

Señor Magistrado
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D

<i>Ref. Expediente</i>	<input type="text"/>
<i>Respuesta Oficio No.</i>	<input type="text"/>
<i>Accionante:</i>	<input type="text"/>
<i>Accionada:</i>	<input type="text"/>

Respetado señor Magistrado:

Yo, Ariadna Tovar Ramírez, Directora Legal y de Incidencia Regional de Women's Link Worldwide¹, organización internacional de derechos humanos que impulsa cambios sociales para promover los derechos de las mujeres y niñas, a través de los procesos legales, me dirijo a usted para dar respuesta al oficio de la referencia en que nos solicitó dar nuestro concepto acerca de:

- i) De conocerlos, cuáles son los efectos o el impacto que podría tener para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y de la pareja, el no realizar los tratamientos de reproducción asistida;
- ii) Si podría tratarse de un acto de discriminación en cuanto al género y en contra de las personas que no cuentan con los recursos económicos suficientes, la no inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud.

Para dar respuesta a los interrogantes formulados este escrito se dividirá en cuatro apartados: 1. Los derechos sexuales y reproductivos, son derechos humanos, 2. El ámbito de protección constitucional a los derechos sexuales y reproductivos, 3. El derecho reproductivo a acceder a técnicas de reproducción asistida en el Sistema Interamericano de Derechos, y 4. La garantía de acceso a servicios que hacen posible el ejercicio de la autonomía reproductiva es una obligación del Estado colombiano.

En estos tres apartados se mostrará que una protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, coherente con los estándares regionales e internacionales de derechos humanos, tiende al reconocimiento y garantía del derecho a acceder a tratamientos de reproducción asistida, o por lo menos, al análisis del ámbito de protección de este último dentro del marco

¹ Women's Link Worldwide es una organización internacional de derechos humanos que impulsa cambios sociales para promover los derechos de las mujeres y niñas, a través de los procesos legales. La organización trabaja en tres temas: derechos sexuales y reproductivos, discriminación interseccional, y violencia (con énfasis en trata de personas y en justicia transicional). Para mayor información puede verse: <http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php>

amplio de los derechos y reproductivos, en sus dos facetas: autodeterminación reproductiva y acceso a servicios para hacer efectivas las decisiones en la materia.

Como cuestión preliminar, me permito señalar que este concepto se presenta dentro de los 20 días otorgados por su despacho, toda vez que el oficio de la referencia junto con el auto en que se solicita el concepto, fue recibido en nuestras oficinas el día 20 de enero de 2015.

1. Los derechos sexuales y reproductivos, son derechos humanos

Los derechos sexuales y los reproductivos son una categoría de derechos humanos que encuentra su fundamento en los derechos humanos tradicionales²: a la vida, a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación, a la libertad, a la autonomía, a la información, a la intimidad personal, y a no ser sometido/a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado el Estado colombiano, y que constituyen el fundamento de los derechos sexuales y reproductivos, son:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – (en adelante PIDCP)-
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –(el adelante PIDESC)-
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – (en adelante CEDAW)-
- Convención sobre los Derechos del Niño – (en adelante CRC)-
- Convención contra la Tortura – (en adelante CAT)-
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Protocolo Adicional de San Salvador

Ahora bien, de acuerdo con el marco internacional de derechos humanos, **la protección de los derechos sexuales y los reproductivos implica dos tipos de obligaciones para el Estado. De una parte, que todas las personas puedan decidir de forma autónoma, sin injerencias, violencia o discriminación, sobre todos los aspectos de su vida sexual y su vida reproductiva (obligación de respeto o no injerencia). De otra parte, abarca la obligación de garantizar el acceso sin discriminación, a servicios de salud integrales, para que las decisiones tomadas por mujeres y hombres en materia de sexualidad y de reproducción sean ejecutadas de manera digna, informada y segura (obligación de garantía).**

De esta forma, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar, tanto en la faceta de autodeterminación, como en la de acceso a servicios, los siguientes derechos sexuales y reproductivos:

² Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

women's worldwide

Derechos Sexuales

- ✓ Educación sexual de calidad
- ✓ Vivir la sexualidad sin violencia, coacción, abuso, explotación o acoso.
- ✓ Escoger las y los compañeros sexuales.
- ✓ Decidir si se quiere iniciar la vida sexual o no, o si se quiere ser sexualmente activo/a o no.
- ✓ Tener relaciones sexuales consensuadas y placenteras.
- ✓ Prevención y tratamiento de ITS y VIH.
- ✓ Contar con información oportuna, veraz y completa.
- ✓ **Intervenciones reconstructivas y atención de las afecciones de órganos sexuales**
- ✓ **Disfrutar de los progresos científicos en materia de sexualidad.**

Derechos Reproductivos:

- ✓ Decidir el número de hijos/as y el intervalo entre ellos.
- ✓ Decidir la posibilidad de ser padre o madre.
- ✓ Acceder a métodos anticonceptivos seguros, aceptables y eficaces (incluyendo la anticoncepción de emergencia).
- ✓ No sufrir discriminación en razón del embarazo o la maternidad.
- ✓ Acceso a servicios de salud y atención médica que garanticen un embarazo seguro (atención pre-natal, parto y post-parto).
- ✓ Información para garantizar la autonomía reproductiva.
- ✓ Acceder a servicios de Interrupción Voluntaria del Embarazo – IVE en los casos permitidos
- ✓ **Acceder a tratamientos de Reproducción Asistida, incluida la Fertilización In Vitro -FIV**
- ✓ **Disfrutar de los progresos científicos en materia de reproducción.**

En Colombia, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que las disposiciones de estos instrumentos ratificados por Colombia tienen rango de norma constitucional. Con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política, 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.

Por lo tanto, **los derechos sexuales y reproductivos, deben ser considerados como derechos fundamentales, por vía del bloque de constitucionalidad y con base en otros derechos fundamentales. Lo que implica que desde el punto de vista constitucional y de derechos humanos, el Estado colombiano está obligado a respetarlos y garantizarlos, en las facetas de decisión y de acceso a servicios.**

No obstante lo anterior, el desarrollo del contenido y alcance de estos derechos, como categoría explícita no se da en la jurisprudencia constitucional sino hasta 2006, y en materia de tratamientos de afecciones a los órganos sexuales y de tratamientos de tecnología reproductiva que implican acudir a avances científicos en materia de sexualidad y reproducción, ha sido ambivalente, como se mostrará en el siguiente apartado.

2. El ámbito de protección constitucional a los derechos sexuales y reproductivos

El reconocimiento y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia como derechos humanos y fundamentales, y como una categoría autónoma dentro de éstos, comenzó con la sentencia C – 355 de 2006 de la Corte Constitucional³. Esta decisión permitió a las mujeres y niñas, optar por una Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante – IVE o aborto legal) y les garantizó el acceso a los servicios de salud requeridos para hacer efectiva dicha decisión en tres circunstancias⁴.

En esta sentencia, la Corte Constitucional hizo un análisis de las obligaciones del Estado colombiano de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas las recomendaciones hechas por los Comités de Monitoreo de tales tratados acerca de los derechos sexuales y reproductivos, y tomó en cuenta los compromisos de las Conferencias Mundiales convocadas por la ONU, para concluir que:

“[...] los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos y, como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y, por lo tanto,

³ El resumen analítico de la sentencia y la decisión completa se encuentran disponibles en:

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=277

También puede verse: Women's Link Worldwide. *C-355/2006: Extractos de la sentencia de la Corte Constitucional que liberalizó el aborto en Colombia*. 2007. Disponible en:

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=publicaciones&dc=40

⁴ i) Cuando exista un riesgo para la vida o la salud (física y/o mental) de la mujer, ii) cuando el embarazo es el resultado de una violación o incesto, y iii) cuando el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida extrauterina.

*constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.”
(énfasis fuera del texto)*

Si bien previamente la Corte Constitucional había abordado controversias sobre salud sexual y reproductiva, es partir de la sentencia C – 355 de 2006 donde comienza a desarrollar el contenido de los derechos sexuales y reproductivos como categoría específica, y a estudiar controversias de salud sexual y reproductiva desde esta perspectiva, en lugar o ya no solo, como violaciones del derecho a la salud, a la integridad personal, o al libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo⁵.

A partir de esta sentencia la Corte ha producido abundante jurisprudencia sobre el derecho reproductivo a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)⁶, y ha comenzado a desarrollar otros derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a la información en materia de sexualidad y reproducción⁷. Sin embargo, por la temática del caso bajo estudio de la Corte, en este escrito se hará referencia a la postura asumida en la jurisprudencia constitucional frente al derecho sexual a decidir y acceder a intervenciones reconstructivas y atención a afecciones de órganos sexuales, y al derecho reproductivo a decidir y acceder a técnicas de reproducción asistida. Ambos derechos estrechamente relacionados con el derecho a beneficiarse del progreso científico, y que implican tanto un nivel de toma de decisión por la persona, como de acceso a servicios para hacer efectiva dicha decisión.

2.1. Tratamientos para la infertilidad: excepcionalmente protegidos

En la sentencia T – 1104 de 2000, previa a la C-355 de 2006, la posición de la Corte Constitucional era la de considerar improcedente ordenar por vía de tutela tratamientos de fertilidad⁸, principalmente porque: i) al tratar las controversias desde la perspectiva del derecho a la salud, y por ser éste considerado para la época como parte de los derechos sociales económicos y

⁵ Ver al respecto: Corte Constitucional. Sentencia T-926 de 1999, en la que se ordenó a una EPS el suministro del medicamento Viagra, excluido del POS, para tratar el problema de disfunción eréctil causado por la diabetes que padecía el accionante y en donde se habló de la vida sexual normal como parte del derecho a la vida; Sentencia T-492 de 2004, en la que se ampararon los derechos a la salud y a la dignidad, de un hombre y su pareja, que solicitaban se ordenará una reconstrucción fálica, ante las graves lesiones sufridas en los órganos sexuales masculinos, derivadas de un ataque de grupos de delincuencia común. Sentencia T-143 de 2005, en la que se protegió el derecho a la salud sexual, como parte del derecho a la salud, y se ordenó a una EPS proveer una prótesis peneana, aunque estaba excluida del POS, teniendo en cuenta que la disfunción provenía de problemas de salud, y el tratamiento había sido interrumpido de forma abrupta.

⁶ Corte Constitucional. Decisiones T-171 de 2007, T – 988 de 2007, T-209 de 2008, T – 946 de 2008, Auto 279 de 2009, T-388 de 2009, Auto 327 de 2010, T-585 de 2010, Auto 85A de 2011, T- 841 de 2011, T – 636 de 2012 y Auto 038 de 2012.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T – 627 de 2012.

⁸ Ver: Corte Constitucional, Sentencia T – 1104 de 2000.

women's LINK worldwide

culturales⁹, se entendía que estaba sujeto al desarrollo estatal, y por lo tanto, entraba completamente dentro del margen de libertad de configuración normativa, ii) debido al alto costo de los tratamientos de fertilidad, y porque iii) en relación con el ejercicio de la maternidad, el Estado tenía una obligación negativa, es decir, de no injerir en las decisiones libremente tomadas por las mujeres sobre la reproducción, y aunque se asignaba una protección reforzada a la mujer embarazada y a las mujeres cabeza de familia, tal derecho no implicaba *“la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado”*¹⁰.

La anterior posición se mantiene como la postura general frente a tratamientos de la fertilidad, aunque gradualmente la Corte Constitucional ha establecido algunas excepciones. Así, en sentencia del 2007, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela presentada por una mujer que aducía falta de recursos económicos, y buscaba obtener la realización de una *“cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”*, que la EPS a la que estaba afiliada había negado porque los tratamientos de infertilidad se encontraban excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS¹¹.

En esa ocasión, **la Corte se refirió** a las Conferencias Mundiales de la ONU, y especialmente al **Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD), realizada en El Cairo en 1994, que contempla dentro de los servicios de salud sexual y reproductiva “(...) la atención integral prenatal, durante el embarazo, el parto, el posparto y la lactancia, así como la atención del recién nacido; de igual manera, incluye los servicios de planificación familiar y métodos anticonceptivos de calidad, incluso servicios de reproducción asistida (...)”¹². Así mismo, se refirió a la Convención CEDAW, y al reconocimiento constitucional que la misma Corte había hecho de los derechos reproductivos en la sentencia C – 355 de 2006.**

No obstante lo anterior, **la Corte no se enfocó en determinar si los servicios de reproducción asistida debían ser garantizados por el Estado, sino que partió de la base de que estos no habían sido incluidos en el POS, por lo que la controversia se centró en si se daban las condiciones para prestar un servicio no POS en el caso específico de tratamientos de fertilidad, de acuerdo con la jurisprudencia sobre salud.** En concreto, y siguiendo la jurisprudencia previa, **la Corte evaluó si en el caso i) se afectaba el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, es decir si el tratamiento ya había sido iniciado pero luego había sido interrumpido por la aseguradora, o ii) si la infertilidad había sido producida por enfermedades que implicaran la afectación de derechos fundamentales como la salud, la vida digna o la integridad personal**¹³.

La Corte concluyó que el tratamiento solicitado no era uno de fertilidad *per se*, aunque se prescribió en el marco de un diagnóstico de infertilidad, por lo que aplicó las generales sobre

⁹ Desde la sentencia T – 760 de 2008 el derecho a la salud es considerado como fundamental.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 1104 de 2000. Fundamento Jurídico 2.1.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-.605 de 2007.

¹² *Ibidem*, Fundamento Jurídico 10. Énfasis fuera del texto.

¹³ *Ibidem*, Fundamento Jurídico 20.

prestación de servicios no POS por vía de tutela, que en el caso concreto fueron acreditados, y concedió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante.

En el mismo año, la Corte analizó el caso de una mujer que solicitaba el amparo de sus derechos a la maternidad y a la familia, que veía conculcados por la negativa de su EPS a autorizar la realización de un cariotipo materno y un cariotipo paterno, que habían sido ordenados por un profesional de la salud ante los resultados infructuosos de otros exámenes para determinar por qué sus embarazos terminaban en abortos espontáneos¹⁴.

La Corte se refirió al derecho al diagnóstico como parte integral del derecho a la salud, y señaló que la ausencia del mismo impide conocer al usuario o usuaria, la enfermedad que padece y el tratamiento correspondiente, por lo que se ve vulnerado el derecho a vivir dignamente. En el caso de los exámenes diagnósticos excluidos del POS, la Corte ha determinado los casos en que no pueden ser negados por la aseguradora.

En relación con los derechos sexuales y reproductivos, dijo en esa oportunidad la Corte, que la protección constitucional de estos derechos se actualizaba y complementaba, con el desarrollo que éstos tenían en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁵. Reiteró que ante tratamientos de salud sexual y reproductiva excluidos del POS, el amparo de derechos es procedente cuando se incumple con el principio de continuidad, o cuando la infertilidad surge como producto de otras condiciones de salud que afectan otros derechos fundamentales.

La Corte determinó que en el caso concreto se cumplían las condiciones para amparar el derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho a la salud y del derecho a la salud sexual y reproductiva.

La posición en torno a la procedibilidad excepcional de la acción de tutela para ordenar tratamientos de fertilidad, cuando se rompe el principio de continuidad del derecho a la salud, cuando lo que se trata no es la infertilidad, sino la condición o la enfermedad que la originó, y cuando se incumple la obligación de diagnóstico, ha sido la postura constante de la Corte Constitucional, tal y como quedó plasmado en las sentencias T – 471 de 2001, T-572 de 2002, T-746 de 2002, T – 512 de 2003, T 512 de 2003, T – 901 de 2004, T 946 de 2007, T 870 de 2008, T 870 de 2008, T – 890 de 2009 y T – 424 de 2009.

En conclusión, aunque dentro de los razonamientos de las sentencias referidas, la Corte ha hecho referencia a los derechos reproductivos, tanto en su faceta de autodeterminación, como de acceso a servicios, la resolución de las controversias se ha dado con aplicación del derecho a la salud, específicamente en el marco de si un servicio excluido del POS puede ordenarse por vía de tutela. Es decir, la Corte considera que las mujeres, pues ellas son las accionantes en los casos estudiados, pueden acceder a tratamientos de fertilidad o asociados a éstos, aunque estén excluidos del POS, cuando: i. se va a dar tratamiento no a la infertilidad *per se*, sino a la enfermedad o condición de salud que originó la infertilidad y que atenta contra los derechos de la

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 636 de 2007.

¹⁵ *Ibidem*. Fundamentos Jurídicos 21 y 35.

accionante, ii. Si se viola el principio de continuidad del servicio de salud, al interrumpir de forma abrupta un tratamiento ya iniciado, y iii) cuando lo que se pretende es diagnosticar la causa de las dificultades reproductivas.

Es llamativo que **la Corte parece abordar el estudio de los casos el marco de derecho internacional y constitucional de los derechos reproductivos, pero al momento de decidir, lo hace exclusivamente desde la perspectiva del derecho a la salud.**

En el mismo sentido, otro derecho que requiere la prestación de servicios de salud derivados de avances científicos, es el de acceder a tratamientos reconstructivos y de afecciones de los órganos sexuales. En este ámbito la jurisprudencia también se ha guiado exclusivamente por la aplicación del derecho a la salud, sin considerar el ejercicio y garantía de los derechos sexuales, salvo en su parte teórica, aunque ha comenzado a aplicar su contenido para resolver solo una de las controversias, como se verá en el siguiente apartado.

2.2. El acceso a tratamientos reconstructivos y de afecciones de los órganos sexuales

En la sentencia T-732 de 2009¹⁶, la Corte estudió el caso de un hombre que sufría de afecciones urinarias que le impedían tener relaciones sexuales porque no podía tener erecciones. Luego de la realización de distintos exámenes, dos profesionales de la salud le indicaron que el único tratamiento posible en su caso era el implante de una prótesis peneana. La aseguradora negó la autorización de esta prótesis por no estar contemplada en el POS, y posteriormente, ante la reiteración del médico tratante de la necesidad de la prótesis, la EPS guardó silencio.

Durante el curso del proceso la EPS autorizó la colocación de una prótesis semirígida, sin embargo, el actor consideró que ésta no le garantizaba el normal funcionamiento de su órgano sexual y mantuvo la solicitud de tutela para obtener la autorización de una prótesis inflable de tres cuerpos, que era la recomendada por uno de los médicos especialistas no adscritos a la EPS, dada la edad del accionante.

En esta sentencia, **se usó el mismo lenguaje derivado de los instrumentos de derechos humanos, al señalar que “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.”**¹⁷ Al referirse al aspecto de acceso a los servicios requeridos para hacer efectivas las decisiones en materia de sexualidad y reproducción, la Corte afirmó que **corresponde al Legislativo y Ejecutivo, la definición de las prestaciones concretas en el marco de estos derechos, “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**

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T – 732 de 2009.

¹⁷ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 6. Ver también Fundamento Jurídico 7. Énfasis fuera del texto.

*derechos según la jurisprudencia constitucional*¹⁸. Así mismo, indicó que debía tenerse en cuenta el desarrollo que de estos derechos han hecho los intérpretes con autoridad de los tratados internacionales de derechos humanos.

En esta misma sentencia se hizo énfasis en que aunque los derechos reproductivos corresponden tanto a hombres como a mujeres, son de vital importancia para estas últimas, pues la decisión acerca de reproducirse o no tiene un efecto directo sobre su proyecto de vida, además de que tradicionalmente se les ha negado el control sobre su cuerpo¹⁹. En la faceta de acceso a servicios reproductivos, la Corte señaló que de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial constitucional, estos incluyen *“la prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino”*²⁰.

Para la Corte, en el caso concreto debía prevalecer la elección del paciente acerca de cuál prótesis debía colocarse, pues según criterio médico ambas eran idóneas y la decisión que debía hacer el paciente giraba en torno a los riesgos y beneficios de cada una de las opciones. Según la Corte, en el caso estudiado no debía aplicarse el criterio económico, es decir que el sistema de salud le otorgara la prótesis de menor costo para salvaguardar los recursos del sistema, porque precisamente se trataba de una ponderación personal en materia de riesgos y efectos.

Por el contrario, **de acuerdo con la Corte, cuando se tratara de dos prestaciones médicas de distinto precio excluidas del POS, que no tienen diferencias sustanciales que afecten los derechos del usuario, el criterio económico si cobra importancia** para racionalizar el uso de los recursos del sistema de salud²¹.

Al igual que en esta sentencia, en una previa, la T – 143 de 2005, en donde la Corte Constitucional también ordenó la provisión de una prótesis peneana, excluida del POS, se declaró vulnerado el derecho a la salud del peticionario por la interrupción abrupta del tratamiento médico ordenado por el tratante. En este caso, anterior a la sentencia C – 355 de 2006, no se hizo referencia a los derechos sexuales y reproductivos, y por el contrario se aplicaron los criterios para determinar cuándo se podían ordenar por vía de tutela tratamientos excluidos del POS.

A su vez, en sentencia T-492 de 2004 se ampararon los derechos a la salud y a la dignidad, de un hombre y su pareja, que solicitaban se ordenara una reconstrucción fálica, ante las graves lesiones sufridas en los órganos sexuales masculinos derivadas de un ataque de grupos de delincuencia común. Y en sentencia T-143 de 2005, se protegió el derecho a la salud sexual, como parte del derecho a la salud, y se ordenó a una EPS proveer una prótesis peneana, aunque estaba excluida del POS, teniendo en cuenta que la disfunción provenía de problemas de salud, y el tratamiento había sido interrumpido de forma abrupta.

¹⁸ *Ibíd.* Nota interna al texto omitida.

¹⁹ *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 7.

²⁰ *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 4, numeral iv).

²¹ *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 21.

Posteriormente, en sentencia T – 310 de 2010, la Corte Constitucional abordó el caso de una joven de 25 años, a la que su aseguradora le negó la práctica de una ninfoplastia o resección parcial de labios menores, ordenada por su médico tratante para atender la hipertrofia de labios menores que padecía, porque el servicio no estaba incluido en el POS. La mujer aducía carecer de los recursos económicos para asumir el costo del servicio²².

Para resolver la controversia, la Corte inició por diferenciar el trato que da la jurisprudencia constitucional a los tratamientos estéticos y a aquellos que tienen implicaciones para la integridad personal. En el primer evento, ni el médico tratante, ni el juez, pueden ordenar a la aseguradora la prestación de un servicio excluido del POS. Por el contrario, frente a tratamientos “reconstructivos” o que afectan la integridad personal, tanto el médico como el juez, pueden ordenarlos aunque estén excluidos del POS²³. Así, se refirió a la posición jurisprudencial establecida en distintas sentencias de tutela en donde se ordenó la realización de mamoplastias, teniendo en cuenta el criterio médico que las indicaba como el tratamiento adecuado para las afecciones de las accionantes, así como a los casos en que ha negado este mismo servicio debido a que ha encontrado que se trata de un tratamiento estético o porque ante su ausencia no resultan afectados los derechos a la vida o a la salud de las accionantes.

Agregó la Corte a su análisis, que la jurisprudencia había protegido el derecho a la salud sexual y reproductiva, no sólo cuando resultaba afectado sino cuando se cernía una amenaza o riesgo sobre el mismo.

En relación con el derecho a la salud sexual, la Corte afirmó que cuando se trata de mujeres, y debido a subvaloraciones del personal médico o de los operadores de justicia, se terminan desconociendo factores que pueden afectar a las mujeres en el disfrute de su vida sexual. Está discriminación histórica de las mujeres en el control de la sexualidad, implica que los jueces den una especial protección a éstas, por lo que *“bajo el orden constitucional vigente, cuando una mujer solicita un servicio médico del cual puede depender su salud sexual y, eventualmente, su salud reproductiva, la protección constitucional supone una valoración y análisis específico de esta dimensión de la salud, cualquiera sea su orientación sexual.”*²⁴

Debido a que para la Corte no estaba claro, de una parte, si la condición médica sufrida por la accionante implicaba afectaciones a su salud, incluida la sexual y reproductiva, y de otra, si el médico había tenido en cuenta las afectaciones que se podrían producir en estos aspectos de la salud de la accionante, ordenó una nueva valoración médica que tuviera en cuenta los anteriores factores. En caso que se determinara que la afección padecida por la accionante requería como tratamiento la *ninfoplastia*, es decir, si no se evidenciaba que era meramente estética, la aseguradora debía proceder a garantizársela.

²² Corte Constitucional. Sentencia 310 de 2010.

²³ *Ibíd.* Fundamento Jurídico 2.

²⁴ *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 7.3.

Como puede verse de las sentencias estudiadas, en relación **con el derecho a tratamientos de afectaciones a órganos sexuales, la jurisprudencia también se ha referido al marco de derechos sexuales en sus facetas de autodeterminación y acceso a servicios. Sin embargo, al igual que con los tratamientos de infertilidad, los enmarca en el estudio del derecho a la salud y de si podrían ordenarse por estar excluidos del POS.**

La respuesta de la jurisprudencia ha sido diferente cuando se trata de prótesis peneanas, y cuando se trata de reconstrucciones de los órganos sexuales femeninos, a pesar de que ambas se encuentran excluidas del POS. Así, **cuando se trata de prótesis peneanas, se privilegia la autodeterminación del peticionario y el acceso a esta intervención, cuando hay varias opciones equivalentes en idoneidad y existen diferencias en los riesgos y beneficios que cada una de ellas acarrea. Por el contrario, se privilegia el criterio de menor costo entre las opciones posibles, y de este modo, la protección de los recursos del sistema de salud, cuando entre las posibilidades de tratamiento no hay diferencias sustanciales que afecten los derechos del usuario.**

En el caso de reconstrucción de órganos femeninos, **como un paso previo a determinar si se debe dar aplicación a los derechos a la autonomía y al acceso a servicios, es necesario establecer si el procedimiento solicitado es reconstructivo o busca la protección de los derechos fundamentales de la accionante, entre ellos el derecho a la salud, que incluye la sexual y reproductiva, o si por el contrario, es un tratamiento solicitado por razones estéticas.** Una vez establecido que se trata de la primera hipótesis, la aseguradora debe garantizar la realización de la intervención.

En conclusión, la protección constitucional del derecho sexual a reconstrucciones y tratamientos de afecciones de los órganos sexuales, y del derecho reproductivo a acceder a tecnologías de reproducción asistida, incluida la FIV, se ha caracterizado por i) una inclusión teórica del marco de los derechos sexuales y reproductivos en los fundamentos de la sentencia, y ii) una resolución de los casos con base en el derecho a la salud, y sin aplicar o muy tímidamente, el marco de los derechos sexuales y reproductivos.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en que el contenido y ámbito de aplicación de los derechos sexuales y los reproductivos, debe actualizarse y complementarse con el desarrollo de éstos derechos en el ámbito de los derechos humanos, especialmente con los realizados por los intérpretes con autoridad de los tratados internacionales en la materia. Y, precisamente por ello es relevante referirse al reciente pronunciamiento hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el derecho reproductivo a acceder a la Fertilización in Vitro.

3. El derecho reproductivo a acceder a técnicas de reproducción asistida en el Sistema Interamericano de Derechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de estudiar el tema del acceso a técnicas de reproducción asistida en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Esta sentencia

decidió si la prohibición de las técnicas de Fertilización in Vitro - FIV, vía la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del país por considerar que iban en contra del derecho a la vida, violaba la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH²⁵.

Para iniciar el estudio del caso y con base en los peritajes rendidos dentro del proceso, la Corte hizo una serie de definiciones necesarias para la determinación del objeto de la controversia. Así, definió la infertilidad como *“la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más”*²⁶. A su vez, se refirió a las técnicas de reproducción asistida como aquellas que se usan para que una pareja o persona infértil logre un embarazo, e incluyen *“la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación 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.”*²⁷ Y, sobre la FIV en particular, dijo que se trataba de un procedimiento por el cual se extraían los óvulos de los ovarios de una mujer, eran fertilizados mediante un proceso de laboratorio y luego eran devueltos al útero²⁸ o transferidos directamente a las trompas de falopio²⁹, con el objetivo de lograr un embarazo.

Para la Corte, el derecho a la vida privada incluye los derechos a la identidad física y social, a la autonomía personal, y a establecer y desarrollar relaciones interpersonales. La vida privada es, así mismo una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, y a su vez, la decisión personal de reproducirse o no, es parte de este último. Así, “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.”³⁰ Adicionalmente, el derecho a fundar una familia, según la Corte, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos como el marco dentro del que opera la posibilidad de procrear o no³¹.

La Corte agregó que **el derecho a la vida reconoce dos facetas en relación con la decisión de reproducirse o no: la autonomía reproductiva, de una parte, y el acceso a servicios de salud reproductiva, por otra. Esta última faceta incluye “el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. (...) Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de**

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁶ *Ibidem*, párr. 62.

²⁷ *Ibidem*, párr.. 63 Nota interna al texto omitida.

²⁸ *Ibidem*, párr.. 64

²⁹ *Ibidem*, párr.. 65

³⁰ *Ibidem*, párr.. 143. Nota interna al texto omitida. Énfasis fuera del texto.

³¹ *Ibidem*, párr.. 145. Nota interna al texto omitida.

las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.”³²

El marco de protección del derecho a la autonomía reproductiva y al acceso a servicios de salud reproductiva de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye “la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida”³³ al formar “parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar.”³⁴

Así mismo, **el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva, tiene una estrecha relación con el derecho a beneficiarse del progreso científico** establecido en el artículo 15.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. *“Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.”³⁵*

Adicionalmente, **la Corte resaltó que la integridad personal puede resultar afectada por falta de atención médica o por la negativa de acceso a ciertos servicios de salud, de modo que [l]a falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.”³⁶**

Tomando en cuenta el marco descrito hasta ahora, así como la interpretación que hizo del alcance de la protección del derecho a la vida según el artículo 4.1. de la Convención, la Corte concluyó que **la prohibición de la fertilización in vitro en Costa Rica, afectaba la autonomía personal y el proyecto de vida de quienes querían acceder a la FIV, y especialmente los derechos de quienes la tienen como única opción para procrear³⁷. Así mismo, resultó afectada la integridad**

³² *Ibídem*, párr.. 146. Énfasis fuera del texto.

³³ *Ibídem*, párr.. 272. Énfasis fuera del texto.

³⁴ *Ibídem*, párr.. 272.

³⁵ *Ibídem*, párr.. 150. Énfasis fuera del texto.

³⁶ *Ibídem*, párr.. 147. Notas al pie del texto omitidas. Énfasis fuera del texto.

³⁷ *Ibídem*, párr.. 281

psicológica de las personas, por negarles la posibilidad de hacer efectiva su libertad reproductiva³⁸.

La Corte hizo también un análisis acerca de **la existencia de un impacto desproporcionado en relación con la discapacidad, el género y la situación económica, y señaló que el concepto de impacto desproporcionado está relacionado con el de discriminación indirecta.**

Para iniciar su análisis, tomó en cuenta la definición de infertilidad de la OMS, es decir *“una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”*³⁹, y añadió que de acuerdo con los peritajes rendidos, así como de acuerdo con la Asociación Médica Mundial, su existencia puede generar efectos, incluso graves, en la salud física y mental de las personas.

La Corte planteó que la infertilidad podría ser considerada una forma de discapacidad, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el artículo 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁴⁰.

En relación con el impacto desproporcionado por razones de género, **la Corte recordó que los Estados tienen la obligación de eliminar los estereotipos relacionados con esta categoría**⁴¹. **Uno de estos estereotipos persistentes es el que asocia la concepción de una mujer plena con el ejercicio de la maternidad, por lo que el impacto en las mujeres es desproporcionado cuando son infértiles: “el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo”**⁴².

Adicionalmente, aunque la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, **las tecnologías reproductivas, se relacionan especialmente el cuerpo de las últimas. Por lo tanto, a pesar de que “la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.”**⁴³

³⁸ Ibídem, párr.. 282

³⁹ Ibídem, párr.. 288

⁴⁰ Así, se señaló en la sentencia que *“la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.”* Ibídem, párr.. 293.

⁴¹ En concordancia con el artículo 5.a de la Convención CEDAW y los artículos 6.b y 8.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “ Convención de Belém do Pará”

⁴² Ibídem, párr.. 296. Énfasis fuera del texto.

⁴³ Ibídem, párr.. 299. Énfasis fuera del texto.

Finalmente, la Corte identificó la existencia de un impacto desproporcionado por razón del estatus socioeconómico, pues no todas las parejas afectadas con la prohibición, contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV fuera del país⁴⁴.

A partir de todo lo expuesto, la Corte determinó que “[u]na ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.”⁴⁵

En la parte resolutive de la sentencia se dispuso que el Estado debería adoptar las medidas para que quedara sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que desean hacer uso de la misma puedan hacerlo sin injerencias⁴⁶. Así mismo, dispuso que el Estado “debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.”⁴⁷

4. La garantía de acceso a servicios que hacen posible el ejercicio de la autonomía reproductiva es una obligación del Estado colombiano

Los derechos sexuales y reproductivos, son derechos humanos que tienen su fundamento en otros tradicionales. Ello no significa, sin embargo, que no tengan unas características específicas y una importancia particular para grupos tradicionalmente discriminados, que han sido históricamente despojados del control sobre su cuerpo, como las mujeres. Ahora bien, la vulneración de cualquiera de los derechos sexuales o de los reproductivos, en su faceta de autodeterminación, o en su faceta de acceso a servicios, puede implicar la afectación de otros derechos, tal y como lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos⁴⁸, el Comité CEDAW⁴⁹, el

⁴⁴ Ibídem, párr.. 303. Énfasis fuera del texto.

⁴⁵ Ibídem, párr.. 314.

⁴⁶ Ibídem, numeral 2 de la parte dispositiva.

⁴⁷ Ibídem, numeral 4 de la parte dispositiva. Énfasis fuera del texto.

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos. Karen Noelia Llantoy Huamán v. Peru, Communication No. 1153/2003, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005). En esta ocasión el Comité determinó la existencia de vulneraciones a los derechos humanos de una menor de edad, a la que el Estado peruano le negó el peruano a un aborto legal y seguro. Para un resumen analítico de esta decisión puede consultarse:

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=271&lang=en

⁴⁹ Comité CEDAW, Caso K.L. vs. Perú, Documento CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011, Comunicación No. 22/2009. Para un resumen analítico del caso puede consultarse:

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=461&lang=en

Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵¹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵².

Así mismo, en la sentencia C – 355 de 2006 la Corte Constitucional reconoció la existencia de los derechos sexuales y los reproductivos en sus facetas de autodeterminación y acceso a servicios, su estrecha relación con otros derechos y su importancia para las mujeres y niñas colombianas. Ya para 2007, la Corte, siguiendo el anterior marco, había declarado el carácter fundamental de los mismos. No obstante, y a pesar de que la jurisprudencia ha sido consistente en el desarrollo de este marco, la aplicación a los diversos derechos que hacen parte de esta categoría no ha sido uniforme.

En ámbitos como el de la Interrupción Voluntaria del Embarazo – IVE, la jurisprudencia constitucional ha protegido tanto la faceta de la autodeterminación de las niñas y mujeres que deciden optar por un aborto legal, sin que sean objeto de discriminación o de injerencias, como la faceta de acceso de estas mismas mujeres y niñas a los servicios de salud requeridos para hacer efectiva su decisión de no continuar un embarazo, también sin ser sometidas a maltratos, injerencias, violencia o cualquier tipo de discriminación⁵³. Igualmente, la Corte ha garantizado este derecho de las mujeres y niñas colombianas, al poner fin a las injerencias indebidas de la Procuraduría General de la Nación para evitar la inclusión del misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud - POS, un medicamento eficaz, seguro y poco invasivo para la realización de las IVE. La Corte ordenó a la Comisión de Regulación en Salud continuar con el trámite de inclusión de dicho medicamento, que actualmente está incluido en el POS⁵⁴.

La misma consistencia no aparece en las sentencias de la Corte en referencia al acceso a servicios de salud sexual para tratar afectaciones de los órganos sexuales, ni frente al acceso a servicios de reproducción asistida. **A pesar de que las decisiones analizadas en el acápite 2 de este documento, parten de un marco teórico que reconoce los derechos sexuales y los reproductivos**

Comité CEDAW, Caso da Silva Pimentel vs. Brasil, Documento CEDAW/C/49/D/17/2008, 10 de Agosto de 2011, Comunicación No. 17/2008. Para un resumen analítico del caso puede consultarse:

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=456&lang=es

⁵⁰ European Court of Human Rights, Fourth Section, Case of P. and S. v. Poland, (Application no. 57375/08), Judgment, Strasbourg, 30 October 2012, Final: 30/01/2013. Para un resumen analítico puede consultarse:

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=494

European Court of Human Rights, Fourth Section, Case of R.R. v. Poland, (Application no. 27617/04), Judgment, Strasbourg, 26 May 2011, Final: 28/11/2011. Para un resumen analítico puede consultarse:

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=428

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 21/07, Petición 161-02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México, 9 de marzo de 2007. Disponible en:

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú, 10 de octubre de 2003. Disponible en:

<https://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm>

⁵² Op. Cit, Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

⁵³ Ver Nota 5 de este documento.

⁵⁴ Ver Corte Constitucional, sentencia T – 627 de 2012.

en la faceta de decisión como en la de acceso a servicios, sólo una de ellas aplica ese marco en la resolución del caso concreto. Esto, aunque la misma Corte ha reconocido que el contenido de esta categoría de derechos debe actualizarse y complementarse con el avance del marco internacional de derechos humanos en la materia.

El respeto y garantía de los derechos sexuales y los reproductivos exige, de acuerdo con el marco internacional de derechos humanos y con la Constitución, que el Estado no injiera, imponga violencia, presione, obstaculice o de cualquier modo discrimine a una persona por sus elecciones en relación con la sexualidad o la reproducción. Sin embargo, no es suficiente con que el Estado respete las decisiones de las personas en estos ámbitos, sino que para dar cumplimiento a sus obligaciones, debe garantizar el acceso a los servicios de salud que permitirán hacerlas efectivas, sin que medie violencia o discriminación en la prestación de los mismos.

Así mismo, **al reconocer los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos y como fundamentales, el Estado no debería fijar estándares distintos para cada uno de los derechos que se enmarcan en esta categoría. Además de por seguridad jurídica, la uniformidad en un trato garantista evitaría la generación de impactos desproporcionados sobre grupos de población, o la generación de tratos discriminatorios en el ejercicio de estos derechos.**

Con base en el marco general que se ha intentado describir a lo largo de esta intervención, **la negativa del Estado colombiano a garantizar el acceso a servicios de FIV, constituye discriminación por varios factores: i) para las personas infértiles y que desean tener descendencia genética, ii) para las usuarias del sistema de salud que acceden a servicios no POS, en condiciones distintas y más restrictivas que las demás personas que usan el sistema de salud iii) para las mujeres en particular por el impacto desproporcionado que tienen las regulaciones de la FIV sobre ellas, y porque el marco normativo es más garantista para hombres que buscan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, y iv) para las personas infértiles por su estatus socioeconómico.**

En primer lugar, **la negativa de proveer servicios de FIV a personas y parejas que desean tener descendencia genética, establece una diferenciación en la titularidad de los derechos reproductivos, entre aquellas personas que son fértiles y quienes no lo son. Es decir, a raíz de la existencia de una condición biológica como es la infertilidad, determina que las personas que la padecen tienen menos derechos reproductivos que quienes no tienen esta condición.** En esta narrativa, tanto quienes son infértiles como quienes no lo son, pueden decidir libremente si quieren reproducirse o no, pero las personas infértiles no tienen derecho a acceder a los servicios que garantizaran su decisión, cuando ésta es la de reproducirse genéticamente.

La exclusión de los servicios de FIV en el POS, y por consiguiente la aplicación de las reglas jurisprudenciales de acceso a servicios no POS, parten de que la técnicas de reproducción asistida son costosas. Sin embargo, la protección de los recursos del sistema de salud ante tratamientos costosos no puede operar como el fin justificante de la restricción de derechos humanos, ni fundamentales. Es un factor a tener en cuenta de acuerdo con la jurisprudencia

sobre el derecho a la salud, pero no puede ser considerado como el fin constitucional imperioso a proteger a través de la restricción de un derecho.

Cuando se niegan los derechos humanos reproductivos no sólo se están negando éstos sino todo un catálogo de derechos humanos y fundamentales: la dignidad, la integridad personal, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la vida privada, y el derecho a conformar una familia. **La restricción de estos derechos, debe ir sustentada en la búsqueda de un fin imperioso o legítimo, en la eficacia de los medios para conseguir dicho fin, y en la proporcionalidad entre fines y medios.**

Ahora bien, aunque los derechos reproductivos necesitan del ejercicio del derecho a la salud, no se limitan en su concepción y alcance a éste. La jurisprudencia constitucional, se reitera, ha mantenido un sólido marco normativo desde 2006 en torno a estos derechos, pero no ha aplicado de forma consistente su contenido. De este modo, en el acceso a otros derechos reproductivos como la IVE, la jurisprudencia ha resuelto las controversias relativas a la faceta de acceso a servicios de salud, en el marco de los derechos reproductivos, y ha complementado la protección a la persona titular de derechos, mediante la aplicación del contenido al derecho a la salud. Por el contrario, cuando se trata de acceder a servicios de FIV, no se aplica, aunque se nombra, el marco de derechos sexuales y reproductivos, y el caso es estudiado como cualquier otra controversia de prestación de servicios no POS.

Es relevante señalar que **cuando se niega el acceso a medicamentos, procedimientos o servicios de salud desarrollados por la ciencia para atender afecciones y enfermedades de los sistemas sexual y reproductor, se está negando el derecho a beneficiarse del progreso científico, derecho que se encuentra establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el Protocolo de San Salvador. Adicionalmente, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a beneficiarse del progreso científico está estrechamente relacionado con los derechos a la vida privada y con los derechos reproductivos.**

Es en este punto en donde se configura una discriminación entre quienes requieren un servicio FIV, y quienes solicitan otros servicios de salud. Según la Organización Mundial de la Salud, *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*⁵⁵, y de acuerdo con el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

La Corte Constitucional ha desarrollado el contenido del derecho a la salud, tomando en cuenta la definición de la OMS y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y ha dicho que es posible ordenar por vía de tutela la prestación de servicios y tratamientos no incluidos en el POS, cuando se cumplen las siguientes condiciones:

⁵⁵ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

women's LINK worldwide

- (i) *Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;*
- (ii) *Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;*
- (iii) *Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.*
- (iv) *Que el paciente realmente no pueda sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio está autorizada legalmente a cobrar.”⁵⁶*

Quando se estudian peticiones de recibir servicios no POS, el juez constitucional no analiza cuáles son las razones por las cuales dicho servicio no ha sido incluido en el POS. Por el contrario, cuando se trata de servicios de FIV, la Corte parte del presupuesto que es necesario cuidar los recursos del sistema de salud ante prestaciones costosas, y de este modo, niega la prestación de servicios de FIV para la fertilidad originaria, salvo si: i) el tratamiento pedido es para la enfermedad que originó la infertilidad y no para la infertilidad en sí misma, ii) si el tratamiento ha sido iniciado y luego interrumpido, en virtud del principio de continuidad, o iii) si lo que se busca es obtener un diagnóstico de una condición de salud asociada a la infertilidad.

Como se puede ver, las subreglas constitucionales en torno a acceso a servicios FIV o relacionados con la infertilidad, son más restrictivas que para otros servicios que tampoco están incluidos en el POS. La diferenciación no parece estar justificada en ningún criterio distinto a que se presume que con la negativa de los tratamientos FIV se protegen los recursos del sistema de salud. Sin embargo, la premisa del costo del tratamiento no se aplica frente a otros servicios.

La exclusión de los tratamientos de FIV de las reglas generales de prestación de servicios no POS, es más grave teniendo en cuenta que en este ámbito siempre se cumple la primera de las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional para acceder a servicios excluidos del POS: la vulneración de los derechos a la vida e integridad personal de la peticionaria, puesto que la decisión de reproducirse está estrechamente ligada con el proyecto de vida y el libre desarrollo de la personalidad, y porque la imposibilidad de reproducirse, queriendo hacerlo, implica afectaciones de la salud, en sus dimensiones física y mental, de la pareja o persona solicitante.

En tercer lugar, aunque la posibilidad de decidir acudir a tratamientos de reproducción asistida está abierta tanto a hombres como a mujeres, el cuerpo de estas últimas es indispensable para llevar a término el proceso de reproducción, ya que aunque la fertilización se dé fuera del útero, sólo puede haber implantación y desarrollo de una vida humana prenatal en éste.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T – 890 de 2009, Fundamento Jurídico 5.

women's worldwide

Por lo tanto, mientras una persona con gametos masculinos siempre puede reproducirse biológicamente por fuera de su cuerpo, las personas con gametos femeninos son las únicas que pueden quedar embarazadas, usando o no sus propios óvulos. De este modo, **negar el acceso a técnicas que permitan a las mujeres tener descendencia genética, como en el caso de la FIV, tiene un impacto desproporcionado en los derechos reproductivos de las mujeres y puede generar afectaciones de otros derechos como la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad o la salud.**

En el caso colombiano, como se mostró en el acápite 2 de este documento, la jurisprudencia no ha usado los mismos criterios cuando se trata de otorgar por vía de tutela, tratamientos de salud de afecciones a los órganos sexuales y reproductivos entre hombres y mujeres.

Mientras las prótesis penianas y el acceso al Viagra para los hombres se ha considerado desde el inicio como necesarias para el ejercicio digno y pleno de la vida sexual y reproductiva de quienes se identifican como hombres, el estándar exigido a quienes se identifican como mujeres, para acceder a tratamientos reconstructivos o a tratamientos de fertilidad, es mucho más alto: se tiene que demostrar que no se trata de una petición estética, en el primer caso, o en el segundo, se tiene que encajar, no dentro de las hipótesis generales de excepción de tratamientos excluidos del POS, sino dentro de las hipótesis de tratamientos de fertilidad, que son más exigentes. No se considera que la falta de estas intervenciones o tratamientos de salud sexual y reproductiva sobre la mujer, vulneren *per se* sus derechos, como si sucede con quienes se identifican como hombres.

Las injerencias, la violencia o la discriminación sobre las decisiones en materia de salud sexual o reproductiva, o la negativa o maltrato en el acceso a servicios de salud dentro de los mismos ámbitos, siempre tienen efectos negativos tanto en los derechos sexuales y reproductivos de hombres como mujeres, como en otros derechos reconocidos y garantizados tradicionalmente a nivel constitucional como internacional.

No por la asunción de que los tratamientos de FIV son costosos, la violación de derechos humanos y fundamentales de a quienes se les niega, deja de ser de igual o mayor magnitud que la sufrida por quienes si tienen derecho a una vida sexual y reproductiva, plena, saludable y digna.

Finalmente, **la negativa a proporcionar acceso a los tratamientos de FIV implica un impacto desproporcionado por la condición socioeconómica de las personas. Quienes desean ejercer su derecho a reproducirse biológicamente y no tienen recursos para cubrir el costo de estos tratamientos, que se reitera, no son sólo la garantía de derechos reproductivos sino de otros derechos, se encuentran frente a una situación en que su estatus socioeconómico define el ámbito de protección de sus derechos.**

Adicionalmente, desde la perspectiva del derecho a la salud, la ausencia de recursos económicos para costear los medicamentos, procedimientos o servicios excluidos del POS, pero necesarios para el restablecimiento del bienestar integral y para la garantía de los derechos fundamentales

del usuario o usuaria, hace parte de los criterios que toma en cuenta la Corte para ordenarlos o no. Por el contrario, ese mismo factor de la ausencia de recursos, nunca llega a estudiarse en los casos de tratamientos de infertilidad originaria, porque los estándares para estos procedimientos son distintos y más rigurosos.

En punto a los tratamientos de reproducción asistida, el debate gira en torno a la protección de los derechos fundamentales y humanos de las personas que se quieren reproducir genéticamente. Estas personas no pueden tener menos derechos o un ámbito de protección menor, únicamente con base en el costo de dichos tratamientos. El factor económico, y por consecuencia, la protección de los recursos del sistema de salud, es uno a tener en cuenta en el debate, pero no puede ser el único, ni el más importante, cuando se trata de derechos fundamentales. Es necesario que haya una discusión informada e integral en torno al tema entre los diversos actores involucrados.

Conclusión

El acceso a tecnologías reproductivas, incluida la FIV, es un derecho reproductivo protegido por el marco internacional de derechos humanos. Aunque la Corte Constitucional le ha dado a los derechos sexuales y a los reproductivos el estatus de derechos fundamentales, y ha venido desarrollando su contenido en distintos ámbitos, no ha aplicado este mismo marco en los casos de FIV, aunque lo ha nombrado en la parte considerativa de sus sentencias.

Se ha creado entonces en la jurisprudencia una diferenciación entre los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas, y las de aquellas que quieren reproducirse pero padecen infertilidad. Tal diferenciación no ha sido justificada de acuerdo a los criterios constitucionales para establecer cuándo una distinción es legítima y cuándo puede dar origen a discriminación. Y por el contrario, la negativa de peticiones de tratamientos FIV se ha hecho de plano, en razón de los costos que implican, salvo excepciones.

Igualmente, el trato que se da a las peticiones de servicios excluidos del POS, no se aplica a las tecnologías reproductivas que también están excluidas, sino que existen reglas específicas y más rigurosas para determinar cuándo se puede acceder al servicio. En consecuencia, las personas infértiles, también son tratadas con un estándar distinto que el que cobija a las demás usuarias del sistema de salud.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido que el contenido de los derechos sexuales y los reproductivos se actualiza con los desarrollos del marco internacional de derechos humanos, es necesario que se complemente la protección constitucional de estos derechos, teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció y protegió, con base en los derechos a la vida privada y a formar una familia, el derecho a reproducirse en sentido

biológico, y a acceder a la tecnología médica necesaria para hacer efectiva dicha decisión a través de tratamientos de tecnología reproductiva, como la FIV.

Ahora bien, el Comité de Derechos Humanos, el Comité CEDAW , el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido consistentes en que la negación o las injerencias en la autodeterminación sexual y reproductiva, así como la negación y maltrato en el acceso a los servicios de salud necesarios para hacer efectivas dichas decisiones, tienen consecuencias sobre otros derechos de las personas como la vida digna, la integridad personal, la salud, la libertad, a no ser discriminado/a, a no ser sometido/a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la vida privada, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

En consecuencia, tal como sucede con la categoría de los derechos reproductivos, la negativa de ejercicio de uno de estos derechos como es el de acceso a tratamientos de FIV, siempre tiene consecuencias sobre el ejercicio y garantía del derecho en sí mismo, y sobre otros derechos humanos y fundamentales de las personas.

Finalmente, ante la ausencia de reconocimiento, protección y garantía del derecho a acceder a servicios de tecnología reproductiva, particularmente la FIV, se produce discriminación en distintos niveles: i) frente a las personas infértiles y que desean tener descendencia genética, ii) frente a las usuarias del sistema de salud que acceden a servicios no POS, en condiciones distintas y más restrictivas que las demás personas que usan el sistema de salud, iii) frente a las mujeres en particular por el impacto desproporcionado que tienen las regulaciones de la FIV sobre ellas, y porque el marco normativo es más garantista para hombres que buscan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, y iv) frente a las personas infértiles por su estatus socioeconómico.

Es necesario que la decisión sobre el ámbito de protección del derecho reproductivo a acceder a tratamientos de fertilidad, vaya más allá del costo de estos tratamientos, y pase a un debate informado y completo en donde también se incluya qué significa esta categoría de derechos, cómo impactan en otros humanos y fundamentales, cuáles son las consecuencias para grupos poblacionales tradicionalmente discriminados, y cuándo es legítimo limitar su alcance y con base en qué criterios.

Cordial saludo,

Ariadna Tovar Ramírez

Directora Legal y de Incidencia Regional, Bogotá

a.tovar@womenslinkworldwide.org

Tel. (571)2575491