

EL PANORAMA JURÍDICO DE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* EN COLOMBIA

Tesis Presentada Para Obtener El Título De  
Abogada  
Universidad de Manizales  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
Derecho

Vanessa Salazar Urueña  
Septiembre 2015

Por aquellos que estuvieron desde el inicio en esta etapa de mi vida, por aquellos que se marcharon sin decir adiós, por aquellos que se alegran de este triunfo debo decir GRACIAS.

Todo este esfuerzo es por ti y para ti Mamá.

## **El panorama jurídico de la fecundación *in vitro* en Colombia**

### **Resumen**

La fecundación *in vitro* en Colombia, como en muchos países del mundo, es considerada una nueva y particular alternativa para contrarrestar los problemas de fertilidad de las parejas que han intentado, durante muchos años y por diferentes métodos, concebir un hijo sin tener un alentador resultado.

Así pues, los tratamientos de fertilidad en Colombia se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS), por considerarse que la maternidad y la procreación en sí, no son obligaciones a cargo del Estado, sino que, por el contrario, dependen exclusivamente de la autonomía de cada individuo.

Sin embargo, en Colombia los tratamientos de fecundación asistida son suministrados de forma excepcional por las entidades promotoras de salud (EPS), en el evento de que con su omisión se genere una violación efectiva de derechos fundamentales; en otros países como Costa Rica resulta un deber imperante para el Estado proporcionar, en su sistema de seguridad social, todos los procedimientos necesarios para lograr la práctica efectiva de la Fecundación *In Vitro*; estas medidas debieron ser adoptadas por lo ordenado en la sentencia “Artavia Murillo Vs Costa Rica” proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, este proyecto analiza los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Artavia Murillo vs Costa Rica”, relacionados con la Fecundación *in vitro*, mediante lo cual se logró determinar que dichas disposiciones son de obligatorio cumplimiento para Colombia por ser este un Estado miembro de la Convención y en consecuencia haberle ratificado competencia a la Corte Interamericana de DH.

## **Tabla de contenido**

Capítulo 1 .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Introducción.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Antecedentes del problema de investigación.....	1
Pregunta de investigación.....	4
Justificación.....	5
Marco teórico y conceptual .....	9
Capítulo 2 .....	11
Objetivos.....	11
Objetivo general .....	11
Objetivos específicos.....	11
Capítulo 3 .....	12
Metodología.....	12
Tipo de investigación .....	12
Método.....	12
Capítulo 4 .....	14
Cronograma .....	14
Capítulo 5 .....	16
Análisis del fallo que condenó al estado Costarricense por violación de Derechos Humanos .	16
Medidas adoptadas por el Estado Costarricense.....	26
CAPITULO 6 .....	28
Del control de Convencionalidad .....	28
Convención Interamericana de Derechos Humanos y sus órganos reguladores .....	28
El Control de Convencionalidad.....	29
Capítulo 7 .....	35
Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico Colombiano.....	35
Efectos del Sistema Interamericano en Colombia.....	35
El Bloque de Constitucionalidad y su creación en la constitución de 1991 .....	37
¿Es vinculante la jurisprudencia de la CIDH aun cuando no se es parte en la sentencia? ....	41
Capítulo 8 .....	46
El panorama de la fecundación “in vitro” en Colombia.....	46
Generalidades sobre técnica de reproducción asistida .....	47
Contexto Colombiano.....	49
Análisis normativo.....	51
Análisis jurisprudencial .....	54
Capítulo 9 .....	59
La obligatoriedad de la sentencia caso “Artavia murillo vs Costa Rica” en Colombia .....	59
Sentencia T-528 de 2014 .....	59
Consideraciones y fundamentos utilizados por la corte .....	61
Conclusiones.....	72
Recomendaciones .....	72
Capítulo 10 .....	75

Bibliografía.....75

## CAPITULO 1 INTRODUCCIÓN

### **Antecedentes del problema de investigación**

Los Estados americanos buscaron durante años la adopción de algún tipo instrumento que les permitiera positivizar de forma concreta los derechos de los ciudadanos y sus obligaciones con relación al tema de derechos humanos. La concertación de este proceso de creación normativa, debía tener unas aventajadas bases que le permitieran alcanzar el fin perseguido. Ejemplo de sólidos sustentos pueden verse en la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz (1945), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959) y la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria realizada en Buenos Aires (1967).

Estos antecedentes contribuyeron a que se creara en 1969, en San José de Costa Rica, la Convención Americana de Derechos Humanos, mecanismo que le permite a cada una de las personas del territorio americano reclamar la efectividad de sus derechos civiles y políticos como también de sus derechos económicos, sociales y culturales. En virtud de ésta, surgen obligaciones expresas a cargo de los Estados miembros, quienes tendrán el deber de respetar y materializar todos y cada uno de los postulados allí estatuidos, *so pena* de ser sancionados por los dos órganos internacionales de vigilancia y control de este pacto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La primera de ellas, fundada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1959, colegiatura que se encuentra compuesta por 7 miembros en cargados de custodiar que los Estados respeten lo consagrado en la Convención e implementen medidas progresivas de protección de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos; En similar sentido, en el caso de

que se advierta algún tipo vulneración de las disposiciones convencionales, el Estado miembro o cualquier ciudadano podrá denunciar tal conducta ante este órgano que se ocupará de analizar si es necesario dictar una medida cautelar, brindar una recomendación al Estado presuntamente responsable o enviar el expediente a conocimiento de la Corte.

El otro órgano jurisdiccional con carácter autónomo se denomina Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal compuesto por 7 magistrados que gozan de un papel preponderante en la aplicación e interpretación de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Ésta adquiere su potestad contenciosa una vez la Comisión haya dado las recomendaciones pertinentes al Estado miembro y éste no hubiese tomado las medidas necesarias para remediar la situación en el plazo establecido. En el momento en que la Corte ejecuta su potestad judicial, se encarga de resolver si existe o no responsabilidad internacional del Estado y fija los criterios hermenéuticos a partir de los cuales debe entenderse la Convención.

Para que dicho organismo internacional intervenga en algún caso de presunta vulneración de los derechos humanos el Estado miembro debió reconocerle con antelación dicha competencia, ya sea a través de la ratificación del tratado o con posterioridad. Adicional a ello, para que la petición o denuncia sea admitida ante estas instancias, deberán observarse los presupuestos legales exigidos en el artículo 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, es de vital importancia señalar que algunas disposiciones internacionales pueden ser incorporadas al derecho interno de cada país por una figura denominada control de convencionalidad. Esta herramienta obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para adecuar las normas internas de conformidad con lo establecido en el tratado; en virtud de ello, los administradores de justicia y las autoridades administrativas de cada Estado miembro tienen el deber de aplicar y hacer efectivas las disposiciones supranacionales, a tal punto, que si existe una colisión entre un postulado nacional y

uno emanado de la Convención Americana de Derechos Humanos, prevalecerá lo dispuesto en esta última.

En el mismo sentido, se estableció en el artículo 93 de nuestra constitución, que aquellos tratados que reconocen derechos humanos prevalecen en el ordenamiento jurídico interno, por lo que se crea la obligación de interpretar las normas constitucionales y las de cualquier otra índole de conformidad con lo establecido en los convenios internacionales.

Por otra parte, es importante, **para tratar** el tema del que aquí nos ocupamos, comprender los efectos de los fallos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En nuestro país estos producen efectos *inter partes*, es decir, que las decisiones emitidas por dicho órgano son vinculantes, siempre y cuando, el Estado intervenga en forma directa en el litigio. Sin embargo, sobre esta teoría se plantean discusiones a nivel jurisprudencial, al establecerse que los tribunales internacionales tienen la facultad exclusiva de interpretar los tratados ratificados, por tanto la aplicación de sus decisiones en el ordenamiento interno tienen un carácter relevante en la hermenéutica adoptada por los jueces de este país (Palacio, 2015; Pretelt, 2015; Calle, 2014).

A partir de estos planteamientos se esboza el problema objeto de la investigación, pues como ya se ha expuesto con antelación, los procedimientos adoptados para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, especialmente para la Fecundación *In vitro*, son cada vez más frecuentes en los diferentes países del mundo, sin embargo su regulación es precaria comparada con los grandes avances que ha tenido ciencia en los últimos años; si se indaga su posible regulación se puede comprobar que son muy pocos los Estados que cuentan con una normativa específica para la práctica de estas técnicas.

De esta manera, países como Brasil, Chile y Perú prohíben las técnicas de reproducción asistida cuando se utilizan para fines disímiles de la procreación. Justamente, el primero de ellos impone un tope máximo de 4 embriones para ser transferidos al cuello uterino de la mujer; Chile, por su parte, prohíbe la conservación de embriones para efectuar transferencias en distintos momentos.



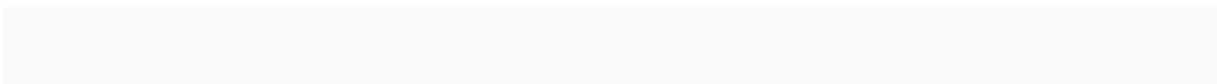
Colombia, a su vez, admite la criopreservación de óvulos, espermatozoides y cualquier tipo de embrión, tal como se encuentra establecido en el Decreto 1546 de 1998, única regulación existente sobre el tema abordado.

La ausencia de regulación normativa que padecen nuestros países se debe, probablemente, a que los Estados manifiestan que los asuntos relacionados con la fertilidad hacen parte de la autonomía de la voluntad de las parejas, por consiguiente mal podría exigirse al gobierno cualquier tipo de procedimiento relacionado exclusivamente a la concepción de un hijo.

Ante tal situación, el instrumento que con frecuencia se invoca para solicitar la práctica de dichos tratamientos en Colombia es la acción de tutela, pero ésta solo es procedente si se verifica que el solicitante se encuentra bajo un riesgo inminente en su salud por la no práctica del procedimiento de fertilidad. Justamente, en la búsqueda de alguna respuesta para la situación de carencia normativa que se presenta, se encontró que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, en la sentencia “Artavia Murillo Vs Costa Rica”, unos lineamientos sobre la *Fecundación In Vitro*; en virtud de lo anterior, se intenta determinar si estas disposiciones deben ser acatadas por Colombia como Estado miembro y no parte del litigio, de conformidad a los parámetros establecidos por el control de convencionalidad.

### **Pregunta de investigación**

¿Cómo la jurisprudencia colombiana ha adoptado los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atavía Murillo vs Costa Rica”?



## **Justificación**

Los avances científicos se han vuelto más frecuentes durante los últimos años, es por ello que cada Estado tiene la necesidad de crear normas que salvaguarden los posibles impactos que estos lleguen a tener en la sociedad. En el caso de la medicina, y especialmente en lo que a las técnicas de reproducción asistida se refiere, se advierte que su regulación es escasa, por no decir que nula, y como consecuencia de ello las controversias que se suscitan por su práctica deben ser resueltas bajo los criterios particulares de cada administrador de justicia.

Sin embargo, sobre este tema ya se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de “Artavia Murillo Vs Costa Rica”, por medio de la cual se estableció qué medidas debe adoptar el Estado Costarricense en su sistema de seguridad social. Este fallo dispone, entre otras cosas, que al prohibirse la Fecundación *In Vitro* se estaría atentando contra los derechos humanos a la intimidad, planes de vida en pareja, integridad psicológica, derecho a fundar una familia, discriminación indirecta en relación al género, la economía y el bienestar social.

En este sentido, si bien es cierto que cada país guarda autonomía en la implementación de sus normas y leyes, éstas por ninguna circunstancia pueden ir en contra de los tratados internacionales ratificados por cada uno de ellos. Lo que se debe analizar concretamente es donde se encuentra la fuerza vinculante de los tratados y las sentencias dictadas por las instancias internacionales y si son de obligatorio cumplimiento para Colombia en su ordenamiento jurídico interno, específicamente en la jurisprudencia.

Nuestro país reconoció competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el día 21 de junio de 1985, por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y con relación a los hechos ocurridos con posterioridad a esta aceptación.

El artículo 93 de la constitución nacional señala que la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la carta política debe efectuarse de conformidad

a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país; esta concepción se ha venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, por medio de la cual no solo le reconoce obediencia a los tratados internacionales sino también a la jurisprudencia de los tribunales internacionales encargados de interpretar los convenios.

La aplicación de estos preceptos normativos, se ha visto reflejada en las dos últimas sentencias emitidas por la Corte con Relación a la *"fecundación in vitro"*, la providencia T-528 de 2014 y la T- 274 de 2015, no solo han buscado salvaguardar derechos que se encuentran en riesgo, sino de contrarrestar las posibles violaciones internacionales que puedan producirse por el incumplimiento de derechos reconocidos en la convención americana, por lo cual se exhorta al Estado para que revise la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no poseen los recursos económicos para practicarse dicha técnica. Estas discusiones pretenden lograr la extensión en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud (POS) en los tratamientos de reproducción humana asistida.

Estas sentencias cambiarían drásticamente la postura acogida durante años por la Corte Constitucional en providencias como la T- 946 del 2000, la T- 512 de 2003, la T- 901 del 2004, la T- 636 de 2007, la T- 752 de 2007, la T- 946 de 2007 y la T- 226 de 2010. En dichos fallos el máximo órgano constitucional fue muy enfático en mencionar que la acción de tutela no era procedente para solicitar la realización de tratamientos de fertilidad, toda vez que estos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud por considerarse deberes impropios del Estado.

El sustento que la Corte utilizó para excluir del POS dicho procedimiento, tiene tres argumentos ejes o centrales. El primero de ellos se encuentra enfocado en la disminución de presupuesto para cubrir otros tratamiento prioritarios para los ciudadanos; el segundo alude a la autonomía de voluntad que tienen las personas al momento de procrear, por lo que su tratamiento debe ser costeado de forma particular; el último argumento, y no por eso menos importante, se relaciona con la libertad de configuración normativa que tiene Colombia sobre su Plan Obligatorio de Salud.

No obstante a lo anterior, por vía jurisprudencial la misma Corte Constitucional ha efectuado un enfoque diferente sobre la procedencia de los medicamentos, procedimientos y tratamientos médicos no contemplados en el POS pero que ayudan a aminorar los problemas derivados de la infertilidad, por lo cual mediante la sentencia T-274 de 2015 argumento que el **suministro** de los mismos evitaría la vulneración de derechos a la salud reproductiva, la libertad, la vida privada y familiar, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. En virtud de lo anterior, esta Corporación estableció cinco criterios que deben ser tenidos en cuenta por las Entidades Pretoras de Salud a la hora de autorizar el tratamiento, estos son: (i) Que la falta del medicamento o tratamiento vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia; (ii) Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud. (iii) Que el paciente no cuente con la capacidad económica para sufragar el tratamiento por sus propios medios, sin embargo, deberá aportar conforme a sus ingresos y sin que se afecte su mínimo vital, (iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado o si es recomendado por un médico ajeno a la EPS, se tenga la historia clínica y las razones médicas por las cuales fue prescrito, (v) Que el médico haya teniendo en cuenta las condiciones específicas de la paciente, como: (a) la condición de salud; (b) la edad; (c) el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia; (d) la capacidad económica; previendo los posibles riesgos y efectos de su realización y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento a la hora de prescribir el procedimiento o medicamento. (Corte Constitucional, 2015, p.70-72)

Habiendo reseñado los criterios fijados por la Corte Constitucional sobre dicho asunto, es pertinente acotar que a principios de este año se expidió una nueva ley estatutaria de salud No. 1751 del 16 de febrero de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones; esta nueva regulación no ha sido reglamentada por el Gobierno Nacional, lo poco que se sabe

de ella es que pretende abolir las múltiples discriminaciones que se han generado en la prestación del servicio, permitiendo el acceso a todos los programas que ofrece el sistema con un margen de igual y de información adecuado. Habrá que esperar cómo se regula en virtud de ésta lo correspondiente a la *Fecundación in vitro*, sin embargo desde ya debe advertirse que se le recomienda al Estado colombiano abstenerse de cualquier rechazo de plano de la práctica de la misma, dado que ésta no solo vulneraría lo establecido por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo de San Salvador.

Así pues, se pretende analizar si los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para Colombia; si la respuesta anterior es afirmativa, se entrarían a examinar las posibles violaciones en que incurrió el estado colombiano al excluir en su sistema de seguridad social la práctica de la *Fecundación In Vitro*.

## ***Marco teórico y conceptual***

La Fertilización *In Vitro* es una de las técnicas de reproducción humana asistida, utilizada para fecundar un ovario de forma extracorpórea. Los ovocitos son extraídos del útero de la mujer a través de una punción folicular. Una vez el espermatozoide haya fecundado el óvulo, se procede a incrustar el embrión en la pared vaginal de la mujer, para que ella le proporcione las proteínas necesarias para su desarrollo y crecimiento.

Este método de reproducción pretende subsanar aquellas patologías humanas, tanto del hombre como de la mujer, que les impiden alcanzar un embarazo clínico; esta enfermedad fue denominada por la Organización Mundial de la Salud (2010) como Infertilidad.

El primer resultado exitoso de esta técnica tuvo origen en Inglaterra en 1978 y años más tarde, se reportó, en 1984, a Argentina como primer país latinoamericano en traer al mundo a un bebé producto de transferencia embrionaria. No obstante, Colombia registró el nacimiento de su primer bebé probeta en el año 1985, gracias a la labor científica desarrollada por el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad (CECOLPES).

Sobre este asunto no solamente se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia caso "Artavia Murillo vs Costa Rica" sino también distintos tribunales en el mundo, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional de Alemania, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia de Argentina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Ahora bien, lejos estamos de ser un país con progresividad en nuestro sistema jurídico, en virtud de que el capital destinado para el sostenimiento del sistema de seguridad es insuficiente, limitando el goce efectivo de los derechos de personas con condiciones particulares. Por consiguiente, al excluir los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud (POS) se evidencia un gobierno indiferente

de la protección de las necesidades de un grupo social vulnerable, personas que necesitan una regulación inmediata de sus tratamientos de fertilidad.

Aunque en Colombia es precaria la regulación normativa sobre el tema de Fecundación *In Vitro*, de ésta se tiene que se expidió el Decreto 1546 de 1998 y que por vía jurisprudencial se han concedido el tratamiento, cuando a causa de la infertilidad se están vulnerando otros derechos fundamentales; como se refleja en las siguientes sentencias proferidas por la Corte Constitucional: la T-946 de 2002, la T-512 de 2003, la T-901 de 2004, la T-636 de 2007, la T-752 de 2007, la T-946 de 2007, la T-870 de 2008, la T-424 de 2009, la T-890 de 2009, la T-226/2010, la T-510/2010, la T-009/2014, la T-528/2014 y la T-274/2015.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó en su sentencia del caso “Artavia Murillo vs Costa Rica” unos lineamientos que podrían entrar a subsanar los descuidos del gobierno nacional; estas disposiciones se tomarían como “cosa interpretada” en nuestro ordenamiento jurídico, independientemente si se ha sido o no parte en la controversia, dado que las sentencias no solamente se notifican a los Estados involucrados en juicio, sino también a todos aquellos que sean miembros. En consecuencia, si estas medidas debieron ser acatadas por Colombia y ella no lo hizo en el mismo momento en que le fue comunicado el fallo, podría estarse frente a un caso de violación de derechos humanos.

Esta presunta vulneración de derechos humanos estaría ligada al asunto de que Colombia le reconoció competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el año 1985, aunque ella no haya sido Estado miembro en el litigio de “Artavia Murillo vs Costa Rica” podría estar obligada a cumplir sus disposiciones de conformidad a lo establecido en el artículo 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que la misma determina que deben notificarse la providencia no solo a los Estados parte sino también a todos aquellos que hayan firmado el tratado.

## **Capítulo 2**

### **Objetivos**

#### **Objetivo general**

Analizar si en la jurisprudencia Colombiana se han adoptado los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica” con relación a la Fecundación In Vitro.

#### **Objetivos específicos**

- Identificar cuáles son los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica”.
- Establecer cuáles son los efectos de la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Colombiana.
- Determinar si la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica” tiene efecto obligatorio en la jurisprudencia en Colombia.
- Identificar qué líneas jurisprudenciales existen en Colombia sobre la práctica de la Fecundación In Vitro.



## **Capítulo 3**

### **Metodología**

#### **Tipo de investigación**

Es un estudio jurisprudencial de corte documental que pretende determinar cuál es la aplicación de los lineamientos establecidos en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atavía Murillo vs Costa Rica” en Colombia.

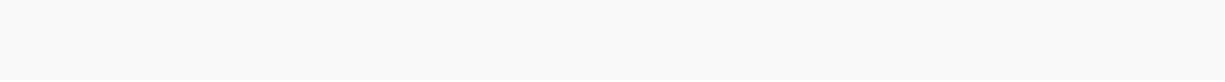
#### **Método**

La técnica empleada en esta investigación consiste, primordialmente, en el análisis de todos los documentos relacionados con la fecundación *in vitro* y su aplicación en el sistema jurídico colombiano, teniendo como base o punto de partida, los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica”.

Se recurre a diversas fuentes de información como lo es jurisprudencia, normas y tratados internacionales para entrar a determinar si la sentencia dictada por la Corte Interamericana tiene fuerza vinculante en nuestro ordenamiento, por lo que se hace necesario no solo indagar sobre la fecundación sino también sobre el control de convencionalidad, que es en últimas el que crea la conexidad entre los tratados internacionales y su aplicación en derecho interno.

La recopilación de jurisprudencia, normas, textos y artículos jurídico – científicos, me permitieron crear un esquema de lo que se pretende alcanzar en esta investigación. Por lo cual se determina que esta búsqueda es de carácter argumentativo, dado que pretende subsanar los vacíos existentes sobre la

fecundación *in vitro* a partir de los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una providencia en la cual no hizo parte Colombia; si se determina que nuestro país debió cumplir con dichas disposición, desde el año 2008 podría haber incurrido en una violación de derechos.



## **Capítulo 4**

### **Cronograma**

---

#### **Enero**

Se inicia el rastreo documental de la regulación internacional de las técnicas de reproducción asistida.

1. Se lee la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como eje principal de la investigación.
2. Se identifican y leen los artículos científico-jurídicos que abarquen el tema.

---

#### **Febrero**

Una vez se identifica el problema jurídico de esta tesis, se desarrolla una búsqueda sobre los temas que hacen alusión a la obligatoriedad de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana DH.

---

#### **Marzo**

Se realiza un bosquejo de la regulación interna de la Fecundación *in vitro*, se busca las normas que hasta el momento hayan sido adoptadas y se leen las acciones de tutela que hacen alusión a esta práctica.

---

---

<b>Abril</b>	<p>Se formula la pregunta de investigación y sus respectivos objetivos generales y específicos.</p> <p>Se nombra como directora de Tesis a la Doctora Beatriz Mejía Serna.</p>
<b>Mayo</b>	<p>Se termina de elaborar el anteproyecto para ser presentado el día 26 de mayo del presente año ante la Facultad de Ciencias Jurídicas.</p>
<b>Junio</b>	<p>El día 19 de junio del cursado año se entrega concepto por el jurado nombrado para la aprobación del anteproyecto, Se elaboran las correcciones del caso y se da por parte de la facultad la autorización para iniciar la elaboración de la tesis.</p>
<b>Julio</b>	<p>Se plantea cual va ser el contenido de la tesis, sus capítulos y subtemas, se elabora un esquema para rastreo de información, normas, jurisprudencia, tratados y cualquier otro documento relacionado con el tema objeto de estudio. Se elabora el primer y segundo capítulo de la tesis.</p>
<b>Agosto</b>	<p>Se sigue con el rastreo de información para ampliar la bibliografía y se elabora el tercer y cuarto capítulo de la tesis.</p>
<b>Septiembre</b>	<p>Se elabora el quinto capítulo de la tesis, se estructura el orden de los capítulos y el contenido en general del proyecto de grado para ser entregado a la Directora Beatriz Mejía Serna.</p>

---

## **Capítulo 5**

### **Análisis del fallo que condenó al estado Costarricense por violación de Derechos Humanos**

El origen de esta controversia, se encuentra en la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 24029-S, expedido el día 3 de febrero de 1995 por el Ministerio de Salud Costarricense.

El citado Decreto pretendía reglamentar la práctica de todas las técnicas de reproducción asistida, y en especial, el de la de la “*Fecundación In vitro*” entre cónyuges y/o compañeros permanentes. En virtud de tal, se delimitaron varios procedimientos al momento de practicarse el tratamiento de fecundación, entre ellos, se hallaba la fertilización de más de seis óvulos, el desecho, preservación y eliminación de embriones, la manipulación del código genético, la comercialización de células germinales, óvulos y espermatozoides.

En el caso de realizarse dichas prohibiciones, se autorizaba al Ministerio de Salud Costarricense la cancelación de la licencia de funcionamiento del establecimiento de salud infractor, junto con la imposición de la sanción correspondiente por parte del Ministerio Público.

Mediante la práctica de la “*Fecundación In Vitro*” en Costa Rica, se efectuaron 149 ciclos de fertilización entre septiembre de 1994 a marzo del 2000, logrando así el nacimiento de 15 *bebés*.

La jurisdicción constitucional costarricense, a través de su artículo 75, faculta a todos los ciudadanos para iniciar acción de inconstitucionalidad cuando se considere que una norma vulnera los derechos de una colectividad; así fue, como el día 7 de abril de 1995, el señor Hermes Navarro del Valle presentó acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo No. 24029-S”en comento.

Mediante dicho mecanismo, el demandante argumentaba que la práctica de la “*Fecundación In Vitro*” ocasionaba una violación directa al derecho a la vida, teniendo en cuenta que, según su interpretación, la misma iniciaba desde el momento de la fecundación, y por tanto, cualquier eliminación de un embrión generaría una vulneración de derechos, de conformidad con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos de los niños.

El señor Hermes Navarro del Valle promovió acción de inconstitucionalidad en contra el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, como consecuencia el 15 de Marzo del 2000 mediante sentencia No. 2000-02306 se da lugar a la acción interpuesta. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2000) afirmó:

Tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. (p.16)

La mayor preocupación de la sala constitucional al momento de emitir el precitado fallo, era que la utilización de la técnica de reproducción ocasionaba un alto índice de pérdida embrionaria, en virtud a que su práctica dependía intrínsecamente de la pericia del médico que efectuaba el tratamiento. Por lo anterior, la sala manifestó que todos estos procesos de selección terminaban por darle la calidad de objeto a la vida que se encontraba por nacer, ocasionando una clara violación del artículo 4 de la Convención.

Aunque la decisión de la Sala Constitucional Costarricense fue la de anular el decreto ejecutivo, los Magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron

salvamento de voto ante esa decisión, manifestando que la “*Fecundación In Vitro*” no es incompatible con el derecho a la vida y la dignidad humana.

El día 30 de mayo de 2008, la señora Ileana Henchoz Bolaños interpuso acción de inconstitucionalidad en contra de la sentencia No. 2000-02306 del 15 de Marzo del 2000, la cual fue rechazada por la Sala constitucional, al considerar que su jurisprudencia es vinculante para sí misma. De esta manera la señora Henchoz se vio en la necesidad de iniciar demanda judicial en contra de la Caja Costarricense del Seguro Social con el fin de lograr la práctica de la *Fecundación*, sin embargo, el Tribunal de lo Contencioso y Civil de Hacienda simplemente ordenó mediante la sentencia No. 835-2008 a la entidad accionada, la práctica de unos exámenes médicos que permitieran constatar la viabilidad de la realización de la “*Fecundación In Vitro*” teniendo en cuenta los parámetros fijados por Sala Constitucional en la aplicación de la técnica de fertilización.

No obstante a lo manifestado con anterioridad, la Caja Costarricense apeló la decisión dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda, conociendo de este recurso la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, órgano que anuló la decisión emitida en primera instancia y dejó sin lugar la demanda presentada.

La acción instaurada por la señora Henchoz Bolaños, no fue la única encaminada a desvirtuar lo fijado en la sentencia dictada por la Sala Constitucional, dado que el 6 de enero de 2005, mediante oficio No. 00117-2005-DHR, la Defensoría de los Habitantes se pronunció sobre la denuncia interpuesta por la señora Karen Espinoza en contra de la Caja Costarricense del Seguro Social, por el no suministro del medicamento para el tratamiento de fertilidad de la accionante.

El día 19 de enero del 2001 Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Giovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas

Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, presentaron petición, a través de sus representantes, para denunciar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la presunta violación de los artículos 4.1, 5.1, 7,11.2,17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del citado tratado por parte del Estado de Costa Rica.

Estas parejas instauraron ante la Comisión denuncia por presunta vulneración de derechos humanos, la cual había sido causada por la prohibición impuesta por Costa Rica a la no práctica de "*fecundación in vitro*". Esta limitación irrogada a los ciudadanos costarricenses trajo consigo una grave incidencia en la práctica de tratamientos tendientes a lograr una procreación natural.

Antes de acudir ante la comisión, los denunciantes asistieron ante varios médicos y se practicaron varios tratamientos para luchar contra su infertilidad, no obstante, los resultados arrojados por dichos tratamientos no eran para nada alentadores, razón por la cual, sus médicos tratantes les recomendaron, como última alternativa para poder concebir, la práctica de la "*Fecundación In Vitro*" en otro país.

Sin embargo, las condiciones económicas de muchas de las parejas que padecían de infertilidad eran precarias, por lo que el hecho de tener que desplazarse a otro país para practicarse el tratamiento adecuado de fertilización, se convertía en un sueño inalcanzable. En vista de que se agotaron todos los medios idóneos para concebir un bebé sin obtener algún resultado, tres de las nueve parejas decidieron divorciarse, y dos adoptar un niño.

No obstante, cuatro de las parejas infértiles viajaron a países europeos y a Colombia para practicarse el tratamiento de fecundación en centros de salud privados tras la recomendación de sus médicos; en estos casos, tampoco fue posible la obtención de un embarazo, salvo para la señora Andrea Bianchi Bruna y el señor Germán Moreno Valencia, quienes el 11 de julio de 2002 fueron padres de dos gemelos.

La Comisión Interamericana mediante informe No. 25/04 del día 11 de Marzo de 2004 declaró la admisibilidad de la denuncia interpuesta ante ella por las parejas ya mencionadas precitadas, argumentando que se reflejaba una posible vulneración



de los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del antedicho tratado.

De conformidad a lo estipulado en el artículo 50 de la convención americana, la Comisión tendrá el deber de expedir un informe de fondo cuando las partes no han acordado solucionar de forma amistosa la controversia inicial. En el caso que hoy nos ocupa, se designó para la indagación de la presunta violación a los comisionados Rodrigo Escobar Gil, al entonces Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, a las asesoras legales Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta ,Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi y Rosa Celorio, quienes profirieron el día 14 de julio de 2010, informe de fondo No. 85/10 mediante el cual manifestaron que la restricción impuesta por Costa Rica al prohibir la “*Fecundación In Vitro*” causó una injerencia arbitraria en el goce efectivo de los derechos personales, familiares y aspiraciones a nivel conyugal, pues al ser esta técnica aplicada en el cuerpo de la mujer, su prohibición afectaría directamente la autonomía que ésta despliega sobre su propio cuerpo, por lo que su prohibición absoluta desencadenaría una fuerte discriminación para este grupo poblacional.

De cara a lo anterior, la Comisión Interamericana se vio en la necesidad de efectuar una serie de recomendaciones al Estado Costarricense, al considerar que la prohibición de la “*Fecundación*” habría ocasionado una o más violaciones al sistema internacional de Derechos Humanos.

En la consideración 136 de dicho informe, se le recomiendo a Costa Rica, levantar la prohibición relacionada con la “*Fecundación In Vitro*” teniendo en cuenta los tramites internos utilizados en este país; de igual forma se sugirió una regulación sobre la práctica de la fecundación de conformidad a lo estipulado en el informe. Por último, se invitó al Estado denunciado a reparar, tanto material como moralmente, a las víctimas del caso esbozado.

El Estado Costarricense en un intento por cumplir lo recomendado por la Comisión en su informe de fondo No. 85/10, presentó ante su Asamblea Legislativa “Proyecto de Ley sobre *Fecundación In Vitro* y Transferencia Embrionaria, Expediente 17.900 del 22 de octubre de 2010 mediante el cual se ambicionaba la

protección de todos los derechos de la persona humana en la práctica de la fecundación, lo que se obtendría a partir de la imposición de una serie de requisitos y prohibiciones a todo el personal médico encargado de ejecutar la técnica. Este instrumento de implementación normativa no fue aprobado por la Asamblea y por tanto la búsqueda de regulación encomendada pasó a ser un olvido legal.

Después de un año de expedición del informe de fondo No. 85/10, la Comisión Interamericana remitió el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que ésta decidiera si el Estado Costarricense violentó lo establecido en la Convención Americana, por lo cual se programó audiencia ante la Corte los días 6 y 7 de Septiembre del año 2012.

Para analizar de fondo las consideraciones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica, en primer lugar debe fijarse que los derechos que las victimas consideran vulnerados son el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

Como punto de partida debe precisarse que el ámbito de interpretación que han tenido las distintas esferas internacionales sobre el derecho a la vida privada es complejo, en virtud de que esta figura no puede ser vista como una simple protección a la privacidad individual de cada sujeto, sino que, por el contrario, en ésta se encuentran un conglomerado de derechos como: la identidad física, el desarrollo de la personalidad, la autonomía y las relaciones interpersonales.

De igual forma, la vida privada se encuentra fuertemente relacionada con la proyección individual de cada persona en la adopción de decisiones y de planes inherentes a su integridad. Por lo anterior, la maternidad o paternidad puede ser entendida como el componente más íntimo de la identidad y autonomía de voluntad personal.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2004) ha manifestado que en el concepto de vida privada se encuentran contenidos los

conceptos de integridad física y psicológica, las cuales le crean obligaciones a los Estados como la elaboración de políticas públicas encaminadas a la protección de diferentes esferas, en el caso que hoy nos ocupa, de manera especial la salud reproductiva.

La responsabilidad que se les origina a los Estados en cuanto a la regulación de la prestación de servicios salud, no puede ser vista de forma indiscriminada como la proporción de medicamentos para la ausencia de afecciones y enfermedades, en virtud a que la salud se compone de una esfera de bienestar físico, mental y social.

En cuanto a la salud genésica, se establece por el Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales (2000), que tanto el hombre como la mujer tienen autonomía y libertad para decidir en qué momento quieren concebir, por lo cual cada país deberá ofrecer una amplia cobertura en temas de planificación familiar y reproductiva, que permita la obtención de métodos para la regulación de la fecundidad.

El argumento central utilizado por la Sala Constitucional Costarricense para declarar nulo el decreto precitado, fue la protección absolutista del embrión, entendiéndola ésta la inviolabilidad de la vida desde la concepción, que, según su análisis, se encontraba amparada en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre este tema existen múltiples interpretaciones, entre las cuales puede encontrarse las que indican que el embrión es un ser humano pero otras establecen que esto solo ocurre siete días después de su fecundación. En el caso de la "*Fecundación In Vitro*" la concepción puede ser entendida desde dos momentos, el primero de ellos es la fecundación y el segunda la implantación del embrión en la pared uterina. Sin embargo estos dos momentos no pueden ser contemplados por separado, en razón de que si un embrión no llegare a implantarse en el útero de la mujer, no podría desarrollarse por ser necesarios todos los nutrientes de ésta para su evolución.

La Corte Interamericana (2012) determinó, en la sentencia objeto de estudio, que la concepción no puede verse como un proceso aislado del cuerpo de la mujer,

puesto que sin la intervención de la mujer y sus procesos físicos y hormonales no se lograría la supervivencia del embrión. Como consecuencia de ello, la misma Corte Interamericana dirimió el conflicto y mencionó que antes de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer, no procede aplicarse el artículo 4 de la Convención.

De igual forma, la sala manifestó que la interpretación apropiada del artículo 4.1 de la Convención se encuentra encaminada a la protección de la mujer en estado de gestación, pues la protección al no nacido se hace a través de ella; muestra de ello es que muchas legislaciones de los diferentes Estados del mundo, han brindado especial atención a la madre antes, durante y después del parto, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 15.3 del Protocolo de San Salvador.

Casos similares se han presentado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a la práctica de la “*Fecundación In Vitro*”, cuando a través de sentencia No. 6339/05 del 10 de abril de 2007 se concluyó que el embrión por sí mismo no tiene derechos y mucho menos intereses, por lo que sería casi ilógico pretender que el mismo alegue un derecho a nacer. La decisión que se referencia se desató por la conservación de los embriones de la señora Natallie Evans y el señor J, quienes decidieron congelar durante años su espermatozoides y óvulos para una posterior Fecundación y años después de haber realizado este procedimiento decidieron divorciarse, razón por la cual el señor J. pidió la destrucción del material genético, a lo que la señora Evans se opuso, demandando ante el TEDH la primacía del derecho a la vida de los mismos.

De conformidad a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la “*Fecundación In Vitro*” es una práctica muy frecuente en los países del mundo, sin embargo su regulación es escasa por no decir inexistente, dado que los Estados más que regular sus procedimientos se disponen a prohibir ciertas prácticas. No obstante ningún Estado adscrito a la Convención ha impedido la práctica de la Fecundación y muchos menos ha determinado que ésta sea violatoria de derechos humanos. Atribuye la Corte que esto se encuentra relacionado con

protección gradual de los derechos consagrados en la Convención, que de ninguna manera puede ser entendida como absolutista con relación a otros derechos.

De cara a lo anterior, la Corte Interamericana mediante múltiples interpretaciones ha llegado a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, puesto que el momento de concepción solamente puede ser tenido en cuenta a partir de que el embrión es implantado en la pared uterina de la mujer, por lo cual no es aceptable la postura asumida por la Corte Constitucional Costarricense de protección absoluta al derecho a la vida, debido a que afectó los derechos de identidad y autonomía de las personas infértiles, la protección a la vida en el ámbito internacional, el derecho a la igualdad, el acceso a los tratamientos de salud y discriminación a las mujeres; esta última entendida en el marco de la infertilidad como enfermedad del sistema reproductivo, la cual impide un embarazo clínico después de sostener relaciones sexuales sin protección por más de 12 meses (Organización Mundial de la Salud, 2010). Por consiguiente esta prohibición, al acceso del tratamiento adecuado de fertilidad, ocasiona una discriminación de la persona que padece la discapacidad.

De conformidad a todo lo expuesto con anterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 28 de noviembre del año 2012, profirió sentencia en contra de Costa Rica declarándolo Estado responsable por vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquineta Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza y fijó los siguientes lineamientos:

1. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas

que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.

2. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.

3. 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. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.

4. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.

5. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

6. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.

7. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.

8. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

9. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p.114-115)

### **Medidas adoptadas por el Estado Costarricense**

Como consecuencia de la sentencia condenatoria proferida en noviembre del año 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Costa Rica, se crea la obligación para el Estado de regular el tema de la “*fecundación in vitro*” de conformidad con los lineamientos establecidos mediante fallo internacional. Por lo cual, en julio del año 2015 su presidente Luis Guillermo Solís, manifiesta que al no haberse logrado un acuerdo para la creación de una ley reguladora en el congreso, se acudiría a la elaboración de un decreto ejecutivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de sus funciones, convocó para el día 3 de septiembre a los representantes del Estado de Costarricense para que se manifestaran mediante audiencia pública las medidas implementadas después del fallo condenatorio en su contra.

Llegado el día y la hora prevista para la celebración de la audiencia pública, se hicieron presentes los delegados del Estado Costarricense Gioconda Úbeda directora jurídica de la Cancillería y Marvin Carvajal director jurídico de la Presidencia de la República los cuales manifestaron que pocas horas atrás el presidente Solís había anunciado la expedición de un decreto que regulara la práctica de la “*fecundación in vitro*” el cual se firmara después de ser sometido a consulta del Colegio de Médicos y la caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).

Lo que se conoce hasta el momento del decreto es que se encuentra dirigido para las mujeres mayores de edad que presentan síntomas de infertilidad tras haberse sometido a tratamientos o técnicas de reproducción asistida, que impondrá

el tope de dos óvulos en la transferencia embrionaria y prohibirá que los óvulos fecundados sean desechados, comercializados, destruidos, clonados, alterados genéticamente, o se experimente con ellos.

Pasados dos años desde que se profiriera fallo condenatorio en contra de Costa Rica, logra apreciarse que las medidas implementadas por el Estado para aminorar el impacto causado por la prohibición de la "*fecundación in vitro*" son insuficientes, teniendo en cuenta que solo al ser convocado por la Corte Interamericana se decidió abordar el tema a través de un decreto que hasta el momento solo se encuentra en revisión, pero que tiene varios adversarios que lo quieren tachar de inconstitucional.

De conformidad a lo anterior, podría apreciarse que el Estado Costarricense podría estar sujeto a sanciones por la inobservancia de los lineamientos establecidos en el fallo que lo condeno, siendo una calificativo más gravoso desde el punto de vista de los derechos humanos en esferas internacionales.



## **CAPITULO 6**

### ***Del control de Convencionalidad***

#### **Convención Interamericana de Derechos Humanos y sus órganos reguladores**

La Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el pacto de San José de Costa Rica, fue firmada por Colombia en la celebración de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, llevada a cabo del 7 al 22 de Noviembre de 1969, contando con la presencia de los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Este instrumento internacional, fue aprobado por la Rama Ejecutiva del Poder Público colombiano mediante Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, la cual determinó los deberes que debía asumir y los respectivos derechos que estaba obligado a salvaguardar. Sin embargo, solo hasta el 28 de mayo de 1973, Colombia ratificó el tratado internacional e hizo el depósito del mismo el día 31 de julio del mencionado año.

Conociendo entonces los orígenes de la Convención, resulta imprescindible analizar el articulado de la misma en procura de identificar las razones por las cuales ésta, al igual que la jurisprudencia de sus órganos intérpretes, resulta obligatoria. Para ello nos ocuparemos, en primer lugar, de analizar la existencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así pues, mediante el artículo 33 de la Convención Americana, se crearon dos órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones consagradas en ésta, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La estructura de la Comisión Interamericana fue consagrada en los artículos 34 y siguientes de la convención. Su función principal es la observancia y defensa de los derechos humanos, por lo que se encuentra facultada para solicitar a los

Estados parte la información necesaria que permita evidenciar cómo su derecho interno asegura la aplicación efectiva de las disposiciones descritas en la convención. Ante este órgano se radican las peticiones y denuncias que advierten sobre una posible vulneración de derechos humanos por un Estado que le haya reconocido competencia a la Comisión.

El otro órgano encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones plasmadas en la Convención, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional encargado de juzgar, interpretar y aplicar lo preceptuado en la convención, siempre y cuando el Estado parte haya reconocido su competencia.

Colombia, el 21 de junio de 1985, presentó instrumento de aceptación de la competencia tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido, bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a su aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considerara oportuno.

En esta medida, desde el momento en que Colombia ratificó el tratado internacional, se le generó la obligación de respetar los derechos y libertades consagradas en la convención a todas aquellas personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, sin que medie discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, idioma o tendencia política, *so pena* de ser investigado y sancionado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Habiendo retratado hasta aquí que Colombia ratificó la competencia de los máximos órganos intérpretes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como las funciones de los mismos, se procederá a analizar la figura del control de convencionalidad como referente para el acatamiento de la jurisprudencia de la CIDH.

## **El Control de Convencionalidad**

La adhesión o ratificación de un tratado internacional por un Estado, implica el nacimiento de una serie de obligaciones jurídicas a éste, tendientes a la adecuación

de su derecho interno respecto de las disposiciones consagradas en el pacto internacional.

Ante tal panorama, surge como determinante el control de convencionalidad, pues es el mecanismo a partir del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza si la normatividad de los Estados parte se ajusta a la Convención y a la interpretación que de ella se ha hecho, es decir, se contrasta que exista una armonía entre estos.

En esta medida, el control de convencionalidad puede ser visto como una herramienta que permite adecuar el ordenamiento jurídico interno de todos los países a la Convención y su jurisprudencia; sin embargo, su eficacia se encuentra en cabeza de los administradores de justicia y autoridades administrativas de cada país, quienes en definitiva tienen el deber de integrar en sus decisiones las normas consagradas en el sistema internacional de derechos humanos, so pena de que una controversia interna llegue a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se declare la responsabilidad internacional del Estado al desconocer, en un caso concreto, la interpretación que se ha dado de los postulados contenidos en la Convención.

Muchos autores consideran que esta nueva concepción, resalta el papel de los jueces quienes no son exclusivamente “aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si las leyes que aplican a un caso particular, resultan “compatibles con la CADH” (Ferrer, 2011, p. 563).

El concepto de control de convencionalidad ha tenido una evolución en el tiempo, por lo que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido cambiante respecto a las personas que tienen la obligación de velar por el debido cumplimiento de las disposiciones consagradas en el Pacto de San José de Costa Rica (1969); para entender mejor su progreso, debemos remitirnos a las cuatro sentencias que han creado un precedente con relación a este tema.

La primera sentencia de la Corte IDH que mencionó el tema de control de convencionalidad fue el caso *Almonacid Arellano vs Chile*. En su consideración No.

124(2006), estableció que los jueces debían estar atentos a que las normas de cada país no vulneraran los derechos consagrados en la convención, pues estas leyes carecerían de efectos jurídicos:

Los jueces deben ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p.53)

La segunda sentencia de la Corte Interamericana que habló sobre el control de Convencionalidad, fue el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú. A través de la misma, se determinó, como criterio orgánico, la expansión de la convencionalidad no solo a los jueces sino a todos los órganos del poder judicial, por lo que la obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la convención respecto de las leyes internas debía efectuarse ex officio. En virtud de ello, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) afirmó que:

Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (p.47)

La tercera jurisprudencia que hizo alusión al tema de Control de Convencionalidad, fue el caso de Cabrera García y Montiel Flores vs. México. A través del mismo, se declaró la responsabilidad del Estado Mexicano por la detención arbitraria y los tratos crueles sufridos por Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, esta violación de derechos humanos no fue investigada por

los órganos judiciales autorizados del Estado, por lo que la Corte Interamericana (2010) reiteró:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p. 86)

La cuarta y última sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha citado el concepto de Control de convencionalidad fue el caso *Gelman vs Uruguay*, mediante el cual se declaró la responsabilidad del Estado uruguayo por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, quien tras un golpe de Estado fue detenida y separada de su hija al momento de su nacimiento. Este delito nunca fue investigado por el Estado miembro tras haberse suscrito una Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado; como consecuencia de ello la Corte IDH manifestó:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. (p.69)

En virtud de lo expuesto, se da claridad que la Corte Interamericana, a través de su jurisprudencia, ha ido vinculando progresivamente a todas las autoridades administrativas y judiciales de cada país, que tienen la facultad de aplicar normas, para que se encarguen de verificar si la ley que se pretende utilizar es o no violatoria de las disposiciones consagradas en la convención.

El sustento jurídico que respalda dicha obligatoriedad, tanto para las autoridades administrativas como las judiciales de todos los Estados miembros, se encuentra en los artículos 1, 2 y 69 de la Convención. Dichas disposiciones reiteran el compromiso que tienen los Estados de respetar las libertades y derechos reconocidos a través de este instrumento, por lo que cada país está en el deber de adoptar todas las medidas necesarias para que las normas de derecho interno no vayan en contra de las garantías consagradas en el ámbito internacional.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte y concretamente la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs Chile*, ha establecido que el control de convencionalidad no se limita a las disposiciones de la Convención, sino que debe acoger, igualmente, las interpretaciones hechas por la misma, quien, en últimas, es su intérprete autorizado.

Teniendo en cuenta lo anterior, varios autores se han pronunciado al respecto, Carbonell (s.f.) afirmó que “En esa tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana” (p.73).

Por su parte, Bandeira (s.f) expresó:

Bajo la perspectiva de los derechos internos, la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana se resuelve, en principio, con la internalización de la Convención Americana en los respectivos ordenamientos jurídicos del continente americano. Si se incorpora el tratado al derecho interno como acto con fuerza normativa, la obligatoriedad de las decisiones internamente retirará su

autoridad no sólo del derecho internacional, sino también del propio derecho nacional. (p.256)

Bajo el mismo postulado Quinche (2014) manifestó:

Cualquier lector informado acerca de las decisiones de ese tribunal internacional, sabe que afortunadamente sus sentencias son mucho más que eso y que las dinámicas del Sistema Interamericano de Protección, van imponiendo la obligatoriedad de las reglas jurisprudenciales contenidas en sus fallos. (p.164)

Aunado a lo anterior, la teoría mencionada se refuerza, según Carbonell (s.f.), con lo dispuesto en el artículo 69 de la Convención, en los siguientes términos:

Así como existe la denominada “cosa juzgada” (que cobra existencia y forma concreta en los resolutivos de la sentencia), debemos entender también que hay una “cosa interpretada” (contenida en las consideraciones jurídicas de las sentencias), la cual- en el caso de la Corte IDH – si resulta obligatoria para todos los Estados parte de la Convención Americana, con independencia si han sido o no parte en un juicio en concreto. Por eso es que el artículo 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos ordena notificar las sentencias no solamente al Estado que no fue parte en el litigio, sino a todos los firmantes del propio pacto, a fin de que conozcan los elementos que figuran en los razonamientos de los jueces interamericanos. (p.80)

De cara a lo anterior, resulta imperioso concluir que es un deber de cada Estado miembro acatar los derechos consagrados en la convención y la interpretación hecha de los mismos por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

## **Capítulo 7**

### ***Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos***

#### ***Humanos en el ordenamiento jurídico Colombiano***

Como quedó determinado en el capítulo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado en su jurisprudencia que los Estados miembros de la Convención deben guardar obediencia no solamente a las disposiciones consagradas en el tratado, sino también a la interpretación que del mismo ha realizado la Corte. La inobservancia de las normas y jurisprudencia internacional provocarían un incumplimiento del artículo 1 de la convención y en consecuencia una declaración de responsabilidad por la vulneración de derechos humanos.

La obligatoriedad en el cumplimiento de la convención, no se limita simplemente a la observancia de cada una de sus disposiciones, sino a su vez crea el compromiso de adoptar todas las medidas de adecuación necesarias, para que el derecho interno no controvierta lo consagrado en el tratado y la jurisprudencia que exista sobre el mismo.

Ahora bien, la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte no puede ser entendida de forma exclusiva para el Estado parte en la controversia, toda vez que la misma convención establece, en su artículo 69, que los fallos emitidos por la Corte serán notificados y transmitidos a todos los miembros del tratado.

En virtud de ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha manifestado en reiteradas ocasiones que los criterios jurisprudenciales de las instancias internacionales, constituyen un criterio hermenéutico relevante para la interpretación de las normas constitucionales que versen sobre derechos humanos.

#### **Efectos del Sistema Interamericano en Colombia**

Como se ha venido mencionando, al momento de ratificarse un tratado internacional por un Estado, se deriva el cumplimiento de una serie de obligaciones



tendientes adecuar el sistema jurídico interno conforme a las disposiciones consagradas en el Pacto internacional, sin embargo la obligatoriedad no se limita exclusivamente al cumplimiento del convenio, pues en reiteradas ocasiones el Tribunal Interamericano ha mencionado que la interpretación por el efectuada debe ser acatada como si fuera la misma Convención Interamericana. En virtud de lo anterior, la inobservancia de dichos parámetros puede originar una investigación y posterior condena internacional por posible vulneración de Derechos Humanos.

Para el año 2014, Colombia enfrentaba 1.614 denuncias pendientes de estudio inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 360 expedientes en trámite ante el mismo órgano, 281 admisiones de peticiones y 75 informes de fondo por parte Comisión. Por otro lado, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado anuncio que Colombia ha sido condenada 14 veces por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al encontrarse internacionalmente responsable al Estado por violaciones de derechos humanos.

La sobredemanda de peticiones pudo estar ocasionada por dos principales razones, la primera de ellas consistía en la ineficiencia del sistema jurídico interno al momento de investigar presuntas violaciones de derechos humanos, y la segunda razón, y por tal no menos importante, se basó en la denegación a la administración de justicia a más de un ciudadano colombiano.

Los casos por los cuales ha sido condenada Colombia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son: caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis), Caso Caballero Delgado y Santana, Caso Las Palmeras, Caso los Diecinueve (19) Comerciantes, Caso Gutiérrez Soler, caso la Masacre de Mapiripán, Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Caso de la Masacre de Ituango, Caso de la Masacre de la Rochela, Caso Escué Zapata, Caso Valle Jaramillo y otros, Caso Manuel José Cepeda Vargas, Caso Vélez Restrepo y familiares, caso Masacre de Santo Domingo y Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia).

Queda claro con las cifras reveladas, que Colombia es uno de los países de Latinoamérica que más vulnera los derechos humanos desde hace más de 50 años, donde según las estadísticas se presentan más de 13.000 homicidios al año, donde cada minuto se interpone una acción de tutela invocando la protección del derecho a la vida y la salud, donde la falta de mecanismos idóneos para esclarecimiento de los hechos ocasiona impunidad en los delitos y donde todavía existen más de veinte grupos al margen de la ley que tienen el dominio territorial de gran parte de nuestro país.

Una vez el Estado colombiano es condenado por esta instancia internacional, queda obligado a reparar no solamente de forma económica sino también al reconocimiento público de su responsabilidad por la vulneración de derechos humanos, sin embargo, si la condena fue ocasionada por la falta de investigación en las conductas violadoras de derechos, la Corte Interamericana obliga a realizar las respectivas indagaciones que lleven a obtener la verdad de lo sucedido.

### **El Bloque de Constitucionalidad y su creación en la constitución de 1991**

Para que los tratados internacionales suscritos por Colombia sean incorporados en el ordenamiento jurídico interno, se requiere de una figura denominada bloque de constitucionalidad, pues solo a través de la misma se pueden integrar normas y principios que no hacen parte del texto formal de la carta política. Sin embargo, no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque, dado que la misma concepción precisa que solo harán parte de la misma todos aquellos que versen sobre derechos humanos.

El perfeccionamiento que ha tenido el concepto de bloque de constitucionalidad se vio emanado en la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana desde el año de 1992, pues a través de la misma se logró determinar que el contenido del artículo 93 estaba encaminado a buscar un orden justo para aquellos tratados internacionales que versaran sobre derechos humanos, por lo que a partir de ese reconocimiento se les confirió un rango constitucional.

Los primeros pronunciamientos realizados por los magistrados de la alta Corte, se forjaron mediante las sentencias T-049 de 1992 y C-574 de 1992, las cuales se encontraban encaminadas a reconocerle supremacía, preeminencia y superioridad a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el congreso.

El concepto de bloque de constitucionalidad se fue perfeccionando con el tiempo, y mediante sentencia C-067 de 2003 la corte Constitucional Colombiana (2003) lo definió así:

Aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversa al de las normas del articulado constitucional strictu sensu. (p.11)

Bajo ese entendido, las normas internacionales fueron incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad, el cual se encuentra consagrado en el artículo 93 de la Constitución y contempla dos mecanismos para que las normas entren a la jerarquía de rango constitucional; el primero de ellos se refiere de forma exclusiva a la integración normativa que se efectúa a partir de la ratificación de un tratado internacional que verse sobre derechos humanos y el segundo, consiste en el referente interpretativo, es decir, la adopción de las posturas planteadas en la jurisprudencia de los tribunales internacionales para la posterior aplicación en nuestro sistema jurídico.

Esta figura, juega un papel preponderante en el cumplimiento de los compromisos adquiridos en esferas internacionales, por lo que su función principal

se encuentra orientada a la recepción del Derecho Internacional y la posterior adecuación en el ordenamiento jurídico interno.

La jurisprudencia de la Corte fue precisando con el tiempo que la adecuación del derecho colombiano, conforme a las disposiciones del sistema internacional, se hace bajo la observancia de 5 articulados constitucionales, los cuales sustentan jurídicamente que los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos son, ni más ni menos que la misma constitución. En virtud de ello se hará una breve síntesis de los presupuestos utilizados para crear esta concepción.

El artículo 4 que establece que la constitución tiene superioridad respecto de otras normas, bajo este entendido deberá dársele prevalencia a lo dispuesto en la carta política en caso de que se advierta alguna incompatibilidad.

El artículo 53 instituye que todos aquellos convenios internacionales que versen sobre el trabajo serán considerados como normas internas.

El artículo 93 contempla que los derechos consagrados mediante la constitución deberán ser interpretados de conformidad a lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia, teniendo dicho sistema internacional una prevalencia en el orden interno.

El artículo 94 instaura la figura del ius naturalismo, al determinar que hay derechos inherentes al ser humano que podrían ser llamados derechos innominados no numerados, no nombrados por una ley en concreto, sin embargo dichas disposiciones deben ser armonizadas con los derechos y garantías consagradas en los tratados y en la carta política.

El artículo 214 señala que en caso de encontrarse en un Estado de excepción deberá prevalecer la protección de los derechos humanos de cada una de las personas, por lo cual se deberán adoptar todas las medidas necesarias para que no exista ninguna vulneración de los derechos y libertades consagrados en los tratados internacionales.

Sobre la funcionalidad de las normas precitadas, la Corte Constitucional Colombiana (2007) manifestó:

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función interpretativa –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales-, y una función integradora -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores-. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica. (p.3)

De conformidad con lo expuesto, se puede afirmar que una de las mayores contribuciones de la Constitución Política de 1991 ha sido la creación de la figura del bloque de constitucionalidad, dado que es una herramienta capaz de ampliar el catálogo de derechos constitucionales a partir de la adopción de legislaciones internacionales sobre derechos humanos.

Finalmente, habiendo estudiado con suficiencia lo que corresponde al bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, es innegable que los tratados internacionales sobre derechos humanos- específicamente la Convención Americana, así como la interpretación que del mismo ha realizado jurisprudencia de la Corte Interamericana son vinculantes en el ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, corresponde entonces preguntarse ¿Cuándo la jurisprudencia de la CIDH es obligatoria? ¿Qué parte de las sentencias de la CIDH es vinculante? Y; finalmente, si un Estado no es parte de la controversia ¿Quedaría sometido a la aplicación de lo dispuesto por la CIDH.

## **¿Es vinculante la jurisprudencia de la CIDH aun cuando no se es parte en la sentencia?**

Justamente, una de las principales controversias que surge en cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, deviene de la obligación que posee cada Estado parte de la Convención de cumplir con las disposiciones transcritas en los fallos en los que no ha sido parte. Desde ya debemos afirmar, que aunque la controversia sobre el punto aún resulta álgida, nos adscribimos a aquellas teorías que propugnan por la obligatoriedad de dichas disposiciones a todos los Estados, sin importar si fueron o no parte de la sentencia, como se pasará a explicar.

Los administradores de justicia de cada Estado miembro tienen la obligación de adecuar el sistema jurídico interno de tal manera que resulte compatible con las disposiciones consagradas en el sistema convencional de derechos humanos, a través de la aplicación de la figura denominada control de convencionalidad.

Si se tiene en cuenta la postura asumida por la Corte Interamericana de derechos humanos en cuanto a lo que control de convencionalidad se refiere, se advertirá su renuente actitud de fijar obligatoriedad no solo de las disposiciones consagradas en la convención sino también de la interpretación que de la misma se ha efectuado, al ser considerada dicha corte intérprete última del tratado internacional.

Ahora bien, no cabe la menor duda que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana es vinculante para todos los Estados miembros, pues así fue señalado en reiteradas ocasiones mediante las sentencias *Almonacid Arellano vs Chile* (2006), *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* (2006), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) y *Gelman vs Uruguay* (2011).

Sin embargo, deberá precisarse si dicha jurisprudencia se hace obligatoria no solo para el Estado parte sino para todos los miembros de la convención, por lo cual se expone lo señalado en el voto razonado de sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* por el Ex magistrado Ferrer Mac- Gregor (2010):

Las interpretaciones “constitucionales” y “legales” que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos en todos los niveles, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo último debido a que constituye el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en sede internacional, cuya competencia es la aplicación e interpretación de la Convención Americana; este órgano en realidad determina el contenido mismo del texto convencional, de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado mexicano y haberse reconocido además la jurisdicción de la Corte IDH. (P.128)

Bajo este entendido, a la jurisprudencia de la corte se le debe guardar obediencia independientemente si se es parte o no del conflicto en razón a que su interpretación debe tomarse como si fuera el mismo texto constitucional, es decir, que así como la corte interprete las normas consagradas en el tratado de igual forma lo deberán hacer los países miembros. Por consiguiente, la Convención Americana como la Jurisprudencia de la Corte, no podrán ser entendidas como dos instrumentos internacionales independientes, pues la única forma de lograr la eficacia del sistema es mediante la fusión de las mismas.

Ahora bien, como se ha venido manifestando las normas internacionales deben ser respetadas no solamente por las disposiciones adoptadas en el ordenamiento jurídico interno del país miembro sino también por aquellos que tengan el deber de interpretar y administrar justicia, uno de los precursores de dicho argumento es Nogueira Alcalá (2012), quien afirma:

Dicho control de convencionalidad en sede de jueces nacionales implica asumir por parte de éstos, que el derecho vigente y vinculante, no es solo el de fuente interna, sino aquel emanado de fuente internacional el que debe ser asegurado y garantizado en la concreción de sus actos jurisdiccionales, de manera que la inobservancia de un juez de las normas convencionales o de la interpretación de las mismas, hecha por el órgano encargado de su interpretación y aplicación, implica responsabilizar al Estado por dicho incumplimiento, al concretar un ilícito internacional. (p.1170)

Desde este punto de vista, si se omite por un Estado parte lo consagrado en la jurisprudencia de la Corte se estaría invalidando la funcionalidad de la misma, único órgano autorizado para interpretar las disposiciones de la convención, y por tanto quien en últimas brinda eficacia al sistema internacional.

Habiendo expuesto hasta aquí lo que corresponde a los argumentos de derecho internacional que apoyan los efectos *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde analizar qué ha dicho nuestro derecho interno al respecto, en aras de brindar mayor solidez al argumento expuesto.

Colombia, por su parte, mediante varias sentencias la Corte Constitucional ha reiterado que la jurisprudencia de este tribunal internacional compone un criterio hermenéutico para la posterior interpretación de las normas internas que traten de derechos humanos. Así, la sentencia precursora en esta teoría fue la C-010 de 2000 mediante la cual la Corte Constitucional (2000) dispuso:

Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. (p. 40)

En el mismo sentido, y como evolución de la figura, mediante sentencia C-370 del año 2006 se le reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, por ello la Corte Constitucional (2006) expuso:



Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. (p. 248)

De igual forma, la Corte Constitucional mediante sentencia 274 de 2015 efectuó un análisis pormenorizado de la procedencia de la acción de tutela para los tratamientos de reproducción asistida desde una perspectiva diferente a la que hasta ahora ha dado, teniendo en cuenta los criterios utilizados por organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de ello la Corte (2015) expreso:

La jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos humanos cuya protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad y la equidad de género.

En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y distintos pronunciamientos de organismos internacionales han señalado que el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia. (p.56-57)

De igual forma, se ha desarrollado una postura tendiente a asegurar que la obligatoriedad de las sentencias de la corte no es un tema que se encuentre ligado de forma exclusiva al Estado parte en la controversia, sino que por el contrario dicha obediencia la deben asumir todos los países miembros de la Convención, tal y como fue mencionado en el artículo un avance en el control de convencionalidad, mediante el cual HITTER (2013) concluyó:

En situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana [...] La Corte IDH tomando en cuenta un antecedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos remarcó "... que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales [...] Diversa es la circunstancia -añade el fallo- cuando el Estado no ha sido parte en el proceso internacional donde se fijó la jurisprudencia. En tal hipótesis por el sólo hecho de ser Parte en la Convención, la conducta de sus autoridades públicas y de la totalidad de sus órganos incluidos las instancias democráticas, están obligadas por el Tratado debiéndose acatar el mismo y

considerar los precedentes y lineamientos judiciales del Tribunal Interamericano. (p.p. 324, 325, 326)

## **Capítulo 8**

### ***El panorama de la fecundación “in vitro” en Colombia***

El cumplimiento de las normas internacionales por los Estados adscritos al pacto de San José se efectúa a través de la aplicación de la figura denominada control de convencionalidad, la cual permite adecuar la norma interna de conformidad a lo dispuesto por las esferas internacionales, so pena de ser declarado estado infractor de derechos humanos.

Habiendo llegado a esta etapa de la investigación, se puede apreciar que los Estados miembro de la Convención tienen la obligación de guardar obediencia tanto de las disposiciones establecidas en el tratado internacional como también de aquellos antecedentes y lineamientos trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, como se expuso en el acápite anterior, los lineamientos de la Corte Interamericana son vinculantes para la normativa y jurisprudencia creada por Colombia, por consiguiente, las decisiones adoptadas por las autoridades públicas deben estar ajustadas a los últimos pronunciamientos realizados por este tribunal Internacional de Derechos Humanos.

Si Colombia por alguna circunstancia desatendiera dichos lineamientos, estaría transgrediendo el tratado mismo, teniendo en cuenta que el artículo primero y segundo de la convención establecen que se debe respetar los derechos allí consagrados y en consecuencia adaptar las normas de derecho interno.

## **Generalidades sobre técnica de reproducción asistida**

Una de las enfermedades que más aqueja a la población mundial es la infertilidad, la cual ha sido definida como aquella en la que se impide lograr un embarazo clínico después de haber tenido relaciones sexuales sin protección por más de doce meses. Los tratamientos y técnicas utilizadas para contrarrestar las posibles causas generadoras por la esterilidad se han perfeccionado con el tiempo y los avances de la ciencia, sin embargo, al ser procedimientos tan costosos el acceso se hace muy limitado.

La fecundación "*in vitro*" o también conocida como ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection), es una de las técnicas más utilizadas en la reproducción asistida cuando se advierten problemas de fertilidad de origen masculino o cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero. El proceso de fecundación comienza con la introducción de una aguja fina a través de la vagina de la cual logra el acceso a los ovarios para la posterior aspiración de los óvulos; una vez obtenidos los óvulos se realiza la respectiva fecundación por un espermatozoide, obteniendo como resultado el embrión fecundado que va ser transferido con posterioridad al cuerpo de la mujer mediante una fina cánula que lo depositará en el endometrio para que se implante en la pared uterina en los siguientes días.

Con la práctica de esta técnica se pueden observar varias fases antes del momento de lograr la fecundación. La primera de ellas se encuentra relacionada con la estimulación de los óvulos para proporcionar una maduración precisa al momento de la extracción.

La segunda consiste en la extracción de los óvulos que se encuentran dentro de los ovarios, mediante la punción y aspiración de los folículos ováricos; este procedimiento se efectúa mediante sedación aproximada de 20 minutos.

A través de la tercera fase se realiza un estudio de los óvulos extraídos para verificar su estado madurativo y con posterioridad se le extirpan las células que rodean su cáscara llamada zona pelúcida.

Mediante la cuarta fase se efectúa la preparación del semen a través un sondeo de los espermatozoides contenidos en él; se selecciona uno y se introduce en el ovulo maduro obtenido.

En la quinta fase se debe mantener bajo observación el óvulo más o menos veinte horas después de haber sido introducido por el espermatozoide, para así lograr identificar si el óvulo quedó realmente fecundado.

La sexta fase, se podría considerar la más importante en el tratamiento de fertilización, consiste en la introducción del embrión a la pared uterina de la mujer, procedimiento realizado de forma ambulatoria ya sea para la transferencia de uno o varios embriones.

A través de la séptima fase, se realiza un orificio en la zona pelucida de la mujer para que el embrión logre su implantación en la pared uterina.

La fecundación "*in vitro*" al igual que otras técnicas de reproducción asistida goza de una clasificación, esta es denominada homóloga, heteróloga y mixta.

La fecundación homóloga consiste en que los gametos utilizados para el proceso de fertilización sean los óvulos y el semen de la pareja que se está efectuando el tratamiento.

La fecundación heteróloga sucede cuando uno de los gametos utilizados para el tratamiento proviene de una persona extraña a la pareja, es decir, el espermatozoide o el óvulo vienen de un donante. Puede ocurrir en esta clasificación que tanto el óvulo como el espermatozoide provengan de un donante por lo que estaríamos frente a un caso de donación de embriones.

La fecundación mixta se da en el caso que el semen mediante el cual se va fertilizar el ovulo provenga de dos personas distintas, es decir, de la pareja y de un donante anónimo.

Aunque es una técnica bastante exitosa, es considerada como uno de los procedimientos más costosos en mercado. Su práctica oscila entre los diecisiete millones quinientos a los diecinueve millones de pesos, sin embargo aun siendo la más avanzada no garantiza un embarazo exitoso.

### **Contexto Colombiano**

Como se expuso con anterioridad, la infertilidad es considerada como una de las enfermedades más comunes y que en mayor porcentaje afecta a una población. Las estadísticas en Colombia indicaban que dos punto cinco (2.5) millones de familias padecen dicha patología, de la cual afectaba en su mayoría a parejas entre los 25 y 35 años de edad. (2015)

Para la Organización Mundial de la Salud (2010) la infertilidad es considerada una enfermedad y por tanto se debe suministrar su tratamiento, sin embargo en un país como el nuestro, que se caracteriza por contar con la más avanzada tecnología en reproducción asistida, se le niega al afiliado del sistema de seguridad social su práctica por ser demasiado onerosa para las EPS.

Los procedimientos, servicios, intervenciones y medicamentos proporcionados con ocasión a la prestación del servicio de salud se encuentran regulados por el Plan Obligatorio de Salud (POS), a través del mismo se establece la cobertura de las intervenciones a efectuar a los usuarios.

La Comisión Reguladora de Salud delimita los servicios a los cuales tienen derecho de acceder los colombianos sin importar el régimen al cual pertenezcan, es decir, se encarga de definir y actualizar puntualmente todo lo referente al Plan Obligatorio de Salud.

De conformidad a lo anterior, la Resolución 5521 del 27 de diciembre de 2013 emitida por dicha Comisión excluyó del Plan Obligatorio de Salud aquellos procedimientos que no se encuentren encaminados a proporcionar un diagnóstico, tratamiento o recuperación de una enfermedad.

En el numeral cuarto de las exclusiones específicas del Plan Obligatorio de Salud, se determinó que el tratamiento para la infertilidad no sería financiado por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), es decir, que el sistema de seguridad social no tendrá la obligación de suministrar el procedimiento adecuado para contrarrestar los efectos de esta enfermedad y por tanto cualquier método de reproducción asistida debía ser sufragado de forma particular, como es el caso de la “*fecundación In Vitro*”.

Ahora bien, al no ser posible acceder a la “*fecundación In Vitro*” con financiación del Estado, muchas de las familias que sufrían este padecimiento se vieron en la necesidad de someterse a costosos tratamientos particulares para mitigar el sueño de querer ser padres, procedimientos que sin lugar dudas abundan en nuestro país pues a la fecha se cuenta con más de veinticinco clínicas destacadas en estos están serfétil, Reprotect, Fertilidad en tus manos, Profamilia, Cecolfes, Profomar, Natale, Eugin, Inser, Conceptum, Fecundar, Clinica de Marly y Dejando huella.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque Colombia se ha catalogado como un país pionero en el tema de fertilización, el elevado costo de la “*Fecundación in Vitro*” disminuye la cobertura y el acceso a la misma, en consecuencia muchas parejas se han visto en la necesidad de interponer acciones de tutela para que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) les proporcionen el tratamiento al encontrarse en peligro el derecho fundamental de la salud.

No obstante, el alto tribunal Constitucional manifestó que la fertilidad no es una obligación que se encuentre a cargo del Estado y por tanto es improcedente solicitar por vía de acción de tutela la práctica de su tratamiento. Las razones por las cuales se niega este tipo de procedimientos por la Corte Constitucional (2010) son:

- (1) el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias;
- (2) el derecho a la maternidad en la constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en la decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la

protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación (3) la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa.(p.15)

Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha manifestado que existen casos excepcionales en donde se puede conceder el amparo solicitado a través de la acción de tutela, siempre y cuando las causas de la infertilidad vinculen la violación de derechos humanos, los eventos señalados en la sentencia T-226 de 2010 por la Corte Constitucional (2010) son:

(1) Cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado);(2) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad). La (3) tercera circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer. (p.15).

### **Análisis normativo**

Como se expuso con anterioridad, el tratamiento de la “*fecundación in vitro*” en Colombia se encuentra excluido de Plan Obligatorio de Salud (POS) y por tanto su práctica debe realizarse en centros médicos particulares; sin embargo, de forma excepcional, la Corte ha manifestado que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) se encuentran obligadas a realizar todos los procedimientos de fertilidad cuando se advierta que por su omisión se están vulnerando derechos fundamentales.



Aunque la práctica de la “*Fecundación In Vitro*” en nuestro país es más común que lo que muchos se imaginan, el legislador no se ha interesado en expedir normas jurídicas que regulen su práctica; a pesar de ello, al no encontrarse ningún tipo de prohibición en el desarrollo del procedimiento se entiende que puede realizarse libremente y que por tal no se comete una infracción.

La única norma que se ha proferido hasta el momento sobre el tema es el Decreto 1546 de 1998, a través del cual se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento reproductivo con relación a la obtención, preservación, almacenamiento y trasplante de material genético.

En un análisis del decreto precitado, explícitamente del artículo 48, se puede concluir que en Colombia es permitida la criopreservación de embriones, espermatozoides y óvulos:

En caso de que el eyaculado, los óvulos, o preembriones congelados sean transportados, la institución receptora verificará la calidad del material biológico recibido y asumirá la responsabilidad por la estabilidad y calidad del mismo, y deberá recibirlo en un termo apropiado que asegure la conservación de la temperatura no superior a (menos)-196°C. (Uribe, 1998, p.20)

Aunque mucho se ha mencionado sobre la poca regulación que existe en Colombia sobre la fecundación, actualmente cursa en el Congreso de la Republica el Proyecto de ley No. 109/2013 mediante el cual se intenta reconocer la infertilidad humana como una enfermedad, determinar el impacto que la misma tiene en las parejas y la cobertura que puede alcanzar el sistema de seguridad social sobre ésta.

Mediante la iniciativa legislativa, la Representante a la Cámara Alba Luz Pinilla Pedraza expone que podrían reducirse los costos de la “fecundación in vitro” haciendo uso de la infraestructura que se encuentra en los centros de tercer nivel; de conformidad con lo anterior se transcribirán algunos apartes del nuevo proyecto de ley No. 109/2013:

Así las cosas, la exclusión de los tratamientos de infertilidad del Plan Obligatorio de salud no sólo supone un obstáculo, sino que va en contravía de los desarrollos médicos que reconocen la infertilidad como enfermedad y de los desarrollos jurídicos que reconocen los derechos sexuales y reproductivos como fundamentales; Tal y como lo afirma el autor del proyecto “el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud -EPS e IPS- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos para que las parejas con problemas de infertilidad puedan acceder a los servicios de salud reproductiva. En este sentido, los derechos reproductivos, están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1° y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.” ;Siguiendo al autor de la iniciativa, en lo que se refiere a la garantía de los derechos sexuales y reproductivos “Se necesita entonces un modelo inclusivo integral que tenga en cuenta los problemas y necesidades de nuestro entorno, en el cual se abarque desde la voluntad de evitar un embarazo (evitando generar infertilidad) hasta el deseo de tener un hijo. Un modelo que logre absorber la naturaleza de otro grupo de enfermedades, como la infertilidad, cuya prevalencia progresiva es una realidad en Colombia y Latinoamérica que obliga a los profesionales de la medicina a producir estrategias de solución pero sobre todo de prevención en los diferentes escenarios, cuyo propósito sea disminuir en los pacientes los costos asociados a la enfermedad. (Pinilla, 2014, p.6)

Por otro lado, el día 16 de febrero de la actualidad, el presidente Juan Manuel Santos sancionó ley estatutaria de salud No. 1751, mediante la cual se buscaba mejorar los servicios de salud brindados a los afiliados del sistema.

Esto traería consigo un cambio supremamente importante, pues ni más ni menos que la eliminación del Plan Obligatorio de Salud (POS), lo que permitirá que los médicos gocen de plena libertad de ordenar a sus pacientes los tratamientos y medicamentos que crean convenientes; sin embargo, la ley impone unas exclusiones que serán estudiadas de forma particular e individual por las juntas medicas específicas mediante un proceso público, transparente y permanente.

Los procedimientos que pretenden ser excluidos de la ley estatutaria son cuatro; el primero de ellos hace referencia a los procedimientos y cirugías estéticas tendientes a mejorar las condiciones físicas de una persona más no una enfermedad.

El segundo guarda relación con los tratamientos experimentales, es decir, aquellos procedimientos que se realizan para probar la efectividad de un medicamento los cuales hacen parte de investigaciones o complementos académicos.

El tercero se refiere aquellos tratamientos, procedimientos y medicamentos que no posean una justificación técnica o científica, como es el caso de procedimientos alternativos o ancestrales.

El cuarto describe aquellos tratamientos que pudiendo ser brindados en nuestro país se quieran practicar en el exterior.

Para concluir, se observa que con la implementación de esta nueva ley se pretende garantizar el acceso a la salud de todos los ciudadanos mediante la promoción, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación y la paliación de una enfermedad evitando a como dé lugar el menoscabo de los derechos allí consagrados.

### **Análisis jurisprudencial**

Como se enunció anteriormente, la regulación de la “*Fecundación In Vitro*” es escasa en cuanto a normas jurídicas se refiere; no obstante ello, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han marcado dos

tendencias encaminadas a reconocer y negar la práctica de la “Fecundación In Vitro” mediante acción de tutela.

Las posturas adoptadas por la Corte se fueron variando con el tiempo, al inicio le negaba de plano su procedimiento, después se concedió el amparo bajo unos presupuestos específicos y con posterioridad se ordenó su práctica y regulación a partir de disposiciones internacionales.

Como se expresó con anterioridad, la Corte Constitucional asumió dos líneas jurisprudenciales para dirimir las controversias suscitadas por la práctica de la “*Fecundación In Vitro*”.

La primera línea jurisprudencial desarrollada por la Corte, estableció la improcedencia de extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud al tratamiento de “*Fecundación In Vitro*” vía acción de tutela. Esta postura fue acogida en las sentencias T-946/02, T-752/07, T-424-09, T-633-10, T-550-10, T-009-14 mediante las cuales la Corte Constitucional (2007) expresó:

La protección especial que la Constitución otorga a la mujer en estado de embarazo y durante el periodo inmediatamente posterior al parto. Así mismo, ha sostenido que el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con los asociados no encuentra justificación razonable cuando va dirigida a permitirle, mediante una acción positiva, el derecho a la maternidad de una mujer cuando su función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al estado. Ese deber aplica, entonces, siempre que la procreación sea posible e impone el deber de no obstruir o limitar el derecho a engendrar [...] El derecho a procrear a pesar de estar reconocido en cabeza de todas las personas y de implicar un deber de abstención del Estado en relación con actividades tendientes a su restricción o condicionamiento, no puede llegar hasta el punto que se pueda forzar u obligar a las autoridades estatales a garantizar la maternidad biológica de alguien cuando sus condiciones genéticas o humanas no le permiten su goce [...] Consecuente con lo anterior, cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud

constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional. (p. 4)

Por otro lado, la otra postura acogida por la Corte a través de las sentencias T-226/10 y T-644-10 en el caso objeto de estudio, se encontraban encaminadas a reconocer y proteger los derechos e intereses de los aquellos ciudadanos que presentaran signos de infertilidad siempre y cuando se ajustara a determinados eventos por lo cual la Corte Constitucional (2010) manifestó:

A nivel internacional, varios instrumentos han establecido la necesidad imperiosa del respeto y protección de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. En efecto, de un lado, respecto de la salud sexual se ha afirmado que debe entenderse como la integración de aspectos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual, a través de formas que realzan y enriquecen la personalidad, la comunicación y el amor. De otro lado, en relación con la salud reproductiva se ha señalado que es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de 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. Igualmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), señala que los Estados deben eliminar cualquier obstáculo que impida la atención médica de la mujer en sus derechos sexuales y reproductivos. En reglas generales esta convención declara los derechos sexuales y reproductivos que deben ser protegidos a las mujeres, para ubicarlas en situación de igualdad con los hombres [...] Se ha indicado que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el

respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual [...]La Corte Constitucional ha indicado que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido reconocidos como derechos humanos y forman parte del derecho constitucional del Estado democrático. Se ha manifestado que los derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social [...]En algunos casos se ha señalado la posibilidad de conceder el amparo, por cuanto las circunstancias específicas del caso vinculan directamente la violación de derechos fundamentales. Dichos eventos son: (1) cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado); (2) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad). La (3) tercera circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer. (p. 15)

Para apreciar mejor las posturas asumidas por la Corte Constitucional en el tema de la referencia, se dará paso a conceptualizar la información rastreada a través de una línea jurisprudencial, análisis dinámico que permite interpretar las sentencias de la Corte partiendo de una construcción de teorías estructurales, tal y como lo plantea el doctor Diego Eduardo López Medina (2006).

**¿Reconoce la Corte Constitucional la obligación que tienen las entidades promotoras de salud de incluir la práctica de la “fecundación *in vitro*”?**

Reconoce vía acción de tutela la práctica de la “Fecundación In Vitro” por las entidades promotoras de salud, siempre y cuando se advierta la violación de derechos fundamentales.	●T-226/10 ●T-644-10 ●T-528-14 ●T-274-15	T-946/02 ● T-752/07 ● T-424-09 ● T-633-10 ●	No reconoce a través de la acción de tutela la practica práctica de la “Fecundación In Vitro” al encontrarse excluida del plan obligatorio de Salud.
--	--	--	--

Para concluir, debe decirse que a pesar de la ausencia de normativa reseñada, la Corte Constitucional ha empezado a transformar la postura que durante años mantuvo sobre la práctica de la “fecundación in vitro” vía acción de tutela, criterios sustentados bajo parámetros internacionales que resaltan la necesidad imperiosa de proteger y respetar la salud sexual y reproductiva de la mujer, como parte integradora de los derechos humanos en el Estado Social de Derecho, a tal punto que hoy se encuentra en apogeo el tema en virtud al proferimiento de la sentencia T- 274 de 2015 la cual pasará a estudiarse, por retratar los puntos que aquí hemos venido desarrollando.

## **Capítulo 9**

### ***La obligatoriedad de la sentencia caso “Artavia murillo vs Costa Rica” en Colombia***

Habiendo estudiado la línea jurisprudencial desarrollada durante más de una década por la Corte Constitucional sobre la práctica de la “*fecundación in vitro*” por vía acción de tutela, debemos dar paso a las dos sentencias que han revolucionado las posturas acogidas sobre las técnicas de reproducción humana asistida por el máximo órgano constitucional. La primera de ellas, fue la sentencia T- 528/2014 la cual retomo brevemente las disposiciones acogidas por la Corte Interamericana mediante su jurisprudencia citando expresamente el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica”. A través de ella, exhortó al Gobierno Nacional a revisar la situación crítica que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no tienen cómo costear su tratamiento. De igual forma se sugirió al Estado la inclusión de las técnicas dentro del sistema de seguridad social, bajo los siguientes parámetros.

#### **Sentencia T-528 de 2014**

La presente acción de tutela fue instaurada en el municipio de Palmira, Valle del Cauca por el señor Andrés Fernando Montilla Varela quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad, que considera vulnerados por la EPS Salud Total al habersele negado el procedimiento “*Fertilización In Vitro*” que requería por su discapacidad física de tipo reproductivo.

El accionante manifestó que ante la imposibilidad de tener hijos con su compañera permanente Sirley Suarez Tamayo, acuden al Centro de Biomedicina Reproductiva del Valle S.A Fecundar para que un especialista en



reproducción diagnosticara la causa por la cual no podían concebir hijos, a lo cual se determinó que se relacionaba con una disminución importante en el número de espermatozoides en el semen.

El médico tratante con especialidad en andrología y medicina sexual y reproductiva manifestó que la única forma para lograr un embarazo era mediante la práctica de la “Fecundación in vitro”.

La práctica de técnica de reproducción humana tiene un costo estimado de diecisiete millones novecientos mil pesos (\$17.900.000), suma de dinero con la que no contaba el señor Montilla Varela ni su compañera permanente, razón por la cual vieron como única esperanza acudir a través de la acción de tutela a su financiamiento por parte del Estado, al verse vulnerados derechos fundamentales.

Al presentar dicho instrumento de amparo constitucional, el juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira tuteló sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas y en consecuencia ordenó a la EPS Salud Total la práctica de la “*Fecundación In Vitro*”, dicha medida se encontraba fundamentada en la protección del derecho de la salud mental y a la dignidad humana del accionante al no poderse realizar como padre.

Al ser un fallo adverso a los intereses de la EPS Total, se impugna la decisión argumentando que al cumplir la misma se estarían viendo afectados los recursos del Sistema de Seguridad Social por ser un tratamiento excluido del plan obligatorio de salud.

En segunda instancia conoció de la mencionada acción constitucional el juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento de Palmira, el cual revocó la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal al considerar que no se cumplía con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para autorizar la práctica de la técnica de la “Fecundación In Vitro”.

## **Consideraciones y fundamentos utilizados por la corte**

Una vez llega a revisión de la Corte Constitucional el caso objeto de estudio, se plantea el interrogante de si la EPS Salud Total vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad de una persona del señor Andrés Fernando por la negativa de la práctica de la “Fecundación In Vitro”.

Para responder este interrogante, la Corte en primer lugar hizo un rastreo de los pronunciamientos que ha efectuado esta Corporación para casos similares; en virtud de tal advirtió que las entidades prestadoras de salud no se encuentran en la obligación de prestar este tratamiento por encontrarse excluido del POS, sin embargo existe una excepción y es cuando la omisión afecte la vida, la salud y la integridad personal del solicitante.

Mediante esta sentencia se reconoce la infertilidad como una enfermedad, acogiendo lo señalado por la Organización Mundial de la Salud-OMS (2010) al considerar que la misma genera consecuencias en la salud física, psicológica y social de quien la padece. Sin embargo, al hablarse de salud reproductiva se encuentran falencias no solo en su regulación sino también en el reconocimiento que la misma Corte realiza.

La Corte manifiesto que el tema de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida no es solo un asunto que nos ocupa en esta región sino en todos los países del mundo, por ejemplo en Latinoamérica existen países que ya tienen implementado en su sistema de seguridad social dichas prácticas como lo es Brasil, Argentina, Uruguay y Chile, otro país como México hasta el momento no ha regulado la planificación familiar pero si han brindado financiamiento para la práctica de los tratamientos en los hospitales públicos.

Esta Corporación establece que las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran relacionadas con los derechos a la libertad, autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y personal y la libertad de fundar una familia, en virtud de ello se retoma lo

mencionado en la sentencia Caso “Artavia Murillo VS Costa Rica” a través de la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) expresó:

La decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar [, y...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja” Además, que “la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La 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. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que ‘la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud. (p. 26)

De conformidad a lo anterior, se entiende que las decisiones de la Corte Constitucional no son aisladas de los criterios internacionales asumidos por distintos órganos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el Protocolo Adicional, Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de los mismos se reconoce el progreso científico en la práctica de dichas técnicas pero siempre y cuando se proporcione adecuadamente su tratamiento.

En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional ultima que la exclusión hecha por el gobierno sobre los tratamientos de fertilidad en el Plan Obligatorio de Salud (POS) debe ser revisada y discutida por los miembros reguladores de la política pública, pues su inobservancia ocasionaría posiblemente una falta al deber legal establecido en el artículo 93 constitucional, por ello la Corte (2012) afirmó:

El Estado colombiano, comprometido con la observancia de las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento del derecho fundamental a la salud, derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Protocolo de San Salvador, conforme con el artículo 93 Superior, tiene la obligación de *“adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros”*, además la de *“reconocer suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales”*. En concreto, estas obligaciones internacionales lo implican en la adopción de las medidas positivas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a *“disfrutar del más alto nivel posible de salud”*. Por ejemplo, el Estado podría pensar en la organización de programas de financiamiento privado en condiciones de economía de escala, que permitan a personas de escasos recursos económicos, acceder a programas y servicios de fertilidad. (p.34)

En consecuencia, el Estado se encuentra en la obligación de ampliar el espectro de protección de los derechos relacionados con la salud, pues es inconcebible que se siga adoptando posturas tomadas hace más de diez años, lo cual deja entrever que se cuenta con un Sistema en Seguridad Social carente del principio de progresividad consagrado en el artículo 48 de la Carta Política.

Teniendo en cuenta la difícil situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear el tratamientos de *“fertilización in vitro”*, la Corte mediante esta

sentencia exhortará al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud para que se pronuncien sobre la precaria regulación que existe en la materia y en consecuencia se adopten todas las medidas tendientes ampliar el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Bajo este entendido, las EPS tienen la obligación no solo de brindar el tratamiento que atenué la enfermedad sino también el suministro a todos los afiliados de la información, guía y acompañamiento en los servicios de salud que se causen con ocasión al diagnóstico de la enfermedad.

Para concluir la Corte establece que Salud Total EPS no vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad de Andrés Fernando Montilla Varela al ser un servicio excluido de POS, sin embargo si se violó su derecho información, guía y acompañamiento en la patología que estaba padeciendo.

### **Sentencia T- 274 de 2015**

La providencia T-274 del 12 de Mayo del 2015, podría ser considerada arquímica en el panorama de la “fecundación in vitro”, pues través de la misma se analiza si las entidades prestadores de salud vulneran los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos, y a la vida privada y familiar, de una mujer que se le niega el tratamiento de “*fertilización in vitro*” por estar excluido del plan obligatorio de salud.

Esta acción estudia los casos presentados por Mónica Vivian Calderón Barrera en contra de la EPS Coomeva (T-4.492.963); Diana Rincón Caicedo en contra de la EPS-S Emssanar (T-4.715.291); Angélica María Solarte Ortega en contra de la EPS Sura (T-4.725.592); y Claudia Isabel Cataño Urrea en contra de la EPS Coomeva (T-4.734.867), mujeres que ostentan un cuadro clínico común, la imposibilidad de poder gozar de una maternidad biológica. Sin embargo, este grupo de mujeres concurren a distintos médicos especialistas en la materia para que les diagnosticaran el tratamiento adecuado para lograr la concepción, a lo cual les advierten que la única

manera de alcanzar un embarazo es a través de la práctica de la *“fecundación in vitro”*, tratamiento que se encuentra excluido del plan obligatorio de salud y por tanto su acceso se limita exclusivamente para aquellos que cuenten con las posibilidades económicas para sufragarlo.

De conformidad a lo anterior, y teniendo en cuenta que ninguna de las accionantes contaba con los recursos económicos necesarios para practicarse el tratamiento, solicitan por vía de tutela la autorización de la técnica por parte de la EPS a la cual se encuentran adscritas.

En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional efectúa un estudio minucioso sobre los posibles derechos que podrían verse vulnerados al no practicarse el tratamiento solicitado por las peticionarias, teniendo en cuenta parámetros como los siguientes: (i) la acción de tutela y los tratamientos de fertilidad; (ii) los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad; y (iii) la protección excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva y otros derechos fundamentales relacionados, en los tratamientos de fertilidad solicitados a través de la acción de tutela (2015).

### **Consideraciones:**

#### **La acción de tutela y los tratamientos de fertilidad**

En este acápite, la Corte establece en primera medida que los tratamientos de fertilidad se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de salud a través del numeral cuarto del artículo 130 de la Resolución No. 5521 del 2013. En consecuencia, por regla general la misma Corte no ha tutelado los derechos de las personas que solicitan la autorización de este tipo de procedimientos.

El sustento utilizado para negar su protección por vía de tutela, era que dicha patología no ponía en riesgo la vida y la dignidad humana de la persona que la estaba padeciendo, teniendo en cuenta la realización personal de la mujer no podría estar limitada al simple hecho de la maternidad.

En virtud de ello, esta Corporación estableció que el derecho a la procreación no puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona que por sí misma no puede lograrlo, esto implicaría la disminución en los recursos del sistema destinados a la protección de enfermedades realmente graves y que ponen en riesgo la vida de las personas.

Sin embargo, ha aceptado la procedencia excepcional de este mecanismo constitucional bajo dos circunstancias, la primera de ellas es cuando se quiera garantizar la continuidad de un tratamiento que ya se ha venido practicando y la segunda de ellas es cuando se pretende salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, de la persona que lo solicita.

Es decir que los tratamientos autorizados por la corte en sede de tutela no se encuentran encaminados a tratar la infertilidad, sino desde la perspectiva del derecho a la salud, independientemente si de ello además incide de manera positiva en su capacidad de reproducción.

### **Derecho a la salud sexual y reproductiva en Colombia**

La Corte mediante múltiples sentencias ha manifestado que el Estado tiene el deber de brindar los recursos necesarios para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Sin embargo, ha reconocido que con la protección de dichos derechos se encuentran implícitas otras garantías fundamentales, por lo cual se efectúa un análisis de cada uno de ellos.

### **El derecho a la igualdad**

Esta garantía constitucional ha sido considerada uno de los principios rectores del Estado Social de Derecho, sin embargo su relevancia no solo se ha estudiado en el ámbito nacional sino que por el contrario ha sido tratado en esferas internacionales como es la Corte Interamericana Derechos Humanos en el caso "*Artavia Murillo vs Costa Rica*", quien analizó la igualdad en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos por lo cual la Corte (2015) manifestó:

La Corte IDH sostiene que es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, concluye, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

En suma, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos humanos cuya protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad y la equidad de género. (p.49, 50)

### **El derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, el cual hace alusión a la facultad que tiene toda persona de tomar sus propias decisiones de forma libre y responsable para la incidencia de su plan de vida. En virtud de ello, la corte establece que esta garantía guarda estrecha relación con la dignidad humana, la autodeterminación y la vocación pluralista de la Carta Política.

Sobre este aspecto, esta corporación manifestó que al tratarse de autodeterminación reproductiva toda persona tiene la libertad plena y absoluta para decidir cuántos hijos quiere tener o si así no lo desea. Los criterios tenidos en cuenta para analizar este derecho, no solamente se limitó al rastreo de normas nacionales sino de aquellas que mediante tratados y convenios fueron reconocidos en instrumentos internacionales, por tal razón la Corte (2015) concluyó que:



En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y distintos pronunciamientos de organismos internacionales han señalado que el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia.

Específicamente sobre los derechos reproductivos, este Tribunal ha señalado que con fundamento en la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional, los mismos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva. (p.57)

### **Tratamientos de fertilidad solicitados por acción de tutela**

Con la reforma efectuada a la ley 100 de 1993, el legislador realizó una ardua labor de definir el conjunto de beneficios y exclusiones que debían estar contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, desde el inicio se estableció que los tratamientos de reproducción asistida no serían proporcionados con los recursos del sistema, teniendo en cuenta que los mismos pueden ser utilizados en el diagnóstico, tratamiento y rehabilitaciones de otras enfermedades.

Sin embargo, al ser comparado este aspecto con varios países de Latinoamérica se encuentra que los mismos han avanzado en la regulación de las técnicas y tratamientos de reproducción humana asistida, hasta el punto de ser un tratamiento incluido en sus Sistemas de Seguridad social, no obstante, la Corte considera inaudito que pasados veinte años desde la expedición de la ley 100 todavía el gobierno siga dando el mismo argumento a las personas que padecen de infertilidad.

Al ser excluidas dichas técnicas del sistema de seguridad social, podrían verse afectados de ciertos derechos fundamentales consagrados en nuestro

ordenamiento jurídico y en tratados internacionales, por lo cual la Corte (2015) manifestó:

Si bien el hecho de no otorgar esta clase de tratamientos no implica una afectación en la salud, vista desde la óptica de una enfermedad que vulnere el derecho a la vida o a la integridad personal, en todo caso no deja de ser una patología, según lo ha reconocido la propia Organización de la Salud, que sí atenta contra el derecho a la igualdad, entendido desde tres perspectivas diferentes, según se explicó en consideraciones previas. La primera, porque supone una discriminación indirecta en relación con el género, en tanto la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres y, por lo tanto, tiene un impacto negativo sobre ellas. La segunda, porque implica un trato discriminatorio para aquellas personas que sufren de infertilidad, que tienen derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas de salud reproductiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por último, porque al no existir una debida reglamentación sobre el asunto se obliga a las parejas que sufren esta dificultad a asumir los altos costos de un tratamiento de reproducción asistida. (p.62)

En virtud de lo anterior, se refleja que el Gobierno ha establecido una barrera para el acceso de los servicios de salud reproductiva, e incluso ha limitado los derechos fundamentales de la igualdad y la integridad personal, física, psíquica y social, al no brindar a las pacientes infértiles el procedimiento recomendado de la *"fecundación in vitro"*, extendido como la única forma de conformar una familia de forma biológica.

No obstante, el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho complejo que involucra perspectivas vitales del ser humano, que implica necesariamente la disponibilidad de los recursos materiales e institucionales del sistema de seguridad social, sin embargo, cuando una persona no cuenta con los recursos necesarios para satisfacer sus derechos la Corte ha decantado en su jurisprudencia que debe ser amparado por la EPS.

La Corte retoma nuevamente lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia caso “Artavia Murillo vs Costa Rica” argumentando que para este tribunal internacional la maternidad hace parte del libre desarrollo de la personalidad, lo cual implica no solo el respecto a la autonomía reproductiva sino también el acceso a los servicios de la salud reproductiva a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

De cara a lo anterior, y una vez efectuado un análisis detallado de los tratamientos de la reproducción asistida por la Corte Constitucional, se establece la procedencia de la acción de tutela para este tipo de técnicas desde una perspectiva diferente, teniendo en cuenta que la procreación va mas allá que un simple proyecto de vida, por lo que su estudio no puede ser entendido de forma aislada como la afectación de la vida e integridad personal, por lo cual se establecieron una serie de criterios a tener en cuenta para autorizar el tratamiento solicitado, a lo cual la Corte (2015) dispuso:

**(i)** Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Como se expuso previamente, tratándose de tratamientos de fertilidad debe ampliarse el ámbito de protección en la medida que, si bien esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social, el derecho a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, facetas que igualmente deben ser protegidas por el juez constitucional. **(ii)** Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. Cuando se han agotado otros medios y los mismos no han dado resultado, los tratamientos de fertilidad *in vitro* no cuentan con un homólogo o sustituto dentro del POS, precisamente por la naturaleza de los mismos y su considerable costo. **(iii)** Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. Debe exigirse un mínimo de diligencia del afiliado en demostrar a la EPS a la que se encuentre afiliado o, de ser el caso, al juez de tutela que conozca el asunto, de su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado. El afiliado deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados. El monto que deberá sufragar el paciente para

acceder a tales procedimientos, a través de la cuota moderadora o el copago según corresponda, obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital. **(iv)** Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios, y no la descarte con base en criterios médico-científicos. En caso de ser prescrito por un galeno particular, la entidad deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifiquen científicamente la viabilidad o no del procedimiento. **(v)** Que el galeno haya prescrito el tratamiento evaluando las condiciones específicas de la paciente, en factores como: (i) la condición de salud; (ii) la edad; (iii) el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia; (iv) la capacidad económica; previendo los posibles riesgos y efectos de su realización y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento. (p.70, 71)

En virtud de lo anterior, la Corte Exhorta nuevamente al Gobierno Nacional para que efectúe una revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, e inicie una discusión pública y abierta para que dichos tratamientos sean incluidos en el plan obligatorio de salud.

De igual forma, ordena al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud. Así mismo, que inicie las actuaciones pertinentes que conduzcan a prevenir las causas de la infertilidad, proporcionar la información adecuada para la prevención de dicha enfermedad, capacitar a los profesionales de la salud en el área de la infertilidad e impulsar campañas para el abordaje terapéutico por parte del sistema de salud reproductiva. Una vez se haya obtenido los resultados del impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos, se regule y establezcan los parámetros a tener en cuenta para ser autorizada dichas técnicas.

El estudio efectuado en la presente sentencia sobre la procedencia de la acción de tutela para la autorización de medicamentos, tratamientos y procedimientos de reproducción humana asistida, adquiere una connotación

diferente por no decir histórica, teniendo en cuenta que ahora los elementos de juicio que deben ser tenidos en cuenta por las EPS y los jueces constitucionales estarán sujetos al amparo de derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica.

## **Conclusiones**

Después de haber efectuado un estudio minucioso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el sistema jurídico colombiano, se observa que las sentencias proferidas por este tribunal internacional son de obligatorio cumplimiento para Colombia aunque no sea parte directa sobre la misma, en virtud de ello, puede afirmarse que los lineamientos establecidos en la sentencia caso “Atavía Murillo vs Costa Rica” deben ser tenidos en cuenta a la hora de resolver las controversias que suscitan con relación a las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente la “Fecundación in vitro”.

Aunque el compendio de normas colombianas reflejan un vacío jurídico respecto de la regulación de estos procedimientos, la Corte Constitucional a través de jurisprudencia ha intentado remediar dichas controversias a partir de los criterios utilizados por organismos internacionales, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia, si el Gobierno Nacional hace caso omiso de las recomendaciones efectuadas por la Corte Constitucional, Colombia podría estar inmersa en una posible denuncia por violación de derechos humanos por el no suministro del procedimiento para la infertilidad.

## **Recomendaciones**

Se le recomienda al Estado Colombiano, adoptar todas las medidas tendientes a desarrollar un derecho progresivo en el tema de salud sexual y

reproductiva, bajo la observancia de parámetros internacionales propuestos por las instituciones a las cuales se le obediencia y respeto internacional.

Estos parámetros a realizar por el gobierno nacional deben estar sujetos a los criterios establecidos mediante sentencia T-274 de 2015, teniendo en cuenta la misma determina cuando se debe autorizar los tratamientos de fertilización por parte de una EPS. Esta providencia además exhorta nuevamente al gobierno para que efectuara una revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, e inicie una discusión pública y abierta para que dichos tratamientos sean incluidos en el plan obligatorio de salud, sin embargo a pasado un año desde el mismo exhorto y el gobierno no se ha pronunciado al respecto, por lo que se puede observar que desconoce e incumple las ordenas efectuadas por el máximo órgano constitucional, lo cual si no cambia podría ocasionar posibles sanciones.

De igual forma, se recomienda estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud. Así mismo, que inicie las actuaciones pertinentes que conduzcan a prevenir las causas de la infertilidad, proporcionar la información adecuada para la prevención de dicha enfermedad, capacitar a los profesionales de la salud en el área de la infertilidad e impulsar campañas para el abordaje terapéutico por parte del sistema de salud reproductiva, tal y como fue establecido en la sentencia T-274/2015.

El Ministerio de Salud y Protección Social deberá evaluar los factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida, como la condición de salud del o la paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia la capacidad económica del afiliado, entre otros que considere pertinentes, tal y como ordenado por la Corte Constitucional

De igual forma se encuentra a la espera a que la nueva ley estatutaria regule la práctica y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sin que incurra en ningún tipo de prohibición que pueda llevar a Colombia a ser condenado internacionalmente tal y como fue el caso de Costa Rica.

Al ser los lineamientos establecidos en la sentencia caso “Atavía Murillo vs Costa Rica” de obligatorio cumplimiento para Colombia, deberá en la menor brevedad del caso tomarse todas las medidas necesarias para suplir dichas ausencias normativas de conformidad con las recomendaciones brindadas por la Corte Interamericana.

## **Capítulo 10**

### **Bibliografía**

- Arango, M. (2004). El bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.
- Ariza & Rodríguez (s.f). La Construcción del Concepto del Control de Convencionalidad.
- Bernal, C. Diana (2009). Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Maternidad Subrogada y Derecho de Familia.
- Brena, I (2014). La Fecundación Asistida. ¿Historia de un Debate Interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pp.26-45.
- Carbonell, M (s.f). Introducción General al Control de Convencionalidad. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) Informe de Fondo caso No. 12.361Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012) Sistema de Peticiones y Casos Folleto Informativo recuperado de: [http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) Informe de Fondo caso No. 12.361Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>



Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Parágrafo 14.

Contreras, Pablo (2014). Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Concurso de estudiantes, semilleros de investigación y clínicas jurídicas organizado por el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional pp. 235-273

Cámara de Representantes. Comisión Séptima Constitucional (2013). Ley 109 4-7.

Congreso de Colombia (2015). Ley Estatutaria 1751.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 31 de Octubre de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia T- 946

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 19 de Junio de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T- 512

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 16 de Septiembre de 2004. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia T- 901

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 15 de Agosto de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T- 636

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 21 de Septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia T- 752.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 09 de Noviembre de 2007.

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T- 946.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 26 de Junio de 2009. Magistrado

Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T- 424.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 23 de Marzo de 2010. Magistrado

Ponente: Mauricio González Cuervo. Sentencia T- 226.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 13 de Agosto de 2010. Magistrado

Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia T- 633

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 19 de Agosto de 2010. Magistrado

Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T- 644.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 18 de Julio de 2014. Magistrado

Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia T- 528.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia del 12 de Mayo de 2015. Magistrado

Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-274.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de Septiembre de 2006. Presidente: Sergio García Ramírez. Sentencia caso Almonacid Arellano y otros vs Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de Noviembre de 2006. Presidente: Sergio García Ramírez. Sentencia caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de Noviembre de 2010. Presidente: Diego García Sayán. Sentencia caso Cabrera García y Montiel Flórez vs México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de Febrero de 2011. Presidente: Diego García Sayán. Sentencia caso Gelman vs Uruguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de Noviembre de 2012. Presidente: Diego García Sayán. Sentencia caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

García Atehortúa, Angie K & Ramírez Rivero Laura S (2014). La Supremacía Constitucional como Disyuntiva para la Aplicación del Control de Convencionalidad en Colombia pp. 88-102

El Espectador. (2015). Costa Rica pondrá fin a prohibición de fecundación in vitro. Julio 30, 2015, de Sitio web: <http://www.elespectador.com/noticias/salud/costa-rica-pondra-fin-prohibicion-de-fecundacion-in-vit-articulo-574371>

El País. (2014). Corte Interamericana condenó al Estado por desaparecidos del Palacio de Justicia. Agosto 20, 2015, Sitio web: <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/corte-interamericana-condeno-estado-por-desapariciones-holocausto-palacio-justicia>

El TIEMPO. (2015). Ley Estatutaria de Salud: ¿a qué no tienen derecho los pacientes? Agosto 15, 2015, de Sitio web: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/ley-estatutaria-de-salud-beneficios/15259655>

- EL TIEMPO. (2015). Diez cosas que cambian con la Ley Estatutaria de Salud. Agosto 15, 2015, de Sitio web: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/ley-estatutaria-de-salud-abece/15257817>
- EL TIEMPO. (2015). Con ley de salud se acaban abusos con los pacientes. Agosto 15, 2015, de Sitio web: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/presidente-sanciono-la-ley-estatutaria/15257756>
- EL TIEMPO. (2015). Corte ordenó a EPS incluir en el POS la fertilización in vitro. Agosto 15, 2015, de EL TIEMPO Sitio web: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/corte-pide-a-gobierno-incluir-fertilizacion-in-vitro-en-pos/14816418>
- EL TIEMPO. (2015). Por qué no existe decisión para tratar la infertilidad. Junio 19, 2015, de EL TIEMPO Sitio web: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/infertilidad-se-necesita-que-el-congreso-impulse-proyecto/15919715>
- George R. Bandeira (S.F). El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Henríquez M. (2014). La polisemia del control de convencionalidad interno, 24 *International law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp.113-141.
- HITTERS, J (2008). Son vinculantes los pronunciamientos la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Control de Constitucionalidad y convencionalidad), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 131-156.

La vanguardia Internacional. (2015). Costa Rica aprobará por decreto fecundación in vitro para obedecer a Corte IDH. Septiembre 9, 2015, de Sitio web: <http://www.lavanguardia.com/internacional/20150903/54435101535/costa-rica-aprobara-por-decreto-fecundacion-in-vitro-para-obedecer-a-corteidh.html>

Lucero, V (2013). En Colombia se Violan Derechos Humanos. Agosto, 2015, de Primicia Diario Sitio web: <http://primiciadiario.com/archivo/2013/en-colombia-se-violan-los-derechos-humanos/>

LÓPEZ E. El derecho de los jueces. Bogotá D.C. Legis Editores. Segunda edición. 2006.

Ministerio de Salud y de Protección Social (2013). Resolución 5521.

Mora M. Jorge (2012). El Control de Convencionalidad: Un Replanteamiento de Principios y Fuentes del Derecho, Revista Republicana, pp. 218-237

Noguera H. (2012). Los Desafíos del Control de Convencionalidad Del Corpus Iuris Interamericano para las Jurisdicciones Nacionales.

Organización Mundial de la Salud (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

Presidente de la Republica de Colombia (1998). Decreto 1546

Quinche, R. Manuel (S.F). El Control de Convencionalidad como Control Normativo y no como Control Simplemente Erudito o Formal, pp. 654-673

Quinche, R. Manuel (2009). El control de convencionalidad y el sistema Colombiano, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, pp. 163-190.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 9 de marzo de 2004. Caso Glass Vs Reino Unido. Parágrafos 74- 82

