

PROYECTO DE LEY 082 DE 2015 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.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene como fin reconocer la infertilidad, como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana, y garantizar el acceso total a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización reconocidas por la (OMS), a través de su inclusión en el Plan de Beneficios.

Artículo 2°. *Definición.* 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.

Artículo 3°. *Campo de aplicación.* La presente ley se aplicará a todos los ciudadanos afiliados en el Sistema de Salud Pública del Estado colombiano.

Artículo 4° *El Ministerio de Salud* es la autoridad encargada de la aplicación de la presente ley y debe proporcionar las medidas necesarias para garantizar el derecho igualitario a todos los usuarios.

Artículo 5°. *Inclusión en el plan de beneficios.* Se incluirán en plan de beneficios, dentro de la atención por parte del Estado y los particulares que participan del Sistema de Salud, entre otros procedimientos y tratamientos: 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. Igualmente quedarán incluidos los procedimientos de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Parágrafo. El Ministerio de Salud en un plazo no mayor a seis meses a partir de la expedición de la presente ley, deberá reglamentar específicamente la atención para el tratamiento de la infertilidad dentro del Sistema de Salud.

Artículo 6°. *Requisitos para acceder a la atención.* Además de lo establecido en el artículo 2° de la presente ley, para acceder a sus beneficios, las personas deberán ser ciudadanos colombianos o tener un mínimo de 5 años de residencia en nuestro país, haberse diagnosticado problemas de infertilidad verificables por un profesional competente, comprobarse la necesidad en dicho paciente, demostrar que no cuenta con los recursos necesarios para costear el tratamiento. Tendrán prioridad aquellas parejas que aún no hayan tenido hijos (infertilidad primaria).

Se contemplarán los tratamientos de alta complejidad que deberán ser analizados por un Consejo Médico Consultivo de Fertilidad Asistida y un Comité de Bioética que abordará casos específicos.

Artículo 7°. *Centros de atención especializada.* El Estado y los particulares que participan del Sistema de Salud desarrollarán, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que quienes soliciten tratamientos para la fertilidad accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad, seguridad y obligación de garantía, para lo cual será imperativo asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud se cree e implemente los centros de atención especializada en las diferentes empresas sociales del Estado departamental, distrital y municipal que garantice el servicio y cuente con el personal médico profesional idóneo y suficiente.

Parágrafo 1°. El Gobierno nacional deberá incentivar la investigación y equipamiento con tecnología de punta en este tipo de tratamientos para lo cual el Colciencias y los Ministerios de Salud y Educación priorizarán recursos para la investigación y preparación de profesionales colombianos en el tema de infertilidad humana, demostrando que los tratamientos aplicados tienen evidencia científica.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud, adoptarán las medidas necesarias para regular, la inspección, vigilancia y control de los centros médicos que realicen los diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de la fertilidad asistida. Elaborarán estadísticas para el conocimiento, estudio y seguimiento de esta problemática, propiciarán el desarrollo de centros de referencia de procreación humana asistida integral en los hospitales públicos y la firma de convenios asistenciales con entidades privadas con el fin de cubrir la atención de la población afectada.

Artículo 8°. *Registro Único.* El Ministerio de Salud creará un registro único en el que deben estar inscritos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida solo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine el Ministerio de Salud.

Artículo 9°. *Asociaciones público privadas.* Para los propósitos de la presente ley, y con el fin de garantizar la cobertura de los procedimientos de reproducción asistida, se podrán establecer Asociaciones Público Privadas, cuando estas últimas cuenten con la infraestructura, la tecnología y el equipo humano necesario en procedimientos de alta y baja complejidad para prestar de manera oportuna los tratamientos requeridos.

Artículo 10. *Formación de Talento Humano.* El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación llevarán a cabo las acciones necesarias para fomentar la oferta educativa de alta calidad e innovación en los temas relacionados con este proyecto de ley.

Artículo 11. *Registro presupuestal.* A fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Hacienda conjuntamente con el de Salud deberán proveer anualmente dentro del Presupuesto General de la Nación la correspondiente asignación presupuestal.

Artículo 12. *Dentro de los términos que establezca el Ministerio de Salud,* una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad y hasta tres (3) tratamientos de reproducción

medicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos.

Artículo 13. El Ministerio de Salud llevará a cabo campañas de información y de difusión de cuidados de la fertilidad haciendo hincapié en la importancia de la edad de la mujer, la utilización de métodos anticonceptivos adecuados, la prevención de infecciones que puedan afectar la fertilidad, control de enfermedades que incidan en la fertilidad, la interacción con el medio ambiente y su impacto en la fertilidad.

Artículo 14. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su sanción y promulgación, derogando todas las normas que le sean contrarias.

Cordialmente,

CONSULTAR NOMBRES Y FIRMAS EN ORIGINAL IMPRESO O EN FORMATO PDF

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Antecedentes legislativos

En el periodo anterior, se puso a consideración una iniciativa semejante, el Proyecto de ley número 107 de 2009 Cámara, por el Representante a la Cámara Musa Besaile Fayad, con el que buscaba se reconociera la infertilidad como una enfermedad, y se autorizara su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud; al igual que en la legislatura pasada donde también se presentó por parte del Representante a la Cámara Laureano Acuña, el Proyecto de ley número 109 de 2013 C, por medio del cual se quería reconocer la infertilidad como enfermedad y se establecían criterios para su cobertura médico asistencial por parte del Sistema de Salud del Estado; iniciativas que fueron archivadas y las cuales nos permitimos recoger para plasmar en este proyecto, que presento con el mismo sentir e interés de quienes me precedieron en buscar legislar sobre un asunto tan importante.

Consideraciones generales

Desde el 2009, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, detallada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

Clasificación

La infertilidad se clasifica 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.

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 pri maria, 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[1][1].

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 TRA 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?[2][2].

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¿.

El presidente de la República, Juan Manuel Santos, firmó en la Casa de Nariño la ley Estatutaria de Reforma a la Salud, con la que constitucionalmente este derecho se consagrará como fundamental y no como un servicio obligatorio.

Al establecerse como un derecho fundamental, a ninguna persona se le podrá negar la atención médica de urgencia. Este es uno de los puntos más importantes que contempla la

ley, al igual que un mayor control de precios sobre los medicamentos, el blindaje al mecanismo de la tutela y la consagración de la autonomía médica.

Con lo anterior serán los médicos y no las EPS los que decidan sobre qué tratamientos o medicamentos son necesarios en la atención a los pacientes.

Para blindar los recursos, el Ministerio definirá unas `reglas de juego¿ para decidir qué tratamientos no serán pagados por el Sistema de Salud, sino por las personas que quieran acceder a los mismos. Por ejemplo, el caso de procedimientos experimentales, que tengan que ser presentados en el exterior o que no tengan evidencia clínica de su efectividad.

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.

¿Ahora tendrán derecho a todo, excepto a lo que esté expresamente excluido del POS. La ampliación será progresiva e iniciaremos un proceso participativo con la ciudadanía para definir qué se debe excluir expresamente, teniendo en cuenta la situación fiscal y la viabilidad del sistema¿, anunció el Presidente[3][3].

¿Cuáles son las exclusiones y limitaciones del POS?

Están excluidos, es decir que no son financiadas con 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 excluyen, entre otros, los siguientes tratamientos descritos en el POS:

¿ De carácter estético, cosmético o suntuario.

¿ El suministro de lentes de contacto, sillas de ruedas, plantillas, etc.

¿ Ciertos tratamientos como: curas de reposo o para el sueño.

¿Para la infertilidad; experimentales o con drogas experimentales;

¿ Psicoterapia individual o de pareja, psicoanálisis; y

¿ Tratamientos de periodoncia, ortodoncia, implantología y blanqueamiento dental.

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:

a) 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;

b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;

d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

e) **Que se encuentren en fase de experimentación;**

f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

También es importante resaltar que con esta reforma se cambia el Plan Obligatorio de Salud (POS), por un Plan Único de Beneficios más amplio, basado en exclusiones específicas.

Fundamentos Constitucionales

La Corte Constitucional concluyó, en la Sentencia T-732 de 2009[4][4], sobre Los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad.

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.

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.

Con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los *derechos reproductivos* reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.

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¿*.

Así mismo, 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, (iv) **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.

Marco jurisprudencial

Sobre los asuntos de infertilidad, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial que fue anotada en la Sentencia T-528 de 2014[5][5] 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.

De todas maneras, 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 *¿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¿*.

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.

Derecho comparado en América Latina en relación con las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida y su inclusión en el sistema público de salud.

4.1. Varios países de la región han avanzado en la regulación de las técnicas para atender la infertilidad y en su inclusión en el sistema público de salud, ampliando el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida que existen desde la década de los setenta, pero que aún solo están al alcance de las personas con mayor poder adquisitivo.

4.1.1. En Brasil, el Ministerio de Salud mediante la Portaria (Ordenanza) número 3149 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil doce (2012), destinó recursos financieros a los establecimientos de salud que realizan procedimientos de atención a la reproducción humana asistida, en el ámbito del sistema único de salud (Sistema Único de Saúde - SUS), incluyendo la fertilización in vitro y/o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, bajo las siguientes consideraciones: (i) la Constitución 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 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) número 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) número 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) entendiéndose 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.

4.1.2. En 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). La Ley 26.862, que busca materializar la prevalencia de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, fue reglamentada por el Decreto número 956 de 2013, normativa que identifica las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y alta complejidad comprendidas en la ley, ubicando entre estas últimas a la fecundación *in vitro*.

4.1.3. En Uruguay, el poder legislativo mediante la Ley 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. El artículo 3° del texto normativo establece como deber del Estado garantizar *¿que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud¿*.

El artículo 5° diferencia entre los procedimientos de reproducción humana asistida de alta complejidad y baja complejidad y establece su cobertura. Así, define como técnicas o procedimientos de baja complejidad aquellos en función de los cuales la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino, los cuales quedan comprendidos dentro de los programas integrales de asistencia que deben brindar las entidades públicas y privadas que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud y serán financiados por este, cuando la mujer no sea mayor de cuarenta (40) años. Continúa señalando la disposición normativa que las técnicas o procedimientos de alta complejidad son aquellas en virtud de las cuales la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar fuera del aparato femenino, transfiriéndose a este los embriones resultantes, sean estos criopreservados o no, precisando que serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos, a través del Fondo Nacional de Recursos con el alcance y condiciones que establecerá la reglamentación a dictarse por el poder ejecutivo. Igualmente, indica que las prestaciones a brindarse incluyen los estudios necesarios para el diagnóstico de la infertilidad así como el tratamiento, material de uso médico descartable y otros estudios que se requieran, el asesoramiento y la realización de los procedimientos terapéuticos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad, las posibles complicaciones que se presenten y la medicación correspondiente en todos los casos.

4.1.4. En 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 algunas excepciones brindarán las de alta complejidad (esencialmente, fertilización in vitro)¿.*

4.1.5. En 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 ginecología y obstetricia. Dichos centros hospitalarios cuentan además con un Cuadro Básico de Insumos aprobado por la Secretaría de Salud para la Atención Médica Básica, en donde se enlistan los medicamentos cuya provisión corre por cuenta del Estado, que para el año en curso (2014) incluye como artículos 10 y 20 del apartado 9 *¿Gineco-Obstetricia¿*, las sustancias Clomifeno y Gonadotropinas, propias del tratamiento patológico de la infertilidad.

A estos medicamentos tienen acceso, incluso, las personas que hacen parte del seguro popular, cuyos servicios se encuentran descritos en el Catálogo Universal de Servicios de Salud de Intervención Pública; en el que rige actualmente no se consideran los métodos de reproducción humana asistida. El seguro social de los trabajadores y el de los servidores públicos al servicio del Estado, presta ayudas de planificación familiar como asistencia médica preventiva en salud, ya sea a través de su personal e instalaciones, o indirectamente por medio de instituciones públicas o privadas con quienes celebra convenios para tal efecto, además, goza de autonomía para su organización y la administración de los recursos. Los institutos han incluido en su planilla de servicios, tanto el tratamiento a nivel patológico de la infertilidad, como los procedimientos de reproducción asistida, y basta con que se cumplan con las cuotas propias del trabajador o prestador de servicios, para que junto con su pareja puedan tener acceso a tales procedimientos de alta y baja complejidad de fertilización humana.

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.

Lo anterior, sin desconocer que la ampliación progresiva del plan de beneficios debe sopesar el contraargumento del equilibrio financiero del sistema de salud. Pero, si bien esta condición, que ha funcionado como una suerte de contención de los costos al interior del régimen, debe ser tomada en cuenta, permitiendo que el avance sea progresivo y modulado, no puede ser un argumento *per se* para paralizar en el tiempo la extensión del Plan Obligatorio de Salud.

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Progresividad del derecho fundamental a la salud

La salud no es únicamente la ausencia de afecciones y enfermedades en una persona, sino un estado completo de bienestar físico, mental y social, acorde con las posibilidades y las condiciones dentro de las cuales la persona se relaciona con el Estado, su familia y los demás integrantes de la comunidad.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud define la salud de la siguiente manera:

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

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

Atendiendo al propósito de ampliar el concepto del derecho a la seguridad social, la comunidad jurídica en el ámbito internacional de los derechos humanos considera que la salud incluye una amplia gama de libertades y derechos que procuran el nivel más alto posible de bienestar físico, mental y social para toda la humanidad, reconociéndole, además, una concepción universal y expansiva en cuanto abarca un gran cuerpo de servicios y asistencias a cargo del Estado, la sociedad y la familia.

Lo anterior explica por qué el derecho fundamental a la salud comprende algunas prestaciones que *prima facie* podrían ser consideradas desproporcionadas o, inclusive, ajenas al deber de garantizar a la persona el bienestar que caracteriza a este derecho, pero que analizadas dentro de un determinado contexto médico y terapéutico resultan lógicas, razonables, necesarias y conducentes para la adecuada atención de la persona afectada.

Por esta razón, la Corte ha vinculado prestaciones como el transporte de enfermos y sus familiares, la adecuada nutrición del paciente, el derecho a la vivienda, el acceso a agua limpia y potable, la inclusión de determinados medicamentos, tratamientos y procedimientos no previstos en el Plan Obligatorio de Salud para que, excepcionalmente, hagan parte de este paquete esencial de servicios de salud que se ofrecen a todos los afiliados al sistema. Es así como la Corporación ha venido ampliando progresivamente la

gama de ayudas que, según el caso, resulten necesarias para la adecuada protección del derecho consagrado en el artículo 49 de la Carta Política.

Esta afirmación resulta corroborada por lo expuesto en la Sentencia T-274 de 2009, en la cual quedó consignado:

¿[¿] la tarea de asegurar protección a la salud constituye una labor de permanente actualización y perfeccionamiento, razón por la cual los Estados no pueden justificar el alcance de un determinado grado de satisfacción del derecho para cesar los esfuerzos que permitan un mejor cumplimiento. Tal es el sentido según el cual debe comprenderse *¿El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud¿*. Aunado a lo anterior, dicha estructura del derecho se ajusta al mandato de progresividad señalado en el artículo 2° de la Convención, el cual prescribe a las organizaciones estatales el deber de adoptar las medidas que sean necesarias *¿hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos¿*.

¿En este entendido, la salud no ha de ser comprendida de manera exclusiva como la facultad de goce de un determinado conjunto de condiciones biológicas que permita la existencia humana, pues esta garantía *¿abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano¿*. De ahí resulta 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 ¿como 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 *¿[e]l Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social¿¿*.

De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, 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¿*.

Ahora bien, si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año dos mil catorce (2014), pasados más de veinte (20) años desde la expedición de la Ley 100 de 1993, y más de cinco (5) años desde el proferimiento de la Sentencia T-760 de 2008, el Estado siga dando la misma respuesta a las personas que padecen de infertilidad,

sabiendo que el sistema de seguridad social en salud debe ser progresivo. De tal manera, a medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo, generando discriminaciones por *omisión*, pues *¿[e]l que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse¿*. Así lo señaló la Sala Tercera de Revisión en la Sentencia T-595 de 2002, en la que también 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.

Por lo anterior, considerando la insuficiencia de regulación existente en lo que tiene que ver con la exclusión absoluta del Plan Obligatorio de Salud de los tratamientos de fertilidad, que precisa ser superada, la Sala exhortará al Gobierno nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización *in vitro*, e inicie una discusión pública y

abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

Impacto fiscal

Es claro que lo estipulado en el proyecto de ley supone un impacto fiscal, cabe en este punto recordar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-502 de 2007[6][6].

La Corte considera que los primeros tres incisos del artículo 7° de la Ley 819 de 2003 deben entenderse como parámetros de racionalidad de la actividad legislativa, y como una carga que le incumbe inicialmente al Ministerio de Hacienda, una vez que el Congreso ha valorado, con la información y las herramientas que tiene a su alcance, las incidencias fiscales de un determinado proyecto de ley. Esto significa que ellos constituyen instrumentos para mejorar la labor legislativa. Es decir, el mencionado artículo debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las leyes que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del Ministro de Hacienda. Y en ese proceso de racionalidad legislativa la carga principal reposa en el Ministerio de Hacienda, que es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto incorporando estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto. Y el Congreso habrá de recibir y valorar el concepto emitido por el Ministerio. No obstante, la carga de demostrar y convencer a los congresistas acerca de la incompatibilidad de cierto proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo recae sobre el Ministro de Hacienda.

De igual manera, se establece que es preciso reiterar que el Ministerio de Hacienda debe participar en el curso del proyecto durante su formación en el Congreso de la República, puesto que la carga principal en la presentación de las consecuencias fiscales de los proyectos reside en el Ministerio de Hacienda, el cual debe informar a los Congresistas acerca de los problemas que presenta el proyecto para no afectar la validez del proceso legislativo ni viciar la ley correspondiente.

De lo anterior puede desprenderse que el hecho de que no se encuentren estipulados cálculos sobre el impacto fiscal de la iniciativa, no implica una razón para desvirtuar el proyecto o emitir veto sobre el mismo, sino que según la jurisprudencia de la Corte, es tarea del citado Ministerio demostrar la inconveniencia fiscal de la iniciativa, si es que ella existe.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional motivó consultas institucionales sobre conveniencia e impacto fiscal de la eventual inclusión de los tratamientos de infertilidad en el Plan Obligatorio de Salud. En la Sentencia T-528 de 20141 esta Corporación exhortó al Gobierno nacional para que iniciara una discusión pública que incluyera en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a las técnicas de reproducción asistida. Tal decisión motivó a la Sala Sexta de Revisión de tutela, que ahora

conoce el caso del expediente T-4.492.963 al que hace referencia el peticionario, a indagar sobre el impacto fiscal de una eventual inclusión de tales tratamientos en el POS, dado su alto costo. Por lo anterior, a través del auto calendarado el 16 de enero de 2015 solicitó la siguiente información: ¿(¿)

Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social que informe a esta Corte: (i) cuáles han sido los estudios científicos y presupuestales realizados para determinar la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud; (ii) cuál es el impacto fiscal que generaría sobre los recursos destinados para el sistema de seguridad social en salud, el incluir tales tratamientos dentro del Plan Obligatorio de Salud; (iii) si actualmente los tratamientos de fertilidad se encuentran en la lista de espera de inclusiones. En caso de estar en dicha lista, cuál es el tiempo estimado para su inclusión en el POS. En caso contrario, esto es, de no estar en la lista de espera de inclusiones, explique las razones por las cuales se ha tomado dicha determinación; y (iv) cuántos tratamientos de reproducción asistida fueron realizados en Colombia en los últimos 10 años, en qué instituciones o centros médicos se efectuaron y cuáles eran las condiciones socioeconómicas de las personas que acudieron a la realización de tales tratamientos. Para ello dispondrá de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente auto y deberá allegar los documentos que permitan acreditar lo informado en respuesta a este proveído u otro dato que considere relevante.

***Ordenar* al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que informe a esta Corte: (i) si es posible medir o determinar el impacto fiscal que llegare a tener la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud, y de ser así, cómo se mide dicho impacto; (ii) en caso de haberse medido o de tener información al respecto, cuál es el impacto fiscal que generaría sobre los recursos destinados para el sistema de seguridad social en salud, el incluir los tratamientos de reproducción asistida dentro del Plan Obligatorio de Salud. Para ello dispondrá de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente auto y deberá allegar los documentos que permitan acreditar lo informado en respuesta a este proveído u otro dato que considere relevante.**

Invitar a Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi), a Pacientes Colombia, a la Federación Médica Colombiana, a la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y de Reforma Estructural al Sistema de Salud y Seguridad Social (CSR), a la Asociación de Facultades de Medicina y a la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (Profamilia), para que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de este auto, indiquen: (i) en qué consiste el diagnóstico de infertilidad, sus causas y efectos en la salud de los pacientes; (ii) cuáles son los diferentes tratamientos de reproducción asistida; (iii) bajo qué parámetros o limitaciones deben ser realizados los mismos, por ejemplo, a cuantos intentos está sujeto el tratamiento, si tiene algún límite de edad o contraindicación médica específica; (iv) de conocerlos, cuáles han sido los estudios científicos y presupuestales desarrollados para determinar la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud; y (v) de conocerlo, cuál es el impacto fiscal que podría generarse sobre los recursos destinados para el sistema de seguridad social en salud, el incluir tales tratamientos dentro del Plan Obligatorio de Salud. Dispondrán de veinte (20) días contados a partir de la notificación del presente auto.

Solicitar la colaboración al Representante a la Cámara Laureano Augusto Acuña Díaz, autor del proyecto de ley ¿Por medio del cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado¿, radicado en la Cámara de Representantes el 26 de septiembre de 2013, para que remita a esta Corporación los estudios, el análisis, así como la exposición de motivos que dieron lugar a la presentación del proyecto¿.

Es preciso aclarar que hasta el momento no se ha proferido la sentencia por parte de la Sala Sexta de Revisión de tutela en el caso del expediente T-4.492.963. Al respecto, se pone en conocimiento del peticionario que los términos para resolver el asunto del citado expediente fueron suspendidos mediante auto del 16 de enero de 2015. De igual forma, al mismo fueron acumulados tres asuntos más a través del auto del 12 de febrero de 2015, los cuales están siendo estudiados para proferir la correspondiente sentencia. Debo señalar que el vencimiento para la decisión de esos expedientes es el 25 de mayo de 2015.

Para concluir, se evidencia que el pasado 25 de mayo del año en curso vencieron los términos para que la Corte Constitucional se pronuncie, dejando en firme los términos que nos servirán como base para señalar de forma clara los parámetros para incluir los tratamientos de infertilidad en el POS, reconociendo de esta manera un derecho supremamente trascendental, como es el de procrear con ayuda médica.

Cordialmente,

CONSULTAR NOMBRES Y FIRMAS EN ORIGINAL IMPRESO O EN FORMATO PDF

CÁMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL

El día 19 de agosto del año 2015 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 082 con su correspondiente exposición de motivos por los honorables Representantes *Martha Villalba, Ana María Rincón, Wilmer Carrillo y otras firmas.*

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

[2][2] <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/infertilidad-se-necesita-que-el-congreso-impulse-proyecto/15919715>

[3][3] <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/presidente-santos-sanciono-ley-estatutaria-reforma-salud>

[4][4] Sentencia T-732 de 2009 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

[5][5] Sentencia T-528 de 2014 Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

[6][6] Sentencia C-502 de 2007 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.