

**Técnicas de Procreación Humana Asistida en Mujeres Privadas de la Libertad en  
Colombia: un análisis desde el Bioderecho y la Bioética**

**Autores:**

María Camila González Correa  
Kiefer Sneider Merchán Rodríguez  
Jhoana Melisa Peña Díaz

**Tutor:**

Diana Rocío Bernal Camargo

**Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario  
Facultad de Jurisprudencia  
Maestría en Bioderecho y Bioética  
Trabajo de grado**

## **Resumen**

Se abordará el caso de Magdalena, una mujer en edad reproductiva, quien quedará privada de la libertad, y tras su detención, dará fin a su relación con su compañero sentimental, con quien había proyectado una familia, sin embargo, tras ser llevada a prisión su deseo de formar una familia seguirá latente, llevándola a solicitar al Estado garantías frente al acceso de técnicas de reproducción asistida con el fin de suplir su deseo de conformar una familia. Lo anterior producirá diferentes interrogantes ante la posibilidad de conceder o negar dicha solicitud, teniendo en cuenta el hecho de que una vez la mujer cumpla con su condena, se verá inmersa en posibilidades negativas ante un posible embarazo a una edad mayor de los 40 años.

## **Abstract**

We will approach the case of Magdalena, a woman of reproductive age, who will be deprived of liberty, and after her arrest, she will end the relationship with her sentimental partner, with whom she had planned a family, however, after being taken to prison, her desire of becoming a mother, will remain latent, leading her to request guarantees from the State, regarding access to assisted reproduction techniques in order to achieve her desire to form a family. The above, will raise different questions regarding the possibility of granting or denying the request, taking into account the fact that once the woman completes her sentence, she will be immersed in negative possibilities of being pregnant at an age older than 40 years.

## **Palabras clave**

Técnicas de reproducción humana asistida, mujeres privadas de la libertad, derechos humanos, PBS (Plan de Beneficios en Salud), derechos sexuales y reproductivos.

## **1. Introducción**

Las técnicas de procreación asistida se vienen desarrollando desde mediados del Siglo XX y fue a finales de la década de los `70 que se logró el primer nacimiento exitoso con Fecundación In Vitro (FIV) (Díaz A.: 2007, 75). Su indicación estaba pensada inicialmente como una posible solución ante las problemáticas de esterilidad e infertilidad humana. Aunque estas técnicas no buscan curarla, si se prevén como una alternativa al deseo de hijos biológicos (Bestard C. et. Al, 2003, 123). Con ocasión a la multiculturalidad y globalización, la procreación humana asistida también podría convertirse en una solución para esas personas que desean conformar una familia, que bien sea por su preferencia sexual, identidad de género, postergación de la maternidad y/o paternidad, entre otras de las múltiples razones y las diferentes legislaciones han ido reconociendo estas diversas razones para permitir su uso (Bernal, López & Llano, 103).

En Colombia no existe una regulación legislativa, ni reglamentación sectorial específica que permita tener criterios, principios y reglas para resolver situaciones ético-legales que se suscitan con ocasión de la introducción de estas técnicas. Esta falta de regulación se refleja en la falta de consensos clínicos que se puedan aplicar para diferentes casos de personas con problemas de infertilidad.

La ausencia de regulación no ha impedido su uso progresivo ni la generación de problemáticas asociados que han llegado al ámbito del juez constitucional, siendo incluso de interés para la Corte Constitucional, que – como en otras materias – ha exhortado al legislativo colombiano para que

desarrolle normativa sobre la materia, con miras a proteger derechos e intereses de los diferentes actores implicados.

Son varios los proyectos de ley que se han presentado ante el Congreso de la República, dando como resultado la Ley 1953 de 2019 que estableció los lineamientos fundamentales con miras a desarrollar políticas públicas de prevención de la infertilidad y su tratamiento en el marco de la salud reproductiva. Sin embargo, esta normativa tiene un enfoque desde la medicalización, es decir prevé el acceso a estas técnicas siempre que se trate de un problema de infertilidad asociado.

Pese a los avances de la referida ley, es de mencionarse que la Resolución 2273 de 2021 dentro del listado de exclusiones del Plan de Beneficios en Salud (PBS) incluye los tratamientos de “Fecundación In Vitro con ICSI y la Inseminación Artificial femenina y masculina”, lo cual resulta en que las oportunidades de que un colombiano promedio pueda acceder a dichos tratamientos sean escasas o casi nulas por sus altos costos.

Tomando en consideración el contexto previo, se entrará a analizar el caso hipotético de una mujer privada de la libertad en edad reproductiva, quien solicitará al Estado Colombiano, se le sean aprobadas las TPHA, lo cual involucrará toma de decisiones sobre la asignación de recursos para procedimientos de procreación humana asistida en población privada de la libertad.

## **2. Metodología**

Tomando en consideración el vacío normativo en contraste con las reglas jurisprudenciales sobre procreación humana asistida, se tomará el caso desde el enfoque de la bioética deliberativa, así como desde los principios y derechos que busquen fundamentar las respuestas bioéticas y biojurídicas al caso planteado. En este sentido se realizará un análisis interpretativo a la normatividad legal vigente y los posibles vacíos jurídicos que rigen la materia.

El análisis deliberativo se fundamenta en la metodología de Diego Gracia, basado en el estudio de casos y ponderación de derechos involucrados, al tratarse de un análisis bioético y jurídico de un caso concreto, el cual podrá ser utilizado como génesis para que futuras generaciones puedan aplicar al mismo, y hacer prevalecer sus derechos a la libertad sexual a través de las técnicas de reproducción asistida.

## **3. Presentación del caso**

Magdalena es una mujer afroamericana, proveniente de Buenaventura, Valle del Cauca. Magdalena toda su vida ha sido víctima del conflicto armado que se vive en la ciudad. A los 10 años quedó huérfana de padre, un humilde pescador quien fue asesinado en un “ajuste de cuentas” debido a la coacción que vivían los habitantes de dicha ciudad, por la presencia del grupo armado “Los Urabeños”. Desde la muerte de su padre, Margarita, su madre, tuvo que hacerse cargo de Magdalena, y sus 4 hermanos.

Magdalena creció y al ver los grandes esfuerzos que tenía que hacer su madre por sostener a su familia, decidió irse a probar suerte en la ciudad de Cali. Allí trabajó en servicios domésticos en una mansión en Pance, donde conoció a Jairo, un humilde electricista quien arreglaba las

instalaciones del condominio, Pance Real, donde los dos trabajaban. Desde entonces decidieron tener una relación.

Magdalena, hermana mayor de un hogar de 5 hijos enviaba mensualmente una cuota a su madre, sin embargo, los gastos eran mayores a los ingresos, su padre también había dejado muchas deudas. Viendo aquella situación, y pobres oportunidades laborales, Magdalena no tuvo otro camino que irse de Mula a la Ciudad de Madrid el 25 de enero del año 2019 cuando tenía 35 años, sin embargo, fue capturada a la salida de Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, en Palmira, Valle.

Fue llevada al Centro de Reclusión de Mujeres de Jamundí donde pudo reencontrarse con su familia, y Jairo, quien estaba muy decepcionado de ella, y decidió dar fin a la relación.

En mayo de 2021, a sus 37 años, fue condenada a 124 meses de prisión, es decir 10 años. En enero de 2021 solicitó y recibió autorización del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio para cita de rutina al Ginecólogo, quien le ordenó una serie de exámenes (citología, ecografía transvaginal, exámenes de sangre para revisión de estado general-sífilis, toxoplasma, VIH, entre otros). Esa misma semana, presenta al Centro de Servicios la solicitud para autorizar la práctica de dichos exámenes y pese a los obstáculos logra realizarlos el 25 de febrero de 2021. En la visita de control autorizada en el mes de marzo, el ginecólogo en términos generales le indica que se encuentra en buen estado de salud y ella le manifiesta su intención de quedar en embarazo.

Magdalena, ya cerca a los 38 años, tenía planes de quedar en embarazo con su pareja, Jairo, sin embargo, la violencia, y el desespero por encontrar mejores oportunidades, la llevaron a tomar malas decisiones. Ahora Magdalena se siente sola, sin embargo, siente un profundo deseo de ser madre biológica, y ya que no cuenta con una pareja, desea acudir a uno de esos centros de fertilidad que están la ciudad de Cali, pero requiere la financiación por parte por parte del Estado, y por supuesto la autorización del Centro de Servicios.

Al recibir la condena, conforme al diálogo con su abogado, deberá cumplir una condena efectiva de aproximadamente 4 años, es decir que saldrá de prisión cuando tenga casi 42 años, lo que puede ser un problema para concebir a esa edad. En este contexto es que ella acude tanto al juzgado que ejecuta y vigila el cumplimiento de su pena, como al Centro de Servicios buscando la ruta para poder acceder a un procedimiento de fertilización con un donante anónimo que le permita hacer su sueño realidad.

#### **4. El contexto legal de las TPHA en Colombia**

##### **4.1. Normativa aplicable y regulación sobre las técnicas de reproducción asistida en Colombia**

Colombia no cuenta con una regulación clara sobre las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, de la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales se desprenden derechos asociados a estas técnicas que constituyen criterios de interpretación para el análisis de debates como el caso que se plantea.

Si bien la Constitución Política Colombiana no se ocupa en detalle de las mismas, es importante mencionar que reconoce la existencia científica y jurídica de las mismas, al señalar en el artículo 42:

*ARTICULO 42.*

*(...)*

***Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.***

*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.*

*Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.*

*(...)*

(Negrillas fuera del texto)

De la disposición constitucional se desprende que, en efecto, la procreación asistida es una opción constitucionalmente válida, y científicamente posible, para la procreación de hijos dentro o fuera del matrimonio. Lo que implica que una regulación o interpretación jurídica sobre el tema, deba tomar en cuenta que el acceso a este tipo de técnicas no está sujeto a la existencia de un vínculo matrimonial o a parejas heterosexuales, como lo veremos en los alcances de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En las TPHA confluyen derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la salud, el derecho a la familia, el derecho a la vida, derecho al consentimiento informado, principalmente (López et. al: 2021). Estos derechos son considerados en el sistema jurídico colombiano como derechos fundamentales y en consecuencia tiene una protección jurídica especial a través de mecanismos como la acción de tutela, que ha sido la vía de muchas mujeres y parejas para buscar el acceso a este tipo de tratamientos (Pabón et. al: 2017)

La única normativa específica relacionada es la Ley 1953 de 2019, mediante la cual se establecieron los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. Esta norma deja grandes vacíos en cuanto a los criterios de inclusión para dichos procedimientos, que se vuelven tan solicitados en nuestro país. Se comenta acerca de una política pública que tendrá varios componentes, sin embargo, 3 años después, en el 2022, aún no hay ninguna guía, protocolo, esquemas, donde los profesionales se puedan apoyar para el manejo, abordaje, criterios de inclusión o exclusión de dicha condición, por lo tanto, sigue siendo un misterio este campo para los profesionales de la salud, quienes día a día viven un campo de batalla, por falta de una regulación.

Se conoce como técnicas de reproducción asistida a aquellos procedimientos que buscan o reemplazan en algunos pasos, el proceso natural de la reproducción, en la mayoría de los casos debido a patologías como la infertilidad.

Actualmente son muchas técnicas las descritas, sin embargo, ante el Estado colombiano las diferentes solicitudes que han llegado a través del mecanismo de tutela conforme a la Sentencia de Unificación SU – 074 de 2020, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, proferida el 20 de febrero de 2020 han sido 2, a saber:

**Inseminación artificial:** Corresponde a una de las técnicas de reproducción asistida más simple y antigua en el mundo. Es una técnica en la cual se produce un reemplazo de la relación sexual como medio para conseguir la gestación, y es la primera técnica de elección en casos leves de infertilidad masculina o femenina. Dicho procedimiento se puede realizar mediante el uso del espermatozoides de la pareja (inseminación artificial homóloga), o mediante donante anónimo (inseminación artificial heteróloga).

Uno de los problemas que se pueden presentar con dicha técnica, corresponde al riesgo de embarazos múltiples, debido a que en muchos casos se administran medicamentos para inducir la ovulación, por lo cual se produce la posibilidad de superovulación, que puede llevar a dichos eventos (**Manual de Buena Práctica Clínica en Reproducción Asistida, 2016**)

**Fecundación In Vitro:** Es una técnica mucho más sofisticada, y existen diferentes variaciones de la misma. El procedimiento en general consiste en la extracción de óvulos de la mujer, el cual es controlado mediante la realización de una ecografía transvaginal. Una vez obtenidos los óvulos, se ponen en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio, y posteriormente se le agrega el espermatozoides a dicha solución. El óvulo fertilizado se examina durante un par de días mientras se realiza la división celular, para después introducirlo por la vagina en el útero de la mujer; una vez el embrión se implante en la pared uterina, habrá un embarazo (**Manual de Buena Práctica Clínica en Reproducción Asistida, 2016**)

Las técnicas de reproducción asistida se vienen desarrollando desde mediados del Siglo XX, en primera instancia como una posible solución ante las problemáticas de esterilidad e infertilidad humanas, como ya mencionó; no obstante, debido a la multiculturalidad y globalización, la reproducción asistida también podría convertirse en una solución para esas personas que desean conformar una familia, que bien sea por su preferencia sexual, identidad de género, el hecho de estar solteras o solteros, no puedan realizarlo con tanta facilidad, ya que el acceso a dichos procedimientos se vuelven un lujo debido a sus altos costos, y el difícil acceso debido a que aún no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS).

En lo que concierne a la salud sexual y reproductiva, la ONU en su Conferencia Internacional para la Población y el Desarrollo en el año 1994, señalaba que la salud sexual y reproductiva corresponde a la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos; de procrear, y tener la libertad para hacerlo o no, cuándo, y con qué frecuencia. Dicho lo anterior, se entiende que tanto hombres como mujeres tienen el derecho acceder a información relacionada con planificación familiar, así como para acceder a métodos de reproducción y servicios de salud adecuados, que les permitan gozar de una vida sexual plena, con gestaciones sin riesgos y humanizadas.

Ahora bien, se debe reconocer que el derecho a la familia está estipulado en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 de Colombia... “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la

voluntad responsable de conformarla”. Normalmente podríamos partir del concepto que toda persona puede procrear, y que, en cualquier momento, sin la necesidad de recurrir a terceros, podría recurrir a dicho derecho, sin embargo, lastimosamente no ocurre lo anterior en personas con problemas de fertilidad, diversidad sexual, o simplemente por el hecho de ser solteras.

En la actualidad existen países, como por ejemplo España, en donde las técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas, mediante la Ley 14 de 2006, en Gales e Inglaterra, el 1 de noviembre de 1990 se promulgó la Ley sobre Fertilización y Embriología Humana, en Canadá, El Código Civil de Québec reconoce la legalidad de las TRA, Suecia reguló tempranamente la práctica de la FIV por Ley de 1988, modificada posteriormente en el año 1991, prohibiendo la fecundación post mortem, en Islandia la Ley 568 de 1997 regula la fertilización artificial mediante IA y FIV, en Uruguay, la ley número 19167 también las regula; en Colombia únicamente encontramos un protocolo de tratamiento de la infertilidad del año 2017, y la Ley 1953 del 2019, donde se habla de manera muy general acerca de los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento.

La Política pública de infertilidad se desarrolla en los siguientes componentes:

1. Investigativo, cuya principal finalidad es la de fomentar la investigación científica, tanto en los sectores públicos como en los privados.
2. Preventivo, donde se identifica el objetivo de desarrollar estrategias de promoción y prevención de la enfermedad.
3. Educativo, el cual pretende reforzar la educación sobre salud sexual y reproductiva, donde se incluya información sobre la infertilidad y su abordaje terapéutico.
4. Diagnóstico y tratamiento oportuno, que pretende establecer esquemas de atención, diagnóstico y tratamiento oportuno frente a la infertilidad.
5. Adopción, donde se evidencia el establecimiento de los lineamientos sociales y legales que permitan formar una familia a partir de la adopción.

Con respecto al tratamiento, se habla sobre la determinación de algunos requisitos como la edad de la paciente, la condición de salud de la pareja infértil, la capacidad económica de la pareja, frecuencia o tipo de infertilidad, definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud, y demás aspectos que se consideren necesarios evaluar, sin embargo dicha política deja muchos vacíos normativos, ya que si bien habla de todos estos criterios a tener en cuenta, no es específica, y al contrario confunde al lector, y al sujeto de derecho que quiera quizá acudir a dichas técnicas.

#### **4.2. Antecedentes jurisprudenciales**

Un primer desarrollo de la jurisprudencia constitucional puede centrarse en las siguientes reglas evolutivas:

- a. En el marco del llamado Plan Obligatorio de Salud, los procedimientos relacionados con este tipo de técnicas se consideraron como NO POS y en un primer momento la Corte Consideró que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para solicitar dichos procedimientos (T-528/14)

- b. La excepción a la regla anterior aplicada por la Corte Constitucional fue considerar que si el peticionario padece de una afección a su salud o la vida que incluya la infertilidad, se considera que la acción de tutela puede ser el mecanismo transitorio adecuado para obtener el respectivo tratamiento (T-226/10)
- c. En relación con el uso de técnicas como el útero subrogado, la Corte ha señalado que si bien esta práctica no se encuentra prohibida en Colombia, por lo que si bien su uso debería reglamentarse por el congreso – a quien le exhorta-, debería considerarse algunos elementos mínimos como son: altruismo, existencia de condición de salud,

Conforme al análisis jurisprudencial que ha venido desarrollando la Corte desde 1991 hasta hoy en día, se ha evidenciado que la posición mayoritaria ha sido el negar el amparo de los derechos a la salud, integridad, libre desarrollo de la personalidad y formar una familia, mediante técnicas de reproducción asistida, específicamente en fecundación in vitro, por no vulnerar ningún derecho al no ser obligación del Estado cubrir tratamientos cuyo costo es alto.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 (Derecho fundamental a la salud), la postura de la Corte era clara en negar el procedimiento en virtud de no encontrarse dentro del plan obligatorio de salud (POS) y establecía tres excepciones: (I) la vida, salud o integridad personal están en riesgo, incluyendo la salud sexual y reproductiva, (II) Continuidad en el tratamiento, cuando ya se había iniciado, no se puede interrumpir, (III) la infertilidad sea un síntoma o consecuencia de otra enfermedad.

Con la fuerza que ha ido tomando la protección de los derechos sexuales y reproductivos, en la Sentencia de Unificación SU – 074 de 2020, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, proferida el 20 de febrero de 2020 la Corte hizo un recuento jurisprudencial de los diferentes casos que ha abordado, en ese sentido ha señalado dos posturas de la Corte:

1. Los tratamientos de reproducción asistida no deben ser garantizados mediante acción de tutela, salvo: que se vulnere el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud o que, de la práctica del procedimiento de fertilidad, dependan sus derechos fundamentales a la vida, salud e integridad personal del paciente.
2. El análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, los tratamientos de reproducción asistida deben ser garantizados cuando se concluye que la imposibilidad de acceder al procedimiento resulta en una vulneración de estos derechos fundamentales, siempre y cuando se cumplan estrictos requisitos.

La Corte encuentra que la reproducción asistida de alta complejidad que requiere tratamientos de fecundación in vitro se encuentra relacionada con la protección efectiva de varios derechos fundamentales como la dignidad humana, igualdad, salud, autonomía reproductiva, libre desarrollo de la personalidad, vida privada y familiar, la procreación y conformar una familia. Asimismo, señala la importancia del principio de progresividad a fin de que se avance hacia el más alto nivel de salud, ampliar y desarrollar el ámbito de realización del derecho que ya se encuentra garantizado y no disminuir el nivel de protección alcanzado con anterioridad.

Es por eso que establece los parámetros al tener en cuenta cuando se presenta una solicitud:

- I. Edad.
- II. Condiciones de salud de la pareja infértil: fuera prescrito por un médico especialista adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliada la persona, si es ordenada por un médico particular, este se encuentre adscrito a una IPS habilitada, el solicitante hubiera agotado los demás procedimientos y alternativas para atender la infertilidad. De ser la única posibilidad se indiquen los riesgos y efectos de su realización.
- III. El número máximo de intentos será de 3 por persona o pareja con infertilidad que lo soliciten.
- IV. Carecer de capacidad económica suficiente para sufragar el costo del tratamiento
- V. Quien lo solicite no haya tenido hijos previamente.

Validando las circunstancias objetivas, verificables y graves de cada solicitud.

Como el contar con un concepto favorable, el cual será presentado ante el ADRES para que evalúe la solicitud y cumplimiento de requisitos, junto a la vulneración de derechos y en caso de encontrar que cumple con los requisitos remita el concepto a la EPS para practicar el procedimiento a través de las IPS o convenios con los que cuente.

De lo anterior, se puede evidenciar que si bien la Corte ha realizado un análisis profundo en las diferentes sentencias de tutela que ha estudiado en relación con los tratamientos de reproducción asistida, ha dejado un precedente marco hacia personas que padecen de infertilidad, dejando un vacío frente a otras situaciones que se pueden presentar.

#### **4.4. Derechos de las personas privadas de la libertad**

De acuerdo con la normatividad legal vigente, en Colombia, cuando una persona es hallada responsable de la comisión de una conducta punible, su consecuencia jurídica es la imposición de una pena, ya sea principal como lo es la privación de la libertad en establecimiento carcelario o sustitutiva como lo es la prisión domiciliaria, las cuales son impuestas por un juez o tribunal competente.

En virtud de lo anterior, el artículo 37 de la Ley 599 del 2000 establece que la pena de prisión estará sujeta a tres reglas a saber: primero, que la pena de prisión para los tipos penales tendrá como máxima duración 60 años, excepto en los casos de concurso (art. 31 del C. P.); segundo, que el cumplimiento de pena, así como los beneficios penitenciarios que versen sobre la reducción de la condena estarán sujetos a las previsiones legales, además de lo previsto en el código de las penas; tercero, que la detención preventiva no se reputa como pena, pero en caso que la persona sea declarada como culpable, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia será computado como parte de la pena cumplida.

Ahora bien, debido a los altos índices de criminalidad y de acuerdo a información aportada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), para enero del año 2022 existe una sobrepoblación de 15.618 personas, habida consideración que de los 132 establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, los cuales cuentan con una capacidad de 82.232 detenidos, actualmente son ocupados por 97.850 reclusos, de los cuales en condición de condenados 68.320 son hombres y 4.663 son mujeres, y en condición de sindicados 22.277 son hombres y 2.154 corresponden al género femenino (19).

De acuerdo con dicho boletín informativo, es flagrante que el hacinamiento que padecen las cárceles de país, situación que de contera vulnera de manera flagrante los derechos constitucionales y legales que le asisten a las personas privadas de la libertad.

Con ocasión de lo anterior, Colombia, como estado social de derecho y garante de la salvaguarda de los derechos que le asisten a las detenidos, ha suscrito diversos acuerdos internacionales y promulgado diferentes leyes nacionales para garantizar el bienestar de los reclusos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), la Ley 1709 de 2014 (el cual modifica algunos apartes de la Ley 65 de 1993), además de la Constitución Política de Colombia. A su vez el máximo tribunal en materia Constitucional ha emitido sendos pronunciamientos, advirtiendo que los derechos fundamentales de población detenida se encuentran clasificada en tres grupos a saber: i) los derechos suspendidos, ii) los derechos restringidos y iii) los derechos intocables.

En ese derrotero la Sentencia de tutela T - 049 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio, proferida el 10 de febrero de 2016, la Corte Constitucional dilucidó que, frente a los derechos suspendidos, los mismos dimanar como consecuencia lógica de la pena impuesta por la autoridad judicial competente, como por ejemplo la libre locomoción o el derecho al voto. Frente a los derechos restringidos o bien llamados limitados, los mismos encuentran una correlación a los fines de la pena como la resocialización, garantizando la disciplina, seguridad y salubridad en los centros penitenciarios del país. En esta clasificación encontramos derechos como el de la unidad familiar, reunión, asociación, intimidad personal, trabajo, libertad de expresión, intimidad personal y educación.

Los derechos intocables dimanar de la dignidad del ser humano y por son de imperativo respeto como el derecho a la vida, integridad persona, igualdad, libertad religiosa, petición, acceso a la administración de justicia, debido proceso y salud.

## **5. Cuestionamientos bioéticos**

El caso de Magdalena plantea diversos conflictos de valor, a saber:

**5.1. ¿En virtud de los de los principios de la Bioética planteados por Diego Gracia, y respetando los derechos sexuales y reproductivos, es posible que Magdalena, mujer soltera de 38 años privada de la libertad, pueda acceder a las técnicas de reproducción asistida, actualmente reconocidas y reguladas por Estado Colombiano? ¿Debería éste financiar dicho procedimiento?**

Los principios de la bioética planteados por Diego Gracia, corresponden a no maleficencia, autonomía, beneficencia y justicia. El principio de no maleficencia, atañe a no hacer el mal, no sólo a un individuo, sino a toda la sociedad en su conjunto, y el de beneficencia, corresponde a la obligación moral de actuar en beneficio de otros.

En ese sentido, debemos tener en cuenta que, en un posible caso de aceptar la petición realizada por Magdalena, dicha traería mucho bienestar a su vida, tanto a nivel físico como mental, en cuanto

a que convertirse en madre, para Magdalena, podría significar el hecho de tener una extensión de sí misma, y de tener la esperanza de seguir luchando por sus sueños, los cuales fueron arrebatados, en una mala decisión tomada con el objetivo de sacar adelante a su familia, en un país donde lamentablemente la pobreza y la desigualdad aún predominan.

La autonomía, por su parte corresponde a la capacidad de un individuo para decidir. Magdalena tomó la determinación de querer ser madre, por lo tanto, negarle dicho procedimiento, atentaría contra dicho principio, dado que no se estaría respetando su capacidad de decisión.

En cuanto a la justicia, dicho principio hace referencia a que todas las personas, por el simple hecho de ser personas, tienen la misma dignidad, y que, independientemente de cualquier situación, son merecedoras de los mismos derechos y garantías, atendiendo al hecho de que, aunque se encuentren privadas de la libertad sus derechos fundamentales no están suspendidos y son acreedoras de los mismos; en ese sentido el hecho de recurrir al Estado en busca de garantías sin contar con padecimientos previos que aborda la escasa normativa, plantea la necesidad de entrar a valorar nuevos sujetos para dichos procedimientos, estableciendo las condiciones de acceso de los mismo en pro de la lucha contra la desigualdad.

Si bien la condición de Magdalena, mujer privada de la libertad, no corresponde a una patología como la infertilidad, que como ya se ha mencionado en lo corrido de este texto, que, aunque no se cuenta con una legislación clara al respecto, retribuye a la única indicación actualmente reconocida por el Estado Colombiano, para la solicitud de estas técnicas, aun no estando incluidas en el PBS (Plan de Beneficios en Salud). Lo anterior llevaría a un debate en justicia, en cuanto a la asignación de recursos para el tratamiento, sin embargo, hay que tener en cuenta que Magdalena es una mujer que hace parte un grupo de personas en condición de vulnerabilidad, por lo tanto, la negación dicha petición acarrearía consigo, discriminación, dolor, y depresión.

Ahora bien, teniendo en consideración los instrumentos internacionales de derechos humanos, debemos saber que todas las personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios o carcelarios, como en el caso de Magdalena, quien se encuentra recluida en el Centro de Reclusión de Mujeres en Jamundí, deben ser tratadas con el respeto y la dignidad propia de todo ser humano; por lo tanto, Magdalena debe ser poseedora de igualdad de condiciones y de los mismos derechos reconocidos a los demás miembros de la sociedad.

Toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, y el Estado, es quien debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal; por lo anterior, es el mismo Estado, como responsable de la detención, es quien debe garantizar los derechos de los detenidos, y por ello, el mismo, es quien debe garantizar de igual manera, que Magdalena pueda acceder a las técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta la poca regulación existente en nuestro país con respecto a estas temáticas, donde únicamente mencionan la patología de infertilidad, y que no toman en cuenta a nuestra población privada de la libertad, que de por sí esto ya resulta en un acto discriminación frente a esta población.

La condición de reclusa de Magdalena, no puede ser un impedimento para que aquella logre cumplir con su deseo de ser madre y formar una familia, teniendo en cuenta así mismo, que

Magdalena es un sujeto de especial protección, por muchas características, es una mujer soltera, víctima del conflicto armado en nuestro país, y además perteneciente a la población afroamericana.

## **5.2. Basado en el principio de Paternalismo y de utilitarismo, para el Estado colombiano tomar la decisión de negar o conceder el procedimiento de reproducción asistida fundamentado en los derechos de Magdalena o del que se espera concebir?**

Ante la carencia normativa de acceso a TPHA y su única aproximación se encuentre regulada por la Ley 1953 de 2019, en la que se instauran las directrices de prevención de infertilidad y tratamientos, no se aborda la posibilidad de acceso a dichos tratamientos por parte de individuos que no cumplan con la variable de infertilidad.

El Estado Colombiano como protector y garante de los derechos de cada ciudadano, debe basar sus decisiones en un paternalismo mínimo que no busque imponer, sino dar opciones conforme a la Constitución política y regulación vigente, a fin de plantear precedente frente a casos como el de Magdalena.

Si bien los Estados han venido desarrollando un nivel de paternalismo que ha permitido establecer una normativa “solida” de administración y acceso ante las problemáticas que se pueden presentar o como se pueden evitar. Para el caso en concreto, no puede actuar basado en un paternalismo absoluto de imposición y requerirá ir de la mano del utilitarismo a fin de ponderar los pros y contras de la ante el hecho de conceder la petición de Magdalena de ser madre biológica y conformar su familia a través de técnicas de reproducción asistida y contemplar los intereses si considera que existen para el caso del que se espera concebir.

Partiendo de los derechos fundamentales tales como la dignidad, vida, familia, salud, derechos sexuales y reproductivos que soportan la solicitud y ampara la Constitución; y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre como el art. 15 del Protocolo de San Salvador y el reconocimiento por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al concepto de familia y sus diferentes conformaciones.

Con la solicitud, Magdalena ha manifestado de forma clara y expresa su deseo por formar una familia a pesar de su estado judicial actual, quien se encuentra cumpliendo con su condena en el Centro de reclusión de Mujeres de Jamundí.

Por otro lado, la jurisprudencia ha manifestado en la Sentencia T-049 de 2016. M.p. Jorge Iván Palacio, proferida el 10 de febrero de 2016, respecto los derechos de las personas privadas de la libertad y los cuales se encuentran catalogados en tres grupos: suspendidos, restringidos e intocables, para este último grupo encontramos la vida, la salud y petición; derechos que se amparan dentro de la solicitud e intensión de acceso a los tratamientos como mujer soltera, sin precedente de infertilidad.

Asimismo, se deben tener en cuenta los “intereses” del que se espera concebir. Basados en la actual normativa y jurisprudencia colombiana, no se habla de los derechos de quien se esperaba concebir, sino de quien ya se encuentra concebido “*naciturus*” en el Código Civil Colombiano en el artículo 90 "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de

su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

Y el artículo 91 establece "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará". (1)

De lo anterior se suma el Principio de protección de generaciones futuras adoptado por las Naciones Unidas y la UNESCO en la convención relativa al patrimonio mundial y cultural, y en el contexto de la legislación colombiana, en la Ley 90 de 1993 "*la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables*" las anteriores, en busca de una preservación y garantías de lo que se va a dejar a futuro a nivel de preservación de la tierra, derechos y deberes de los que serán acreedores. "En la legislación colombiana encontramos que las GF se componen de tres tipos de persona: los nacidos, los nasciturus o que están en el vientre materno, y los por "concebir""(2)

En ese sentido se deben entrar a ponderar en virtud del principio de protección de generaciones futuras las calidades de vida, integridad y atención que tendrá el menor mientras Magdalena continúa cumpliendo su condena y estudiar la posibilidad del cuidado por parte de algún familiar mientras ella efectúa su condena efectiva, pudiendo recibir visitas periódicas posterior a los 3 años de edad que le permite al menor estar con su madre dentro del centro penitenciario, a fin de salvaguardar las garantías mínimas del que se espera concebir en beneficio de la protección de sus derechos fundamentales como sujeto a futuro quien una vez nazca será acreedor de los mismos y permitiéndoles crear el vínculo afectivo como parte esencial de la crianza del mismo.

Si bien son diferentes los factores a tener en cuenta para la toma de una decisión que no puede ser sí o no, las variables intermedias son las que llevan a tener un precedente acertando en guías o protocolos ante estos casos y lleguen a contribuir en la resocialización de la persona, cerrando una brecha de discriminación ante el hecho de tener una condena y marcar un precedente de acceso a técnicas de reproducción asistida para personas que no se encuentren inmersas en la condición de infertilidad.

El último paso que le queda al Estado como padre de familia es el hecho del costo que requiere el acceso a dicha tecnología, no solo en la técnica, sino en las diferentes asistencias profesionales que va a requerir Magdalena antes, durante y después del embarazo, junto a los diferentes exámenes y diagnósticos en aras de determinar si es candidata al tratamiento, el número de intentos a los que tendrá acceso, las opciones ante una negativa por parte del Estado o en caso de que el tratamiento no resulte exitoso.

Entonces, negar el procedimiento ante el hecho de defender los intereses del que se espera concebir y valores del proyecto familiar de Magdalena, basado en su situación actual, resultaría un paternalismo inquisitivo en el que no solo toma la decisión por la persona, sino vulnera todos los derechos fundamentales de la misma, sin antes hacer un juicio de valor de cada variable que se pueda presentar tratando de amparar derechos de quien no ha sido concebido y aun no es acreedor de derechos hasta que nazca.

### **5.3. ¿En un caso hipotético de aprobación del procedimiento de fecundación in vitro para Magdalena, se podría considerar que aquello beneficiaría el principio de utilitarismo, en pro de futuras solicitudes por parte de otras mujeres privadas de la libertad, y además podría garantizar la resocialización de la pena?**

Para dar respuesta a dicho interrogante, previamente es necesario traer a colación algunas posturas del pluralismo bioético frente al principio de utilitarismo y así decantar dicha taxonomía en el caso concreto.

En su libro *Philosophical Medical Ethics* (1985), Raanan Guillón realiza una distinción entre la ética construida en atención a la norma y la ética construida en atención a las consecuencias. Para este autor las respuestas a los cuestionamientos éticos dependen, de un lado, en que la respuesta a la pregunta moral está supeditada a la naturaleza de las consecuencias de la acción o acciones planteadas, y de otro, en principio de la maximización del bienestar de cara al dilema ético que se plantea (utilitarismo).

Por su parte, P. Singer, en su libro *Ética Práctica*, en relación con el utilitarismo propone una metodología consecuencialista. A través de dicha obra literaria el autor pretende sensibilizar la conciencia de las personas, argumentando que la unión de las conductas individuales en pro de un fin, contribuye a groso modo en la transformación del mundo (20), siempre y cuando la sociedad sea capaz de modificar su actuar cotidiano, esto es su vida moral.

Ahora bien, pese a que la teoría ética del utilitarismo pretende diferenciar las buenas o malas decisiones enfocadas desde los resultados de las acciones, es necesario sopesar con plena certeza que la consecuencia de la acción adoptada presente un límite frente a valores como la justicia y los derechos individuales (21) pues, aunque es necesario generar un mayor bien para el mayor número de personas, la adopción de la decisión debe estar supeditada a un razonamiento moral ético prevalente, considerando sendos principios morales, derechos humanos y prerrogativas legales en cada determinación (22).

Como se mencionó en precedencia, acceder favorablemente al procedimiento clínico petitionado por Magdalena, garantizándole su derecho a la autonomía, a ser madre, a conformar una familia y en especial resocializar su comportamiento, sin lugar a duda permiten entender lo útil y beneficioso de consentir este tipo de beneficios o derechos, lo que conllevaría incluso a replicar este tipo de solicitudes por otras mujeres privadas de la libertad, generando un mayor beneficio para un mayor número de personas.

No obstante, consentir favorablemente la técnica de reproducción asistida que deprecia Magdalena, y ante la falta de legislación que regule la materia, perse implicaría una brecha para que las personas privadas de la libertad, independientemente de la naturaleza del acto cometido, soliciten este tipo de prerrogativas. Si esta situación ocurre en personas que se encuentran condenadas por delitos cuya naturaleza afectan la familia, vida e integridad personal, sería entonces necesario generar parámetros previamente establecidos que verifiquen diversos factores de quien la solicita, en especial la intencionalidad del actor, pues podríamos estar supeditados a un comportamiento de reincidencia o en su defecto y mejor escenario, una verdadera resocialización del acto cometido.

Todo lo anterior permite colegir que la aprobación del procedimiento de reproducción asistida requerido por Magdalena, garantiza sus derechos tanto de raigambre constitucional como legal, incluso de políticas públicas y parámetros internacionales, generando un mayor bienestar en la calidad de vida de la difícil situación que afronta un ser humano privado de la libertad.

## **6. Conclusiones**

Conforme al análisis realizado desde las diferentes perspectivas, se puede concluir que la normativa y jurisprudencia actual, carecen de una regulación frente al acceso de técnicas de reproducción asistida en población que no padezca de infertilidad, creando limitaciones concretas y discriminación frente a los diversos grupos poblacionales, como parejas del mismo sexo, solteros, personas privadas de la libertad, o con identidad de género diversa.

A lo anterior, se suma el hecho de que la única normativa que aborda dichos temas y la jurisprudencia que lo ha venido trabajando no tiene unos planteamientos claros y expuestos que funcionen de precedente ante posibles casos como el de Magdalena. Por lo demás, hay que tener en cuenta también, qué, basándonos en las respuestas recibidas por parte de la USPEC (Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios), indicaron, que dichas técnicas, al encontrarse dentro del SGSSS como actividades NO incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud –PBS, no han sido solicitadas por las mujeres privadas de la libertad a cargo del INPEC.

Ante dicha carencia, se concluye la necesidad de una reglamentación por medio de otros actos normativos que soporten los lineamientos para aquellos pacientes en condición de vulnerabilidad, puedan acceder a métodos de reproducción asistida, con el objetivo de que no se infrinja el derecho fundamental a la familia, estipulado en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 de Colombia.

Dado lo anteriormente expuesto es que se plantea que dicho acto normativo contenga la preservación de los derechos de autonomía, libertad reproductiva y equidad, mediante un acapite en donde se mencione la financiación de dichos tratamientos, ya sea mediante la modificación del PBS, impuestos a bebidas alcohólicas, control de precios por parte del Ministerio de Salud a partir de una mesa técnica que haga con las IPS y/ o medicamentos. Así mismo se propone que se mencionen, el acceso de ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Cuándo? y la cantidad de intentos permitidos a los que pueda elevar la solicitud; las posibilidades a las que se enfrenta, no sólo ante el hecho de recibir el tratamiento, sino el proceso antes de su realización, en caso de resultar exitoso, en la medida que requerirá valoraciones médicas previas a nivel físico y emocional para que se logre el procedimiento.

## **Bibliografía**

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No 28, 29 de marzo de 2000

Código civil [Internet]. 44a. Ed. Legis Editores; 2019 [cited 2022 Sep 7]. (Códigos básicos). Available from: <https://search-ebSCOhost-com.ez.urosario.edu.co/login.aspx?direct=true&AuthType=ip&db=cat05358a&AN=crai.166132&lang=es&site=eds-live&scope=site>

López Quiroz, A. Generaciones futuras y personalidad jurídica. *Dikaion* [Internet]. 2014 Jan 1 [cited 2022 Sep 6];23(2):251–75. Available from: <https://search-ebSCOhost-com.ez.urosario.edu.co/login.aspx?direct=true&AuthType=ip&db=edsdoj&AN=edsdoj.26694e72f7c847cdb14bbfe69f63125e&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Badilla Gómez, A. E. El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos [Internet]. Biblioteca Corte IDH 2022, pages 107-128, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>

López, A., Betancourt, M., Casas, E. *et al.* The need for regulation in the practice of human assisted reproduction in Mexico. An overview of the regulations in the rest of the world. *Reprod Health* 18, 241 (2021). <https://doi.org/10.1186/s12978-021-01293-7>

JG Schenker, Assisted reproduction practice in Europe: legal and ethical aspects, *Human Reproduction Update*, Volume 3, Issue 2, 1 March 1997, Pages 173–184, <https://doi.org/10.1093/humupd/3.2.173>

Pabón Mantilla, A. P., Upegui Toledo, Ó. A., Archila Julio, J. J., & Otero González, M. A. (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Justicia*, (31), 171-187.

UNESCO, Declaración sobre las responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, 1997, en <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/generaciones.htm>

19. Colombia Legal Corporation. Derechos del Condenado en Colombia. 2021. Disponible en: <https://www.colombialelegalcorp.com/blog/derechos-del-condenado-en-colombia/>

20. Tino Quintana. Utilitarismo y Bioética. 2012. Disponible en: <https://www.bioeticadesdeasturias.com/p-singer-utilitarismo-y-bioetica/>

21. Utilitarismo - Ethics Unwrapped [Internet]. Ethics Unwrapped. 2022. [Consultado Setiembre 2022]. Disponible en: <https://ethicsunwrapped.utexas.edu/glossary/utilitarianism?lang=es#:~:text=Este%20es%20uno%20de%20los,un%20ri%C3%B1%C3%B3n%2C%20y%20un%20h%C3%ADgado.>

22. Michael W. Austin Ph.D. ¿Cuál es el problema del utilitarismo? Utilidad y justicia. 2020. Disponible en: <https://www.psychologytoday.com/es/blog/cual-es-el-problema-del-utilitarismo>

Marulanda Restrepo, J. Técnicas de Reproducción Humana Asistida [Internet]. Gov.co. [citado el 5 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/018%20Tecnicas%20de%20Procreacion%20Humana%20Asistida.pdf>

Gómez Pardo A, Fraile Tapiero, G. COLOMBIA SIN LEGISLACIÓN PARA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA [Internet]. Edu.co. [citado el 5 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14661/AngeMidredGomezPardo2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

PROYECTO DE LEY \_\_\_ DE 2018 SENADO “POR MEDIO DE LA CUAL SE REGLAMENTA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, LA PROCREACIÓN CON ASISTENCIA CIENTIFICA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES” [Internet]. Gov.co. [citado el 10 de septiembre de 2022]. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20019-18%20Fecundacion%20In%20Vitro.pdf>

Monroy, J. Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia \* Assisted reproductive techniques and its incidence in Colombia [Internet]. Edu.co. [citado el 13 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/download/2162/1641/3285>

Rocío C., Calonge N, De A, Fuente L, Boada M, Romeu A, et al. MANUAL DE BUENA PRÁCTICA CLÍNICA EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA [Internet]. Sefertilidad.net. [citado el 13 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/noticias/manualBuenaPractica.pdf>

CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N° 9: PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD [Internet]. Corteidh.or.cr. [citado el 13 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf>

Azulay Tapiero A.. Los principios bioéticos: ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal?. An. Med. Interna (Madrid) [Internet]. 2001 Dic [citado 2022 Sep 13]; 18( 12 ): 650-654. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0212-71992001001200009&lng=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-71992001001200009&lng=es).

PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD DOCUMENTOS BASICOS [Internet]. Corteidh.or.cr. [citado el 13 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23682.pdf>