La reproducción humana asistida en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana y corte IDH*

Assisted human reproduction in the jurisprudence of colombian constitutional court and IACHR

*Diana-Carolina Cañaveral-Londoño** Julián Andrés Orozco Serna****

***Abogada de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, candidata a Magister en Derecho Público en la misma Universidad. Docente Investigadora, miembro del Grupo de Investigación de Derecho Público de la Universidad la Gran Colombia Seccional Armenia. E-mail: canaverallondiana@miugca.edu.co. Carrera 14 # 7 – 46, Armenia, Colombia.*

****Estudiante de Derecho de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. Miembro del Semillero de Investigación en Derechos Humanos, vinculado al Grupo de Investigación de Derecho Público de la misma Universidad. E-mail: julianandreso@hotmail.es. Carrera 14 # 7 – 46, Armenia, Colombia.*

Cómo citar: Cañaveral-Londoño C & Orozco. J.A (2015). La reproducción humana asistida en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana y corte IDH. *Inciso* n°17: 84-92.

Recibido: 17/05/2015|Revisado: 14/09/2015|Aceptado: 10/12/2015

Resumen

El uso de las técnicas de reproducción humana asistida es cada vez, y con más frecuencia, una necesidad para la población que de manera natural se ve impedida para procrear, necesidad ésta que se ha visto insatisfecha debido a la imposibilidad jurídica de acceder a dichas técnicas, en tanto carecen, en el contexto colombiano, de una legislación que regule de manera específica y puntual lo concerniente a su uso e implementación dentro del sistema de salud. Con todo, pese al vacío normativo que caracteriza esta situación, ha sido el órgano judicial, tanto a nivel constitucional como a nivel interamericano, el que ha permitido, bajo ciertos parámetros y consideraciones, que personas con imposibilidades físicas para engendrar hijos se beneficien de los avances de la ciencia para tal fin. Ante este panorama, el presente artículo pretende identificar el contexto dentro del cual, tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han decidido reconocer el derecho a acceder a técnicas de reproducción humana asistida, así como los requisitos y parámetros bajo los cuales se presenta dicho reconocimiento. Con ello, y partiendo de un análisis histórico-hermenéutico de la jurisprudencia producida por estas Cortes sobre la materia, se concluye que ambas Corporaciones reconocen el derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida bajo consideraciones sustancialmente distintas, mucho más permisivas y garantistas cuando quien decide es el órgano internacional.

Palabras clave: Derechos reproductivos, reproducción humana, derecho a la procreación, planificación de la familia deberes

Abstract

The use of assisted human reproduction is increasingly and more frequently, a need for people who naturally is prevented to procreate, need that has been dissatisfied due to the legal impossibility of access to these techniques, while lacking in the Colombian context, legislation that specifically regulates the issues concerning their use and implementation within the health system. However, despite the legal vacuum that characterizes this situation, the court, both constitutional and inter-American of human rights, is the one which has allowed, under certain parameters and considerations, that people with physical impossibilities to beget children benefit from the advances in science for this purpose. Against this background, this article aims to identify the context in which both the Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights, have decided to recognize the right to access to assisted human reproduction, as well as the requirements and parameters under which this recognition is presented. This, and based on a historical-hermeneutic analysis of jurisprudence produced by this courts on the matter, we conclude that both corporations recognize the right to access to assisted human reproduction techniques under substantially different considerations, much more permissive and garantistas when who decides is the international body.

Key words: Reproductive rights, human reproduction, right to procreate, Family planning

*Artículo derivado del proyecto de investigación "Derechos Humanos y Reproducción Humana Asistida: Bases para una regulación jurídica de la materia en Colombia", desarrollada al interior del grupo de investigación de Derecho Público de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

Introducción

La reproducción humana es, hasta ahora, la única forma conocida de preservar la especie del hombre, necesidad ésta que resulta común a todos los seres humanos sobre la tierra pero que tiene connotaciones mucho más complejas en los individuos: el deseo de conformar y hacer parte de una familia, la búsqueda de la realización individual y subjetiva como padres o madres, el deseo de ejercer sus derechos y libertades sexuales y reproductivas, etcétera. En este orden de ideas, el Estado, que se constituye en garante de las libertades y los derechos de sus coasociados, está en el deber jurídico de garantizar a todas las personas el pleno desarrollo de todas las esferas fundamentalmente humanas y dignas de los individuos que lo conforman, para lo cual, se ha valido de la reglamentación y el reconocimiento de distintos aspectos concernientes a las mismas, tales como el matrimonio, la unión marital de hecho, la patria potestad, la paternidad responsable, entre otros.

Ahora bien, no todos los individuos se encuentran física o biológicamente facultados para la procreación, hecho que no abrevia, en manera alguna, su condición de ser humano digno, o su deseo de conformar una familia, o la necesidad de desarrollar su esfera paterna o materna. Todo lo contrario; son estos individuos quienes, precisamente por verse privados de esta órbita en su humanidad, poseen una mayor necesidad, insatisfecha, de acceder a ella.

En la actualidad, distintas técnicas de reproducción asistida se vienen practicando en Colombia, pero su acceso no ha sido reglamentado aún por el Legislador. Muchas personas han solicitado, vía acción de tutela, el acceso a procedimientos que se han considerado de reproducción humana asistida, atendiendo a su incapacidad física o biológica para desarrollar este aspecto de su condición como persona. Sin embargo, la Corte Constitucional no ha resuelto homogéneamente estos asuntos, pues los ha concedido en algunos casos y negado en otros.

Esta situación, trasladada al escenario de la Corte Interamericana, encuentra serias diferencias principalmente en cuanto a los presupuestos que posibilitan el reconocimiento de los derechos reproductivos y el acceso a los procedimientos antes aludidos. Lo anterior evidencia una disonancia entre la dirección que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha definido para la garantía del ejercicio de estos derechos, y la dirección que ha tomado el Estado colombiano para los mismos efectos. Esta divergencia resulta jurídicamente insostenible, en tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en su calidad de intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha definido, en los precisos términos de sus pronunciamientos, el alcance que tienen los derechos sexuales y reproductivos de los individuos en tanto derechos humanos, y es el mismo alcance que el Estado colombiano, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 2 de la misma Convención, se encuentra obligado a garantizar.

Teniendo en cuenta lo expuesto, este artículo se presenta como producto de la investigación denominada "Derechos Humanos y Reproducción Humana Asistida: Bases para una regulación jurídica de la materia en Colombia", y cuyo objetivo primordial es formular las bases jurídicas necesarias y suficientes para lograr una reglamentación sobre las distintas técnicas de reproducción humana asistida en Colombia, de manera que resulte coherente y armoniosa con los derechos humanos.

Uno de los objetivos específicos definidos dentro de dicha investigación, y que se expone a través del presente artículo, consiste en identificar el contexto dentro del cual, tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han decidido reconocer a las personas el derecho a acceder a distintas técnicas de reproducción humana asistida, así como los requisitos y parámetros bajo los cuales se presenta dicho reconocimiento. Esta identificación se realiza a partir del análisis histórico de la jurisprudencia de ambas Corporaciones, con lo que se logra elaborar un diagnóstico sobre los diferentes presupuestos que motivan las decisiones al respecto a nivel nacional e interamericano. Con ello, se pretende llamar la atención sobre un eventual control de convencionalidad que le permita al juez constitucional colombiano acceder al reconocimiento de estos derechos –y permitir, con ello, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida–, con el fin de armonizar su decisión con las decisiones de la Corte IDH, y garantizar efectivamente el ejercicio de los mismos por quienes, hasta el momento, se han visto privados de hacerlo por razones físicas o biológicas.

Perspectiva teórica

El objeto del presente artículo se aborda desde una perspectiva sociológica, en razón a que se busca, desde las realidades particulares que se han debatido en los casos jurisprudenciales que se analizan, definir los presupuestos y requisitos que condicionan el reconocimiento y garantía, tanto a nivel interno como a nivel interamericano, de los derechos sexuales y reproductivos de los seres humanos.

Materiales y métodos

La investigación desarrollada es de tipo jurídico y de naturaleza cualitativa, que parte de un enfoque histórico-hermenéutico en razón a que busca, a través de teorías concretas, comprender e interpretar las experiencias humanas específicas que han derivado en la formulación y el incipiente reconocimiento de los Derechos Humanos Sexuales y Reproductivos en el contexto de los Estados Sociales de Derecho. Así mismo, se plantea la necesidad de consolidar la protección y garantía de estos Derechos, a través de la implementación y robustecimiento de mecanismos que permitan y faciliten el ejercicio pleno y efectivo de los mismos.

El diseño descriptivo que se le dio a la presente investigación, ha permitido identificar el contexto en el que tanto el órgano de cierre constitucional, como el órgano máximo de decisión en el sistema de justicia Interamericano, reconocen los derechos sexuales y reproductivos de los individuos y permiten, en consecuencia, la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Para alcanzar el objetivo aquí propuesto, se ha empleado como instrumento de investigación el análisis documental, habiendo sido necesario identificar, al interior de las sentencias proferidas por ambas corporaciones (Corte Constitucional colombiana y Corte IDH) durante los últimos quince (15) años (2005 a 2015), los fundamentos, presupuestos, parámetros y requisitos que permiten, al interior de cada sistema, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los individuos, y la consecuente aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Las técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud colombiano

Las técnicas de reproducción asistida se entienden como un conjunto de diferentes tratamientos de carácter médico que son utilizados con el fin de ayudar a las personas y parejas infértiles a constituir un embarazo. En muchos eventos, dichas técnicas son la única alternativa que tienen algunas personas para materializar su deseo de realizarse como padres, tener una familia y desenvolverse en sociedad, tal como lo harían aquellos individuos que no tienen problemas de infertilidad. Con todo, la dificultad para acceder a dichos tratamientos y el no poder concebir hijos es, para este grupo de personas, una condición que las afecta tanto física como psicológicamente, pues poder reproducirse genéticamente es, para muchas parejas, el factor central que determina la vida conyugal, y, al no poder hacerlo, ven frustrado su interés de ser padres por una causa que está fuera de su órbita de solución. En tales eventos, se hace necesaria la intervención de un tercero, experto en la materia, que precise cuáles son los motivos que conllevan a tal dificultad, toda vez que, según lo expresa el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad – CECOLFES, "en la mayoría de los casos los problemas de infertilidad son previsibles y alrededor del 80% pueden corregirse acudiendo a controles rutinarios" (CECOLFES), dentro de los cuales se podrían contar ciertos tratamientos clínicos adecuados para tal fin, o el inicio de un procedimiento reproductivo que permita la concepción de la madre.

La Corte Constitucional no ha sido generosa al abordar este asunto, pues ésta ha desplegado una extensa línea jurisprudencial que ha llevado a negar el derecho a beneficiarse de técnicas de reproducción asistida en repetidas ocasiones, o a concederlo de manera restringida, en caso de estar vinculado con la violación de otros derechos fundamentales como la vida y la salud, la integridad del paciente y la continuidad del servicio.

Esta postura de la Corte Constitucional ocasiona, por tanto, traumatismo en los usuarios del sistema de salud, ya que su situación no se resuelve de fondo, en razón a que casi siempre se da la misma respuesta sin atender otros criterios que estén acordes con el marco de tratados internacionales de derechos humanos.

El asunto se complica porque, en Colombia, el acceso a tales avances científicos tiene una barrera que para muchos es infranqueable, en virtud de que los costos de tales procedimientos son muy elevados, y en un país como el nuestro, donde la economía familiar no es boyante, sencillamente se hace más difícil creer que una persona cuyos ingresos son bajos pueda iniciar un tratamiento que permita superar su incapacidad, pues su salario se lo impide.

En consecuencia, los altos gastos médicos del tratamiento son un factor importante que impide, en muchos casos, acceder a las técnicas de reproducción requeridas. Por ejemplo, un procedimiento como la fertilización in vitro en el País, cuesta entre $24.198.100 y $29.037.720, suma a la que se deben adicionar alrededor de $19.358.480 más por concepto de imprevistos, medicamentos y otros (Ambito Juridico, 2014).

Así las cosas, el no contar con los recursos necesarios para la práctica de dicho procedimiento genera una dificultad mayor a la simple negación, por parte sistema de salud, de realizarlo con cargo al mismo. Además, esta circunstancia podría poner en un plano de desigualdad a quienes no alcanzan a acceder a tales técnicas por el factor pecuniario, frente a aquellos para los cuales los elevados precios del tratamientos no constituyen un impedimento.

Por otro lado, se debe mencionar que los tratamientos de fertilidad estuvieron excluidos del Plan Obligatorio de Salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, proferida por antiguo Ministerio de Salud y la Protección Social, y en el literal c del Artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud. Lo anterior obedece a la libertad de configuración del legislador para incluir o no estos procedimientos en el plan de beneficios, con lo cual se afecta, de manera directa, a muchas familias. Según los índices señalados por CECOLFES, este problema ha afectado, en la última década, al 24% de la población, sin que haya sido atendido todavía, en el nivel preventivo, por parte de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud (CECOLFES).

Al no existir claridad legislativa sobre la materia, ni herramientas de tipo jurídico que permitan la garantía de estos derechos, se generan mayores dificultades representadas en la inexistencia de instrumentos legales que hagan posible la exigencia de su protección por parte del juzgador constitucional. A las técnicas de reproducción humana asistida solo pueden acceder, de manera directa, quienes tengan la capacidad económica de costearlo, pero son muy pocos quienes se encuentran en capacidad de pagar tales tratamientos.

Regular las causas que impiden el acceso al sistema es un deber del legislador, toda vez que no hacerlo constituye una violación directa de derechos fundamentales. Las técnicas de reproducción humana asistida, como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, "se derivan de los derechos a la libertad y a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia" (Corte Constitucional, 2014).

De igual modo, en la actualidad existen avances científicos importantes en este tema, lo que supone cambios contextuales que las normas jurídicas deben atender y regular para, de esta manera, dar respuesta a las necesidades y demandas sociales que moldean –de manera dinámica– las leyes en un país democrático.

Partiendo de lo dicho, se procede, entonces, a identificar cómo ha sido el desarrollo jurisprudencial respecto al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida al interior tanto de la Corte Constitucional colombiana como de la Corte IDH, y determinar así el impacto que estas decisiones han tenido sobre las personas. Para ello, es necesario, ante todo, tener claridad sobre distintos conceptos, a saber: i) Qué son las Técnicas de reproducción asistida y qué tratamientos existen, ii) Qué es la infertilidad, iii) Qué son los derechos sexuales y reproductivos.

¿Qué son las técnicas de reproducción humana asistida y qué tratamientos existen?

Las técnicas o procedimientos de reproducción humana asistida pueden ser comprendidas, según Zegers-Hochschild (2012) como:

> Un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones […] para el establecimiento de un embarazo (Zegers-Hochschild, 2012).

Ahora bien, siguiendo a este autor, dentro de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran diferentes tipos de tratamientos, entre los cuales menciona los siguientes:

> La FIV [fertilización in vitro], la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-túbarica de embriones, la crio-preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial (Zegers-Hochschild, 2012)

Esta definición y enunciación de procedimientos coincide con la definición que de las mismas técnicas ha hecho la Organización Mundial de la Salud (OMS), en asocio con el International Committee for Monioring Assisted Reproductive Technology (ICMART), según los cuales, las técnicas de reproducción asistida (TRA), son:

> Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante. (Organización Mundial de la Salud, 2010)

¿Qué es la infertilidad?

La infertilidad ha sido definida como "la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más" (Organización Mundial de la Salud, 2010). Dicha imposibilidad, a decir del médico chileno citado anteriormente, "genera problemas a la persona que los padece de tipo físico, psicológico y social, tales como depresión, baja autoestima, ostracismo y angustia, así como dificultades en su núcleo familiar, pérdida de la identidad de género y exclusión social" (Zegers-Hochschild, 2012).

¿Qué son los derechos reproductivos?

La posibilidad que tienen las personas de reclamar del Estado el acceso a dichos tratamientos obedece a lo que se reconoce como derechos a la salud sexual y reproductiva, los cuales, en tanto derechos, deben ser entendidos como un conjunto de prerrogativas que están en cabeza de los individuos. Tales derechos a la salud sexual y reproductiva se encuentran definidos en el informe de la Conferencia sobre población y desarrollo llevada a cabo en la ciudad de El Cairo en el año de 1994, de la siguiente manera:

> Disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (Organización de Naciones Unidas, 1994).

Siguiendo los términos de la Conferencia, los derechos sexuales y reproductivos están estrechamente relacionados con otro tipo de derechos que ya han sido reconocidos por distintas leyes y tratados internacionales; disposiciones como la autodeterminación sobre el número de hijos, el momento de tenerlos, el derecho a la información y a gozar de un nivel elevado de salud, son algunos de ellos.

Así mismo, diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia, han reconocido los derechos sexuales y reproductivos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional de San Salvador.

Desarrollo jurisprudencial de la corte constitucional

Los problemas de salud asociados a la infertilidad son resueltos siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que ha manejado el tema atendiendo a principios como la progresividad y el carácter prestacional del derecho a la salud –definido en el Artículo 49 de la Carta Política colombiana–, la universalidad e integralidad del sistema –consagrado en el Artículo 2 de la Ley 100 de 1993– y, finalmente, la continuidad del servicio médico.

De manera inicial, en la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela proferidas en virtud de la revisión constitucional, se puede advertir un pronunciamiento uniforme respecto al tema, como bien se observa en las sentencias T-1104 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-946 de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), T- 689 de 2001 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) y T-512 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

En estas sentencias se ha considerado, de manera homogénea, lo siguiente:

i) Que el derecho a la salud es de tipo prestacional, es decir, tiene su fundamento en la capacidad del Estado para prestar tales servicios, según su capacidad en términos de infraestructura y en términos de recurso médico, así como a la posibilidad de recursos económicos. Igualmente, se definió que este derecho tiene, de manera excepcional, el carácter de derecho fundamental, cuando se encuentra directamente relacionado con la protección del derecho a la vida. En consecuencia, si no es posible establecer que la infertilidad vulnera este derecho, tampoco será posible exigir del Estado la garantía de acceso al mencionado servicio médico.

ii) Que los tratamientos de infertilidad se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, en virtud de la libertad de configuración del legislador.

iii) Que el derecho a la maternidad tiene la protección estatal durante el embarazo y después de éste, razón por la cual el Estado asume una obligación de abstención o de no injerencia en la decisión de la mujer acerca de cuándo hacer efectivo el derecho de procrear, razón por la cual, no es posible garantizar tal prerrogativa por medio de una acción positiva cuando la mujer no pudiese hacerlo de manera natural.

iv) Que los altos costos de los procedimientos ponen en riesgo de inestabilidad financiera al sistema.

Sin embargo, se puede observar que en el caso de la sentencia T-1104 de 2000, la Corte hace un análisis a la luz del Derecho Internacional, aclarando que, no obstante predicarse el derecho a la salud como un estado de bienestar general físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o dolencias –según se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales–, este derecho debe garantizarse de manera progresiva en razón a la capacidad de suministro del servicio que tenga cada Estado, conforme lo establece al artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

Es importante precisar que el estudio de esta sentencia hace referencia al derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida, mas no se aborda desde la esfera de los derechos sexuales y reproductivos, es decir, no se aborda como derecho fundamental autónomo. Esta es la razón por la cual la Corte Constitucional afirma que, el hecho de de no poder acceder a tratamientos para la infertilidad, no vulnera ningún derecho fundamental.

Con todo, esta postura uniforme de la Corte Constitucional fue ligeramente modulada en sentencia posterior, donde reconoce que, en relación con la protección de los tratamientos iniciados y luego suspendidos sin justificar razones de tipo médico, resulta procedente conceder el derecho a acceder a dichos tratamientos.

Por ejemplo, la Sentencia T-572 de 2007 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se refiere a un caso en el que el médico tratante de una paciente con infertilidad aumentó la dosis requerida por ella en el curso del tratamiento para esa padecimiento en particular. Una vez aumentada la dosis, la EPS accionada se negó a continuar suministrando el medicamento, razón por la cual, la Corte ordenó a dicha entidad que continuara con ese suministro, pues consideró que la interrupción del tratamiento ponía en riesgo la salud e integridad personal de la paciente.

Ahora bien, atendiendo a la conexión que estos tratamientos pudiesen tener con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, la Corte, en diferentes casos, se ha pronunciado indicando que la negativa de atención en los casos de infertilidad podría constituir una violación a los derechos fundamentales,

tal y como se desprende de las sentencias T-636 de 2007 (M. P. Humberto Sierra Porto), T-946 de 2007 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) y Sentencia T-890 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En términos generales, se puede afirmar que la negativa frente al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida ha tenido tres elementos causales que, según lo expuesto por la sala sexta de la Corte Constitucional en Sentencia T-009 de 2014 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), podrían sintetizarse de la siguiente manera:

> *i)*. La infertilidad esta por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud y la no inclusión hace parte de la libertad de configuración del legislador *ii)*. El derecho a ser madre y la maternidad asistida tienen límites razonables, justificados constitucionalmente y *iii)*. El Estado no está obligado a apoyar y sufragar procedimientos científicos especiales, incluyéndolos en el Plan Obligatorio de Salud, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad. (Corte Constitucional, 2014)

Sin embargo, en esa misma oportunidad, dicha Corporación dejó dicho que existen tres casos en los que es posible conceder, por vía de tutela, el acceso a tratamientos relacionados con la infertilidad:

> (a) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique tal proceder; (b) cuando se requiere la práctica de exámenes, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; (c) cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que sí ponga en riesgo reales derechos fundamentales de la paciente, como la vida, la integridad y la salud (Corte Constitucional, 2014).

Así las cosas, pese a que en un principio la Corte Constitucional estuvo completamente reacia a reconocer, por vía de tutela, el derecho a acceder a ciertos procedimientos de fertilidad que podrían considerarse como técnicas de reproducción asistida, en el último, a través de una sentencia hito, se separó del precedente jurisprudencial para reconocer que, en efecto, existen 3 casos –los 3 casos antes citados– en los cuales sí se pude hablar de un derecho a acceder a esas técnicas.

Desarrollo jurisprudencial de la corte interamericana de derechos humanos

Sea lo primero aclarar que entre 1960 (fecha en que inició funciones la Corte IDH) y la fecha de terminación de esta investigación, sólo se ventiló, ante esta jurisdicción, un solo caso relacionado con las técnicas de reproducción humana asistida. Por esta razón, todo el contenido del presente capítulo estará determinado por las diligencias y pronunciamientos que hicieron tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte IDH dentro de las distintas etapas de ese proceso particular.

El 19 de enero de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso de un grupo de costarricenses que, al no poder procrear hijos de manera natural, acudieron a un centro médico de dicho país. Allí, iniciaron un tratamiento de fertilización in vitro pero, luego de estar en lista de espera durante algún tiempo, les fue negado el servicio por parte del Instituto de Salud, con el argumento de que tales procedimientos ya no estaban vigentes, teniendo en cuenta una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país.

Este caso, conocido como el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica, fue llevado a instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien formuló algunas recomendaciones al Estado de Costa Rica para resolver esta cuestión, recomendaciones que no fueron acatadas por este País y, en razón a ello, el asunto fue sometido a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego de estudiado y discutido el caso, la Corte impuso al Estado de Costa Rica la obligación de garantizar el tratamiento de fertilización in vitro, por haberse configurado –según se señala en la sentencia que resolvió las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas–, "una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a la igualdad de las víctimas, colocándolas en una situación de desventaja al negarles la posibilidad de un tratamiento que les hubiera podido permitir tener hijos biológicos" (Corte IDH, 2012).

En dicha providencia, sostuvo la Corte IDH que a todas aquellas personas que sólo tengan en las técnicas de reproducción humana asistida su única opción

para procrear, se les debe reconocer y garantizar este derecho, agregando, además, que

> prohibirlas constituye una interferencia en la toma de decisiones sobre un ámbito importante de la vida privada y familiar y una limitación del derecho a fundar una familia, derechos que están reconocidos por el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2012) .

En esta misma providencia la Corte, siguiendo los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Comité Internacional Para El Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Humana Asistida, acogió la teoría según la cual la infertilidad puede ser definida como "la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más" (Corte IDH, 2012), reconociendo, además, que, en la mayoría de los casos, ésta obedece a un problema físico que requiere tratamiento médico y que la imposibilidad de lograr un embarazo puede generar trastornos psicológicos o sufrimiento psíquico en las personas.

Se dijo también que el derecho a la familia está protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 2 y 17. (Corte IDH, 2012).

De igual modo, se hizo referencia al derecho a la igualdad ante la ley, pues "prohibirles acceder a un tratamiento contra la infertilidad impidió a las víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico" (Corte IDH, 2012)

Finalmente, la Corte IDH, con fundamento en lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, impuso a Costa Rica la obligación de permitir las técnicas de reproducción asistida y a reparar a las victimas de tal prohibición. En este orden de ideas, se puede decir que, al igual que en el caso costarricense, los tratados internacionales de Derechos Humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad colombiano, y, tales instrumentos, debidamente ratificados por el Congreso, son equiparables a la Constitución. Así lo expresa Ramírez cuando afirma: "Lo anterior con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia; dichos tratados no sólo prevalecen en el ordenamiento interno, sino que además son un criterio de interpretación obligatorio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución". (Ramirez)

En este sentido, y con fundamento en las disposiciones contenidas en los Artículo 2 y 17 de La Convención Americana, así como en el bloque de constitucionalidad, se puede afirmar que Colombia está en el deber, a través del control de convencionalidad, de adaptar sus disposiciones de orden interno a las disposiciones de la Convención, de manera que se facilite y garantice, de manera íntegra, el contenido de la misma.

De aquí se sigue, en consecuencia, que una vez ajustadas las disposiciones internas, se podrá permitir la regularización de los diferentes métodos reproductivos sin discriminación alguna, facilitando, además, que no se imponga ningún tipo de limitaciones al disfrute del derecho a la intimidad, a planificar el número de hijos, a tener una familia y a disfrutar del progreso científico y tecnológico.

Por consiguiente, resulta necesario crear herramientas jurídicas que permitan la efectivización de estos derechos, pues tal es el sentido que se le da al artículo 2 de la Convención citada, cuando señala: "Si el ejercicio de los derechos y libertades no estuvieren ya reconocidos en la legislación interna, los estados deberán adoptar medidas para hacer efectivo el goce de tales derechos y libertades".

Conclusión

Se advierte que el estudio que se hace del tema por parte de la Corte Constitucional, no coincide con el que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y aún no se ha intentado legislar con el fin de permitir un avance –al menos progresivo– en relación con los derechos sexuales y reproductivos.

Así las cosas, resulta imperativo crear instrumentos legales que permitan desarrollar el acceso a las diferentes técnicas reproductivas, toda vez que la inexistencia de los mismos genera inseguridad jurídica. El no permitir el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida, ocasiona la violación de derechos fundamentales como el derecho a tener una familia, a la no injerencia del Estado, a la libertad

de decidir, a la autonomía reproductiva y a la no discriminación. Es necesario, por ende, tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y abordar el tema de manera congruente con los avances científicos que se han dado en la materia.

Referencias

Ambito Juridico. (28 de mayo de 2014). *Técnicas de reproducción humana asistida en Colombia: ¿evolución jurídica al ritmo de la ciencia?*. Recuperado el 20 de 08 de 2014, de http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-142805-02tecnicas_de_reproduccion_humana_asistida_en_colombia/noti-142805-02tecnicas_de_reproduccion_humana_asistida_en_colombia.asp

Asamblea Nacional Constituyente. (2015). *Constitución Politica de Colombia.* Bogota: Thorre Fuerte.

CECOLFES. (s.f.). *Cómo prevenir la infertilidad y preservar la fertilidad*. Obtenido de http://www.cecolfes.com/es/prevenir-la-infertilidad/como-prevenir-la-infertilidad-y-preservar-la-fertilidad

Congreso de la República. (23 de diciembre de 1993). *Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral*. Consultada en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html.

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *Sentencia T-528 de 2014*. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *Sentencia, T-009 de 2014*. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte IDH (28 de noviembre de 2012). *Sentencia 12361 en el Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*.

Ministerio de Salud. (1994). *Resolucion 5261 de 1994. Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.* Consultada en https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%205261%20DE%201994.pdf.

Ministerio de Salud (2013) *Resolución 5521. Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud POS*. Consultada en https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5521-de-2013.pdf.

Organización de Naciones Unidas. (5 de Septiembre de 1994). *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo*. Recuperado el 29 de 03 de 2015, de http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/CONF.171/13/Rev.1&Lang=S

Organizacion Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud, OMS*. Recuperado el 20 de 08 de 2014, de http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

Ramirez, A. T. (s.f.). *Concepto para la Corte Constitucional en relación con la infertiliadad*. Bogota. Obtenido de http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/bajarFS.php?tl=3&per=215

Zegers-Hochschild, F. (2012). *Descripción y análisis de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como tratamiento de la Infertilidad. Documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Costa Rica. Recuperado el 16 de 08 de 2014, de http://www.eticayreproduccionhumana.udp.cl/publicaciones/fallo/Documento_tecncio_infertilidad_Problema_salud.pdf