer para alcanzar los objetivos establecidos por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (Barroso & Langer, 2009, pág. 9)

Ahora bien, con estos derechos abordan dos principios fundamentales *“el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la atención en salud reproductiva”* (Lafaurie, 2009, p., 192). Respecto del derecho a la autodeterminación reproductiva se predica del mismo lo siguiente: El derecho a la autodeterminación reproductiva se basa en el derecho a planificar la propia vida, a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida sexual y reproductiva de las mujeres (Lafaurie, 2009, pág., 192)

1.1.2 Concepto de Familia en la Ley

En Colombia la familia ha sido reconocida constitucionalmente como la institución de mayor importancia dentro del contexto social, instaurándola como la célula fundamental de la sociedad, dotada de mecanismos propios de protección de carácter preferente e inmediato, de carácter legal y constitucional.

En el texto constitucional, en varias de sus disposiciones, se hace mención a la familia como objeto de protección por parte del Estado Colombiano. En primer lugar, el artículo quinto superior, ampara a la familia como la institución básica y fundamental de la sociedad. Así mismo, el artículo 15 de la Constitución, ampara la inviolabilidad de la intimidad de la familia, al decir que *“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar (...)”* (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 15).

Así mismo, el artículo 28, referente a la protección de las libertades, indica la protección de la que goza la familia al decir en su inciso segundo que *“nadie puede ser molestado en su persona o familia (...)”*. Ahora bien puntualmente, el texto constitucional en su artículo 42 indica los derechos y la protección que tiene la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

En su primer inciso, describe cuales son las formas como se puede formar una familia en Colombia, considerando que la misma puede consolidarse por *“vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*. Tal forma de conformación, y la forma como esta descrita la familia en la Constitución Política, ha sido objeto de arduos debates en la actualidad, más aun cuando la presencia de otros tipo de familia se han ido presentando, donde no necesariamente las personas que la conformar en la acepción clásica, se encuentran dentro de la realidad social por la que atraviesa la familia en la actualidad.

Hoy día, ya no es posible decir que las familias están conformadas por hombre, mujer y niños, como lo era en un principio. Por el contrario, hoy día existen familias donde solo se encuentra la presencia de un solo progenitor, o donde las identidades sexuales no necesariamente atienden a hombre y mujer, como se verá más adelante.

Por otro lado, el artículo 42 indica la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar la protección eficaz de la familia, a través de acciones concretas de tipo legal, como el decreto del patrimonio inalienable e inembargable (Constitución Política, 1991, art. 42), o la protección de la que es objeto, en especial frente a su honra, dignidad e intimidad (Constitución Política, 1991, art. 42).

Así mismo, la Constitución establece las formas en las que se deben presentar las relaciones familiares, las cuales deben estar basadas “*en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes*”, debiendo entonces ser objeto de sanción, toda conducta que pueda ser considerada como violatoria de los derechos de los integrantes de cada familia y para subsanar algunas de las falencias que existían en la Constitución de 1886, el constituyente declaró la igualdad entre los hijos que fueren concebidos en el matrimonio o fuera de él, o aquellos que fueren adoptados o procreados de las diversas maneras legales autorizadas, debiendo ser obligación del Estado el regular que los actos de reproducción se realicen de manera responsable (Constitución Política, 1991, art. 42), debiendo por supuesto recaer la responsabilidad en el número de hijos en los padres, quienes responsablemente deberán decidir la cantidad de estos, y asumir las responsabilidades que de los mismos se derivan.

Por último, el texto constitucional en el artículo 42, dedica algunos incisos a regular los efectos que tienen las uniones matrimoniales desde la esfera de lo religioso y lo civil. Este texto constitucional, fue objeto de desarrollo por parte de la Ley 294 de 1996. Una de las primeras consideraciones que toma en cuenta esta legislación, es la relativa a la conformación de la familia colombiana y cuáles son sus integrantes, a saber:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes.
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar.
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.

d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica (Ley 294 de 1996, art. 2).

A partir de del contexto de Familia como núcleo fundamental de la sociedad colombiana se ha desarrollado diferentes disposiciones o reglamentaciones que directa o indirectamente tienen que ver con esta importante institución, a saber:

- El protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y promulgado mediante Decreto 509 de 1996.
- La Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil. El 9 de junio de 1994, aprobada mediante Ley 248 de 1995.
- El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1993, aprobado mediante Ley 265 de 1996.
- La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, hecha en Montevideo, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), aprobada mediante Ley 449 de 1998.
- e) Ley 137 de 1994, reglamentaria de los estados de excepción establece la intangibilidad del derecho a contraer familia y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad

y del Estado, todo ello en concordancia con la Convención Americana de derechos humanos.

- Ley 258 de 1996, establece la afectación a vivienda familiar con el fin de proteger el inmueble destinado a la habitación de la familia y someter su enajenación al consentimiento de ambos cónyuges o compañeros permanentes, expresado con su firma.
- La Ley 294 de 1996, modificada por las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008, que tiene por finalidad prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.
- Ley 311 de 1996 crea el Registro Nacional de Protección Familiar.
- La Ley 495 de 1998 sobre patrimonio de familia inembargable.
- La ley 82 de 1996, modificada por la Ley 1232 de 2008, implanta mecanismos de protección para los miembros de familias monoparentales.
- Ley 755 de 2002, conocida como Ley María, establece el beneficio de la licencia remunerada de paternidad (Guío, 2009, pág. 68-70)

Por su parte, el principal exponente de desarrollo constitucional en la legislación colombiana del amparo de la familia, es la Ley 1361 de 2009, la cual retoma como definición de la familia la enunciada en el artículo 42 de la Constitución Política. Así mismo, se establecen como principios orientadores a la protección de la familia, los siguientes:

Ley 1361 de 2009, Artículo 3° expresa lo siguiente. Principios. En la aplicación de la presente ley se tendrán en cuenta los siguientes principios:

- Enfoque de derechos. Dirigido hacia el fortalecimiento y reconocimiento del individuo y de su familia como una unidad.
- Equidad. Igualdad de oportunidades para los miembros de la familia sin ningún tipo de discriminación.
- Solidaridad. Construcción de una cultura basada en la ayuda mutua que debe existir en las personas que integran la familia.
- Descentralización. El Estado, las entidades territoriales y descentralizadas por servicios desarrollarán las acciones pertinentes dentro del ámbito de sus competencias para fortalecer y permitir el desarrollo integral de la familia como institución básica de la sociedad, teniendo en cuenta la realidad de sus familias.
- Integralidad y concertación. Desarrollo de intervenciones integrales eficientes y coordinadas desde los diferentes niveles de la administración pública y en los componentes de la política.
- Participación. Inserción de las familias en los procesos de construcción de políticas, planes, programas y proyectos de acuerdo a sus vivencias y necesidades.

- Corresponsabilidad. La concurrencia y responsabilidad compartida de los sectores público, privado y la sociedad para desarrollar acciones que protejan a la familia y permitan su desarrollo integral.
- Atención preferente. Obligación del Estado, la Sociedad en la implementación de acciones que minimicen la vulnerabilidad de las familias, dentro del contexto del Estado Social de Derecho.
- Universalidad. Acciones dirigidas a todas las familias (L 1361/09, art. 3).

Así mismo, esta legislación desarrolla puntualmente cuales son los derechos a los cuales tiene la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en los siguientes términos:

Ley 1361 de 2009 en Artículo 4° expresa lo siguientes Derechos. El Estado y la Sociedad deben garantizar a la familia el ejercicio pleno de los siguientes derechos:

- 1) Derecho a una vida libre de violencia.
- 2) Derecho a la participación y representación de sus miembros.
- 3) Derecho a un trabajo digno e ingresos justos.
- 4) Derecho a la salud plena y a la seguridad social.
- 5) Derecho a la educación con igualdad de oportunidades, garantizando los derechos a la asequibilidad, adaptabilidad, accesibilidad y aceptabilidad, en condiciones de universalidad, equidad, calidad y gratuidad.

- 6) Derecho a la recreación, cultura y deporte.
- 7) Derecho a la honra, dignidad e intimidad.
- 8) Derecho de igualdad.
- 9) Derecho a la armonía y unidad.
- 10) a recibir protección y asistencia social cuando sus derechos sean vulnerados o amenazados.
- 11) Derecho a vivir en entornos seguros y dignos.
- 12) Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos.
- 13) Derecho a la orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja.
- 14) Respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo a sus principios y valores.
- 15) Derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia.
- 16) Derecho a la protección del patrimonio familiar.
- 17) Derecho a una alimentación que supla sus necesidades básicas.
- 18) Derecho al bienestar físico, mental y emocional.
- 19) Derecho a recibir apoyo del Estado y la Sociedad para el cuidado y atención de personas adultas mayores. (L 1361/09, art. 4).

En ese mismo sentido, y para garantizar estos derechos, esta Ley establece unos deberes del Estado y la sociedad en general, frente a la familia:

Ley 1361 de 2009, expresa en su Artículo 5°. Deberes. Son deberes del Estado y la Sociedad:

1. Promover el fortalecimiento de la familia como núcleo fundamental de la Sociedad, así como la elaboración y puesta en marcha de la Política Nacional de Desarrollo integral de la familia.
2. Garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la familia y de sus integrantes.
3. Brindar asistencia social a las familias que se encuentren en estado de indefensión o vulnerabilidad.
4. Dar orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja y las relaciones de familia.
5. Establecer estrategias de promoción y sensibilización de la importancia de la familia para la Sociedad.
6. Proveer a la familia de los mecanismos eficaces para el ejercicio pleno de sus derechos.
7. Establecer programas dirigidos a permitir el desarrollo armónico de la familia.
8. Establecer acciones y programas que permitan la generación de ingresos estables para la familia.

9. Generar políticas de inclusión de las familias al Sistema General de Seguridad Social.
10. Las instituciones públicas y privadas que desarrollen programas sociales deberán proporcionar la información y asesoría adecuada a las familias sobre las garantías, derechos y deberes que se consagran en esta ley para lograr el desarrollo integral de la familia.
11. Promover acciones de articulación de la actividad laboral y la familiar (L 1361/09, art.4).

Como se puede ver, el Estado Colombiano mediante diferentes instrumentos ha buscado la protección de la institución de la familia, sin que dichas disposiciones abarquen puntualmente los derechos de procreación. Solo se hace mención a los mismos de manera muy superficial en la legislación anterior, cuando la misma ha referencia al derecho que tiene la familia a decidir el número de sus hijos.

1.1.3 Concepto de Familia en la jurisprudencia.

Uno de los principales avances en la jurisprudencia Colombiana respecto de la familia, fue el reconocimiento de la igualdad que existe entre sus miembros y especialmente frente a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, o aquellos que se hubieren unido al núcleo familiar a través de otros medios, como la procreación asistida y la adopción.

En consideración de la Corte Constitucional, este derecho a la igualdad dentro de la familia *“exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado”* (Corte Constitucional, sentencia T – 070 de 2015, magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez).

Ahora bien, dado los avances que respecto de la estructura familiar, han existido en la actualidad, la Corte Constitucional se ha aventurado a definir la familia como , (...) *aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos* (Corte Constitucional, sentencia C – 271 de 2003, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil).

Tal concepto de familia, fue el producto de un análisis continuo y concienzudo de los fenómenos sociales que se vinieron presentado sobre todo en las últimas décadas del siglo XX, donde la familia tradicional conformada por el matrimonio, se fue transformando en los vínculos naturales de personas que no podían legalmente conformar otras formas de familia, por estar aún en un vínculo matrimonial o porque simplemente no era de su apetencia el conformar una familia mediante la forma tradicional del matrimonio.

Ante tal evolución del concepto de familia, y en aras de quitar todo vestigio de desigualdad, la Constitución Política de 1991, con la enunciación realizada en el artículo 42 superior permito la conformación de un núcleo familiar tanto mediante el matrimonio como las uniones maritales de hecho, dándoles igualdad en cuanto a sus derechos y similitudes en la mayoría de sus aspectos sustanciales y efectos.

Lo anterior en consideración de la Corte Constitucional, tiene su cabida en la atención que frente a la familia debía tener el Estado en concordancia con las obligaciones que surgen del bloque de constitucionalidad y los tratados ratificados por Colombia, en especial lo aducido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, quien en su artículo 16 indica que la familia *“es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”* (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16).

Uno de los primeros acercamientos que realiza la Corte bajo el nuevo concepto de familia, enunciado en el artículo 42 constitucional es en la sentencia T – 523 de 1992, donde por primera vez introduce el término de unidad de familia o unidad familiar, instituyéndolo como un bien jurídico el cual debe ser protegido y propugnado en toda situación por el Estado. Así mismo, la Corte Constitucional en dicha ocasión, haciendo un análisis del concepto de familia en Colombia, concluye que del artículo 42 superior, dicho concepto revierte las siguientes características:

- i. No existe un único tipo de familia, sino que en concordancia con el artículo 7 superior, nos encontramos frente a un pluralismo, el cual permite la existencia de diversos tipos de familia.
- ii. El constituyente consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.
- iii. Es deber de Estado y de la sociedad garantizar protección integral a la familia.

- iv. Uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto entre sus integrantes.
- v. La armonía y unidad de la familia es destruida cuando se presenta cualquier forma de violencia.
- vi. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.
- vii. La familia como núcleo fundamental de la sociedad, tiene el deber de asistir y proteger a los niños (Corte Constitucional, Sentencia T – 523 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón).
- viii. Es función de la familia preparar a las nuevas generaciones así como la formación de la personalidad de los menores.
- ix. La familia es el ámbito natural dentro del cual debe cuidarse y prepararse la infancia.
- x. Para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable.
- xi. Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental.

Todas estas características, es lo que concibe la Corte Constitucional como lo que caracteriza el concepto de la unidad familiar, objeto de protección de las instituciones estatales, ya que como esta Corporación aduce, *“la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos, una dimensión de derecho fundamental”* (Corte Constitucional, sentencia T – 572 de 2009, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).

1.2 La Familia a través de la Historia

La familia en Colombia ha presentado varios cambios todos relacionados con las diferentes, costumbres, culturas y tradiciones que tenemos en nuestro país, es por esta razón que encontramos diferentes tipos de familia, el concepto de familia que tenemos en la actualidad es totalmente diferente al concepto de familia que conocíamos anteriormente. La autora Virginia Gutiérrez de Pineda en su Libro *“la Familia en la perspectiva del año 2000 (pág. 9 y 10)”*, nos comenta que *en trazos mínimos, la familia tradicional colombiana tuvo las siguientes características:*

- ❖ Conformación por matrimonio católico. Escasa incidencia del civil. Las formas de hecho, se describían a sectores de los grupos bajos y no encuadraban del modelo.
- ❖ Estructura patriarcal: el padre era la cabeza social y económica de la familia y la madre y los hijos, miembros dependientes de su autoridad.
- ❖ La residencia era patriarcal.

- ❖ Regia una endogamia de clase, etnia y otras variables.
- ❖ El matrimonio era indisoluble. Por causales estrictos se admitía la separación, pero no el divorcio.
- ❖ Legalmente monogámica, con privilegios polígnicos encubiertos al hombre y fidelidad femenina estricta.
- ❖ Separación tajante de roles por género, y prestigio diferencial por su cobertura.
- ❖ Territorios adscritos por sexo: sociedad y cultura para el hombre y hogar para la mujer.
- ❖ Vida erótico-afectiva normalizada según principios patriarcales. Procreación no controlada.
- ❖ Valores fuertemente internalizados de compromiso obligatorio de la pareja frente a la sociedad, fundamentalmente a su fe católica, al sistema de parentesco, la descendencia, la pareja y el Ego mismo. Orientaban y controlaban la vida familiar, valores de ética católica y patriarcalismo, fuertemente internalizados, como también los de sangre, estrato social, raza, credo....

La autora Virginia Gutiérrez de Pineda, se refiere a las diferentes Tipologías Familiares, es así que nos muestra un breve análisis de su concepto de familia a través del tiempo, tomando como punto de partida las diferentes problemáticas que vive una

familia a nivel de su núcleo interno, sufriendo entonces grandes cambios que luego se exteriorizan, en su Libro *“la Familia en la perspectiva del año 2000, Tipologías Familiares Actuales* pág. 15,16,19,20,22,24, la autora plantea que”. A pesar de siglos de fuerte enculturación dentro del marco de un modelo católico, persiste la familia plural al lado de la monogámica; la conformada por matrimonio y la unión de hecho. La familia monogamica asume fundamentalmente dos expresiones:

- La conformada por el matrimonio, que en el momento se dualiza en matrimonio católico y civil. El primero guarda en alguna de sus expresiones reminiscencia de las condiciones enumeradas de la familia tradicional y en otras, ha evolucionado ofreciendo con la premisa matrimonial, estructuras internas diferentes al sistema patriarcal de la anterior, creando un sistema democrático en el manejo de la autoridad y del poder y un cambio sustantivo en el desempeño de los roles, dos de sus más acusados rasgos.
- La familia con matrimonio civil, fue limitada antes de 1960. En la actualidad avanza en los grupos más jóvenes y en generaciones precedentes llega a ser frecuente, pero fuera del país. No ha podido obtener estadísticas confiables para ninguno de los dos casos.
- La segunda forma monogáma la representan las uniones de hecho, la unión libre acusa el incremento generacional mayor.
- La familia superpuesta: también es monogáma e interiormente asume estructuras mencionadas con anterioridad, surge después de 1960 de la ruptura y reincidencia nupcial creciente.

- La familia incompleta: surge de la inestabilidad familiar encontramos las siguientes.
- El padresolterismo: comienza aparecer en las ciudades grandes, por ruptura de una unión, en la cual, la madre, contrariando el sistema tradicional, abandona a su compañero y a sus hijos, que pone a su cuidado.
- El madresolterismo: fenómeno que asocia un auto validez económica femenina y una liberación social personal.
- La familia legal rota: es una unidad incompleta, compuesta por un progenitor y su descendencia.
- La familia padrastral: corresponde a la pérdida y sustitución subsiguiente de un progenitor, asociada a viudez o ruptura conyugal, de tipo legal o de hecho.
- La familia de procedencia in vitro: Esta familia nace de los avances médicos en el proceso de fecundidad. Pone en contradicción la presencia de un padre y una madre, anteriormente piezas únicas en el proceso de la concepción del hijo, ofreciendo versiones de progeneritura múltiple no conocidas y que han llegado a poner en jaque la estructura legal tradicional de la familia.

1.2.1 Tipos de familia en Colombia

La familia, ha ido en constante cambio en Colombia, pasando de ser una familia de tipo extenso a lo que se denomina una familia nuclear compuesta principalmente por padre, madre e hijos. Sin embargo con el devenir de las nuevas relaciones sociales del siglo XX, la familia tradicional, fue cambiando su estructura mantenida principalmente por la introducción de los valores morales y éticos de la religión cristiana, donde por definición solo era concebida como tal aquella, conformada por una mujer y un hombre con su progenie, dando lugar a las nuevas tipologías de familia aceptadas por la doctrina en la actualidad: la familia nuclear, la familia extensa, la familia nuclear poligenética y la familia monoparental.

1.2.2 Familia nuclear.

El primer antecedente o cambio social que da origen a la familia nuclear, fue la introducción de la industrialización, el traslado constante y las facilidades de migración, la especialización y división del trabajo y el crecimiento económico que se presentó a lo largo del siglo XX. Con el aumento de las formas del capitalismo, y las nuevas necesidades económicas, las familias extensas, iniciaron un proceso de disminución del número de sus hijos, buscando con ello, procrear solo aquellos, en los cuales tuvieran la capacidad económica de sostener (Mella, 2013).

La familia nuclear, en consideración de Murdock (1991, p. 343), consiste *“en un hombre y una mujer casados, con sus vástagos, aunque en casos particulares puedan recibir con*

ellos una o más personas adicionales". Este tipo de familia después de los cambios en la industrialización, el avance de las urbes y el crecimiento económico, es la que socialmente es de mayor aceptación.

Por su parte, Rondón (2011, p. 83), define la nuclear como *aquella (...) constituida por el hombre y la mujer, o dos mujeres u hombres, los, unidos por los lazos de consanguinidad que conviven en el mismo hogar y desarrollan sentimientos de afecto, intimidad e identificación. Se diferencia de la extensa en la reducción del número de miembros.*

La base fundamental de este tipo de familia, de acuerdo con Jiménez (1999), es el matrimonio católico, el cual permite la separación de personas que devienen sus vínculos jurídicos y fraternos de troncos familiares muy distintos. Así lo afirma León (1999, p. 66), al decir que *"el sistema nuclear familiar se define como aislado, constituido a través del matrimonio por esposo y esposas e hijos aun no independientes y que como unidad familiar viven separados de sus familias de origen", también llamada por dicha condición como "la familia conyugal al estar basada únicamente en el matrimonio"* (Casares, 2008, p. 184).

En este tipo de familias, aún se conservan los roles que frente a dicha institución tenían las familias germánicas o romanas, donde el esposo y padre, es considerado como el jefe familiar, provisto de autoridad para con su núcleo, quien dentro de sus funciones debe proveer la seguridad y las calidades de cada hogar, además de los ingresos que se requieren para la subsistencia de sus allegados. La unión familiar, que se presenta en este tipo de familias, se encuentra orientada por *"lazos primarios emocionales de amor y cariño"* (León, 1999, p. 66), guiados principalmente por los postulados que de las reglas morales y religiosas, que han imperado hasta la actualidad en este tipo de uniones.

Tal forma de familia, aunque ha persistido en la actualidad, ha sido objeto de diversas críticas, al ser aun considerada por algunos sectores de la sociedad, como la única de aceptación a la vista de la concepción tradicional que ha tenido dicha institución a lo largo del tiempo. Principalmente y a partir de la década de los 70 *“el ideal de la familia nuclear fue atacado por muchas feministas, progresistas, homosexuales y académicos afroamericanos, que promovían la viabilidad, si no la superioridad, de sistemas alternativos de parentesco”* (Unicef, 2003, p. 56).

Por definición, este tipo de familia es el antónimo de lo que se denomina como la familia extensa. En ese sentido lo indica Casares (2008, p. 184), al señalar que el aislamiento y cambio de la familia extensa a la familia nuclear *“procede del hecho de que la familia haya dejado de formar parte integral de un amplio sistema de relaciones de parentesco, ya que aunque todavía existen relaciones entre miembros de las familias nucleares, éstas son más una elección que como anteriormente eran una obligación”*, dadas las relaciones económicas y de patrimonio que se presentaban y permeaban las relaciones familiares.

Ahora bien, dentro de esta tipología de familia, también se pueden encontrar algunas formas de presentación de la familia nuclear. La primera forma es la denominada por Mella (2013), como la familia nuclear ampliada, caracterizada por la agregación al núcleo de personas que no constituyen progenie de los padres. En segundo lugar existe la denominada familia nuclear con parientes próximos, referida a aquella *“familia que comparte su hogar con otros miembros familiares, generalmente el padre o la madre de uno de los cónyuges”* (Mella, 2013, p. 12). A su vez existe en la actualidad la denominada familia nuclear reconstituida, la cual se origina principalmente *“cuando después de una separación, uno de los cónyuges (o ambos) se ha vuelto a casar y conviven en el hogar hijos de distinto*

progenitor” (Mella, 2013, p. 14), aunque también este tipo de uniones pueden ser vistas como las familias nucleares poli genéticas.

1.2.3 Familia extensa

Por su parte, la familia extensa o *extendida* “*es aquella conformada por personas de dos generaciones de una misma familia (conviven uno ambos padre con hijos, y tíos/as, primos/as)*” (Agudelo, 2005, p. 7), o también aquella compuesta por tres generaciones abuelos, padres e hijos con sus respectivos cónyuges. Para Rondón (2011, p. 83), la familia se encuentra (...) *integrada por miembros de más de dos generaciones, donde los abuelos, los tíos y otros parientes comparten la vivienda y participan en el funcionamiento familiar. Es la ampliación de las relaciones de consanguinidad y de alianza desde el núcleo a los colaterales por consanguinidad y afinidad, parientes consanguíneos ascendentes, descendientes y/o colaterales repartidos entre tres y hasta cuatro generaciones.*

En ese sentido también la define Valdivia (2008, p. 15), al decir que: *Se entiende por familia extensa, aquella que reúne a todos los parientes y personas con vínculos reconocidos como tales. El concepto se empleaba como sinónimo de familia consanguínea. Los vínculos civiles, matrimonio y adopción, al conferir la condición de parentesco, extienden el concepto más allá de la consanguinidad. Recoge diferentes núcleos u hogares, con características diferentes: desde organizaciones en las que conviven miembros de tres generaciones y colaterales, hasta hogares monoparentales (...) recoge las sucesivas generaciones de padres a hijos, y desde el horizontal las diferentes familias formadas por los colaterales, hermanos de una misma generación con sus respectivos cónyuges e hijos.*

Por su parte Mella (2013, p. 15), profundiza un poco más en el concepto de este tipo de familia, definiéndola como *(...) agrupación numerosa de miembros, en la que junto a los padres e hijos, se incluyen abuelos, tíos, primos, etc., abarcando dos o más generaciones. Sus miembros suelen mantener lazos afectivos muy intensos respetando las decisiones de la pareja de más edad (los abuelos), que dirigen la vida de la familia y ordenan el trabajo del hogar.*

Así mismo, la familia extensa es denominada por el Instituto de Bienestar Familiar, en los siguientes términos:

- Extensa: También llamada extendida o familia conjunta, este tipo de familia agrupa subcategorías de familia que incluyen además de la pareja y los hijos e hijas, otras personas parientes o no. Considera las mismas categorías de la nuclear, e incluye la de jefe solo siempre con otros parientes diferentes a cónyuges e hijos/as solteras/os y la de familia compuesta como la familia que además incluye no pariente.
- Completa.
- Incompleta.
- Pareja sin hijos.
- Jefes solos.
- Compuesta.

(Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012, p. 27).

1.2.4 La familia nuclear poligenéticas.

Esta tipología de familia surge de los cambios que a diario se presentan dentro de la estructura familiar, marcadas en la actualidad por las rupturas constantes y la reincidencia conyugal de las personas. La familia nuclear poligenética se da principalmente cuando se presentan *“las uniones entre personas que conviven con hijos de relaciones anteriores”* (Jiménez, 1999, p. 103). Así mismo la define Cárdenas, Valencia y Castro (2009, p. 42), al decir que la familia polinuclear poligenética, atiende al siguiente concepto: También conocida como familia reconstituida, recompuesta, superpuesta o simultánea, es resultante de una anterior unión legal o de hecho en la que se tuvo uno o varios hijos. Esta familia se constituye de la nueva unión de uno o ambos miembros de la pareja, en donde se unen los hijos de cada persona y los comunes. A esta familia corresponde el dicho popular: los tuyos, los míos y los nuestros.

De acuerdo con Gutiérrez de Pineda (2000), este tipo de familias son caracterizadas por un constante cambio en la figura de la paternalidad y la evolución constante del hábitat social, donde se desarrollan las relaciones familiares, todas ellas fruto de las rupturas que día a día se hacen más comunes en el seno familiar.

Este tipo de familias, también son denominadas por algunos autores como de carácter mixto o simultáneas, dado que el cambio que se ocasiona con una separación y una nueva agrupación familiar, hacen que los miembros de la familia se organicen de manera mixta. En palabras de Jiménez (1999, p. 104), esta simultaneidad se presenta por las *“pertenencias que tienen los hijos de padres separados: pertenecen tanto al sistema familiar conformado con el padre, como el establecido con la madre”*.

Este tipo de relaciones familiares, pueden ocasionar en alguna medida conflictos familiares entre los hijos, especialmente cuando la ruptura de los progenitores se realizó con dolor o fruto de diferencias insoslayables o de infidelidad, *“situación que es conflictiva para los hijos, según los terapeutas familiares, en razón de los afectos y las lealtades que les deben a sus padres”* (Jiménez, 1999, p. 104).

De acuerdo con Jiménez (1999, p. 104), las características de este tipo de familias, son las siguientes:

El estar conformadas por dos generaciones, tal como la familia nuclear básica, y el origen diverso de sus integrantes. La generación de los adultos viene, por lo menos uno de ellos, de una unión rota y los hijos son producto de diferentes uniones. Por ello se hace referencia a tus hijos, mis hijos y nuestros hijos.

1.2.5 La familia monoparental.

La familia monoparental es uno de los modelos que en la actualidad se están presentando en la sociedad, donde solo uno de los progenitores, se encuentra ligado a las relaciones familiares con sus hijos. Así las cosas, la familia monoparental es considerada como *“toda agrupación familiar de hijos dependientes económicamente de uno solo de sus progenitores con el cual conviven, y que es a la vez, el que ostenta sea de hecho o de derecho, la custodia social sobre los mismos”* (Anónimo, s.f., p. 28). Ahora bien, la formación de este tipo de familias, se originan principalmente en la ruptura de las relaciones matrimoniales, la viudez, el abandono de uno de los progenitores a los hijos, o

la adopción por parte de personas solteras. Así lo indica Gago (2010, p. 4), al decir que este tipo de familias *“tienen distintos orígenes: la viudedad, la separación, la decisión de personas solas de adoptar un niño o niña y formar su propia familia”*.

Socialmente, este tipo de familias son han sido aceptadas recientemente, dado el esquema tradicionalista que al respecto tenían las sociedades occidentales, de familias nucleares o extensas, y la estigmatización de que adolecían las madres que decidieron o fueron obligadas a mantener por su cuenta a sus hijos, ante el desinterés de su progenitor, o ante el abandono de la madre (Gago, 2010).

Ahora bien, para que una familia pueda ser calificada de monoparental, deben concurrir unos elementos sin los cuales se desvirtuaría esta tipología. El primero de ellos, corresponde a la necesidad de que en las relaciones familiares, solo exista la presencia de uno solo de los progenitores en el seno familiar, lo que se traduce en el requisito necesario de que no exista convivencia con ningún tipo de pareja, estructurándose de esa manera el concepto de familia, sola y exclusivamente frente a una figura única de paternidad, sin importar si es hombre o mujer.

En segundo lugar, en este tipo de familias, debe concurrir una convivencia de uno o varios hijos en el seno familiar, sobre los cuales se ejerza una potestad parental. Así lo indican Rodríguez, Molpeceres y Ongil (2012, p. 33), al decir que *“la existencia y la coresidencia habitual en el hogar familiar de, al menos, un hijo o hija en el grupo familiar que éste a cargo de la persona adulta es una condición necesaria para hablar de monoparentalidad”*.

Así mismo, para que se pueda predicar que una familia es monoparental, debe existir una dependencia real de los hijos o hijas del progenitor, situada principalmente por

la edad del menor o por su situación de discapacidad. En el caso colombiano, se podría decir que esta dependencia iría legalmente hablando hasta los 18 años y en situaciones de discapacidad hasta la muerte del menor. Sin embargo existen autores que consideran que tal dependencia no puede ser solamente evaluada desde el punto de vista de la edad del menor, sino que la misma atiende más al concepto de emancipación social y económica.

Así lo expresa Flaquer, (2000, p. 27), al decir que *“la maduración cada vez más tardía de los jóvenes debido a la prolongación de sus estudios, a su difícil inserción en el mercado de trabajo y a la crisis de la vivienda aconsejan elevar ese límite hasta los 25 años”*.

1.3 Formas de conformación de la Familia en Colombia.

Las formas de conformación de la Familia en Colombia son el matrimonio, la unión marital de hecho y la unión de parejas del mismo sexo.

Tomare como concepto de matrimonio, para efectos de esta tesis la definición de matrimonio tradicional definido por el profesor Hineirosa (1974, pág. 185), como *“(…) una relación jurídico – social de las relaciones heterosexuales y de la educación de la prole, que se traduce en una unión de vida de hombre y mujer para convivir, procrear y ayudarse mutuamente”*. Como se puede ver, en esta definición las principales características de esta institución son la monogamia y la heterosexualidad.

A ese mismo respecto, Cañón – Ramírez (1983, pág. 6) considera que el matrimonio tradicionalmente es: *“La unión de un hombre y una mujer, para toda la vida y para*

todos los fines de la existencia, establecida sobre la base de la igualdad y el respeto recíprocos (...) el matrimonio puede entenderse y de hecho comprenderse, por una parte, por la unión de aquellas dos personas de distinto sexo (...) y por otra; la conjugación de los intereses patrimoniales o susceptibles de evaluación pecuniaria”.

Como se puede notar, dentro de esta definición al igual que la referida por el profesor Hinestrosa, caracteriza esta unión por la heterosexualidad y la monogamia, además de incluir dentro de la misma, la segunda acepción que se puede tener del matrimonio como medio para la constitución de una sociedad patrimonial.

La doctrina Colombiana define la figura del matrimonio de diferentes formas, en nuestro Código Civil la definición taxativa de esta institución jurídica, la cual refiere de la siguiente manera *“matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (art 113)*. Así las cosas, tal como lo dice Ramírez 2012, pág. 42, al ser el matrimonio un acto solemne, el mismo correspondería entonces a *“un acto por el cual una parre se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*.

Dentro de estas definiciones, el legislador se limitó a decir que el matrimonio es un negocio jurídico, sin tenerlo en cuenta como una forma de conformación de la familia. Esta situación puede ser explicada, dada la época de la que fue promulgado el Código Civil (año 1887), cuando regía la antigua Constitución Política de 1886, ahora el concepto de la inclusión del matrimonio como un medio para la conformación de la familia en Colombia solo es contemplado dentro del artículo 42 de la Constitución Política de 1991 y desarrollado posteriormente por la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional en Sentencia T – 278 de 1994, realiza una aproximación del matrimonio como forma de contraer familia en los siguientes términos: (...) La familia, comunidad de personas, es por consiguiente la primera “sociedad”. Surge cuando se realiza la alianza del matrimonio (en cualquiera de sus formas) que abre a los esposos *“a una perenne comunión de amor y de vida”* y se completa plenamente y de manera específica al *engendrar los hijos*.

La familia que nace de esta unión basa su solidez interior en la alianza entre los esposos. La familia recibe su propia naturaleza comunitaria -aún sus características de "comunidad" - de aquella comunión fundamental de los esposos que se prolonga en los hijos. Mediante esa unión de dos personas, el hombre y la mujer dan origen a la familia. El nuevo ser humano, igual que sus padres, es llamado a la existencia como persona y a la vida *“en la verdad y en el amor”*. Es en el recién nacido, que se realiza el bien común de la familia".

De acuerdo a la interpretación que la Corte Constitucional hace de la Ley Civil en materia de matrimonio, mediante la sentencia C – 821 de 2005, las principales características de dicha figura jurídica son: *“Es un contrato bilateral, porque una vez celebrado se constituye en fuente de derechos y obligaciones recíprocas entre los esposos, es solemne, pues para su validez requiere el cumplimiento de ciertas y precisas formalidades especiales, es puro y simple, ya que los derechos y obligaciones que surgen del mismo no pueden someterse a plazo o condición, es de tracto sucesivo, por cuanto sus obligaciones se deben cumplir mientras perdure el matrimonio, debe celebrarse entre un hombre y una mujer, como una consecuencia de uno de los fines del matrimonio: la procreación”*.

Así mismo, dicho pronunciamiento establece que el matrimonio tiene dos efectos frente a los individuos: *“Los efectos de orden personal, que tienen que ver con los derechos y obligaciones que surgen entre los cónyuges y en relación con los hijos, y (ii) los efectos de orden patrimonial, consecuencia de la existencia de la sociedad conyugal o comunidad de bienes que se forma con ocasión del matrimonio (Corte Constitucional, 2005, C – 821 de 2005)”*. En ese sentido, esta Corporación considera como fin primordial e inmediato del matrimonio *“la búsqueda por parte de los esposos de la convivencia pacífica, armoniosa y cordial, ambiente dentro del cual deberá llevarse a cabo el proceso de procreación y formación de los hijos”* así como el *“compartir en condiciones humanas, dignas y decorosas, todos los bienes de la comunidad interpersonal y matrimonial” (Corte Constitucional, 1994, T – 382) teniendo como pilares fundamentales“* la comunidad doméstica y el respeto mutuo que los cónyuges deben guardarse entre sí” (Corte Constitucional 1994, T – 382).

Es en razón de estos fines que la legislación civil contempla unas obligaciones puntuales a cargo de los cónyuges tales como la fidelidad, la cohabitación, el socorro y la ayuda mutua (Código Civil, art. 176), y por regla general la conformación de una unidad de bienes o sociedad patrimonial (Código Civil, art. 180).

Ahora bien, tal como lo describe el artículo 42 superior, el matrimonio es una institución que esta mediada y solo es válido si se cuenta con el consentimiento de las partes, expresado en la voluntad de contraer dicho vínculo de manera consciente y sin coacción alguna. Es por ello que la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 533 de 2000, manifestó respecto del consentimiento lo siguiente: *“El carácter más relevante de éste es que surge del consentimiento que deben otorgar los cónyuges, del cual a su vez emanan obligaciones como la fidelidad mutua, que le son exigibles a cada uno respecto del otro y que*

únicamente terminan con la disolución del matrimonio ya sea por divorcio o muerte. El consentimiento, cuyo principio formal es precisamente el vínculo jurídico, es considerado un requisito de existencia y validez del matrimonio (Código Civil art. 115), siendo también causa de las obligaciones conyugales, por lo que se requiere obtener la declaración judicial de divorcio para que se entienda extinguido y opere su disolución”

Siguiendo esa misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional amplió el concepto del consentimiento en el matrimonio al deber de mantener el mismo durante la vigencia del vínculo jurídico, mediante la sentencia C – 985 de 2010, la cual afirma lo siguiente: *“Interpretando el contenido del artículo 42 Superior, el libre consentimiento, consustancial al contrato matrimonial, no solo es exigible en el acto de constitución sino también durante su ejecución material y por el término que dure el matrimonio, por tratarse de un derecho subjetivo radicado en cabeza de cada uno de los esposos y ser una derivación de las garantías fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad, a la intimidad y a la personalidad jurídica”.*

1.3.1 El Matrimonio

En nuestra legislación colombiana encontramos dos tipos de matrimonio: el matrimonio civil y el matrimonio religioso, puede realizarse ante la autoridad competente ya sea un notario público o ante un juez civil municipal.

En cuanto al religioso éste puede celebrarse por el cualquier rito de las diferentes religiones reconocidas por el Estado colombiano. El profesor Aroldo Quiroz Monsalvo

define (1999, pág. 9), *“señala que el matrimonio, se ha convertido en una forma alternativa de querer conformar una familia, este puede ser civil o religioso”*.

Por otro lado se reconoce el matrimonio religioso, no católico, ya que el estado colombiano y algunas entidades religiosas suscribieron un convenio de derecho público interno (García sarmiento Eduardo, elementos de derecho de familia, editorial facultad de derecho santa fe de Bogotá, 1999, pág. 360).

Por lo que toca a la libertad religiosa, el texto del artículo 19 de la constitución amplio de manera considerable su contenido. En efecto no consagra solamente la tolerancia del ejercicio de las religiones, que era lo que realmente existía desde 1886, sino que hace un reconocimiento perfectamente claro y explícito de la libertad religiosa como derecho fundamental. Morales Vivianne, perspectiva de la libertad religiosa en Colombia (conferencia en el congreso mundial de libertad religiosa en Rio de janeiro, junio de 1997).

El artículo 13 del decreto 782 de 1995, autorizo al estado colombiano a celebrar convenios de derecho publico interno con las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones, especialmente para otorgar efectos civiles, a la celebración de matrimonios religiosos. Algunas iglesias, resolvieron suscribir con el estado colombiano un convenio, con el objeto de que los matrimonios que ellas celebran, tengan plenos efectos civiles. Fue así como se procedió a celebrar el convenio que por disposición de la ley, tuvo la revisión de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado, (Aroldo Quiroz Monsalve define (1999, pág.103).

De acuerdo a lo anteriormente expuesto enunciaremos las iglesias que suscribieron este convenio, entre estas encontramos las siguientes:

- Iglesia evangélica de dios de Colombia.
- Iglesia concilio de las asambleas de Colombia.
- Iglesia pentecostal unida de Colombia.
- Iglesia casa sobre la roca- Iglesia cristiana integral.
- Iglesia la comunidad cristiana manantial de vida eterna.
- Iglesia cristiana de puente largo.
- Iglesia cristiana cuadrangular.
- Iglesia adventista del séptimo día.
- Iglesia cruzada cristiana.

Por otro lado el matrimonio religioso católico es uno de las clases de matrimonios que se celebran en Colombia, es la celebración mediante el cual se legitima la unión de los contrayentes ante los ojos de Dios. La pareja se compromete a respetar los dogmas y las obligaciones de la religión católica.

Este sacramento de la Iglesia Católica constituye una comunidad de vida entre los cónyuges y está ordenado a la concepción y la educación de sus hijos. Para los católicos, el matrimonio es una institución que forma parte de la naturaleza humana y que implica unidad e indisolubilidad. Esta unión exige un compromiso de por vida que no puede

disolverse más que con el fallecimiento de uno de los cónyuges. Dado que su fin último es la procreación, la Iglesia Católica se opone al matrimonio homosexual. A pesar de ser de tipo religioso, es importante subrayar el hecho de que para se reconozca plenamente como tal es importante que se lleve a cabo su inscripción en el Registro Civil pertinente.

La unidad, la indisolubilidad y la fecundidad son tres de los principios sobre los que se sustenta el matrimonio religioso, que es un sacramento que obliga a los contrayentes a que previamente al mismo no sólo reciban una serie de cursos en los que se les hablará de cómo debe ser la relación y la vida en pareja sino que también deberán confesarse ante el sacerdote. De esta última manera, es como lograrán ir a su boda perfectamente en estado de gracia.

Es importante saber que dar el paso de este tipo de enlace es algo que hay que pensar muy seriamente ya que para declararlo nulo hay que acudir a las altas instancias de la institución católica. Estas concederán la nulidad siempre y cuando consideren que se dan las siguientes circunstancias: los contrayentes no se casaron libre y voluntariamente, cuando el matrimonio no se ha llegado a consumir o cuando aquel se ha producido entre dos personas no bautizadas o entre una que sí lo está y otra que no.

En cuanto al matrimonio civil es la unión entre dos personas que crea un vínculo con derechos y obligaciones celebrada ante un funcionario público (juez o un articular investido para realizar funciones públicas (notario). El matrimonio civil, permite legitimar la filiación de los hijos de la pareja, establece condiciones acerca de la gestión de los bienes matrimoniales e impone derechos de sucesión.

Para realizar deberes preciso que el matrimonio en general es solemne, de acuerdo al artículo 1500, por cuanto “(...) *está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto Civil (...)*”; y, por último, conforme el artículo 1602, al celebrarse dicho contrato acorde a los mandatos legales es: “*ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”. Y como se dijo cumpliendo también las formas de cada tipo de matrimonio.

Dos elementos comunes en el matrimonio son la cohabitación y la procreación. En cuanto a la cohabitación, señala el artículo 178 -modificado por el Decreto 2820 de 1974 en su artículo 11- que “salvo causa justificada” los cónyuges están obligados a vivir juntos, teniendo derecho a ser recibido, cualquiera de los dos, en la casa del otro.

Frente a la a la procreación, guarda silencio la normativa civil. Así, la procreación en el matrimonio debería entenderse como un acto facultativo de los contrayentes y no una obligación derivada de la figura contractual, pues, como es apenas obvio, para procrear no se requiere la celebración de un contrato, ni se configura nulidad de ningún tipo al no hacerlo. Además, la Constitución Política permite a la pareja decidir libre y responsablemente el número de hijos que desee adoptar o procrear de manera natural o mediante asistencia científica (artículo 42º, Párrafos 6 y 7).

Respecto del auxilio que se deben los conyugues, el artículo 176 establece que “*Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida.*” Circunstancia dentro de la cual se encuentra la obligación alimentaria, conforme el artículo 411 inciso 1º.

Evidentemente, lo anteriormente dicho es sólo un recuento no exhaustivo de la concepción de matrimonio para el legislador colombiano en materia civil y tampoco se abordara en el presente trabajo los efectos económicos del matrimonio.

No debemos olvidar que tanto el matrimonio religioso como el matrimonio civil requieren prueba documental para demostrar su existencia y generan obligaciones personales entre la pareja y de ésta como progenitores frente a sus hijos y la mayoría de las veces generan relaciones de sociedad patrimonial, cuyo régimen de existencia, administración y disolución está regulado en el Código Civil y la ley 54 de 1.990 y la jurisprudencia que existe actualmente sobre el tema en nuestro país.

1.3.3 unión marital de hecho

Es la decisión voluntaria que toma una pareja con el ánimo de unir sus vidas, comportándose ante la sociedad como pareja sin que medie entre ellos ningún vínculo de matrimonio se denominan por la ley como compañero y compañera permanentes.. De esta manera observamos que tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse las mismas finalidades: procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda, etc.

Esta clase de unión marital se encuentra regulada en nuestra legislación colombiana por como la ley 50 de 1994, mediante la cual se *“definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”* definiendo la unión marital de hecho de la siguiente manera: Artículo 1. A partir de la vigencia de la presente Ley y para

todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho (L. 54/1990, art. 1).

El objetivo principal de la unión marital de hecho es la voluntad de mantener la perdurabilidad del vínculo en el tiempo.

El profesor Aroldo Quiroz Monsalvo en su libro Manual de Familia tomo VI pág. 169 define que el objeto de la unión marital de hecho, *“ corresponde a las obligaciones y derechos que surgen de la misma; por ultimo define la causa como el fin perseguido por la unión, cual es la procreación, la fidelidad, el respeto y la ayuda mutua”* .

El profesor Pedro Lafont Pianeta, en su libro derecho de familia. Unión marital de hecho. Santa fe de Bogotá. Librería del profesional, 1994 págs. 95 y ss., *“señala que la unión marital de hecho, es un hecho jurídico, y lo prescribe en los siguientes términos, la naturaleza fáctica indica que la unión marital de hecho es, en si misma considerada, un hechos jurídico familiar especial, es decir voluntario de constitución familiar reconocido por el derecho, razón por la cual se califica de hecho”*.

El profesor Aroldo Quiroz Monsalve en su libro Manual de Familia tomo VI pág. 172 define los elementos de la unión marital de hecho de la siguiente manera *“Encontramos la cohabitación: o sea vivir bajo el mismo techo; la notoriedad: debe ser conocida por todos, o sea de público conocimiento; la singularidad: debe ser una unión monogámica; y la permanencia, que debe ser por lo menos duradera constituida en forma legal la unión marital de hecho produce*

efectos: unos personales y otros económicos. Los efectos personales son la fidelidad (moral y material), el respeto mutuo, la cohabitación (vivir bajo el mismo techo), el débito marital, el socorro y ayuda mutuos de la familia". Por lo que analizamos de todo lo anteriormente expuesto podemos decir que la unión marital de hecho es considerada entonces, como acto jurídico lícito, respondiendo entonces a la libre voluntad responsable de las partes.

1.3.3. Unión de parejas homosexuales

Después de varios debates jurisprudenciales en Colombia, frente al tema del matrimonio entre parejas Homosexuales, finalmente la Corte Constitucional con sentencia. SU- 214/16 del 28 de Abril de 2016, la corte constitucional da vía libre al matrimonio igualitario en Colombia.

Así mismo, "La Corte decidió que los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual. Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género".

Esta decisión trae consigo el reconocimiento legal de los derechos, obligaciones y deberes que nacen con la figura del matrimonio entre parejas homosexuales. La decisión de la Corte establece un criterio de interpretación para el artículo 113 del Código Civil, el cual determina que un matrimonio está compuesto por un hombre y una mujer, según Páez. *"El Código Civil, que es una norma inferior a la Constitución, no puede privar a las familias*

compuestas por personas del mismo sexo de la protección constitucional de sus derechos aprobada por la Corte Constitucional en 2011".

La legalización del matrimonio entre parejas homosexuales en Colombia trajo consigo muchos retos como lo son la aceptación de la diversidad sexual que en este país, ha sido difícil de aceptar por diferentes factores que se nos ha impuesto como son cultura y sociedad, las cuales expresan desde diferentes puntos de vista que una familia se conforma por hombre-mujer y su finalidad es la procreación es decir, la típica familia nuclear que ha sido representada a lo largo de los años y en la cual se juegan los roles del padre fuerte, masculino, que aporta económicamente y suplente las necesidades de la familia, y la madre como un ser delicado, tierno, dedicada al hogar, cuidando los hijos y realizando las tareas domésticas y estos son los responsables de la crianza y educación de los hijos.

A lo anteriormente dicho resaltamos la posición de la iglesia eclesiástica, la cual sostiene el matrimonio como una unión sacramental obligatoria que tiene la bendición de Dios. Es un gran desafío transformar la sociedad, aun cuando la legislación colombiana lo aprobó, todavía se siente el rechazo hacia los matrimonios entre parejas homosexuales y la diversidad sexual, inclusive una vez se aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo, diferentes representantes de entidades públicas como el señor Procurador Alejandro Ordoñez presento una tutela para que estos que el matrimonio entre homosexuales no tuviese validez y el alcance legal que obtuvo con la aprobación de la corte constitucional.

Debemos estar abiertos a estas situaciones y principalmente a los cambios, hoy día estamos en una sociedad con tanta diversidad. Al hablar de matrimonio entre parejas del mismo sexo, pienso que Colombia sigue siendo un país demasiado conservador que en las decisiones que se toman, se tiene mucho en cuenta la opinión de la iglesia, lo cual puede tornarse como negativo desde ciertos puntos de vista, como los de alguien “liberal”, que están de acuerdo con varias cosas, pero al intentar realizarlas es prácticamente imposible al no recibir el apoyo necesario, porque el país sigue las opiniones de la iglesia.

1.4 La procreación

El concepto de Procreación supone el hecho biológico y natural de la fecundación, la cual se entiende desde el momento en el que se inicia la concepción del feto “... *fusión de dos células haploides, espermatozoide y ovocito, para constituir una célula diploide; GAFO, J.; Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos y legales, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1998, pp.21*”. Comienza entonces el proceso de la reproducción, en donde los gametos masculinos (espermatozoides) inician su recorrido hacia las partes vaginales y finalizando su recorrido en el útero.

Frente a los diferentes desafíos respecto al tema objeto de estudio de esta investigación “*La garantía del derecho a la Procreación en el ordenamiento jurídico Colombiano en parejas infértiles de diferentes sexos*”, diferentes autores plantean la necesidad de mayor atención a América Latina por parte de los diferentes organismos internacionales, en los siguientes términos encontramos valiosos aportes entre los cuales encontramos los siguientes: Ramírez (2012, pág. 43) expone dicha situación así: (...) *Frente a la finalidad de*

la procreación, guarda silencio la normativa civil, Así, la procreación en el matrimonio debería entenderse como un acto facultativo de los contrayentes y no una obligación derivada de la figura contractual, pues, como es apenas obvio, para procrear no se requiere la celebración de un contrato, ni se configura nulidad de ningún tipo al no hacerlo (...).

“Si bien en los últimos años ha habido importantes avances en ALC en el campo de la salud sexual y reproductiva, el progreso ha sido desigual y aún queda mucho por hacer para alcanzar los objetivos establecidos por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo” (Barroso & Langer, 2009, p. 9).

Respecto del derecho a la autodeterminación reproductiva se predica del mismo lo siguiente: *“El derecho a la autodeterminación reproductiva se basa en el derecho a planificar la propia vida, a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida sexual y reproductiva de las mujeres” (Lafaurie, 2009, pág., 192).*

En consideración de Galdós (2013, pág. 457), este derecho de procreación: *“Lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos, y otorguen a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos” .*

Así mismo, De Verda y Beamonte (2009, p. 145), indica que *“la libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir o no a un hijo) sustraído de la injerencia estatal”.*

Los derechos a la procreación son considerados por algunos autores como parte o base de los derechos humanos. Es por ello que el Programa de Acción de El Cairo enuncia que “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas por consenso (parágrafo 7.3). Esta afirmación es desarrollada y confirmada por diversos autores. Como ejemplo de ello Galdós (2013, p. 457) considera que: “ *Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, así como a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva*” (Galdós, 2013, pág. 457).

1.4.1 Dificultades para procrear.

Son muchas las causas que le impiden a una pareja tener hijos o procrearse, nos detendremos en dos clases de enfermedades para efectos del presente trabajo estas son la infertilidad primaria o infertilidad secundaria. Conociéndose como infertilidad primaria, la persona que presenta problemas genéticos en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de varios intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo. Y la infertilidad secundaria tiene que ver con aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir, en las mujeres siempre se identifican esta infertilidad secundaria por problemas en los ovarios, ovulación diferente,

obstrucción no genética en las trompas de Falopio, o enfermedades transmitidas por infección sexual, de esta manera esta infertilidad secundaria no es causada por problemas genéticos aquí observamos otros factores.

De la misma manera el Proyecto de ley 082 de 2015 de la Cámara de Representantes por medio del cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, clasifica la infertilidad en primaria: cuando no hay antecedentes de embarazos anteriores, y secundaria, cuando el fenómeno ocurre en parejas que con anterioridad han logrado embarazo, independientemente de que haya concluido en forma exitosa o haya sido un aborto, definiendo mas ampliamente la enfermedad de infertilidad de la siguiente manera *“ La clasificación entre primaria y secundaria toma importancia principalmente desde el punto de vista de pronóstico, pues el pronóstico es mejor cuando se trata de una infertilidad secundaria que una primaria, así también es importante el tiempo de evolución de la infertilidad, pues entre mayor sea el tiempo de infertilidad, así mismo es peor el pronóstico. Siendo definida como tal, se debe manifestar que el padecimiento de la misma, conlleva a una gran cantidad de consecuencias tanto en la salud física como mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren. Es una causa muy importante de depresión, tanto que las consecuencias sociales, psicológicas y culturales de la infertilidad han sido catalogadas en 6 niveles de gravedad, que van desde el sentimiento de culpa, miedo y depresión, hasta la pérdida de dignidad y muerte por violencia y suicidio. En Colombia, de acuerdo con estudios dados a conocer por la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles (Funcopi), existen más de 2,5 millones de parejas afectadas, de las cuales aproximadamente 700.000 anhelan un tratamiento de reproducción asistida sin albergar ilusión alguna, ya que la única solución real es contar con los recursos económicos necesarios, para acceder a consulta y manejo por parte de alguno de los centros especializados de reproducción asistida existentes”.*

De igual forma en su Artículo 1 del Proyecto de ley 082 de 2015 de la Cámara de define la infertilidad “como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana, y garantizar el acceso total a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización reconocidas por la (OMS), a través de su inclusión en el Plan de Beneficios. Y en su artículo 2 *“La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”*.

A hora bien desde el análisis jurisprudencial, se evidencia que la Corte Constitucional confirma que los derechos reproductivos hacen parte del catálogo de derechos humanos, conforme se desprende del análisis de la Sentencia C-355 de 2006, la cual señala: Derechos Sexuales y Reproductivos - Reconocimiento como derechos humanos *“Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”*.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud, mencionados por Parada (2006) cada día son más los casos que se presentan en parejas con imposibilidad para

concebir, que han debilitado las tasas de natalidad en países, haciendo más gravosa la satisfacción de los derechos sexuales y reproductivos, de las parejas que desean tener una familia pero padecen de situaciones de infertilidad o de condiciones médicas que dificultan la procreación, al punto tal que muchos Estados han comenzado a considerar estas dificultades para la procreación, como un problema de salud pública, que ha incidido en *“las condiciones emocionales y afectivas de las personas”* (Parada, 2006, p. 150).

Algunas de estas personas han optado por acudir a los sistemas de seguridad social para resolver estos problemas mediante las técnicas de reproducción asistida lo que ha generado *“costos adicionales para los sistemas de seguridad social”* (Parada, 2006, p. 151), en muchos Estados donde este tipo de tratamientos son subsidiados. Ahora bien, de acuerdo con la comunidad científica, las dificultades para procrear, tienen algunos factores de la vida actual que han contribuido con dichos problemas.

Algunos de estos se encuentran relacionados con el consumo constante de drogas, el estrés de la vida diaria, e inclusive las enfermedades de transmisión sexual, producen daño en los organismos de las personas, que deciden concebir, y que luego de una actividad sexual ininterrumpida de por lo menos un (1) año, no logran concebir un embrión (Parada, 2006).

Por supuesto también existen problemas de índole morfológica de las personas que hacen dificultosa la procreación, como los que señalan Solá y Martínez (s.f., p. 2) a saber:

- *El ovocito o esperma pueden estar dañados y por consiguiente no se completa la fertilización, o el óvulo no sobrevive después de ella.*

- *Puede existir un problema en el sistema hormonal, necesario para mantener el embarazo.*
- *El feto puede no haberse desarrollado normalmente.*
- *Pueden existir problemas físicos en el útero o en el cuello del útero*

Otros factores de importancia de acuerdo con Parada (2006, p. 150), son *“los métodos contraceptivos, los hábitos ocupacionales modernos y la edad femenina”*, ya que en el mundo actual, y en los proyectos personales de muchas mujeres, la decisión de concebir un hijo, es más tardía que en el pasado, lo que comporta una dificultad para procrear, en mujeres que han traspasado cierta edad, donde el cuerpo cuenta con un mejor acondicionamiento para ser madre.

Existen también factores de tipo ambiental y laboral, que inciden en que una mujer pueda concebir o que un hombre cuente con la fertilidad en sus genes que le posibilite engendrar. En ese sentido lo indican Solá y Martínez (s.f., p. 1), al decir que *“existen evidencias de que la exposición en ciertos ambientes laborales es peligrosa y puede afectar el ciclo reproductivo de la mujer, a su capacidad para quedarse embarazada”*.

1.4.2 Obligaciones para el Estado en materia de procreación.

Para este trabajo de *investigación “la garantía del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico Colombiano en parejas infértiles de diferentes sexos con dificultades para procrear”* analizaremos diferentes jurisprudencias entre ellas encontramos:

- La Resolución 3951 de 2016 Agosto 31 establece, que la garantía del derecho fundamental a la salud y los mecanismos para su protección y acceso fueron regulados mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en cuyo artículo 6o se contemplaron los elementos y principios esenciales del citado derecho, del que hace parte según el literal k) el de eficiencia, en virtud del cual *“El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población”*.
- *En su Artículo 5 señala lo siguiente Tecnología en salud. Se entiende por tecnología en salud (TS) toda actividad, intervención, medicamento, procedimiento, dispositivo médico o servicios usados en la prestación de servicios de salud, así como sistemas organizativos y de soporte con los que se presta la atención en salud de conformidad con lo establecido en la Resolución 5592 de 2015 o la norma que la modifique o adicione.*
 - *En su Artículo 6: Servicio único. Servicio o tecnología en salud que se suministra a un usuario por una única vez, cuyo objetivo puede ser de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación.*
 - *En su Artículo 7: Servicio sucesivo. Servicio o tecnología en salud que se suministra a un usuario de forma periódica, cuyo objetivo puede ser promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación, en el cual se debe señalar la frecuencia de uso, cantidad y el tiempo total en que se requiere el mismo.*
 - *En su Artículo 8. Servicios o tecnologías complementarias. Corresponde a un servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce*

efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.

- La Resolución 1328 de 2016 Abril 15, establece que para el reporte de prescripción de servicios o tecnologías no POS, sea el profesional tratante quien diligencie la información en un aplicativo que corresponde a un mecanismo automatizado dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social. Una vez el profesional de la salud tratante finalice el diligenciamiento de la prescripción en el aplicativo, se asignará un número de prescripción el cual deberá reportar la entidad recobrante en el momento del recobro ante el Fosyga. Una vez se asigne el número de prescripción no podrá ser modificado. *“En caso de requerir una modificación se emitirá un nuevo número de prescripción asociado al que se modifica, eliminando el inicial. Esta modificación solamente podrá ser realizada por el profesional de la salud tratante que realizó la prescripción”*. Para acceder a este aplicativo, los profesionales independientes de salud autorizados en el país para prescribir, y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, solicitarán ante el Ministerio de Salud y Protección Social, según el protocolo que expida la Oficina de Tecnología de la Información y la Comunicación – TIC. Para la prescripción de una tecnología o servicio no incluido en el Plan de Beneficios, el profesional de la salud debe tener en cuenta los criterios establecidos en los artículos 9,10 y11 de la presente resolución.
- La Ley 1751 de 16 febrero de 2015 por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, con la que

constitucionalmente este derecho se consagrará como fundamental y no como un servicio obligatorio. Por ser un derecho fundamental a ninguna persona se le podrá negar la atención médica de urgencia. Quedando claro que serán los médicos y no las EPS quienes decidirán sobre qué tratamientos o medicamentos son necesarios en la atención a los pacientes. En ese sentido, el Gobierno seguirá ampliando el plan de beneficios, puesto que antes los pacientes solo tenían derecho a lo que estaba incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), igualmente, en el artículo 15 de la ley Estatutaria de Reforma a la Salud se hacen algunas exclusiones así: “Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

- Que se encuentren en fase de experimentación;
- Que tengan que ser prestados en el exterior.

Es necesario resaltar que con esta reforma se cambia el Plan Obligatorio de Salud (POS), por un Plan Único de Beneficios más amplio.

- El Decreto 5592 de 2015 Diciembre 24, expresa lo siguiente en lo referente a los procedimientos médicos en donde sea necesaria la Tecnología en el área de la salud, en sus artículos expone lo siguiente:
- Artículo 132. Tecnologías no financiadas con cargo a la UPC. Sin perjuicio de las aclaraciones de cobertura del presente acto administrativo, en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC deben entenderse como no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación, aquellas tecnologías que cumplan las siguientes condiciones:
 - Tecnologías cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad.
 - Tecnologías de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que no corresponden al ámbito de la salud aunque sean realizadas por personal del área de la salud.
 - Servicios no habilitados en el sistema de salud, así como la internación en instituciones educativas, entidades de asistencia o protección social tipo

hogar geriátrico, hogar sustituto, orfanato, hospicio, guardería o granja protegida, entre otros.

- Cambios de lugar de residencia o traslados por condiciones de salud, así sean prescritas por el médico tratante.
 - Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de exclusión señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011, a continuación mencionaremos algunos artículos:
- Artículo 134, expresa lo siguiente: Reconocimiento de tecnologías no incluidas en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC. En el evento en que se prescriban tecnologías en salud, tratamientos, o servicios que sean alternativas a las cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, cuyo costo por evento o per cápita sea menor o igual al costo por evento o per cápita de lo incluido en este Plan de Beneficios, dichas tecnologías, tratamientos o servicios serán suministrados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, siempre y cuando cumplan con los estándares de calidad y habilitación vigentes y se encuentren, de ser el caso, debidamente certificadas por el Invima o la respectiva autoridad competente.
 - Artículo 135, expresa lo siguiente: Cobertura de tecnologías en salud del plan de beneficios con cargo a la UPC ordenados por fuera de la red. Cuando un paciente solicite la cobertura de alguna tecnología en salud incluida en el presente plan de beneficios, prescrita por un profesional que no haga parte de la red de la EPS o la

entidad que haga sus veces, podrá someter el caso a una evaluación médica científica por personal de su red, para efectos de establecer la pertinencia del servicio y la viabilidad de la cobertura sin perjuicio de la debida oportunidad y efectividad en la atención.

- Artículo 136, expresa lo siguiente:.. Concurrencia de beneficios a cargo de otras fuentes de financiación. Cuando el prestador del servicio identifique casos de cobertura parcial o total, por Accidentes de Trabajo y Enfermedad Laboral, Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, Plan de Salud de Intervenciones Colectivas y en general, con los contenidos de cobertura de riesgos a cargo de otros planes de beneficios, la tecnología en salud deberá ser asumida por dichas fuentes de financiación de conformidad con la normatividad vigente.
- Ley 1122 de 2007 en salud Publica expresa lo siguiente *“la salud pública está constituida por un conjunto de políticas que busca garantizar de manera integrada, la salud de la población por medio de acciones dirigidas tanto de manera individual como colectiva ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo”*. (<https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/Paginas/salud-publica.aspx>).

En cuanto a las técnicas de Reproducción y su acceso a los diferentes tratamientos para poder procrear, encontramos que son excesivamente costosos, y a la fecha este procedimiento se ha venido convirtiendo en un vacío jurídico, que ha tenido que llenar la Corte Constitucional en sus diferentes jurisprudencias.

El alcance de la protección que realiza la Corte en los casos en que es negado un tratamiento de fertilidad o la realización de una técnica de reproducción asistida, aun no

tiene la fuerza vinculante suficiente como para que se realice la inclusión de dichos tratamientos dentro de los procedimientos del plan obligatorio de salud, aun cuando es evidente el progreso que respecto de este tipo de procreación ha realizado la comunidad científica, en lo que se refiere al tratamiento de la infertilidad o como forma de subsanar las dificultades para procrear, lo cual se evidencia en el acudimiento constante de cada vez más personas a este tipo de técnicas.

Otro aspecto importante que vale la pena resaltar es el tema de las Políticas Públicas en materia de Procreación y Reproducción humana Asistida, la Cartilla Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en Colombia del ministerio de salud y protección social, pág. 9 y 1 plantea lo siguiente, *“La historia del país ha transcurrido por significativos cambios sociales y económicos que han dado espacio y curso a acciones de promoción, abordaje, exigibilidad y garantía de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, situación que ofrece ventajas, pero que también exige al Estado construir políticas, propuestas y líneas de acción sobre la sexualidad y la reproducción fundamentadas en la solidaridad, el bienestar y el desarrollo humano sostenible. Por ello, y pasados más de diez años de haber sido formulada la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (PNSSR), el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) reconoce la necesidad de revisarla y actualizarla, ratificando así su compromiso con los más importantes avances y desafíos que estas cruciales visiones proponen al ejercicio efectivo de los derechos y la garantía integral de las demandas en sexualidad, derechos sexuales y derechos reproductivos. La actualización de la Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos (PNSDSDR) se estructura a partir de los postulados que el Plan Decenal de Salud Pública (PDSP) 2012 - 2021 propone, al definir la sexualidad como una dimensión prioritaria para las acciones en salud pública, dado su reconocimiento como una condición esencialmente humana que compromete al individuo a lo*

largo de todos los momentos del ciclo vital, lo que permite sustraerla de la mirada exclusivamente biológica o médica, para también abordarla desde lo social, con todos sus determinantes dentro de un marco de derechos. Otra condición recogida del Plan, se relaciona con la superación del paradigma prevalente sobre el cual gravitaba la salud sexual, asociada a las patologías que la afectan, posición que ha restringido logros sustanciales, para que la población colombiana, independientemente de su edad, sexo, identidad de género, orientación sexual, pertenencia étnica, cultura, situación económica, nivel educativo, la viva plenamente dentro de un marco de derechos”.

1.5 Tipos de Reproducción

Para que exista la reproducción humana frecuentemente se necesita un hombre y una mujer, aunque hoy en día se puede recurrir a la reproducción asistida y son posibles diversas formas de fecundación. Para que se produzca ésta, tiene que existir la unión del óvulo y del espermatozoide.

La reproducción humana es de tipo sexual, hay que producirse una coordinación de las hormonas del sistema de reproducción y del sistema nervioso para poder tener una fecundación. Esta fecundación se lleva a cabo dentro del cuerpo de la mujer, que es donde se va a producir el embarazo y donde va a crecer el feto.

<http://www.clinicasabortos.com/reproduccion-humana/sec21>.

Dentro de las principales formas de procreación existe una diferencia en cuanto a su método, es por ello que existen la reproducción humana natural y la reproducción humana asistida.

1.5.1 Reproducción humana natural

La Reproducción humana natural se produce mediante la relación sexual que consiste en el acercamiento físico entre una mujer y un hombre como punto de partida, para la procreación. *“El proceso requiere, también de la participación del ovocito, el gameto femenino que procede del evento de maduración folicular efectuado en el ovario, además de la participación de otras estructuras del sistema nervioso central, que constituyen el eje hipotálamo – hipófisis – ovario. Por su parte, el semen depositado durante el coito, contiene como elemento principal el espermatozoide, el gameto masculino que deberá iniciar una difícil jornada a partir de este momento que incluye un largo recorrido a través del aparato genital femenino hasta la fertilización (Velásquez, 2009, pág. 115)”*.

Otro concepto de Reproducción humana natural *“es el proceso mediante el cual se generan nuevos seres vivos a partir de los organismos ya existentes” (Peña, 2009, pág. 1)*, es decir entre un hombre y una mujer. Cada uno, de estos dos individuos poseen células sexuales; en el caso de las mujeres ovarios y en el caso de los hombres espermatozoides, los cuales al juntarse dan origen a la fecundación, la cual es definida como *“la unión de gametos de distinto sexo para dar origen a un cigoto” (Peña, 2009, pág. 11)*, el cual a su vez da origen a un cigoto el cual corresponde a la célula resultante de la unión

de las células sexuales, y que contienen toda la información genética del nuevo ser (Peña, 2009).

Es con este proceso como se inicia el proceso de conformación de la familia. En la actualidad existen diversas formas para realizarse este proceso de reproducción, incluyendo diversas metodologías de carácter científico. Para Murcia y Esparza (2009), el método que revierte mayores ventajas es el natural, toda vez que éste *“mantiene la selección natural de los procedimientos genéticos, inmunológicos y bioquímicos para el desarrollo natural del embrión y su implantación”* (Murcia & Esparza, 2009), lo cual permite que el feto se desarrolló de manera normal.

1.5.2 Reproducción humana asistida

El Proyecto de Ley 55 de 2015 senado por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial y se dictan otras disposiciones: expresa en su

- Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto regular:
 - a) Técnicas de inseminación artificial humana;
 - b) Relaciones entre sujeto donante, sujeto receptor, uso de útero, médico y ser humano procreado por inseminación artificial, establecimiento o centro
- Artículo 2°. Inseminación artificial humana. Se denomina Inseminación Artificial (IA) humana al conjunto de técnicas médicas especiales que

implican la obtención de gametos para ser utilizados con fines de reproducción de la especie humana y la transferencia de embriones con el mismo fin.

- Artículo 3°. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente ley se adoptan las siguientes definiciones y siglas:
 - Aportante de gametos: es la persona que acude a una institución autorizada para la recolección y utilización de sus gametos, a fin de aplicar las técnicas referidas en esta ley, exclusivamente en su cónyuge o compañera permanente.
 - Depositante de gametos: es la persona que permite a una institución autorizada la recolección de sus gametos para que sean conservados por esta con la finalidad de hacer posible su descendencia.
 - Donante de gametos: es la persona que permita a una institución autorizada la recolección y utilización de sus gametos, a fin de aplicar las técnicas referidas en esta ley a otras personas seleccionadas por esa institución.
 - Fecundación In Vitro con Donante (Fivted): se denomina Fecundación In Vitro con Donante (Fivted) cuando uno o ambos gametos provienen de terceras personas o mujer que acuda a banco de gametos siendo soltera, viuda, separada de cuerpos, divorciada o sin el consentimiento del esposo o compañero permanente.

- Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones Marital Conyugal (Fivtemc): se denominará Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones Marital Conyugal (Fivtemc) cuando ambos gametos provienen de los cónyuges.
- Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones Marital de Hecho (Fivtemh): se denominará Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones Marital de Hecho (Fivtemh) si ambos gametos provienen del compañero permanente.
- Inseminación Artificial con Donante (IAD): se denomina Inseminación Artificial con Donante (IAD) cuando se utilicen gametos de personas distintas de los miembros de la pareja o en mujer que acuda a banco de gametos, siendo soltera, viuda, divorciada, separada de cuerpos o sin el consentimiento del esposo o compañero permanente.
- Inseminación Artificial Marital Conyugal (IAMC): se denomina Inseminación Artificial Marital Conyugal (IAMC) cuando se practique mediante la utilización de los gametos que aporten los cónyuges.
- Inseminación Artificial Marital de Hecho (IAMH): se denomina Inseminación Artificial Marital de Hecho (IAMH) cuando se practique mediante la utilización de los gametos que aporte el compañero permanente.
- Receptora: se denomina Receptora a la cónyuge, compañera permanente o mujer siendo soltera, viuda, separada de cuerpos, divorciada o sin el

consentimiento del esposo o compañero permanente que se somete a la aplicación de las técnicas de reproducción humana con asistencia científica.

- Trastorno de fertilidad: Se denomina Trastorno de Fertilidad la Incapacidad de una persona natural, o de una pareja, para concebir hijos con la práctica de relaciones sexuales.
- Zigoto: se denomina Zigoto el resultado de la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

La reproducción humana asistida se emplea en aquellas parejas que presentan dificultad para procrear como lo mencionamos anteriormente ya sea por infertilidad primaria o infertilidad secundaria, en el caso de las formas de reproducción humana asistida, existe el mismo método de concepción del cigoto, solo que se diferencian en el procedimiento con que se realizan dentro de los métodos para realizar la reproducción humana asistida encontramos los siguientes:

- ❖ Inseminación Artificial Homóloga y Heteróloga: Este procedimiento reemplaza la relación sexual como forma de reproducción, y se utiliza por lo general como mecanismo para superar problemas de infertilidad en la población masculina y femenina. Dentro de este procedimiento, existen dos modalidades.
- ❖ La primera de ella, hace referencia a la homóloga, en la cual el donante de esperma proviene del hombre que compone la pareja.

- ❖ De otro lado, la Heteróloga corresponde a la inseminación con el aporte de un espermatozoides de un donante ajeno a la relación de pareja (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007).

El procedimiento de esta forma de reproducción de acuerdo a Ricardo Contreras (2005) es el siguiente: “(...) De esta manera tendremos la definición de algunas técnicas posibles:

- 1) *Fecundación artificial homóloga extracorpórea: introducción en el seno materno de los gametos masculinos del marido, previamente recogidos. Se llama inseminación artificial homóloga (GIFT – O del inglés Gamente Intrafallopian Transfer).*
- 2) *Fecundación artificial Heteróloga intracorpórea: introducción de los gametos en el seno materno, al menos uno de los cuales proviene de un donante externo a los esposos. Se llama inseminación artificial Heteróloga (FNET – O del inglés Gamete Intrafallopian Transfer)” (pág., 82).*
- 3) *Fecundación In vitro: Dentro de la fecundación in vitro existen a su vez dos modalidades. La primera de ellas hace referencia a la transferencia de óvulos frescos fecundados, la cual consiste en: La extracción de óvulos de la mujer. El procedimiento de aspiración de gametos femeninos (óvulos), requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual, la mujer recibe las drogas de fertilidad, un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopia), hoy en día frecuentemente remplazada por una aspiración transvaginal bajo control ecográfico y una técnica de laboratorio especial para este tratamiento. Una vez obtenidos los óvulos se los pone en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio. A esta solución se le agrega el espermatozoides. El óvulo fertilizado puede examinarse durante un par de días mientras se divide*

celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina hay embarazo” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, pág. 42).

4) *Transferencia de óvulos fecundados congelados, el cual se realiza mediante el procedimiento mencionado, con la diferencia de que en éste se realiza previa a la intervención un congelamiento o “criopreservación de embriones no transferidos” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pág. 42).*

5) *Inyección intracitoplasmática del espermatozoide: Esta técnica es similar en cuanto al procedimiento de la fecundación In vitro, sin embargo se diferencia en la forma de fertilización del óvulo. En esta técnica “se selecciona un solo espermatozoide por óvulo, se lo carga a una aguja especial y se lo inyecta dentro del óvulo, mediante micromanipuladores. Una vez fertilizado el óvulo se procede de manera similar a la fertilización in vitro” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, pág. 46).*

Conclusiones del Capítulo I

De acuerdo a lo visto en el primer capítulo observamos que en Colombia la familia es considerada como el núcleo fundamental de la sociedad, y por ello sujeto de protección por parte de las diferentes instancias judiciales, legislativas y de la de rama ejecutiva, quienes para ello deben realizar en cada una de sus disciplinas, las actividades tendientes para su protección. Una de ellas, es la consolidación de las formas en que dicha institución en Colombia puede formarse, reconociendo por vía legislativa y jurisprudencial.

Observamos también como el matrimonio en nuestra legislación Colombiana ha tenido unos cambios, ya que en la actualidad el matrimonio no solo se celebra entre parejas de diferentes sexos, la corte aprobó mediante la sentencia SU- 214/16 del 28 de Abril de 2016, el matrimonio entre parejas homosexuales, invalidando la definición del artículo 113 del código civil colombiano y con respecto a la procreación explicamos que la finalidad de procrearse como especie humana es la de perpetuar su existencia a través del tiempo, teniendo en cuenta que cuando se presenta en la pareja dificultad para procrear de manera natural, es necesario acudir a los diferentes métodos médicos para poder acceder tratamientos de procreación humana asistida.

Así mismo nos damos cuenta como las técnicas de reproducción asistida, comienzan a jugar un papel importante, si se tiene en cuenta que son avances tecnológicos y científicos que permiten la satisfacción de esos derechos de una manera alterna a la natural. De ahí que sea importante analizar cuál es la protección y aplicación que estos tienen dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y cuáles son las obligaciones que de esta responsabilidad se derivan en el Estado Colombiano.

CAPITULO II. PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN COLOMBIA

En este capítulo, se realizará un análisis de la protección que ha realizado el Estado Colombiano, frente a los derechos sexuales y reproductivos en lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida como forma de garantizar los mismos, en el ámbito de la procreación. Para lograr dicho cometido, en este acápite de la investigación, se analizarán las principales posiciones jurisprudenciales que al respecto ha realizado la Corte Constitucional, por ser la autoridad que con mayor detenimiento ha analizado esta problemática.

Así mismo, se busca en este capítulo, identificar en qué casos el Estado ha accedido a proteger estos derechos y cuáles son las reglas jurisprudenciales establecidas para ello.

2.1. El derecho a la reproducción humana asistida en el sistema de salud Colombiano.

Como se dijo en el primer capítulo la Constitución Política de Colombia de 1991, contempló dentro del desarrollo de la conformación de la familia, los derechos sexuales y reproductivos. Si bien es cierto, no existe un desarrollo legal frente a esta temática, orientada a la implementación de mecanismos que aseguren a los asociados del Estado Colombiano, el acceso a los derechos sexuales y reproductivos en condiciones de

equidad, justicia e igualdad, siendo materializados los mismos dentro del Sistema de Seguridad Social Integral en salud.

A hora bien el Congreso de la República de Colombia ha realizado varios intentos para reglamentar total o parcialmente asuntos relacionados con la inseminación artificial humana, tal como puede apreciarse, con la enunciación de los siguientes proyectos de ley.

- Proyecto de ley número 47 de 1998 Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.
- Proyecto de ley número 45 de 2000 Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones.
- Proyecto de ley número 029 de 2003 Cámara, por la cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.
- Proyecto de ley número 100 de 2003 Cámara, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones.

- Proyecto de ley número 64 de 2005 Cámara, por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.
- Proyecto de Ley 55 de 2015 Senado, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial y se dictan otras disposiciones.
- Proyecto de ley 082 Cámara, por medio de la cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, se autoriza su inclusión en el Plan de Beneficios y se dictan otras disposiciones.

También es necesario resaltar los diferentes pronunciamientos de la Corte constitucional protegiendo los derechos de procreación humana asistida en diferentes fallos, en donde ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a este tipo de derechos, a continuación mencionaremos algunos casos:

- Sentencia T – 926 de 1999, donde se analiza un caso de infertilidad masculina, “la Corte llega a la conclusión que por el especial caso del actor, de no poder procrear, era necesario contribuir con ello, incorporando dentro del plan obligatorio de salud, el suministro de viagra o *“sildenafil”*, ya que la reproducción y el derecho a conformar una familia, en consideración de la Corte, se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la vida y a gozar de una vida sexual plena”.
- Sentencia T – 236 de 1998, en donde la *“Corte se pronuncia frente a la necesidad de protección de la mujer que tiene dificultades para concebir hijos o que padece de infertilidad, concluyendo que en los casos donde la persona padece de este tipo de*

problemas, es deber del Estado, el proveer las condiciones de salud y los tratamientos necesarios”.

2.1.1 Los Derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos sexuales y reproductivos son aquellos Derechos Humanos, reconocidos internacionalmente a toda persona orientados a garantizar el desarrollo libre, sano, seguro y satisfactorio de la vida sexual, reproductiva y de la convivencia sexual” (ICBF, 2008, p. 25). En lo relacionado con la reproducción humana, estos Derechos Humanos, se ven reflejados principalmente en la facultad que tiene todo hombre y mujer de conformar su familia, y de decidir si concebir o no concebir. En ese orden de ideas, este derecho se traduce en *“la posibilidad de hombres y mujeres de optar o no por ser padre o madre, que tipo de familia conformar, cuando y cuantos hijos tener o no tener, la utilización de métodos anticonceptivos y proconceptivos (servicios orientados a favorecer la concepción) e intervenciones médico quirúrgicas” (ICBF, 2008, p. 27).*

A hora bien entre las jurisprudencias internacionales que reconocen estos derechos encontramos las siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).
- Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1976).
- Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981).

- Convención sobre los Derechos del Niño (1990).
- Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena (1993).
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, El Cairo (1994), Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing (1995).

Como observamos, los derechos sexuales y reproductivos forman parte de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente, que garantizan el desarrollo libre, sano, seguro y satisfactorio de la vida sexual, reproductiva. Dentro de los derechos sexuales reproductivos mencionaremos lo más importantes encontramos los siguientes:

- Derecho a la vida, derecho fundamental que permite el disfrute de los demás derechos.
- Derecho a la integridad física, psíquica y social.
- Libertad a la finalidad del ejercicio de la sexualidad: recreativa, comunicativa, reproductiva.
- Respeto a las decisiones personales en torno a la preferencia sexual.
- Respeto a la opción de la reproducción.
- Elección del estado civil.
- Libertad de fundar una familia.

- Libertad de decidir sobre el número de hijos, el espaciamiento entre ellos y la elección de los métodos anticonceptivos o proconceptivos.
- Derecho al reconocimiento y aceptación de sí mismo, como hombre, como mujer y como ser sexuado.
- Derecho a la igualdad de sexo y de género.
- Derecho al fortalecimiento de la autoestima, la autovaloración, y la autonomía para lograr la toma de decisiones adecuadas respecto a la sexualidad.
- Expresión y libre ejercicio de la orientación sexual.
- Libertad de elegir compañero(a) sexual.
- Elegir si se tienen o no relaciones sexuales.
- Elegir las actividades sexuales según las preferencias.
- Derecho a recibir información clara, oportuna y científica acerca de la sexualidad.
- Derecho a espacios de comunicación familiar para tratar el tema de la sexualidad.
- Derecho a disponer de servicios de salud adecuados.
- Derecho a recibir un trato justo y respetuoso de las autoridades.
- Derecho a recibir protección ante la amenaza o la violación de los derechos fundamentales, sexuales y reproductivos.

“Derechos sexuales y reproductivos” extraída de Onusida, Aspectos políticos y jurídicos.
http://www.onusida.org.co/der_sex_rep.htm.

Puede decirse que el alcance de los derechos sexuales son aquellos que permiten regular y tener control autónomo y responsable sobre todas las cuestiones relativas a la sexualidad, sin ningún tipo de coacción, violencia, discriminación, enfermedad o dolencia. Para las mujeres los derechos sexuales tienen un especial significado, pues involucran el derecho a ser tratadas como personas integrales y no como seres exclusivamente reproductivos y a ejercer la sexualidad de manera placentera sin que ésta conlleve necesariamente un embarazo.

El alcance de los derechos sexuales facilita a las personas tomar decisiones de manera voluntaria y sin discriminaciones sobre la posibilidad de procrear o no, de regular la fecundidad y de disponer de la información y medios para ello. También implica el derecho de tener acceso a servicios de salud reproductiva que garanticen una maternidad segura, la prevención de embarazos no deseados y la prevención y tratamiento de dolencias del aparato reproductor como el cáncer de útero, mamas y próstata, *“Derechos Sexuales y Reproductivos” extraída en: <http://www.profamilia.org.co/avise/derechos2.php>.*

2.1.2 Limitantes actuales de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia.

Encontramos algunas limitantes para poder acceder a los tratamientos de reproducción humana asistida, entre estos encontramos los altos costos en estos tipos de procedimiento, dado la necesidad del uso de instrumentos de alta tecnología, siendo casi

imposible el acceso a este tipo de asistencia médica, a aquellas personas que solo cuentan con el cubrimiento de un plan obligatorio de salud.

Es así como el proyecto de ley 082 de 2015 cámara, en su parte Motiva expone que “ *En Colombia, de acuerdo con estudios dados a conocer por la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles (Funcopi), existen más de 2,5 millones de parejas afectadas, de las cuales aproximadamente 700.000 anhelan un tratamiento de reproducción asistida sin albergar ilusión alguna, ya que la única solución real es contar con los recursos económicos necesarios, para acceder a consulta y manejo por parte de alguno de los centros especializados de reproducción asistida existentes. Es una cifra considerable que desafortunadamente no ha tenido el impulso para demostrar las notorias afectaciones que causa padecerla; por el contrario se sigue percibiendo como una cuestión de anhelos o deseos personales, restándole la prioridad a las parejas que sueñan con concebir un hijo y no cuentan con ningún apoyo. Debemos resaltar que nuestro país ha sido pionero en Latinoamérica desde hace más de 30 años de los tratamientos de reproducción asistida y a nivel privado ha difundido y compartido su experiencia con Brasil, Bolivia, Panamá, Venezuela, Argentina, Uruguay, Perú, México, Chile, y Nigeria, donde que ya han incluido el tratamiento de la infertilidad en su plan de salud o están en el proceso de hacerlo. No tiene presentación que permanentemente se enseñe a las nuevas generaciones el arte de tratar la infertilidad y tengamos la vergüenza de seguir desconociendo el justo reclamo de las parejas para ser tratadas. ¿Qué nos hace falta? El costo de las Tratamiento de reproducción asistida solo puede cubierto por parejas de alta capacidad económica que no alcanza a ser el 3 por ciento de los afectados. Estudios serios y documentados realizados por la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles (Funcopi) han señalado que el 70% de la población infértil puede ser tratado sin grandes inversiones y solo el 30 por ciento (700.000) requieren de reproducción asistida. Tanto la Corte Constitucional como la Federación Médica Colombiana conocen dichos*

estudios que además sugieren la forma programada y progresiva con que en una sana logística dicha patología puede ser resuelta. Entonces, ¿Por qué el miedo a hablar de ella en el Congreso, la academia y en los medios de comunicación que facilitan el debate público?

De igual manera encontramos que las entidades prestadoras de salud, se escudan en primer lugar en la exclusión de este tipo de procedimientos del plan obligatorio de salud, aduciendo que con éstos no se está realizando ningún tipo de curación, al no considerar la infertilidad o las dificultades para concebir como una enfermedad que deba ser tratada con prioridad, sino que por el contrario aunque la misma afecta al hombre o a la mujer, no comporta un detrimento significativo en su salud. Curiosamente la Corte Constitucional, aunque ha protegido en casos puntuales los derechos sexuales y reproductivos, considera que la contemplación de tratamientos como la reproducción asistida dentro de los planes obligatorios de salud, es un impensable de cara a otros problemas de salud, que requieren una mayor atención del Estado, a saber: *“Es plausible y merecedora de todo respeto la aspiración de mujeres y hombre de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos tan necesaria para la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresismos costosos que permitan el nacimiento de más párvulos en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que siguen requiriendo madre, familia y amor”* (Corte Constitucional, sentencia T – 009 de 2014, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla).

Adicional a ello, aunque a la fecha el derecho a la salud tiene la connotación de ser un derecho fundamental, su alcance se remonta simplemente a la atención primaria y necesaria de tipo curativo de enfermedades que puedan poner en riesgo la salud o que la

afecten de alguna manera, dejando la clásica acepción de ser un servicio público y un derecho de carácter prestacional para situaciones como la procreación asistida.

2.2. El estado Colombiano frente a la salud reproductiva y a la reproducción humana asistida.

De acuerdo a los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación, encontramos que el proyecto de ley 082 de 2015 de la Cámara expresa que *“esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional. En esta tarea, tanto el legislador como la administración deberán respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas”*.

A hora bien frente al tema de la salud reproductiva varios autores la definen como un *“estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o*

dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos” (Galdós, 2013, pág. 457).

En ese mismo sentido, Juárez (2009, p. 152), citando a Londoño (1996), considera que los derechos sexuales y reproductivos son los más humanos de todos los derechos, ya que según *“su concepción no entra exclusivamente en el terreno de la salud como un derecho social, sino que se refieren a la autonomía persona, al derecho de disponer del propio cuerpo y tomar decisiones sobre el mismo e incluso al ejercicio de las libertades individuales”.*

Los derechos sexuales incluyen un deber de acción de la sociedad y del estado desde dos enfoques distintos. *“El primero de ellos está direccionado a garantizar que las decisiones que se adopten frente a estos derechos deben ser libres de actos discriminatorios y de formas de violencia o coerción, para considerarse plenamente eficaz el ejercicio de estos derechos. Así mismo, para poder garantizar el cumplimiento de estos derechos es necesario contar con condiciones óptimas en salud reproductiva y sexual, por lo cual es menester del Estado garantizar servicios médicos accesibles y de calidad (Juárez, 2009, p. 152)”.*

Sin embargo estos deberes en algunos casos no se ven protegidos por los Estados como se debiera. Al respecto Bermúdez (2008, p. 88) en su estudio denominado *“La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos, manifiesta que la falta de atención a la regulación por parte de algunos Estados de estos derechos es vinculado y generador de una restricción al libre ejercicio de la sexualidad y capacidades reproductivas de la mujer”.*

En este mismo sentido, De Verda y Beamonte (2009, p. 145), indica que al no existir una injerencia estatal en este campo no existe una forma efectiva de hacer cumplir estos derechos, a saber: *“La libertad de protección significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no a un hijo) sustraído de la injerencia estatal, pero de esta*

libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona y en cualquier circunstancia”

Esta falta de regulación de los derechos reproductivos por parte del estado acerca de la obligación de reconocerlos, podría dar lugar a que actos de vulneración a los derechos reproductivos tales como *“la anticoncepción forzada o bajo amenaza, los abortos contra la voluntad de la mujer, los embarazos y maternidad forzados, la mutilación/ablación genital de la mujer y el matrimonio forzado”* (Bermúdez, 2008, p. 92), que en síntesis atentarían contra los derechos humanos.

Para contrarrestar estos posibles efectos, los Estados deben adoptar medidas y restricciones que propendan por una salud sexual y reproductiva eficiente. Al respecto Peláez (2008, p. 34), recomienda lo siguiente: *“La obligación de los estados de suministrar servicios de salud reproductiva es resultado de la obligación de proteger la vida y la salud de las personas sin discriminación en cuanto al sexo. Para ello, los estados deben tomar en cuenta las necesidades particulares de salud tanto de las mujeres como de los hombres, y dado que la salud reproductiva es fundamental para el bienestar de las mujeres, deben tomar medidas afirmativas para garantizar que la atención a la salud reproductiva este a disposición y alcance de todas las mujeres. También están obligados a eliminar las barreras legales a la atención a la salud reproductiva”*.

Así mismo la Resolución 5592 de 2015 de diciembre 24, en su *“Artículo 2o. estructura y naturaleza del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC. “El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC es el conjunto de servicios y tecnologías descritas en el presente acto administrativo, que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la*

salud para que las EPS o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en las condiciones previstas en esta resolución. Adicionalmente, dicho plan determina las coberturas a las que tiene derecho todo afiliado al SGSSS, financiadas con la misma fuente de conformidad con la normatividad vigente”.

Entre los Referentes de inclusión que incluye la resolución 5592 de 2015 - nuevo POS 2016, encontramos las tecnologías en salud que se incluyen en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, requieren de procesos como evaluación de tecnologías en salud -ETES-, análisis de grupos terapéuticos o del mercado, análisis de tecnologías derivadas de recomendaciones de Guías de Práctica Clínica -GPC- adoptadas oficialmente por este Ministerio, otros análisis y la toma de decisión por parte de la autoridad competente. Por lo tanto, la mención de tecnologías en GPC, Guías de Atención Integral —GAI-, Normas Técnicas y protocolos no implica cobertura en este plan de beneficios, hasta tanto se surta el respectivo proceso de evaluación y su inclusión explícita realizada por la autoridad competente.

Es así como la mencionada Resolución 5592 de 2015 en algunos de sus artículos expresa lo siguiente:

- Artículo 3 El plan Único de Beneficios (UPC) menciona los principios generales para la aplicación del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, entre los Principios encontramos los siguientes:
 - Integralidad. Toda tecnología en salud contenida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, debe

incluir lo necesario para su realización de tal forma que se cumpla la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante.

- Territorialidad. Toda tecnología en salud contenida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC está cubierta para ser realizada dentro del territorio nacional.
- Complementariedad. Las acciones contenidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC deben proveerse de manera articulada con las acciones individuales o colectivas o con programas del SGSSS, financiados con otras fuentes de financiación, así como de sectores distintos al de salud.
- Transparencia. Los agentes y actores del SGSSS que participen en la aplicación, seguimiento y evaluación del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, deben actuar de manera íntegra y ética, reportando con calidad y oportunidad la información correspondiente de acuerdo con la normatividad vigente y dando a conocer a los usuarios los contenidos del citado plan, conforme a lo previsto en el presente acto administrativo.
- Competencia. Para la aplicación del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, el profesional de la salud tratante es el competente para determinar lo que necesita un afiliado al SGSSS, en las fases de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, sustentado en la evidencia científica.

- Corresponsabilidad. El usuario debe ser responsable de seguir las instrucciones y recomendaciones del profesional tratante y demás miembros del equipo de salud. La corresponsabilidad implica su autocuidado, el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad y propender por un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, para coadyuvar en los resultados obtenidos con la aplicación del mismo.

- Calidad. La provisión de las tecnologías en salud a los afiliados del SGSSS se debe realizar cumpliendo los estándares de calidad de conformidad con la normatividad vigente relativa al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud y demás normas relacionadas. La provisión de estas tecnologías en salud se debe prestar en servicios habilitados por la autoridad competente, cumpliendo con los estándares de accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia, integralidad, calidad técnica, gerencia del riesgo, satisfacción del usuario, establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud.
PARÁGRAFO. Los principios enunciados en el presente artículo se entienden como complementarios a los definidos para el SGSSS, a los del Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI) y a los contenidos en la Constitución Política y la ley.

- En su artículo 4 de dicha resolución 5592 de 2015 determina los *“Referentes de Inclusión. Las tecnologías en salud que se incluyen en el Plan de Beneficios en Salud con*

cargo a la UPC requieren de procesos como evaluación de tecnologías en salud (ETES), análisis de grupos terapéuticos o del mercado, análisis de tecnologías derivadas de recomendaciones de Guías de Práctica Clínica (GPC) adoptadas oficialmente por este Ministerio, otros análisis y la toma de decisión por parte de la autoridad competente. Por lo tanto, la mención de tecnologías en GPC, Guías de Atención Integral (GAI), Normas Técnicas y protocolos no implica cobertura en este plan de beneficios, hasta tanto se surta el respectivo proceso de evaluación y su inclusión explícita realizada por la autoridad competente”.

El alcance de la protección que realiza la Corte en los casos en que es negado un tratamiento de fertilidad, aun no tiene la fuerza vinculante suficiente como para que se realice la inclusión de dichos tratamientos dentro de los procedimientos del plan obligatorio de salud, aun cuando es evidente el progreso que respecto de este tipo de procreación ha realizado la comunidad científica, en lo que se refiere al tratamiento de la infertilidad o como forma de subsanar las dificultades para procrear, lo cual se evidencia en el acudimiento constante de cada vez más personas a este tipo de técnicas.

Sin embargo, a pesar de que la Corte Constitucional ha reiterado en varias ocasiones, la necesidad de entrar a regular otros medios de procreación, hasta la fecha no existe un cuerpo normativo, que se encargue de legislar las técnicas de reproducción asistida, como forma de materialización de los derechos sexuales y reproductivos.

2.2.1 La protección de los derechos sexuales y Reproductivos en la jurisprudencia Colombiana.

En la actualidad la cobertura de los derechos sexuales y reproductivos se remonta a los eventos enunciados anteriormente, lo que comprueba la hipótesis de que en Colombia aunque existe la obligación internacional de adoptar medidas legislativas para garantizar con plenitud los derechos sexuales y reproductivos, solamente en Colombia obra un reconocimiento jurisprudencial muy limitado, frente a las necesidades actuales que en materia de reproducción y sus técnicas científicas, requieren las parejas heterosexuales con dificultades para procrear.

La Corte Constitucional ha admitido unas reglas o casos excepcionales donde los tratamientos contra las dificultades de procrear, son sujetos de protección por la acción de tutela y por ende obligatorios para las EPS, así no se encuentren dentro del PUC. Puntualmente la sentencia T – 724 de 2015, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio, ha determinado algunas reglas jurisprudenciales para proteger este derecho. En primer lugar considera que la carencia o la falta de un medicamento contra la fertilización o de un tratamiento contra las dificultades para procrear (como las técnicas de reproducción asistida), pueda comportar una vulneración a su derecho a la igualdad de gozar de sus derechos sexuales y reproductivos, al estar en desventaja con las parejas heterosexuales que pueden procrear por medios naturales, sumado a que también podría afectar sus derechos a “al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia” (Corte Constitucional, T – 724 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). *“Por esa razón, la Corte considera que se puede ampliar la protección de los derechos sexuales y reproductivos en*

algunos eventos, debiendo las empresas prestadoras del servicio abstenerse de negar la asistencia en los casos de dificultades para procrear. El primero de estos, es cuando se demuestra por parte de la pareja la carencia de los recursos necesarios para costear el tratamiento de la reproducción asistida. Ahora bien, la Corte es clara al decir, que dado los altos costos que implican este tipo de tratamientos, mal haría el Estado en asumir dicha responsabilidad en su totalidad, habiendo otras necesidades que requieren de una mayor inversión de recursos.

En ese orden de ideas, aunque el alto tribunal da un paso importante en el reconocimiento de la necesidad de proteger los derechos sexuales y reproductivos, es cuidadoso al decir que quien desee acceder a éstos, debe realizar un aporte económico para costear los mismos que esté acorde con su capacidad de pago, repartiendo de esa manera las cargas entre las entidades del Estado y los usuarios del sistema de salud, en aras de no generar un desbalance o un déficit económica que conlleve a un detrimento en la atención de otras necesidades.

La segunda condición, para que una persona pueda acceder a este tipo de tratamientos, es la superación de una evaluación física que demuestre que la edad y condiciones de salud de quien quiere someterse a este tratamiento son propicias para este tipo de tratamientos, la cual deberá ser realizada por un grupo interdisciplinario de especialistas que examinarán la viabilidad o no viabilidad del tratamiento, dentro del cual además de la condiciones fisiológicas del paciente, deberán ser evaluadas sus condiciones psicológicas. En ese orden de ideas, se puede decir que en Colombia los derechos sexuales y reproductivos se encuentran reconocidos legal y jurisprudencialmente y en teoría se les aplicación en ciertos contextos. Para el caso de la procreación por medios científicos, la Corte Constitucional ha fijado unas reglas jurisprudenciales para su acceso que inclusive pueden considerarse como un avance significativo en especial en lo que respecta a la sentencia proferida en el año 2015, donde abre la puerta a que todas las

personas que padecen de dificultades para concebir, puedan acceder a estos procedimientos con ayuda del Estado”.

La ley estatutaria 1751 de 2015 (febrero 16), por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, en su Artículo 6 se refiere a los Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados estos son:

- Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;
- Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;
- Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

- Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;
- Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;
- Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

De acuerdo a lo anteriormente expuesto es necesario mencionar lo estipulado en los siguientes artículos de la ley estatutaria 1751 de 2015:

- Artículo 8°, se refiere a la integralidad. Como los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

- El Artículo 10 la ley estatutaria 1751 de 2015., se refiere a los Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: en su literal a) establece, a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad; y en su literal i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;
- Artículo 12 la ley estatutaria 1751 de 2015, se refiere a la Participación en las decisiones del sistema de salud. El derecho fundamental a la salud comprende el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del sistema de salud que la afectan o interesan. Este derecho incluye: en su literal d) Participar en las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías;
- Artículo 14 la ley estatutaria 1751 de 2015, se refiere a la Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.
- Artículo 15 la ley estatutaria 1751 de 2015, se refiere a la Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud,

que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

- Artículo 22 la ley estatutaria 1751 de 2015, se refiere a la Política de Innovación, Ciencia y Tecnología en Salud. El Estado deberá establecer una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en Salud, orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

2.2.2 Dificultades para acceder a los diferentes Tratamientos de reproducción humana asistida.

El Congreso de la República de Colombia nos muestra como el estado a través de sus congresistas ha realizado varios intentos por reglamentar de manera legal asuntos relacionados con la inseminación artificial humana, entre estos Proyectos enunciamos los siguientes:

- Proyecto de ley número 47 de 1998 Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.
- Proyecto de ley número 45 de 2000 Senado, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el

genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

- Proyecto de ley número 029 de 2003 Cámara, por la cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.
- Proyecto de ley número 100 de 2003 Cámara, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones.
- Proyecto de ley número 64 de 2005 Cámara, por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Hoy día, sin existir una reglamentación clara frente a las técnicas de reproducción humana asistida, el Estado en su deber de no injerencia, permite utilizar este tipo de tratamientos para subsanar falencias biológicas que dificultan la procreación. A pesar que el ordenamiento jurídico internacional brinda unas directrices para adelantarse este debate, a través de iniciativas legislativas, para el caso colombiano, la inclusión de la protección de los derechos sexuales y reproductivos, ha sido dejada de lado o considerada como innecesaria, de cara a la crisis que adolece en la actualidad el sistema de salud colombiano.

En ese orden de ideas, es necesario recordar que la Corte Constitucional ha abierto una brecha para proteger este tipo de derechos, el legislador se ha mantenido silente frente al tema, dejando en vilo entonces a aquellas personas que por no contar con el dinero, se ven abocadas de prescindir de su deseo de conformar una familia mediante el acceso a este tipo de tratamientos, ya que como se señala en líneas anteriores, estos tratamientos son realizados en clínicas privadas que cuentan con el personal y la tecnología para aplicar estos procedimientos, que son de difícil acceso para las personas que no cuentan con los recursos para sufragar el 100% de este tipo de tratamientos.

Aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se ha pronunciado específicamente sobre el tema de la reproducción asistida como medio para garantizar los derechos sexuales de procreación y reproducción en sentencia T- 1104 del 2000 La Corte, con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa: expresa lo siguiente. *“(...) es pertinente destacar que el orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación - como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo” (Corte Constitucional, sentencia T – 1104 de 2000, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa).*

Ahora bien, otro argumento en el que basa la Corte la negación de la inclusión de los tratamientos de infertilidad, es la existencia de otras posibilidades de conformación de la familia, como lo es la adopción, que en definitiva tiene la misma finalidad que la procreación asistida, que no es otra que integrar al núcleo familiar a un menor (Corte Constitucional, T – 496 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

La Corte Constitucional, en la sentencia T – 512 de 2003, con ponencia del Dr. Eduardo Montealegre Lynnet, *“corrobora la postura que la mayoría de las empresas prestadoras del servicio de salud, aducen cuando se trata de algún tratamiento para las personas con dificultades para procrear: la condición de que el mismo está sujeto a un derecho prestacional, y que por ende está sujeto a los dineros que estén disponibles para satisfacer estas necesidades de manera progresiva,, más aun cuando se trata de tratamientos de alto costo, como lo son la reproducción asistida u otros tratamientos contra la infertilidad, que no son considerados como un derecho fundamental en sí mismo, ni como uno por conexidad con otro derecho fundamental”*.

Así mismo, en esa oportunidad *“la Corte deja en claro que en lo relativo a la protección de los derechos sexuales y reproductivos en lo que respecta a la procreación, el Estado Colombiano solo se encuentra en la obligación de protegerlos y atenderlos con prioridad, cuando los mismos se relacionan con la maternidad, y los riesgos que esta comporta para la madre y para el que está por nacer (Corte Constitucional, T – 512 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet”*, dejando por fuera toda posibilidad de incluir dentro de esta protección, la garantía de reproducción de las parejas con dificultades para procrear.

Así mismo, la sentencia T – 752 de 2007, con ponencia de la Doctora Clara Inés Vargas Hernández, quien además de continuar con la misma línea de considerar la procreación asistida y los tratamientos para los problemas de procreación, adiciona que el

haber sido excluidos los mismos atiende a un fin legítimo, que encuentra su base legal en la potestad de configuración legal y de desarrollo de la Constitución que le asiste al legislador.

Frente al tema puntual de la reproducción asistida, la Corte enfatiza que el deber del Estado en materia de reproducción, se debe limitar a la garantía de ejercicio de este derecho sin ningún tipo de impedimento o con la injerencia forzosa del Estado, mas no se extiende a la garantía de procreación de la mujer, ya que no se puede llegar *“hasta el punto que se pueda forzar u obligar a las autoridades estatales a garantizar la maternidad biológica de alguien cuando sus condiciones genéticas o humanas no le permiten su goce”* (Corte Constitucional, sentencia T – 752 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)..

Posteriormente, esta Corporación, en sentencia T – 870 de 2008, clarifica las razones por las cuales no se encuentran incluidas dentro del sistema de seguridad social, los tratamientos contra las dificultades para procrear, incluyendo las técnicas de reproducción asistida. En primer lugar considera como principal limitante que este tipo de tratamientos no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, por los altos costos que los mismos generan, y la necesidad de priorizar el gasto público en la atención de enfermedades que ponen en riesgo otros derechos fundamentales de mayor entidad como la vida y la integridad de las personas.

La segunda razón, es que el Estado solamente tiene frente a la reproducción una obligación de “no intervención”, en la decisión libre de las parejas heterosexuales de conformar su familia y de decidir responsablemente el número de hijos que desean tener, y un deber de “intervención”, solo en los casos, donde se vea amenazada la maternidad o

la lactancia, es decir en donde ya ha existido la consumación del embarazo, o cuando se está en el periodo del mismo, más no frente a la imposibilidad de conseguirlo.

La tercera y última razón que señala esta ponencia, es relativa a la facultad normativa que le asiste al legislador, frente a su deber de legislar aquellas situaciones que se consideren prioritarias para la satisfacción de los derechos fundamentales, dentro de los cuales no existe el de garantizar la procreación asistida de las parejas heterosexuales con dificultades para concebir.

Esta línea jurisprudencial se mantuvo incólume hasta el año 2014, donde la Corte Constitucional, por primera vez comienza a evaluar la conexión que existe entre los derechos reproductivos y sexuales, la fertilidad y la procreación. De acuerdo al análisis que realiza la Corte Constitucional en la sentencia T – 528 de 2014, en donde recoge las anteriores consideraciones de que los tratamientos de infertilidad aunque se encuentran vinculadas con el derecho a la salud, los mismos constituyen un esfuerzo económico que escapa a la órbita de la protección del Estado, más aun cuando existen otro tipo de enfermedades que si vinculan riesgos para la vida y la dignidad humana, aunque agrega la necesidad latente de que el Estado Colombiano a través de su órgano legislativo, tome en cuenta la posibilidad de regular el acceso a este tipo de tratamientos como parte del derecho a la salud, debido a las afectaciones a una vida digna que generan en una persona y/o pareja, la dificultad para concebir, y que puede devenir en *“inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso”* (Corte Constitucional, T – 528 de 2014, magistrado ponente: María Victoria Calle Correa).

Al ser considerada las dificultades para procrear por las instancias internacionales y por la misma Corte Constitucional como un problema que requiere atención como parte del derecho a la salud, se considera un avance significativo en la introducción de la necesidad de regular el tema, más aun cuando se pueden derivar consecuencias adversas socialmente y del individuo tales como el rompimiento de la unidad familiar, o la generación de enfermedades psicológicas que de una u otra manera indiquen dentro de la órbita de la dignidad humana y de la vida misma.

Continuando con su análisis, la Corte Constitucional, deja un poco de lado, la postura de que al ser este tipo de tratamientos de alto costo, no es de resorte del Estado entrar a suministrar tratamientos para la infertilidad, incluidos por supuesto las técnicas de reproducción asistida, por supuesto siempre bajo el principio de progresividad de los derechos prestacionales, a saber: *“(...) la Sala observa que la salud reproductiva es un aspecto de este derecho en donde puede reconocerse una insuficiencia de regulación y una opacidad de la jurisprudencia de la Corporación, que en la actualidad merece ser tomado en consideración, máxime cuando la disponibilidad del servicio en relación con los centros de fertilidad ha aumentado en el país en comparación con la década anterior” (Corte Constitucional, T – 528 de 2014, magistrado ponente: María Victoria Calle Correa).*

2.3. El derecho a la continuidad del servicio.

Cuando la infertilidad ha sido diagnosticada y tratada inicialmente por la EPS, la Corte Constitucional, ha sido enfática en decir que el tratamiento debe continuar hasta aliviar la falencia. Esta condición de acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional,

debe atender a una suspensión injustificada del tratamiento de fertilidad, una vez el mismo ha sido autorizado y practicado en sus fases iniciales por la empresa prestadora del servicio de salud. Así las cosas, el amparo de la tutela puede ser aplicado a estos casos, solo cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado (Corte Constitucional, sentencia T – 870 de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

En este caso, aunque no se tutele directamente el derecho a obtener un tratamiento contra la infertilidad, el objeto de protección es la continuación de la prestación del servicio de salud, que ya ha sido autorizado. Así lo expresa la Corte Constitucional, al decir que *“(...) si el tratamiento ya ha sido iniciado, podrá tutelarse el derecho a la continuidad del servicio en desarrollo, que no debe interrumpirse si de ello se deriva un riesgo para la salud o un serio desconocimiento del principio de eficiencia en la prestación del mismo”* (Corte Constitucional, sentencia T – 857 de 2009, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla).

El proyecto 082 de 2015 de la Cámara de Representantes nos explica que el derecho a la salud ha de ser considerado dentro de un complejo contexto en el cual se observan los vínculos que guarda esta garantía con otros derechos fundamentales cómo el derecho a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana, la vida, entre otros. Para la adopción de las prestaciones señaladas, además de los principios de universalidad e integralidad del sistema de seguridad social en salud, se ha tenido en cuenta el de progresividad, según el cual el Estado debe ampliar cada vez más el espectro de protección en las áreas relacionadas con el derecho a la salud. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política que

establece que Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social.

De acuerdo al orden constitucional toda persona tiene derecho a que exista un sistema que le permita acceder a los servicios de salud necesarios para superar sus afecciones reproductivas, aunque no sean de aquellas que involucran gravemente la vida, la dignidad o la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud. La respuesta negativa, absoluta e insuperable, obstaculiza de manera irrazonable la posibilidad de disfrutar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

La Sala Tercera de Revisión en la Sentencia T-595 de 2002, precisó: *“Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes. En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que*

adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes”.

Para la Corte Constitucional, la continuidad del servicio comporta un hito importante para contrarrestar la ocurrencia de perjuicios irremediables, es por ello que considera que para el caso de los tratamientos contra la infertilidad y los procedimientos que ello conlleva, el “romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos reclamados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima)” (Corte Constitucional, sentencia T – 424 de 2009, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Así las cosas, la Corte Constitucional concluye que en estos eventos, *“no es permitido a las EPS suspender los tratamientos de fertilidad ya iniciados, a pesar de que no tengan la obligación de suministrar tratamientos de fertilidad”* (Corte Constitucional, sentencia T – 525 del 2011, magistrado ponente: Mauricio Gonzales Cuervo).

2.3.1 La infertilidad es producto de otros males o enfermedades.

Dentro de esta regla, concurre la infertilidad o las dificultades para procrear, no como una enfermedad en sí misma, sino como el producto de otras afecciones que si se concretan como enfermedades que deben ser objeto de atención por parte de las empresas prestadoras de salud, en pro de evitar un perjuicio o un deterioro mayor en la salud de quien es afectada. En ese sentido lo recuerda esta Corporación en su sentencia T – 870 de 2008, al decir que ante una “circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer” (Corte Constitucional, sentencia T – 870 de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

La Corte Constitucional, ha manifestado que en sus diferentes fallos jurisprudenciales que ha buscado la protección de la salud en todos sus ámbitos, incluyendo la relativa a la salud sexual y reproductiva (Corte Constitucional, T – 249 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla), ya que el obviar ese tipo de protección no solo atentaría contra otros derechos fundamentales como la vida o la dignidad humana, sino que sería una violación directa de la responsabilidad del Estado que ha adquirido con la ratificación de los instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos.

Dentro del marco jurisprudencial frente al tema de infertilidad, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial que fue anotada en la Sentencia T-528 de 2014 de la siguiente manera: *“La Sala observa que en los casos expuestos con anterioridad, la Corporación ha partido del supuesto de que la infertilidad no se considera una enfermedad de*

aquellas que involucran gravemente los derechos a la vida y a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud. Es decir, tal afección, si bien puede impactar negativamente el proyecto de vida de las personas, no compromete de una manera inmediata y urgente la vida en sí misma. En razón de ello, ha venido reiterando la regla jurisprudencial según la cual no procede el amparo de tutela para solicitar un tratamiento excluido del plan de beneficios como lo es la fecundación in vitro, porque el mismo no es necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, de quien lo solicita.

Es importante precisar que si bien la infertilidad no impide el vivir, sí puede afectar otras facetas humanas que involucran una dimensión de la vida digna. En este sentido, explicó el doctor Fernando Zegers Hochschild, “que la Organización Mundial de la Salud (OMS) definió la infertilidad como una enfermedad reconociendo de esta manera que la salud de las personas afectadas, así como su entorno familiar, se ven seriamente dañadas. Además, resaltó que desafortunadamente, algunos países aun consideran la fertilidad como una cuestión de anhelos o deseos personales y por ello, no le otorgan suficiente prioridad en los programas de salud de la mujer.

En cuanto a las consecuencias de este padecimiento, precisó que la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso. Es necesario recordar que desde que Sin embargo, en esta oportunidad, valorando el tiempo que ha transcurrido desde la adopción de la Constitución Política de 1991, el desarrollo paulatino del contenido prestacional del derecho a la salud, la progresividad de los sustentos teóricos y conceptuales de la jurisprudencia constitucional en el tema y los cambios legislativos,

que ya incorporan la regulación del derecho fundamental a la salud en un proyecto de ley estatutaria; la Sala observa que la salud reproductiva es un aspecto de este derecho en donde puede reconocerse una insuficiencia de regulación y una opacidad de la jurisprudencia de la Corporación, que en la actualidad merece ser tomado en consideración, máxime cuando la disponibilidad del servicio en relación con los centros de fertilidad ha aumentado en el país en comparación con la década anterior. Es así como la jurisprudencia de la Corte ha mediado para equilibrar las tensiones existentes entre las estrategias de contención de los costos diseñadas por el sistema contra la garantía del derecho fundamental a la salud de los usuarios de estos servicios”.

2.3.2 Procedimientos Asociados a la Infertilidad

Dentro de esta regla, subsiste en consideración de la Corte Constitucional la protección de un diagnóstico que demuestre la infertilidad, que no necesariamente implica la obligación del Estado y de las empresas prestadoras del servicio de salud, el tratamiento de infertilidad, sino simplemente a su diagnóstico a través de procedimientos. Así lo indica esta Corporación en su sentencia T – 424 de 2009, *“al decir que en dichos casos un diagnóstico se encuentra vinculado con el derecho fundamental a la salud de quien lo requiere, y a precisar con exactitud cuáles son aquellas condiciones que le generan una dificultad para procrear, y cuál es el tratamiento que se debe seguir para resolver tales problemas (Corte Constitucional, sentencia T – 424 de 2009, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)”*.

Además de lo anterior, existe la necesidad de que las empresas prestadoras del servicio de salud, aclaren a sus usuarios su estado de salud, lo cual incluye el diagnóstico a través de procedimientos de las causas que generan la infertilidad, *“con el fin de que la*

persona tenga pleno conocimiento sobre su estado de salud, lo que en todo caso no implica realizar un tratamiento de fertilidad” (Corte Constitucional, sentencia T – 525 de 2011, magistrado ponente: Mauricio Gonzales Cuervo).

Así mismo el Proyecto de ley 082 de 2015, establece en su parte emotiva que en virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. En este sentido los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial a las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva. Estos incluyen, entre otros, la prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino.

Al respecto, en la Sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo. Excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así las cosas, podemos concluir que los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales, entendiendo la dimensión constitucional que tiene toda pareja a la autodeterminación reproductiva como también a acceder a servicios de salud reproductiva ya que estos se encuentran en las disposiciones constitucionales.

Otro caso al respecto, es en la Sentencia T-605 de 2007, la Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS que se le debía practicar una cirugía

desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear.

Así las cosas, podemos concluir que los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales, entendiendo la dimensión constitucional que tiene toda pareja a la autodeterminación reproductiva como también a acceder a servicios de salud reproductiva ya que estos se encuentran en las disposiciones constitucionales.

Conclusiones del II Capítulo

De acuerdo al tema visto en el segundo capítulo sobre protección y aplicación de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia. Observamos un gran vacío en nuestra jurisprudencia respecto a la obligación del estado en garantizar como medio de procreación la fácil accesibilidad a los diferentes tratamientos de reproducción humana asistida por parte de las diferentes entidades de salud que pueden brindar esta clase de servicio, lo cual incluiría el diagnóstico a través de procedimientos médicos a las parejas que por diferentes causas no han podido tener hijos.

Es necesario conocer las diferentes posiciones jurisprudenciales frente al tema objeto de investigación, estudiar si es viable en el contexto actual el incluir este tipo de tratamientos dentro del plan obligatorio de salud, o si por el contrario, ellos acarrearían, unas consecuencias contraproducentes en cuanto a la estabilidad financiera del sistema de salud. Encontramos también dentro de los derechos reproductivos el derecho a recibir

protección ante la amenaza o la violación de los derechos fundamentales, sexuales y reproductivos. Es importante tener claridad sobre a este tema para saber hasta dónde podemos hacer uso del derecho los derechos sexuales y reproductivos son aquellos que buscan proteger la libertad y autonomía de todas las personas para decidir con responsabilidad si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién.

**CAPITULO III. IMPLICACIONES PARA EL ESTADO COLOMBIANO AL INCLUIR
LOS DIFERENTES TRATAMIENTOS DE REPRODUCCION SEXUAL EN EL PLAN
UNICO DE BENEFICIOS EN SALUD**

De acuerdo a lo visto en el Capítulo I y el Capítulo II, se hace necesario hacer un estudio sobre los diferentes avances jurisprudenciales del estado Colombiano frente al tema de Procreación mediante los métodos de reproducción asistida. Es así como analizaremos cómo se afectarían a las diferentes entidades de salud en el momento que nuestra legislación diera viabilidad a un trámite especial a las parejas con dificultad para procrear, para que estas personas tengan la posibilidad de que se le practiquen los diferentes métodos de reproducción humana asistida de manera gratuita.

En este trabajo de investigación hemos realizado un análisis de diferentes jurisprudencias emanadas por la Corte constitucional, resaltando la ponencia del magistrado Jorge Iván Palacios sentencia T 274 de 2015, como el gran avance jurídico en el tema concerniente al caso a los métodos científicos para la procreación humana asistida, observamos en esta sentencia como la corte constitucional ordena al Ministerio de Salud a promover la investigación en salud sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían ayudar a tratarla y a prevenirla. A ofrecer a la población el acceso oportuno a la información relacionada con la prevención de la infertilidad, fomentando la formación de profesionales en el área de la infertilidad e impulsar campañas dirigidas a la población sobre esta enfermedad y su abordaje terapéutico.

Corte constitucional en sentencia T 274 de 2015, *establece que por el hecho que en Colombia no se le haya dado la connotación de enfermedad a la infertilidad "supone una barrera*

para el acceso de los servicios de salud reproductiva y limita el alcance de otros derechos fundamentales como la igualdad y la integridad personal, física, síquica y social. Indica también que la negativa del estado de brindar tratamientos como el in vitro, siendo estos la única oportunidad de procrear biológicamente, "constituye una limitación al ejercicio de los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Se vulneran los derechos a la vida privada y familiar".

3.1 Costos de los diferentes tratamientos de Reproducción asistida en Colombia.

La Corte Constitucional en sentencia C – 274 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio, se ha pronunciado sobre las implicaciones que podría tener la inclusión de este tipo de tratamientos para la infertilidad mediante las diferentes técnicas de Reproducción asistida, en el POS hoy día Plan Único de Beneficios PUC, y el impacto económico que el mismo podría llegar a tener.

Así mismo el Ministerio de Salud y la Protección Social, expone que el hecho de que este tipo de tratamientos no estén incluidos dentro del POS, obedece a fines justos, que se concretan principalmente en que este tipo de tratamientos nunca han hecho parte del POS , por considerar que los mismos no son prioritarios para la atención primaria en salud en Colombia (Corte Constitucional, C – 274 de 2015), atendiendo principalmente a la situación del país en materia económica en el sector de salud, donde debe necesariamente priorizarse el gasto público a la atención de otras contingencias que tienen mayor relevancia para la preservación de la salud.

Además esta institución considera que este tipo de tratamientos podrían inclusive catalogarse como parte de aquellos suntuosos o relacionados con aspectos del ser humano, que implican costos elevados, y que el no realizarlos no implica un deterioro en alguna función vital, como si sucede con otros tratamientos que obligatoriamente deben ser realizados, so pena de poner en riesgo la vida o la dignidad de la persona.

A continuación hacemos referencia a información contenida en la jurisprudencia constitucional Sentencia T- 274 de 2015, para obtener los siguientes costos de algunos tratamientos de fertilidad:

Fecundación in vitro	\$20'547.100
Inseminación artificial	\$17'000.000
Inyección intracitoplasmática de espermatozoides	\$20.950.000
Implante de Ovocitos donados	\$32'230.500

EROSKY CONSUMER. Disponible en <http://www.consumer.es/web/es//bebe/antes-del-embarazo/metodos-para-quedarse-embarazada/2012/09/11/212917.php>.

CECOLDES, Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad. Disponible en <http://www.saludyesteticaencolombia.com/fertilidad/mainannounce2.asp?key=67>, el 26 de febrero de 2015 a las 11:00 am).

Es importante mencionar en este trabajo de investigación que el resultado de las constantes luchas de muchas parejas a los derechos de procreación y reproducción sexual asistida, a la vida, a tener una familia, a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad, han servido para que la Corte constitucional le ordenó al Gobierno que reglamente, una vez realizados estudios de impacto fiscal, la inclusión de los tratamientos de reproducción sexual asistida mediante los diferentes métodos científicos, estos tratamientos podrían generar en el balance económico del sistema de salud, que de por sí se ve abocado a incumplir aun con sus obligaciones contenidas en el Plan Único de Beneficios en Salud vigente, por la escasez de recursos en ambos sistemas de provisión del servicio.

En ponencia mencionada anteriormente del magistrado Jorge Iván Palacio sentencia C – 274 de 2015, M.P., el tribunal estableció los requisitos para que una pareja pueda acceder esos tratamientos, que son restrictivos debido a su alto costo, mencionaremos algunos puntos importantes de la sentencia:

1. La falta del medicamento o tratamiento de fertilización in vitro excluido del POS puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.
2. Se debe demostrar que la pareja no tiene medios económicos para realizar ese tratamiento, el paciente debe realizar un aporte económico de acuerdo a la cuota moderadora según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago.
3. Las condiciones específicas de salud y edad del paciente son claves para determinar el número de ciclos de fertilización.

Así las cosas, en este capítulo, se busca enunciar las principales posiciones que al respecto han tenido las instancias administrativas, que mantienen la convicción de la imposibilidad de incluir este tipo de tratamientos en el Plan Único de Beneficios en Salud, no solo por el impacto fiscal que acarrearía, sino por las dificultades que ello significaría para la atención en salud.

En la actualidad no son financiadas por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), aquellos procedimientos, actividades y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, y de manera específica se excluye los tratamientos descritos anteriormente en el POS: Para la infertilidad; experimentales o con drogas experimentales;

Es con esta con esta definición con la que identifican los tratamientos de Reproducción Humana Asistida, observamos como entra en contradicción con lo estipulado en el “Artículo 135. Cobertura de tecnologías en salud del plan de beneficios con cargo a la UPC ordenados por fuera de la red. Cuando un paciente solicite la cobertura de alguna tecnología en salud incluida en el presente plan de beneficios, prescrita por un profesional que no haga parte de la red de la EPS o la entidad que haga sus veces, podrá someter el caso a una evaluación médico científica por personal de su red, para efectos de establecer la pertinencia del servicio y la viabilidad de la cobertura sin perjuicio de la debida oportunidad y efectividad en la atención”.

Notamos que existe una dimensión prestacional del derecho a la salud en la cual hay que avanzar más, y que deja desprotegido a un sector de la población que demanda

servicios médicos para el tratamiento de sus dificultades para procrear, como lo tiene para otra cualquier causa de salud.

Así las cosas, el Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización in vitro, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente. Ahora bien, en varias jurisprudencias mencionadas anteriormente la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la salud incluye la salud sexual y reproductiva, ha considerado que los derechos sexuales y reproductivos, en tanto verdaderos derechos fundamentales, pueden ser susceptibles de ser protegidos por vía de tutela, bajo ciertas condiciones, como las enunciadas en el capítulo anterior, haciendo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la única vía posible de protección de las parejas heterosexuales con dificultades para procrear.

3.1.2 impacto en el sistema de salud

- Con la reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud, introducida en la Ley 100 de 1993, surgió un nuevo desafío para el Legislador consistente en definir el conjunto de beneficios que contendría el Plan Obligatorio de Salud, acudiendo primero los criterios establecidos en el Acuerdo 08 de 1994, expedido por el entonces Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con la disponibilidad de recursos físicos, humanos y financieros del sistema, señalando en su artículo 5º, uno de los criterios para la inclusión de actividades, intervenciones o

procedimientos dentro del POS, *“la mayor efectividad en la utilización de los recursos, mayor eficacia en términos de los resultados deseados y a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía”*. De igual forma, el artículo 6º adoptó como principio guía de orientación del POS *“la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbimortalidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad”*. Es así como los grandes avances en lo relacionado al tema objeto de investigación del presente trabajo los encontramos en diferentes propuestas presentadas por diferentes entidades del estado por ejemplo, en el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021, desarrollado por el Ministerio de Salud y Protección Social, que define como objetivo de la dimensión de sexualidad y derechos sexuales y reproductivos el de *“promover, generar y desarrollar medios y mecanismos para garantizar condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que incidan en el ejercicio pleno y autónomo de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, grupos y comunidades, en el marco de los enfoques de género y diferencial, asegurando reducir las condiciones de vulnerabilidad y garantizando la atención integral de las personas”*, a través de dos componentes: (i) la promoción de los derechos sexuales y reproductivos y equidad de género; y (ii) la prevención y atención integral en Salud Sexual y Reproductiva SSR desde un enfoque de derechos.

- La ley estatutaria de salud No. 1751, esta reforma se cambia el Plan Obligatorio de Salud (POS), por un Plan Único de Beneficios más amplio, basado en exclusiones específicas, lo que permitirá que los médicos gocen de plena libertad de ordenar a

sus pacientes los tratamientos y medicamentos que crean convenientes; sin embargo, la ley impone unas exclusiones que serán estudiadas de forma particular e individual por las juntas medicas específicas mediante un proceso público, transparente y permanente. Los procedimientos que pretenden ser excluidos de la ley estatutaria son cuatro; el primero de ellos hace referencia a los procedimientos y cirugías estéticas tendientes a mejorar las condiciones físicas de una persona más no una enfermedad. El segundo guarda relación con los tratamientos experimentales, es decir, aquellos procedimientos que se realizan para probar la efectividad de un medicamento los cuales hacen parte de investigaciones o complementos académicos. El tercero se refiere aquellos tratamientos, procedimientos y medicamentos que no posean una justificación técnica o científica, como es el caso de procedimientos alternativos o ancestrales. El cuarto describe aquellos tratamientos que pudiendo ser brindados en nuestro país se quieran practicar en el exterior. Para concluir, se observa que con la implementación de esta nueva ley se pretende garantizar el acceso a la salud de todos los ciudadanos mediante la promoción, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación y la paliación de una enfermedad evitando a como dé lugar el menoscabo de los derechos allí consagrados.

- El artículo 135 de la resolución 5592 de 2015 expresa lo siguiente” Exclusiones Específicas. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación -UPC- , en el “número 5 estipula que Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las

atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de exclusión señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011”. Los tratamientos de Reproducción Humana Asistida o tratamientos de fertilización son excluidos, por a su alto costo, de ser incluidos en el Plan Único de beneficios en salud a cargo de la UPC, no se sabe si causaría un impacto fiscal dentro del sistema de salud, no se sabe quiénes asumirían su financiación, quiénes serían los beneficiarios o si es el sistema de seguridad social en salud quien debe asumir los costó.

- La sentencia T – 274 de 2015 mencionada anteriormente, reiteramos que la Corte ordena al Ministerio de Salud y Protección Social, iniciar estudios sobre el impacto fiscal que tiene para el Sistema de Salud la inclusión de tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud – POS, este es el resultado de una serie de tutelas interpuestas ante diferentes entidades de salud reclamando su derecho a la procreación, a la salud reproductiva, a la igualdad y al derecho de conformar una familia.
- La sentencia T 528 de 2014, la Procuraduría General de la Nación emite su concepto expresando, que quien aduce que los tratamientos de reproducción asistida, son medidas a las que debe acudir la persona si así lo desea, por sus propios medios, debido a los altos costos que los mismos generan, y que hacen imposible (por lo menos en las condiciones actuales), que el Estado asuma como un imperativo categórico, el subsidio parcial o total de este tipo de tratamientos. Ahora bien, esta institución también señala, que el hecho de que este tipo de tratamientos no se encuentren incluido dentro del Plan Único de Beneficios, no

demuestra una insatisfacción de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con dificultades para procrear, ya que además de carecer de los recursos necesarios para ello, estos tratamientos no garantizan una completa efectividad en todos los seres humanos, lo que conllevaría a un ejercicio desgastante de alta tecnología en estos procesos, y de recursos cuantiosos, que podrían ser invertidos en otras áreas de la salud con más apremio en atención presupuestal. A pesar de tan estricta posición frente al tema, la Procuraduría en la sentencia en mención, realiza una propuesta que se considera pertinente para poder atender este tipo de problemáticas sin que se ponga en una coyuntura al Estado entre garantizar el acceso a estas técnicas de reproducción, y afectar presupuestalmente los servicios de salud. La primera de sus propuestas se refiere a la promoción de actividades de investigación en materia de salud, orientada a determinar con tiempo las causas de la infertilidad, a fin de realizar tratamientos preventivos, que contribuyan al mejoramiento de estas situaciones y garanticen una mayor probabilidad de embarazo, que por supuesto deber ir acompañado de especialistas en el tema, así como de otras disciplinas como la psicología, que contribuyan con un diagnóstico claro de dichas causas, y orienten el tratamiento preventivo en la dirección adecuada. La segunda propuesta se encuentra enfocada en la capacitación de los profesionales de la salud, en el área de la infertilidad y de las dificultades para procrear, a fin de que puedan determinar con tiempo las mismas, y diagnosticar un tratamiento adecuado que no implique necesariamente el acudir a unas técnicas de reproducción asistida, sino por el contrario, restablecer las condiciones naturales idóneas para la concepción. Aunque en principio podría decirse que debería

prescindirse de este tipo de tratamientos hasta tanto el sistema de salud llegue a un punto de sostenibilidad financiera que lo permite, también está el hecho de que no es posible desconocer el carácter de Derechos Humanos que tienen los derechos sexuales y reproductivos, y las obligaciones que de estos emanan en virtud del bloque de constitucionalidad colombiano, así como la posible violación que se genera con el desconocimiento abierto de éstos y la vulneración de otros derechos fundamentales.

3.3 Breves notas sobre el Derecho Comparado

Es importante analizar los avances jurídicos de otros países en el tema objeto de estudio de este trabajo de investigación, para saber cómo actuar frente al vacío jurisprudencial que existe actualmente en nuestro país, tener claridad de que nos hace falta y cuál sería la manera más adecuada de incluir estos tratamientos de fertilidad en nuestra legislación sin causar un detrimento patrimonial en el sector de la salud. Encontramos como modelo a seguir los avances en el sistema público de salud, el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida, entre estos países encontramos:

- ❖ Brasil: la Constitución de Brasil de 1988 consagra en el Título VIII del Orden Social, en el capítulo VII, artículo 226, párrafo 7, la responsabilidad del Estado con respecto a la planificación familiar; (ii) la asistencia en la planificación familiar debe incluir la provisión de todos los métodos y técnicas para la concepción y la anticoncepción, científicamente aceptados, de conformidad con la Ley No. 9263 del doce (12) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996), que regula el artículo

226 de la Constitución Federal que se ocupa de la planificación familiar; (iii) la Portaria (Ordenanza) No. 426/GM/MS del veintidós (22) de marzo de dos mil cinco (2005), instituye la Política Nacional de Atención Integral en Reproducción Humana Asistida; (iv) la Portaria (Ordenanza) No. 1459/GM/MS del veinticuatro (24) de junio de dos mil once (2011), instituyó en el ámbito del sistema único de salud (SUS) la Red Cigüeña, cuyos artículos 2 y 4 consagran la garantía de acceso a acciones de planificación reproductiva; (v) la necesidad de las parejas a la atención de la infertilidad en referencia a los servicios de alta complejidad para la reproducción humana asistida, y (vi) entendiendo que ya existe un conjunto de iniciativas de atención a la reproducción humana asistida en el SUS, y que las normas para el financiamiento de los servicios en el ámbito de dicho sistema están en la fase de definición.

- ❖ Argentina: El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación sancionó el cinco (5) de junio de dos mil trece (2013) la Ley 26.862, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Dicha norma incluye en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, entre ellos, la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca el Ministerio de Salud de la Nación, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de

apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o al estado civil de los destinatarios. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los tres (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga).

- ❖ Uruguay: El poder legislativo mediante la Ley No. 19.167 del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), reguló las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realizan. Entre estas técnicas, se incluyeron la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, cigotos y embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional contemplada en el artículo 25 de la Ley, que pueden aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil.
- ❖ Chile: También se viene avanzando en el tema del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA). Recientemente se aprobó la ley de reproducción

asistida, después de un largo proceso de acercamiento y sensibilización del tema. La Ministra de Salud precisó que se aplicará por etapas “debido al alto costo que implicará para el Estado. En una primera instancia las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) deberán ofrecer las técnicas de baja complejidad (inseminación artificial y medicación para relaciones sexuales programadas) y solo en alguna.

- ❖ México: Hasta el momento no se ha regulado el derecho a la planificación familiar en el aspecto referente a la fertilización como una prestación pública a cargo del erario popular, pues aún está en la fase de discusión la reglamentación general de la materia, que incluye lo relativo a los métodos de reproducción asistida. No obstante, en lo que tiene que ver con el acceso a los tratamientos de fertilidad humana y procreación asistida, con cargo a los recursos del Estado, se cuenta con la vía de los hospitales públicos y especializados dependientes de la Secretaría de Salud, que recuperan una cuota por la prestación del servicio, proporcional al resultado de un examen socio económico individualizado realizado al paciente, como es el caso del Hospital de la Mujer que presta el servicio de atención a la infertilidad en el ramo de la atención médica en ginecobstetricia.

Como puede observarse, cinco (5) países de la región, con una situación económica, social y política similar a la de Colombia, han avanzado en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida, y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales. Ello facilita que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de

Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, a partir de las experiencias acumuladas, revise la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

Conclusiones del Capítulo III

Observamos como las normas colombianas reflejan un vacío jurídico respecto de la regulación de procedimientos a técnicas de Reproducción asistida, la Corte Constitucional a través de jurisprudencia ha tratado de buscarle una solución a las diferentes controversias, sin embargo nos damos cuenta como el Gobierno Nacional hace caso omiso de las recomendaciones realizadas por la Corte Constitucional. Así las cosas, el Estado debe adoptar acciones tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización in vitro, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente.

No hacerlo, puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas. Por supuesto ello no significa que toda negativa de acceso a la realización de tratamientos de fertilidad vulnera derechos fundamentales, pues debe atenderse a las circunstancias personales de quien solicita este servicio de salud. No es lo mismo, que el tratamiento de fertilidad lo requiera una

pareja que ya tiene hijos, al menos uno, y ha materializado su derecho a la reproducción humana y a fundar una familia, a que sea solicitado por una pareja en edad reproductiva que no ha logrado hacer realidad su deseo de ser padre biológico/madre biológica, debido a dificultades para procrear, donde se ve afectada su salud reproductiva y sus derechos sexuales y reproductivos.

Teniendo en cuenta lo dicho en este capítulo observamos una legislación corta que excluye dentro de los planes obligatorios de salud el acceso a otras técnicas de reproducción, como las desarrolladas científicamente y comprobadas en su efectividad. Los principales argumentos que exponen las instancias gubernamentales para limitar el acceso a este tipo de procreación, son los altos costos que significa la práctica de ese tipo de tratamientos y la necesidad de priorizar el gasto público y direccionar el mismo hacia otras situaciones que comportan mayor relevancia en materia de conservación de la salud.

Ahora si bien es cierto, que el Estado no limita tajantemente el acceso a estas técnicas, deja al arbitrio de las parejas interesadas el acceso en clínicas privadas para poder practicarse tales procedimientos, sin que exista una reglamentación clara al respecto, creándose así un vacío jurídico, frente a temas que si bien no son del total resorte del Derecho, tienen que ver mucho con las condiciones de salud de sus asociados, razón que justificaría la injerencia del Estado en dicho ámbito.

Aunado a ello, los altos costos en estos procedimientos, hacen de los mismos completamente inalcanzables para aquellos que carecen de los medios para poder costear un tratamiento de esa índole, dejando a un lado entonces sus esperanzas para

conformar una familia. Aunque le asiste razón al Estado al decir que existen otras prioridades en materia de salud, y que existen figuras como la adopción para poder conformar una familia en los casos de infertilidad, no es posible reconocer entonces que estas personas que aunque no cuentan con los recursos necesarios, también les asiste su derecho a que el Estado vele por sus derechos sexuales y reproductivos en sentido completo, y no como actualmente se tienen los mismos, de manera parcializada.

CONCLUSIÓN DEL TRABAJO FINAL

En Colombia la familia es considerada como el núcleo fundamental de la sociedad, y por ello sujeto de protección por parte de las diferentes instancias judiciales, legislativas y de la rama ejecutiva, quienes para ello deben realizar en cada una de sus disciplinas, las actividades tendientes para su protección.

Una de ellas, es la consolidación de las formas en que dicha institución en Colombia puede formarse, reconociendo por vía legislativa y jurisprudencial diversas figuras que conllevan a su formación como lo son el matrimonio, la unión marital de hecho. Dentro de la categoría de los derechos reproductivos, se encuentran el de la procreación y sus diferentes clases de reproducción como son la reproducción humana natural y reproducción humana asistida responsable, es decir la escogencia del número de hijos que se desean tener. Sin embargo existen eventos, en que por dificultades físicas, las parejas heterosexuales, se encuentran impedidas para concebir, afectándose de esa manera su iniciativa de formar una familia. Ante tales circunstancias, en la actualidad, existen otras formas de conformar una familia genéticamente derivada de padres infértiles, a través de lo que se conoce como las técnicas de reproducción asistida. A través de dichas técnicas, las personas que padecen alguna falencia incrementan sus posibilidades de hacer una realidad sus derechos reproductivos y con ello a la formación de una familia.

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, es clara la necesidad de que el Estado acate o tome en cuenta la exhortación que tan acertadamente realiza la Corte Constitucional, al decir que es necesario después de veinticuatro (24) años de haberse

promulgado la Constitución Política, el adoptar medidas legislativas tendientes a garantizar los derechos de procreación de personas infértiles, en virtud de sus compromisos internacionales adoptados, y como manera de fortalecer la formación de la familia, como institución básica de la sociedad. Ya no puede entonces, existir la excusa de que la salud es un derecho prestacional de índole progresivo, sino que al ser reconocido actualmente como derecho fundamental, debe velarse porque se garanticen todas las diferentes formas de garantizar el mismo, dentro de los cuales se encuentran los derechos sexuales y reproductivos.

El estado debe impulsar investigaciones en temas de salud, en los sectores público y privado, sobre las diferentes causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían ayudar a prevenirla, ofreciendo a la población afectada el acceso oportuno a la información relacionada con la prevención de la infertilidad, brindado la atención médica necesaria a las parejas con dificultad para procrear. Esto es incluir esta clase de tratamientos en el Plan Obligatorio de Salud.

Así mismo, se recomienda un estudio del impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el plan Único de Beneficios (PUC) anteriormente llamado Plan Obligatorio de Salud (POS). Así mismo, que realice actividades que nos ayuden a identificar las causas de la infertilidad, de igual manera suministrar proporciona la información necesaria para la prevención de enfermedades de infertilidad, capacitar a los profesionales de la salud e impulsar campañas para el sistema de salud reproductiva.

BIBLIOGRAFÍA

Aroldo Quiroz Monsalve en su libro Manual de Familia tomo VI pág. 172.

Aroldo Quiroz Monsalvo – El Matrimonio 1999, pág. 9- 103.

Aroldo Quiroz Monsalvo - Manual de Familia Tomo VI pág. 169.

Augusto Cesar Bellusio- Manual de Derecho de Familia Tomo I 2Edicion 1977 pág. 145.

Baeza, S. (2000). El rol de la familia en la educación de los Hijos, Psicología y Psicopedagogía, 3, 1 – 24.

Barroso, C., & Langer, A. (2009). Salud y derechos sexuales y reproductivos en América Latina y el Caribe: Desafíos y Oportunidades. Grupo de Trabajo Regional Interagencial para la Reducción de la Mortalidad Materna.

Bermúdez V, V (2008). La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos: Derecho PUC, 81 – 110.

Bilbao J, Crespo E (1999). El principio de universalidad y el concepto de familia en el Sistema General de Seguridad Social en salud en Colombia. Salud Uninorte. 14(1) pag 23 -27.

Virginia Gutiérrez de Pineda (2000), La familia en la perspectiva del año 2000 – Una comprensión de la Dinámica y de los retos de la convivencia familiar- Modalidades Familiares de fin de siglo

Blazquez M, (2005). Aproximación a la antropología de la reproducción: Revista de Antropología Iberoamericana, 42, 1 – 25.

Cabal L, Lemaitre J, Roa M (2001). Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en américa latina: Centro legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 21 – 43.

Carbonier, J. (1965). Droit Civil. Revista Presses Universitaires de France, 801, p. 280-296.

Cañón Ramírez – EL Matrimonio 1983, pág. 6.

De Cupis, A. (1983). Famiglia e Diritto. En Diritto di Famiglia e Delle Persone. Paris.

Del Castillo S, Roth A, Warstki C, Rojas R, Chacón O (2008). Análisis del proceso de implementación de la política pública de salud sexual y reproductiva (SSR) dirigida a la población adolescente en los departamentos del Eje Cafetero: Revista Iationoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 6(1), 217 – 255.

Del Diego, C. (s.f.). Instituciones de Derecho Civil Español. Madrid.

Fernando Hinestrosa. Concordato, matrimonio y divorcio: Ediciones Tercero 1974. Pág. 145.

Gáldos, S, S (2013). La conferencia de el Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva: Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, 30(3), 455 – 460.

García R, A, F., & Roca B, L, S (2001). Unión marital de hecho y sociedad patrimonial.. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Guío Camargo, R. E. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Studiositas. 4(3) Pág. 65 – 81.

Gutiérrez de Pineda, V. (1990). La familia colombiana de hoy y la de las dos últimas décadas. En Perspectiva de la familia hacia el año 2000. Medellín: Comfama.

Huaita M, (2004). Los derechos sexuales y reproductivos en Iberoamerica, logros y desafíos. En Ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario, p 2.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (2007). Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. San José de Costa Rica.

Jiménez, B. (1999). Las familias nucleares poligenéticas: cambios y permanencias, Revista Nomadas, 11, 102 – 108.

Juarez H, L, A (2009). Apropiación de derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dimensiones de la ciudadanía: Revista de Estudios de Género. La ventana, 4(30), 148 – 180.

Lacruz, J. (1979). Manual de Derecho Civil. Barcelona: Editorial Bosch.

Lafaurie M, M (2009). Los derechos sexuales y reproductivos: una mirada a la mujer en países en vías de desarrollo: Revista de los estudiantes de medicina de la Universidad Industrial de Santander, 22, 191 – 200.

Lago, B. G (2009). Conceptos de familia y de violencia. Fascículo PRECOP: Sociedad Colombiana de Pediatría. Pág. 25 -31. Bogotá.

Naciones Unidas, 1994, p.12: la constelación de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y el bienestar reproductivos al evitar y resolver problemas relacionados con la salud reproductiva.

Mazeud, H., Mazeud, j., Mazeud, L. (1976). Lecciones de Derecho Civil. Sexta Edición. París: Ediciones Montchrestien.

Monroy, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia, Verba Iuris, 30, 135 – 150.

Morales M (2010). Lo político de las políticas de salud sexual y reproductiva para jóvenes en Colombia: Revista Gerencia, Política Salud, 9(19), 69 – 89.

Murcia J, Esparza M (2009). Ventajas de la reproducción humana natural: Persona y Bioética, 13(32), 85 -93.

Murdock, P. (1991). La familia nuclear. Consultado el 1 de octubre de 2015. Recuperado de: <http://cdigital.uv.mx/bitstream/123456789/4916/1/196431P343.pdf>.

Pedro Lafont Pianeta. Unión marital de hecho. Santa fe de Bogotá. Librería del profesional, 1994 págs. 95 y ss.

Palacios, M. (2004). El conflicto armado y el desplazamiento forzado en Caldas: crisis de la institucionalidad familiar. Manizales: Universidad de Caldas.

Peláez M, J (2008). Salud sexual y reproductiva de adolescentes y jóvenes: una mirada desde la óptica de los derechos humanos: Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología, 34(2), 32 -40 .

Peña, A (2009). La reproducción humana: Biología 3° ESO, 1 – 25.

Rondón, L. (2011). Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a los distintos modelos familiares. En Congreso Internacional de Medicación y Conflictología. Cambios Sociales y perspectivas para el siglo XXI. Sevilla: UNIA.

Rossel, E. (1993). Manual de Derecho de Familia. Séptima Edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Serrano J, Pinilla M, Martínez M, Ruiz F (2010). Panorama sobre Derechos Sexuales y Reproductivos y Políticas Públicas en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Unicef. (2003). Nuevas formas de familia: perspectivas nacionales e internacionales. Uruguay: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Valdivia, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. Le revue du REDIF, 8, 15 – 22.

Valencia, Z, A., (1988). Derecho Civil. Tomo V. Bogotá: Temis.

Valencia, M., & Rodríguez, S. (2013). Adopción por parejas homosexuales: de la realidad social hacia el reconocimiento judicial. Precedente, 2, 227-288.

Velásquez C, G (2009). Fisiología de la Reproducción Humana: Revista mexicana de Medicina de la Reproducción, 1(4), 115 - 130

Valverde, C. (1938). Tratado de Derecho Civil Español. Cuarta Edición. Valladolid: Talleres tipográficos Cuesta.

LEGISLACIÓN

Asamblea Constituyente (2014). Constitución Política de Colombia. Leyer.

Congreso de la República. Ley 57 de 1887. Código Civil. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

Congreso de la República. Ley 54 del 28 de diciembre de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y de régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario Oficial No. 39615 del 31 de diciembre de 1990.

Congreso de la República. Ley 294 del 16 de julio de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Diario Oficial No. 44837 del 22 de julio de 1996.

Congreso de la República. Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006. Por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial No. 46446 del 8 de noviembre de 2006.

Congreso de la República. Ley 1361 del 3 de diciembre de 2009. Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia. Diario Oficial No. 47.552 del 3 de diciembre de 2009.

Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución No. 5521 del 27 de diciembre de 2013. Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Ministerio de Salud Tratamientos de la Fertilidad Excluidos del Pos- Resolución 5261. 1994.

Resolución 1328 de 2016 15 de Abril, Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, garantía del suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones

Decreto 2200 de 2005 Junio 28 por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones.

Ley 1361 de 2009 (diciembre 3). , por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

Proyecto de ley 082 de 2015 de la Cámara 19 de Agosto, por medio de la cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, se autoriza su inclusión en el Plan de Beneficios y se dictan otras disposiciones.

Proyecto de ley 55 de 2015 Senado 18 de Agosto por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial y se dictan otras disposiciones

Ley 1751 de 16 febrero de 2015 16 de marzo de 2015. Por la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sentencia del 11 de julio de 2013. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente No. 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252). Tomada directamente de la corporación.

Corte Constitucional. Sentencia T – 523 del 18 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T – 437 del 12 de octubre de 1993. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T - 278 del 15 de junio de 1994. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia T - 382 del 31 de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia T – 341 del 27 de julio de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T – 236 del 21 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T – 926 del 18 de noviembre de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C - 533 del 10 de mayo de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T – 1104 del 23 de agosto de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte constitucional de Colombia Sentencia T-572 de Enero 16 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia T – 496 del 27 de junio de 2002. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C – 271 del 1 de abril de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T – 512 del 19 de junio de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T – 1185 del 4 de diciembre de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Cordoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C – 821 del 9 de agosto de 2005. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T – 752 del 21 de septiembre de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional Sentencia T-636 de Agosto 15 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio sierra porto.

Corte constitucional Sentencia T-946 de Noviembre 9 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia T – 870 del 5 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia T – 424 del 26 de junio de 2009. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T – 572 del 26 de agosto de 2009. Magistrado
Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia T – 857 del 26 de noviembre de 2009. Magistrado
Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia C - 985 del 2 de diciembre de 2010. Magistrado
Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Cahljub.

Corte constitucional Sentencia T-890 de 1 de diciembre de 2009. Magistrado
Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T – 249 del 16 de abril de 2010. Magistrado
Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia C – 577 del 26 de julio de 2011. Magistrado
Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T – 525 del 5 de julio de 2011. Magistrado
Ponente: Mauricio Gonzalez Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia T – 009 del 17 de enero de 2014. Magistrado
Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia T – 528 del 18 de julio de 2014. Magistrada
Ponente: Maria Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia T – 070 del 18 de febrero de 2015. Magistrado
Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional con sentencia. SU- 214/16 del 28 de Abril de 2016.