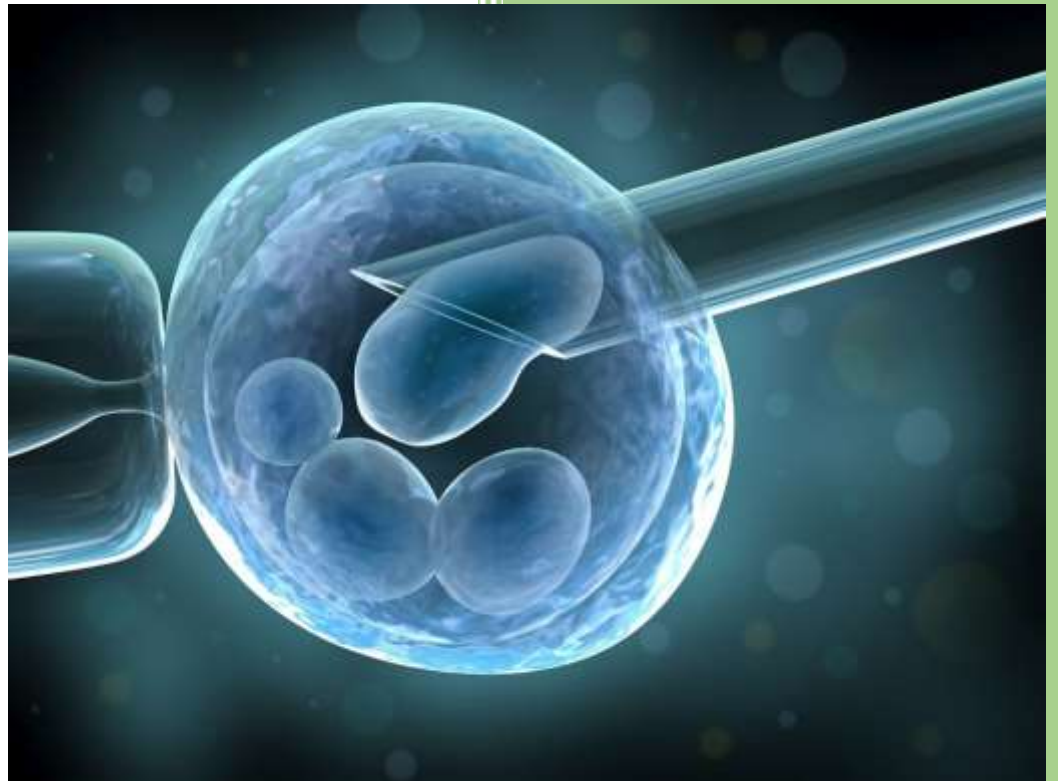


El Acceso a Técnicas de Reproducción Asistida mediante el Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombiano



Jessica J. Archila,
Maria A. Otero
Oscar A. Upegui

El Acceso a Técnicas de Reproducción Asistida mediante el Sistema General de Seguridad
Social en Salud Colombiano

Jessica J. Archila, Maria A. Otero y Oscar A. Upegui

Universidad Autónoma de Bucaramanga

2015

Abreviaturas

CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
E.E.U.U.	Estados Unidos de América
FIV	Fecundación in vitro
ICMART	International Committee Monitoring Assisted Reproductive Technologies
OMS	Organización Mundial de la Salud
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
POS	Plan Obligatorio de Salud
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
TRA	Técnicas de Reproducción Asistida

Resumen

Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) si bien son implementadas como tratamientos contra los problemas de fertilidad, en Colombia su acceso es limitado por el alto costo que demanda la práctica de dichas técnicas. Con la presente investigación se busca establecer si existe el derecho al acceso a TRA mediante el Sistema General de Seguridad Social en Salud y si este puede ser exigido mediante la acción de tutela.

Abstract

The Assisted Reproductive Technology (ART) are used as a treatment against fertility issues. However, in Colombia its access is limited by the high cost of its implementation. This paper aims to figure out if there is a right to access to ART through the Health Care System in Colombia and if it can be demanded through the writ of *amparo*.

Contenido

Introducción	5
Capítulo 1: Acercamiento a los Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos: Las TRA en casos de infertilidad.	10
1. Evolución de los Derechos Sexuales y Reproductivos	14
2. Tipos y Técnicas de Reproducción Asistida	16
3. Acceso a TRA como garantía del Derecho a la Salud y a la maternidad y paternidad.	17
Capítulo 2: Derecho Internacional y comparado en materia de TRA.	21
1. Normativa en el Derecho Internacional vinculante para Colombia.....	24
2. Pronunciamientos de instancias internacionales.....	27
Capítulo 3: La regulación colombiana en materia de infertilidad y TRA.	31
1. La infertilidad y TRA en el Sistema de Salud Colombiano.....	32
2. Los Derechos Sexuales y Reproductivos como parte del Derecho a la Salud en la jurisprudencia constitucional colombiana.	35
3. Acceso a TRA a través de la acción de tutela.	37
Conclusiones	47
1. Avance constitucional del Derecho a la Salud	47
2. Propuesta proyecto de Ley Infertilidad	54
Anexos	57
Ficha de análisis jurisprudencial.	57
Línea Jurisprudencial.	58
Balance Jurisprudencial.....	60
Referencias.....	68

Introducción

Con este texto se busca examinar un tema ampliamente debatido en el Derecho y poco regulado por el Estado colombiano a través de su órgano legislativo, las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) y su acceso en el Sistema de Salud a través del Plan Obligatorio de Salud (POS). Cabe resaltar que dicho examen se realizó a partir de un enfoque de derechos. Entendido este por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas en el campo del desarrollo (Abramovich, 2006).

Para ello se tomó la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (Organización Mundial de la Salud, 2009).

Villalobos, (2012) afirma que la infertilidad es una enfermedad que:

Conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física, mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren. (...) La incidencia de esta enfermedad es de aproximadamente un 10% de las parejas en edad reproductiva, esto equivale a decir aproximadamente 80 millones de mujeres en el mundo.

La salud ha sido por mucho tiempo un concepto sujeto de diversas interpretaciones alrededor del mundo; generalmente se le concibe como la capacidad de no tener enfermedad o dolencia alguna. La Organización Mundial de la Salud ha ido más allá de lo que tradicionalmente se entiende por salud, definiéndola como "el estado completo de bienestar físico y social que tiene una persona".(Organización Mundial de la Salud, 2009).

El tema central de esta investigación está íntimamente relacionado con la salud, y es que acceder a las TRA se hace con el fin de garantizar el derecho a la familia y también para proveer de un bienestar social al que la mujer, el hombre o la pareja tienen derecho; es el caso de la pareja que accede a las TRA para proteger al hijo que está por nacer de alguna enfermedad que se pueda transmitir genéticamente.

El debate de esta investigación parte del hecho de que no todas las parejas tienen acceso a estas técnicas, en razón a que son procedimientos que requieren una alta inversión económica y no existe un consenso general sobre su accesibilidad mediante el Sistema de Salud colombiano. Esta investigación busca establecer si de alguna manera el Estado debe garantizar el acceso a ellas cuando la mujer, el hombre o la pareja tengan alguna afectación en su salud que le impida un bienestar físico y social; infertilidad como enfermedad primaria o secundaria.

Existen diversas técnicas de reproducción asistida, y todas representan una posibilidad de concepción para parejas que se vean imposibilitadas a hacerlo naturalmente. Pero, dado que no hay una regulación específica en la legislación colombiana y debido a los elevados costos del tratamiento, sólo unos pocos tienen la posibilidad de acceder a este

tipo de mecanismos. Aspectos socio económicos son determinantes para el goce efectivo del derecho a la salud colombiana, pues a través del Sistema de Salud de nuestro país no es posible acceder a todo tipo de medicamentos o tratamientos necesarios para la asistencia de las diferentes dolencias que una persona puede llegar a padecer. A partir de este enfoque surgen los siguientes interrogantes: ¿En qué medida se debe involucrar el Estado con esta temática? ¿Hasta qué punto es su obligación ayudar a la pareja que no puede conformar una familia y no cuenta con recursos para un medio alternativo a la reproducción convencional?

Con esta investigación y abordando diferentes aspectos sobre la temática se buscó llegar a conclusiones que resuelvan dichos cuestionamientos y que cumplan uno a uno los objetivos de la investigación. Para cumplir con nuestra finalidad, en un primer capítulo presentamos una conceptualización en torno a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos en yuxtaposición a las técnicas de reproducción asistida (TRA). En el segundo capítulo, se analizó la normativa internacional sobre las TRA y a su vez se estableció su incidencia en el caso colombiano. En un tercer capítulo, se examinó la regulación del Sistema de Salud colombiano, así como sus avances y limitaciones en la jurisprudencia constitucional en materia de infertilidad y TRA; para ello se contó con el apoyo de una ficha de análisis con el fin de establecer la línea jurisprudencial en las sentencias de la Corte Constitucional relativa a la materia. Por último, presentamos unas conclusiones en las que se busca proponer las condiciones necesarias para la protección de los derechos de las personas con infertilidad mediante el acceso a las TRA partiendo de las sub-reglas identificadas en la jurisprudencia del alto Tribunal.

La salud reproductiva es un derecho con poca regulación normativa e insuficiente jurisprudencia como para formar un precedente, asimismo no está considerado como derecho fundamental, tampoco se considera la infertilidad como un riesgo inminente a la salud, lo que dificulta su fácil y ágil protección mediante los mecanismos constitucionales para tal efecto. Por este motivo, se propuso analizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida en Colombia en los casos de infertilidad y la posibilidad de acceder a ellos en las distintas instituciones que ofrecen estos tratamientos, un análisis de la normativa internacional en temas similares que ya han sido regulados, así como su comparación con la normativa nacional.

Igualmente, se examinaron diversos trabajos de investigación con el fin de detallar el estado actual de la discusión que hay sobre las TRA y su accesibilidad mediante Sistemas Nacionales de Salud.

La autora Cárdenas(2013) muestra el estado actual del derecho a la salud y su exigibilidad en Colombia, concluyendo que el derecho a la salud ha sido reconocido por la Corte Constitucional como un derecho autónomo, debido a su estrecha relación con la dignidad humana, pero no absoluto, esto implica que está sujeto a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta para la interpretación de dicha razonabilidad y proporcionalidad en el caso de las personas con infertilidad, lo establecido por el el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) al manifestar que el derecho a la salud comprende el “disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”, lo que le imprime el carácter de derecho progresivo al derecho a la salud.

El trabajo de investigación de McDonald (2004) permite visibilizar la infertilidad como un verdadero problema de salud pública. La autora considera que un aspecto para determinar si la infertilidad debería ser un problema de salud pública es la alta tasa mundial de infertilidad (una de cada diez parejas experimentan dificultades para llegar al embarazo).

La presente investigación desarrollada, buscó determinar la existencia de una obligación estatal de brindar acceso a TRA mediante el Sistema de Salud. Con el fin de cumplir con el objetivo general se realizó un análisis documental de las sentencias y la doctrina aplicable al caso en el ordenamiento jurídico colombiano partiendo de conceptos como la familia, la salud y técnicas de reproducción asistida, entre otras. Para el abordaje de la jurisprudencia, se acudió al método de análisis dinámico de jurisprudencia, para lo cual se siguió la técnica propuesta por Diego López Medina en su libro el Derecho de los Jueces reconstruyendo la línea jurisprudencial del periodo comprendido entre 2000 a 2014.

El trabajo de monografía que se presenta da cuenta de los resultados del análisis documental realizado con el objeto de dar respuesta al problema propuesto. Con el propósito de cumplir los objetivos trazados, diseñamos un plan de trabajo que engloba la respuesta al objetivo general así como el desarrollo de los objetivos específicos en cada capítulo, para concluir con una propuesta para la materialización de los derechos sexuales y reproductivos mediante las TRA, así como su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud; buscando cambiar el paradigma nacional sobre la infertilidad, con un nuevo proyecto de ley que brinde la protección necesaria en este tema.

Capítulo 1

Acercamiento a los Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos: Las TRA en casos de infertilidad.

A través del presente capítulo se busca establecer una relación entre los derechos y principios sexuales y reproductivos, el derecho a la salud entendido en su sentido más amplio y las TRA. En un estudio realizado en Chile sobre los Derechos Humanos y las mujeres, Arango y otros (2013 p. 211) afirman que:

Los derechos reproductivos son derechos humanos que esencialmente se fundamentan en los principios de igualdad, autodeterminación y dignidad humana. Comprenden el derecho de los individuos a decidir de forma libre el número y espaciamiento entre los hijos, así como a tener la información y medios para ejercer esta autonomía.

El derecho a la salud, entendida como la salud materna y reproductiva, en relación con el principio de igualdad implica el derecho a decidir sobre la reproducción sin discriminación, coerción o violencia. Si no es posible asegurar el pleno ejercicio de este derecho no existe materialmente un verdadero bienestar para las personas.

Las revoluciones en búsqueda de la igualdad étnica y de género dieron paso al establecimiento de la igualdad como derecho y principio orientador del constitucionalismo actual al respeto de los derechos de todas las personas. De ahí que actualmente se pueda hablar de un verdadero derecho a la autonomía reproductiva en el entendido que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” (Constitución

Política de Colombia, 1991, art. 42) y “el intervalo entre los nacimientos” (Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, 1979, art. 16, literal e). Esta autonomía reproductiva está íntimamente relacionada con el principio de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que implica la potestad autónoma de cómo manejar su sexualidad. Sin embargo, dicha autonomía reproductiva puede verse limitada por distintos factores, como es el caso de los problemas de fertilidad. Al respecto, vale la pena recordar lo preceptuado por la Corte Constitucional en la sentencia T-309 del año 1997 quien ya desde dicho año reconocía el derecho a la maternidad o paternidad como “la potestad de cada cual para fijar sus opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente” (Sentencia T-309, 1997)

Al tener una persona problemas relacionados con su fertilidad ve limitada su libertad sexual. Dicha limitación radica, para efectos de la presente investigación, en la dificultad de reproducirse en la forma y número que se desee. Es por esto que las TRA se enmarcan en una verdadera garantía para quienes por razones médicas o biológicas ven disminuidas sus libertades sexuales y reproductivas y en esencia su derecho a la igualdad por cuanto no pueden ejercer dichas libertades en la misma forma que lo hacen quienes no tienen algún riesgo o enfermedad en su sistema reproductivo.

Las limitaciones a la autodeterminación sexual han sido vinculadas históricamente a las mujeres quienes han visto restringida su capacidad para decidir sobre su cuerpo y más aún, sobre su reproducción. La carencia de autonomía frente a la ocurrencia de relaciones sexuales y el sometimiento a un sistema patriarcal con la implementación de medidas

como la prohibición del aborto o métodos de planificación reproductiva han limitado esa libertad sexual en la mujer afectando de esta forma el estado de salud mental y social de la mujer. Dichas prácticas con el paso del tiempo han redundado en inconstitucionales aunque en un plano material aún no exista una autodeterminación real de la mujer.

Por otro lado, la dignidad humana, principio que implica el respeto de cada persona por el hecho de pertenecer a la especie humana y poder determinarse como tal en la sociedad; se encuentra ampliamente ligado con la igualdad y la autodeterminación de la persona. La dignidad conlleva necesariamente a que cada individuo pueda tomar sus propias decisiones sin sentirse coaccionado por algún factor externo o determinado por las capacidades que se posean. En el caso de las personas con deficiencias en su fertilidad, al no poder ejercer en un plano de igualdad su derecho a decidir sobre el número de hijos se puede llegar a ver afectada su dignidad.

Con el fin de dar cumplimiento a los principios y derechos anteriormente mencionados, el Estado debe garantizar el acceso a mecanismos que faciliten el ejercicio pleno de los mismos.

“Ello implica el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva sin discriminación e incluye, entre otros, el derecho a la atención obstétrica, el derecho al aborto, el derecho a acceder a la anticoncepción, el derecho a acceder a información sobre salud sexual y reproductiva y el derecho a estar libre de interferencias indebidas en la salud sexual y reproductiva —como son, por ejemplo, la mutilación genital femenina y las esterilizaciones forzadas o sin consentimiento—. La Organización Panamericana de la Salud ha establecido que la

salud reproductiva implica la plena capacidad de reproducirse y la libertad de decidir si, cuándo y cuán a menudo hacerlo. (Arango, y otros, 2013 p. 211)

Esta plena capacidad de reproducirse es precisamente lo que se busca con el acceso a las TRA mediante el Sistema de Salud a cargo del Estado toda vez que es éste quien debe garantizar el ejercicio de los derechos que se tienen en calidad de persona, entre ellos el derecho a la salud, la cual además de hacer referencia a la ausencia de enfermedades, incluye la consecución del bienestar general, garantía ausente si no existe una libertad reproductiva para todas y todos. Vale recordar que si bien se brinda el acceso a dichas técnicas en centros especializados, los procedimientos son extremadamente onerosos lo cual limita el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con dificultades para procrear.

Los Derechos Sexuales y Reproductivos han pasado de ser un concepto meramente ético a una garantía vinculante para el Estado. Esto por cuando los mismos implican además del respeto por la decisión de toda persona de reproducirse, la forma en qué lo hacen y las sanas condiciones que se deben presentar para que se genere un resultado favorable para la persona.

Una de las formas en las que se puede ver limitado el efectivo goce de los Derechos Sexuales y Reproductivos se evidencia cuando la persona tiene problemas relacionados con la fertilidad, y es precisamente en esta circunstancias cuando el Estado debe asumir su papel de garante y brindar el acceso a las TRA como forma de tratar esta enfermedad para así asegurar la efectiva protección de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

Existen también casos en los que más allá de la infertilidad la persona simplemente no puede reproducirse de manera convencional y también requiere del acceso a alguna TRA, situación en la cual, como se tratará en la presente investigación, el Estado igualmente debe garantizar la protección y ejercicio de los derechos de la persona a la libertad y autonomía sexual y reproductiva, derechos relacionados con la maternidad y la paternidad.

1. Evolución de los Derechos Sexuales y Reproductivos

En la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán surge la Proclamación de Teherán, primer precedente de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Dicha declaración establece que los padres tienen derecho a decidir el número de hijos que quieren tener y el intervalo de tiempo entre ellos. (1968)

En Colombia estos derechos empiezan a tener desarrollo normativo desde la Constitución de 1991, con el reconocimiento de ciertas libertades sexuales y reproductivas así como protección al embarazo y a las etapas de la maternidad. Estas libertades se encuentran estrechamente relacionadas con “el derecho al más alto nivel posible de salud” que implica el “bienestar físico, mental y social de la persona”(Conferencia Sanitaria Internacional, 1946), bienestar que obtiene al momento de ejercer libremente su autonomía reproductiva.

El desarrollo del concepto de salud sexual y reproductiva ha sido progresivo, así como las exigencias de las personas frente a la protección de sus garantías fundamentales. Este concepto en la actualidad implica que la persona pueda tener una plena libertad sobre su sexualidad, poder practicarla con la confianza de no estar en algún riesgo médico, ya sea

físico o psicológico y decidir el resultado de esa sexualidad que puede ser la reproducción en sí misma. Los Derechos Sexuales y Reproductivos igualmente han alcanzado el status de Derechos Humanos inherentes a la persona, por cuanto esta tiene la libertad de disponer de su propio cuerpo y en el marco de su dignidad humana. (Defensoría del Pueblo y Profamilia, 2007).

En Colombia, los Derechos Sexuales y Reproductivos han sido entendidos, como lo documenta (Profamilia, s.f.) como:

Aquellos que permiten regular y tener control autónomo y responsable sobre todas las cuestiones relativas a la sexualidad, sin ningún tipo de coacción, violencia, discriminación, enfermedad o dolencia. Para las mujeres los derechos sexuales tienen un especial significado, pues involucran el derecho a ser tratadas como personas integrales y no como seres exclusivamente reproductivos y a ejercer la sexualidad de manera placentera sin que ésta conlleve necesariamente un embarazo.

En este punto es de interés destacar que la presente investigación tiene como fin determinar la existencia de un verdadero derecho al acceso a TRA en condiciones de igualdad y su garantía a través del Sistema de Salud a cargo del Estado, lo que implica materialmente que una persona que ve afectada su salud por la infertilidad tenga las garantías necesarias para hacerlo exigible al Estado.

2. Tipos y Técnicas de Reproducción Asistida

Para dar comienzo al tema de las TRA en Colombia, cabe enunciar brevemente cuáles son las principales técnicas usadas en dicho Estado.

La Inseminación Artificial es la TRA por la cual se logra el embarazo inseminando el óvulo en la mujer con semen ya sea de la pareja o de un donante, esta técnica se usa en casos de infertilidad o afectación de los órganos sexuales de la persona o porque por motivos ajenos a estos no se puede procrear a través de la copulación. Otra técnica utilizada para este fin es la Fecundación in vitro en la que la fecundación del espermatozoide al óvulo se hace por fuera del cuerpo de la mujer y terminando el embarazo de manera convencional en ella, es un procedimiento usado en su mayoría de casos para personas con infertilidad. Por último, la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en el que una mujer se hace inseminar con el fin de llevar a cabo el embarazo y dar el bebé fruto de este a la custodia de otra persona, es una técnica que se usa en casos de infertilidad, por razones estéticas, en familias monoparentales o en parejas del mismo sexo.(Samper, 1990)

Todas estas técnicas tienen un costo bastante alto ya que requieren cuidados y procedimientos preparatorios especiales tanto para hombres y mujeres, cuidados durante la intervención y posteriormente a ella con el fin de no ver afectada la salud de la mujer y del producto. Esto implica que por razones socioeconómicas para un amplio sector de la población sea imposible acceder a dichas técnicas como garantía de sus derechos fundamentales. Frente a esta realidad surge el problema jurídico que se plantea la presente investigación respecto a la existencia de un deber por parte del Estado en el acceso a TRA mediante el Sistema de Salud. Según Samper (1990) el estudio de las TRA y el acceso a

estas se puede dar por diferentes aspectos como el simple hecho de no poder concebir un hijo por otros medios que no sean estas o para hacer más humanizado el hecho de procrear y que con ciertas TRA se haga de la manera más natural posible.

3. Acceso a TRA como garantía del Derecho a la Salud y a la maternidad y paternidad.

Las causas que llevan a una persona a requerir en algún momento de su vida el acceso a una TRA van desde la adquisición de alguna enfermedad que pueda transmitirse al futuro hijo, el peligro para la vida de la mujer gestante o el producto, la intención de reproducción de una pareja del mismo sexo o porque alguno de los integrantes de la pareja tiene algún problema de fertilidad.

En el marco de la presente investigación, y como lo entiende la OMS, la infertilidad es entendida como una enfermedad que afecta la salud física y mental de la persona que la sufre y su pareja. En términos médicos se ha llegado a la conclusión de que una persona sufre de infertilidad al no poder concebir hijos después de tener relaciones sexuales por más de 12 o 24 meses sin protección dependiendo cada caso particular, infertilidad que puede ser causada por otras enfermedades presentes en la mujer o en el hombre o por factores desconocidos (Cook, Dickens, & Fathalla, 2003).

Las TRA se han estatuido como mecanismos facilitadores del pleno goce de los derechos fundamentales de quienes desean tener hijos, ya sea por razones médicas, como es el caso de la infertilidad, o por otros motivos. El acceso a mecanismos alternativos de fecundación como garantía al Derecho a la Salud se ha venido discutiendo desde hace

algún tiempo en la jurisprudencia constitucional colombiana, pues si la salud como derecho fundamental, debe ser accesible para todas las personas por mandato constitucional; cualquier afectación a ésta debería ser tratada por el Estado a través de su Sistema de Salud. Sin embargo, no es claro en el desarrollo normativo y jurisprudencial colombiano sobre la materia qué alcance tiene la obligación del Estado frente al derecho a la salud en el caso de personas con algún tipo de afectación en su sistema reproductivo y si esto implica necesariamente el acceso a TRA.

La garantía de acceder a estas técnicas se ha convertido en la actualidad en una forma de lograr el goce efectivo de derechos relacionados con la salud de una persona, entendida esta como un estado completo de bienestar físico, mental y social. El bienestar físico es entendido como la carencia de enfermedades o padecimientos; en el caso de la maternidad y paternidad, el bienestar que se le da tanto a la mujer gestante como al producto de no sufrir riesgo alguno ya sea durante el parto o durante el embarazo, así como las posibles enfermedades que se puedan transmitir por la mujer o el hombre al hijo. El bienestar mental y el bienestar social están relacionados de cierta forma, ya que el hecho de no poder tener hijos puede en ocasiones afectar al hombre, la mujer o la pareja. En una sociedad donde se ha tenido la idea de que las personas cumplen un ciclo de nacer, reproducirse y morir, el hecho de no poder cumplir con esta tarea puede afectar a quienes así lo desean, vulnerando su bienestar mental al sentirse con menos capacidades frente a quienes si pueden concebir hijos sin técnicas de fertilización lo cual a su vez genera una carga social para la persona.

Por otro lado, la maternidad es un derecho con el que toda mujer cuenta por el sólo hecho de serlo, se puede ser madre desde el momento en que la mujer inicia su desarrollo hormonal y el cuerpo se prepara para concebir un hijo, y aunque en muchas mujeres este proceso no sucede de manera convencional, no implica este hecho la restricción en el ejercicio de su derecho.

El derecho a la maternidad va mucho más allá de la posibilidad de reproducirse. Este implica que dicha reproducción se dé en las circunstancias adecuadas, seguras y necesarias para su cuerpo y su salud.

Si bien los casos en los que el derecho a la paternidad no se puede ejercer de manera eficaz obedece específicamente a enfermedades, como es el caso de la infertilidad y teniendo en cuenta que la gran mayoría de casos de infertilidad de la pareja tienen incidencia en el aparato reproductivo masculino, termina siendo la mujer quien se ve afectada por dicha enfermedad pues históricamente la función reproductiva ha sido una “labor” intrínsecamente relacionada con la mujer. Por esta razón, actualmente las TRA estén siendo más utilizadas por las mujeres.

La pareja generalmente comparte la responsabilidad por la infertilidad, tal como lo demuestra el análisis de los datos recopilados en un estudio multinacional de la OMS. Sin embargo, por razones biológicas y sociales, la carga de la infertilidad no se comparte de manera equitativa. La investigación de las causas de infertilidad es más exhaustiva en la mujer que en el hombre y está asociada con mayores inconvenientes y riesgos. (Cook, Dickens, & Fathalla, 2003 p. 41)

El optar por la maternidad, la paternidad o la conformación de una familia, se debe proteger dentro del marco del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como se ha mencionado. No es legítimo establecer reglas que des estimulen la maternidad o la paternidad, por eso la legislación laboral protege mediante la licencia de maternidad y paternidad espacios para la configuración del vínculo materno y paterno filial, de los hijos recién nacidos y los trabajadores. En el mismo sentido, si una mujer o un hombre no pueden desarrollar la opción de la maternidad o paternidad, esa imposibilidad afectaría directamente el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad(Pabón, 2009).

Es por todo lo anterior que el acceso a TRA mediante el Sistema de Salud en Colombia es indispensable para la protección y el ejercicio de los derechos a la igualdad, dignidad humana, autodeterminación, maternidad y paternidad, derechos sexuales y reproductivos.

Capítulo 2

Derecho Internacional y comparado en materia de TRA.

El presente capítulo busca analizar la normativa internacional sobre las Técnicas de Reproducción Asistida y establecer su aplicabilidad en el caso colombiano, con el objetivo de dar respuesta al problema de investigación sobre la obligación del Estado colombiano de garantizar el acceso a TRA a través del Sistema de Salud, a personas diagnosticadas con problemas de fertilidad.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) se ha realizado un estudio de este tema de acuerdo a distintos derechos, como lo son: el derecho a la salud, derecho a la vida privada y derecho a formar una familia. (Brena, 2011, pág. 30). Al agrupar estos derechos para su interpretación, en el caso de personas diagnosticadas con infertilidad severa, se evidencia una fuerte repercusión en la salud de las personas o la pareja que desea procrear y se enfrentan a la incapacidad de no poder hacerlo. Éste es el caso de Costa Rica, en donde el Estado indicó que la fecundación in vitro no es una cura para la infertilidad, sino que se trata de un complejo recurso técnico que intenta superar esta condición, a través de la fecundación asistida. Así lo determinó la Sala Constitucional de este país, consignando que el Derecho a procrear es un derecho relativo que se deriva del derecho absoluto a la vida; tomando la fecundación in vitro (FIV) como una técnica contradictoria, ya que se toma una vida, aceptándose que es gracias a la pérdida de otras. (Brena, 2011, págs. 30-31).

En lo que respecta a la Organización Mundial de la Salud (OMS) se ha referido a las causas de la infertilidad como distintas causas físicas concretas, que requieren tratamiento médico y ante esta imposibilidad, se producen diversidad de trastornos psicológicos, entre otras afectaciones a la salud.

En efecto, el Protocolo de San Salvador, art. 10 (1988) tomando las directivas de la OMS, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Por consiguiente, el uso de la fecundación asistida para combatir la infertilidad, está ligado con el goce de los beneficios del progreso científico, derecho que ha sido reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), Art. 15 literal b (1976).

De la interpretación de estos derechos, se puede extraer que el Estado de ninguna manera deberá ser una obstáculo para un hombre, una mujer o una pareja que haya decidido tener hijos y estén impedidos para hacerlo. Ya que al interferir, estaría invadiendo la privacidad y en los derechos sexuales y reproductivos de las personas; y dicha acción se convertiría en una flagrante vulneración del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su inciso primero establece: “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”(1969) ; asimismo, el segundo inciso manifiesta: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia y de la correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” (1969). De la misma manera, la Convención en el artículo 11 inciso tercero

dispone “que tal derecho debe ser protegido por la ley” (1969). No se puede hablar de un cumplimiento total de este derecho, si el Estado no garantiza el acceso a TRA, a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

De la misma manera, el ejercicio al derecho a fundar una familia, se ve segmentado cuando éste se deriva del derecho a procrear, la incapacidad de ejercer este derecho causa terribles sufrimientos a los sujetos que lo padecen, quienes se encuentran con un obstáculo mayor al evidenciar que este servicio no está incluido en el POSy su proyecto de vida se ve afectado.

Por esa razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) consideró que el derecho a fundar una familia se encuentra reconocido en el artículo 17(2) de la Convención Americana —“se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia” (1969)—, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16, inciso 1, establece el derecho de los hombres y las mujeres a casarse y fundar una familia (1948), este derecho también se contempla en el artículo 23, inciso segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP). Sin embargo, la CIDH, en concordancia con la Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado anteriormente que el derecho a fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, las limitaciones que por esta vía se introduzcan, no deben restringir la propia esencia del derecho (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2001) (Rees Vs. Reino Unido, 1986)

Respecto a la normativa vigente y aplicable en el Derecho Internacional sobre derechos sexuales y reproductivos y las TRA, se debe realizar una interpretación evolutiva teniendo en cuenta que las TRA son procedimientos relativamente nuevos, que no existían al momento en que los redactores de la Convención elaboraron el contenido de su articulado.

1. Normativa en el Derecho Internacional vinculante para Colombia

Colombia ha firmado y ratificado diferentes tratados de Derechos Humanos. Para la protección de estos Derechos en América cuenta con organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así mismo, por jerarquía normativa y bloque constitucional todos los tratados firmados y ratificados por Colombia entran al ordenamiento jurídico colombiano y desde ese momento se vuelven vinculantes.

De acuerdo a esto, la interpretación sistemática realizada por la Comisión de los artículos 11 y 17 de la Convención Americana (1969) se desglosa que la protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológico, e incorpora la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla. Esta decisión es parte de la esfera más íntima de la vida y corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja. Sin embargo, la Comisión reconoció que tanto el derecho a la vida privada y familiar como el derecho a fundar una familia pueden ser objeto de ciertas limitaciones; por ello, resolvió evaluar, con base en ciertos criterios, si las restricciones en el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos

11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son compatibles con dicho instrumento o si, por el contrario, se trató de limitaciones arbitrarias y por lo tanto violatorias del mismo(Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica , 2012).

Para evaluar el alcance de esas restricciones, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han recurrido al uso de criterios que permitan valorar en un caso concreto la legitimidad de la restricción de un derecho o la interferencia estatal en el ejercicio del mismo. Los criterios que se han aplicado son los de: legalidad, fin legítimo, idoneidad, existencia de alternativas menos restrictivas, y proporcionalidad.

En el ámbito de la protección de los derechos humanos, se analiza de manera sistemática e histórica los derechos sexuales y reproductivos así como el acceso a las TRA, en los sistemas: Sistema Interamericano, Sistema Universal, Sistema Europeo y Sistema Africano.

De acuerdo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Corte Interamericana de Derechos Humanos apuntó lo siguiente:

Los informes del Comité de dicha convención dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación.(Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica , 2012, pág. 70)

Así, en el Sistema Africano de Derechos Humanos, la Corte ha indicado que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), establece en su artículo 14 inciso segundo literal c, que los Estados deben tomar medidas adecuadas para:

Proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto.(Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer, 2003)

En relación a la infertilidad como una causante de la imposibilidad de procrear y fundar una familia, se ha dicho que se trata como una discriminación en relación con la condición de discapacidad.(Brena, 2011, pág. 33)

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 1, que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”(2008). La discapacidad como consecuencia de esta interacción a partir de obstáculos fisiológicos de una persona hasta las barreras existentes en su entorno que impiden su participación plena y efectiva en la

sociedad, sin poder ejercer plenamente sus derechos y libertades. En este caso, la infertilidad.

Así las cosas, teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, (Organización Mundial de la Salud, 2009), la Corte consideró:

Que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad (...) al enfrentar las barreras generadas [por un Estado], debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica , 2012, pág. 93)

2. Pronunciamientos de instancias internacionales

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe precedente respecto a los derechos sexuales y reproductivos con el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica,(2012) en el que tema central es la limitación que pone el Estado para acceder a la Fecundación in Vitro como una de las Técnicas de Reproducción asistida y la opción para que parejas que padecen de infertilidad puedan ejercer el derecho de procrear y fundar una familia, así como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos.

En esta sentencia, único precedente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre derechos sexuales y reproductivos, la Corte hace referencia a las múltiples consecuencias de intervenir y limitar el acceso a técnicas de reproducción asistida, para el caso concreto la FIV:

El Tribunal estableció que dicha injerencia implicaba una severidad en la limitación, por cuanto, en primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observó que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afecta con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica , 2012)

En este fallo, la Corte indicó además que el derecho a la vida privada se relaciona con: la autonomía reproductiva, y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual

involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Es ahí donde se resalta la importancia de incluir las TRA en el POS contemplado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para evitar una discriminación por parte de Estado en relación con la situación económica.

El sistema de salud de un Estado, debe estar directa e inmediatamente ligado con los derechos a la vida privada y a la integridad personal. La no inclusión de una completa protección legal en salud reproductiva, afecta gravemente la autonomía y libertad reproductiva. En el Caso de Artavia Murillo(2012) se indicó respecto a los derechos reproductivos, que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha invocado jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que la protección a la vida privada incluye el respeto tanto a la decisión individual de convertirse en padre o madre, es el caso de *Pretty Vs. The United Kingdom*(2002), así como a la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos, el caso de *Dickinson Vs. The United Kingdom*(2007), y esta elección corresponde a una faceta particularmente importante de la existencia individual y de la identidad de una persona.

De la misma forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la decisión de las parejas, víctimas de esta vulneración de no tener hijos biológicos, pertenece a la esfera más íntima de su vida privada y familiar. Asimismo, la forma cómo se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja, y en consecuencia se encuentra protegida por el artículo 11 de la Convención Americana (1969).

Capítulo 3

La regulación colombiana en materia de infertilidad y TRA.

La intención del presente capítulo es determinar si en Colombia existe un verdadero derecho al acceso a TRA mediante el Sistema de Salud colombiano para personas con infertilidad, su relación con los Derechos Sexuales y Reproductivos y qué subreglas ha diseñado la Corte Constitucional de Colombia con el fin de hacer posible su exigibilidad mediante la acción constitucional de tutela.

En Colombia no existe una cifra clara sobre el porcentaje de la población que presenta infertilidad. Sin embargo, la OMS estima que alrededor de 48.5 millones de parejas en el mundo para 2010 presentaron dicha enfermedad (Mascarenhas, Flaxman, Boerma, Vanderpoel, & Stevens, 2012, p. 8). La infertilidad, como lo expresa el autor Zegers (2012, pág. 235) en su informe pericial en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso.

Debido a que las TRA se enmarcan como una estrategia para mitigar las consecuencias de dicha enfermedad que afecta la salud de los colombianos, se pretende con el presente capítulo mostrar el desarrollo normativo y jurisprudencial en cuanto a

infertilidad y TRA que existe en Colombia en el marco del Derecho a la Salud como derecho fundamental y su estrecha relación con los Derechos Sexuales y Reproductivos, derechos que han sido desarrollados en las decisiones de la Corte Constitucional. Esto, con el fin de demostrar si existe en Colombia la posibilidad de hacer exigible el acceso a TRA para personas con infertilidad por medio de la acción de tutela en los casos en que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no brinda acceso a dichos procedimientos.

1. La infertilidad y TRA en el Sistema de Salud Colombiano.

En Colombia no es posible acceder directamente a algún tratamiento frente a la infertilidad mediante el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Acuerdo N.29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, a pesar de haber incluido servicios de alto costo como el trasplante de médula ósea y de córnea en el POS, excluyó de dicha lista los tratamientos de la infertilidad; más aún, el Ministerio de Salud y de la Protección Social en su Resolución N.5521 de 2013 expresamente exceptuó todo tratamiento para dicho fin, esto implica la imposibilidad de acceder no sólo a TRA de baja y alta complejidad sino a procedimientos básicos como puede llegar a ser una laparoscopia operativa en el caso de la endometriosis; “La endometriosis ocurre cuando las células del revestimiento del útero (matriz) crecen en otras áreas del cuerpo. Esto puede causar dolor, sangrado abundante, sangrado entre periodos y problemas para quedar embarazada (infertilidad)” (MedlinePlus, 2013). Como causa de esta situación, las TRA como parte de un tratamiento para la infertilidad deben ser asumidas económicamente en su totalidad por los usuarios del Sistema Nacional de Salud ante la negativa de las EPS e IPS en brindar acceso a TRA para contrarrestar las consecuencias de una enfermedad que como lo expresa la autora (McDonald, 2004), genera:

Severas consecuencias sociales, económicas y de salud en los habitantes de los países en desarrollo; los efectos físicos, emocionales y psicosociales negativos en la salud pueden no ser fácilmente detectables pero ya se han documentada (...) La infertilidad es una condición individual y social, un individuo con infertilidad sufre de un cuerpo enfermo, una identidad humana sin cumplirse y presenta trastornos en sus relaciones con impacto social, político y económico.

En el Congreso de la República se presentó el Proyecto de ley (2013) el cual busca: El reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, al tiempo que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de tratamiento a través del sistema de salud del Estado colombiano y su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud (POS)”(Congreso de la República de Colombia, 2013).

Durante el trámite de dicho Proyecto de Ley en la Cámara de Representantes, el Ministerio de Salud y Protección Social expresó los lineamientos de la política que sobre infertilidad se está siguiendo en el Gobierno. Estos puntos se pueden resumir en dos: en primer lugar manifiesta que a través del Plan de Beneficios es posible acceder a tecnologías en salud enfocadas a la fase de diagnóstico de la infertilidad; y segundo, “no existe la capacidad para realizar el reconocimiento y pago de forma directa de los costos”(Congreso de la República de Colombia, 2013).

Si bien las realidades macroeconómicas y el impacto fiscal que puede tener el brindar acceso a TRA mediante el Sistema Nacional de Salud son factores que deben tenerse en cuenta en la discusión, es de gran relevancia en ese mismo sentido tener en cuenta el principio de progresividad sobre el Derecho a la Salud contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, principio que ha tenido amplio desarrollo en el Derecho Internacional y en la Corte Constitucional, el cual obliga a los Estados a ampliar progresivamente las prestaciones que en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se hagan necesarias para el mismo.

Sin embargo, debido a que la imposibilidad de acceder a servicios de salud en el plano reproductivo, como sucede en el caso de la infertilidad, puede llegar a considerarse “una restricción para hacer efectivos los derechos a la reproducción humana, la libertad y la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y a la libertad para fundar una familia”(Sentencia T-528, 2014) por un lado; y la creación por vía jurisprudencia de la Corte Constitucional de ciertas subreglas que permiten la inaplicación del Plan Obligatorio de Salud para tener acceso a ciertos servicios excluidos del mismo, por otro; es necesario determinar si mediante la acción de tutela es posible lograr el acceso a tratamientos para la infertilidad y las TRA como garantía para las personas con infertilidad.

Por otro lado, en el transcurso del presente año se sancionó la nueva Ley Estatutaria de la Salud 1751 de 2015. Dicha ley establece la eliminación del Plan Obligatorio de Salud y se establecen seis restricciones taxativas para los recursos públicos destinados a la salud, restricciones que no incluyen los tratamientos para la infertilidad y las TRA, lo cual abriría

una puerta para que las personas con infertilidad puedan acceder sin restricciones más que las de tipo técnico-científico a dichos procedimientos. Sin embargo la aplicación de dicho artículo está condicionada a dos años, término que le da la ley al Ministerio de Salud y Protección Social para la aplicación del artículo 15, por lo que el Plan Obligatorio de Salud y su exclusión de las TRA son aún vigentes y por tal motivo sigue siendo imperativo determinar si es posible hablar de un derecho al acceso a TRA en el marco de la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad.

2. Los Derechos Sexuales y Reproductivos como parte del Derecho a la Salud en la jurisprudencia constitucional colombiana.

Como se ha expresado en capítulos anteriores, no cabe duda hoy en día del carácter fundamental de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Esta posición ha sido reiterada por la Corte Constitucional de Colombia quien expresa que “tanto la Constitución de 1991 como varias normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad reconocieron esta categoría de derechos y les dieron la naturaleza de fundamentales”(Sentencia T-627, 2012). En este desarrollo jurisprudencial de los Derechos Sexuales y Reproductivos se ha llegado a la determinación que básicamente los mismos reconocen y protegen “(i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva”(Sentencia T-627, 2012); de ahí que se resalte su fuerte conexidad con el Derecho a la Salud el cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional como derecho autónomo. Sin embargo, partiendo de lo anteriormente expuesto, es de gran relevancia para esta investigación resaltar que los Derechos citados no sólo guardan una estrecha relación con el Derecho a la Salud sino con otros derechos como los derechos fundamentales a la

vida digna, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la información y a la educación, cómo lo expresa la Corte Constitucional en su sentencia T-627 de 2012.

Por este motivo y siguiendo los análisis hechos por la Corte Constitucional, es posible afirmar que las TRA se enmarcan como una garantía para el ejercicio de los Derechos Sexuales y Reproductivos en conexidad con el derecho a la salud en su faceta de salud sexual y reproductiva para las personas con infertilidad “por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente”(Sentencia T-528, 2014).

Por otro lado, partiendo de la premisa por la cual la Corte Constitucional ha entendido los Derechos Sexuales y Reproductivos como fundamentales en el marco del bloque de constitucionalidad y haciendo uso del control de convencionalidad, es posible afirmar que estos tienen además el carácter de Derechos Humanos por estar fuertemente vinculados con la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

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.(Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica , 2012, pág. 47).

Del mismo modo, específicamente sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, la Corte Interamericana en su sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, resaltó que dentro de esa Salud Sexual y Reproductiva debe considerarse 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.(Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, pág. 12).

De las consideraciones anteriormente expuestas es preciso afirmar que son causa de la actual posición de la Corte Constitucional frente a la cual debe excepcionalmente prestarse la atención en salud sexual y reproductiva mediante tratamientos de fertilidad cuando se advierta menoscabo en los Derechos Fundamentales de las personas, lo que permitiría en un primer momento pensar que es posible acceder a tratamiento para la infertilidad mediante la acción de tutela para personas con infertilidad. Sin embargo, es importante determinar si esta excepción es aplicable específicamente a las TRA.

3. Acceso a TRA a través de la acción de tutela.

Por regla general cualquier tratamiento contra la infertilidad se encuentra excluido de los servicios a los que las personas en Colombia tienen acceso mediante el Sistema Nacional de Salud, esto bajo el entendido que:

El derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. [...]. Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad. (Sentencia T-528, 2014).

Sin embargo, como se ha mencionado, la Corte Constitucional ha construido unas excepciones o subreglas para inaplicar el POS y brindar acceso a servicios que se encuentren excluidos del mismo. Para este propósito se ha decidido construir la línea jurisprudencial sobre el acceso a TRA mediante la acción de tutela y así poder identificar claramente los cambios en la jurisprudencia constitucional sobre la protección de los Derechos Fundamentales de las personas con infertilidad.

En la sentencia fundadora de línea T-1104 de 2000, si bien la Corte Constitucional no hace referencia expresa sobre las TRA, es con esta sentencia mediante la cual abre la discusión sobre la posibilidad de acceder a tratamientos contra la infertilidad. En la *ratio decidendi* de dicha sentencia, la Corte Constitucional reitera su posición para la época en la cual:

(...) El carácter prestacional de los derechos a la seguridad social y a la salud - como regla general -, encuentra dos excepciones que logran erigir a las mencionadas garantías en derechos fundamentales de protección constitucional inmediata, vía la acción de tutela. En efecto, cuando de la salud o la seguridad social de los niños se trata (art. 44 C.P.), la Constitución expresamente eleva tales derechos prestacionales a la categoría de fundamentales. Del mismo modo ocurre cuando de la eficacia de los derechos prestacionales mencionados, depende la protección de los derechos inalienables; es decir, cuando existe una relación de conexidad entre la garantía del derecho prestacional y la eficacia del derecho fundamental.(Sentencia T-1104, 2000).

De ahí que reconozca que mediante la efectividad de derechos prestacionales como la Seguridad Social en ciertos casos puede depender directamente la eficacia del derecho a la vida en condiciones dignas. Sin embargo, asegura la Corte Constitucional que en los casos de infertilidad no se desprende que por la falta de atención en salud a dicha enfermedad se vulnere la eficaz protección al derecho a la vida; por lo cual declara improcedente la acción de tutela en los casos en los que se busca acceder a tratamientos contra la infertilidad.

También es importante resaltar dos posiciones que a través de su jurisprudencia se han mantenido casi inmutables hasta el día de hoy y que para efectos de la presente investigación se hacen relevantes con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado. En primer lugar, la Corte Constitucional advierte que:

Si en gracia de discusión se admitiera que la maternidad es un estado esencial para la realización personal de la mujer, y tuviera el Estado colombiano el deber posible de garantizar el goce del derecho prestacional correspondiente, no tendría que acudir a la atención en salud para hacer efectivo el supuesto deber estatal.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico nacional provee la posibilidad de satisfacción al derecho mencionado mediante la maternidad adoptiva, previo el cumplimiento de los debidos requisitos legales. Esto, en atención a la contundencia del ordenamiento respecto la equiparación de los derechos y deberes inherentes a la relación padre/madre - hijo, sea ésta biológica o adoptiva (Sentencia T-1104, 2000).

Al respecto, es necesario mencionar que si bien para efectos civiles la adopción y las TRA generan los mismos derechos en dicho ámbito, la adopción en sí misma es una medida de protección y restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente, no una garantía para la protección de los derechos reproductivos de los padres adoptantes, como se evidencia en la evolución histórica de dicha institución. *Contrario sensu*, los tratamientos contra la infertilidad y las TRA sí se enmarcan como medidas que buscan hacer efectivos los derechos sexuales y reproductivos, y en general, los derechos fundamentales de los procreadores.

En segundo lugar, la Corte Constitucional asevera que:

El orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación - como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a

la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo (Sentencia T-1104, 2000).

Si bien la clasificación de los derechos en conflicto hecha por la Corte Constitucional obedece al desarrollo histórico que de los mismos se ha hecho en la doctrina; en el estado actual del desarrollo de los Derechos Humanos es impreciso realizar dicha distinción toda vez que una característica común a todos los Derechos Humanos es que estos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Esto conlleva a rechazar cualquier jerarquización que se intente sobre los mismos. Por lo tanto, resolver el conflicto entre Derechos Humanos considerando que uno es de mayor rango que otro implicaría dejar de observar la obligación que tiene el Estado colombiano respecto a la garantía y respeto de los derechos mencionados.

Para el año 2002 la Corte Constitucional emite la primera sentencia de tutela que estudia el acceso a TRA mediante la acción de tutela y que para efectos de la investigación hemos detectado como hito, esta es la sentencia T-946. En dicho pronunciamiento la Corte Constitucional afirma que en el caso de la negación a TRA así como demás tratamientos para la infertilidad no se vulneran derechos fundamentales, para ello reúne los argumentos

que en anteriores sentencias habían fundamentado dicha postura. En palabras del alto Tribunal:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con tratamientos de infertilidad ha sido la de negar que se vulneren derechos fundamentales por el hecho de no someter a una afiliada a un tratamiento de fertilidad por las siguientes causas:

- Por la regulación que se ha hecho de los servicios comprendidos por el POS pues entre ellos no se encuentra el tratamiento para la infertilidad. Esa exclusión no sólo constituye el legítimo desarrollo de una facultad de configuración legal sino que además 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 colombiano.
- Porque si bien el Texto Fundamental dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer ha de ser objeto de la especial asistencia y protección del Estado, ese deber de asistencia y protección opera siempre que la procreación sea posible y sólo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear (Sentencia T-946, 2002).

Sin embargo, la relevancia de la sentencia T-946 de 2002 radica en la creación jurisprudencial de la primera subregla que permitiría a las personas acceder a TRA cuando dichos procedimientos han sido negados. La Corte Constitucional toma una subregla creada en sentencia T-572 del mismo año sobre tratamientos de infertilidad de bajo costo y

la hace aplicable en el caso de TRA específicamente. Esta subregla establece que no es posible suspender la práctica de un tratamiento prescrito por un médico una vez este ha iniciado.

Si bien durante 5 años la Corte Constitucional mantuvo su postura frente a la casi imposible viabilidad de la acción de tutela para hacer exigible la práctica de una TRA mediante el Sistema de Salud, la sentencia 752 de 2007 representa un avance, aunque no directamente relacionado con las TRA, para el acceso a tratamientos contra la infertilidad. Al respecto, el alto Tribunal estableció que cuando la infertilidad es causa de otras enfermedades, mediante la acción de tutela es posible proteger el derecho a acceder a los procedimientos o tratamientos necesarios que ataquen directamente dichas enfermedades y se logre recuperar la capacidad reproductiva. Sin embargo, es necesario mencionar que como aporte a la discusión sobre el acceso a TRA a través de la acción de tutela, la Corte Constitucional afirma que:

De conformidad con los tratados de derechos humanos adoptados en el marco interamericano, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos prestacionales son de desarrollo progresivo, razón por la cual su prestación efectiva se difiere a la existencia de recursos(Sentencia T-512, 2003).

Esta afirmación es contraria al desarrollo de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales que desde el año 1990 se ha venido realizando en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de hacer seguimiento al cumplimiento del tratado citado por la Corte Constitucional para fundamentar jurídicamente su posición, difiere de la posición generalizada de algunos Estados quienes afirman que estos derechos sólo se hacen exigibles una vez el Estado alcance el nivel de desarrollo necesario para dicho fin. Para dicho Comité, los tratados sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales obligan a los Estados a generar de la manera más celera la efectividad de dichos derechos. A 15 años de haberse iniciado la discusión sobre el acceso a TRA en el Sistema de Salud colombiano, si bien el principio de progresividad ha sido referenciado por la Corte Constitucional para fundamentar sus sentencias, no se evidencia de qué manera el Estado colombiano ha avanzado en la consecución y efectividad del derecho a acceder a TRA mediante el Sistema de Salud.

Las subreglas mencionadas vienen a ser complementadas por la Corte Constitucional en su sentencia T-226 de 2009 en donde establece que además de las anteriores excepciones, es posible conceder el amparo “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)”(Sentencia T-229, 2009). Esta subregla si bien no permite acceder directamente a TRA, es un avance en la jurisprudencia colombiana por cuanto protege el derecho al diagnóstico, lo cual permitiría de manera temprana detectar cuando procede o no la práctica de una TRA. En la sentencia T-313 de 2010, la Corte Constitucional matiza las subreglas con un elemento socioeconómico importante, Para el alto Tribunal, el juez al momento de tomar su decisión de amparo frente a la existencia de una

de las excepciones establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional “debe tener en cuenta si el solicitante es una persona de bajos recursos o se encuentra en un grupo de especial protección”(Sentencia T-313, 2010) toda vez que estas circunstancias aumentarían el nivel de protección que debe tener el Estado para con estas personas.

Por último, la sentencia 528 de 2014 si bien no introduce subregla alguna sobre el acceso a TRA en el Sistema de Salud colombiano abre la puerta sobre la discusión de un verdadero derecho al acceso a TRA. Aunque la Corte Constitucional mantiene su posición sobre la libertad de configuración del legislador frente a las prestaciones del Sistema de Salud, reconoce que la infertilidad puede generar una vulneración a la salud mental de las personas que desean y ven su proyecto de vida en la reproducción y que dicha vulneración puede incluso llegar a afectar la vida digna de la personas, esto por cuanto la Corte reconoce que la salud como es entendida actualmente no es simplemente “la falta de afectaciones físicas si no como un bienestar físico, social y mental”(Sentencia T-528, 2014). Es por este motivo que el alto Tribunal exhorta “al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas”(Sentencia T-528, 2014).

De la línea jurisprudencial expuesta se puede concluir que actualmente en Colombia no existe una protección clara a la salud de las personas con infertilidad pues las excepciones a las limitaciones del POS se reducen a tres circunstancias que pocas veces se presentan, la falta de garantías jurídicas para las personas con infertilidad ha generado una ausencia por parte del Estado en el control y tratamiento de dicha enfermedad puesto que la ausencia de diagnósticos tempranos sobre la infertilidad ha generado que las personas tengan que recurrir a las TRA. Si existiese una política pública concreta sobre la infertilidad, lo cual implicaría su reconocimiento como enfermedad y los tratamientos tempranos de la misma, llevaría a que en la gran mayoría de los casos las TRA no se estatuyeran como el procedimiento necesario para afrontar la infertilidad. Sin embargo, en el estado actual de las cosas, la Corte Constitucional ha dejado de observar que gracias a la ausencia del Estado en el tratamiento de la infertilidad, especialmente en la población socioeconómicamente más vulnerable, las TRA constituyen la garantía más clara para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con infertilidad, así como su derecho a la salud.

Conclusiones

1. Avance constitucional del Derecho a la Salud

Desde el momento en que las personas empezaron a buscar hacer exigibles los mínimos necesarios para mantener su calidad de vida, comenzaron a surgir en diversas partes del mundo cartas y declaraciones que buscaban garantizar estas condiciones. En esta búsqueda y en un punto en que la humanidad requería una especial protección por los entes estatales, surgieron un grupo de derechos que se conocerían como Derechos del Hombre y el Ciudadano o Derechos Fundamentales, sin los cuales una persona no podría tener una vida digna y en las mejores condiciones posibles.

Los países con el paso del tiempo fueron acogiendo como suyos y dándole especial protección en sus regulaciones internas a este grupo de derechos fundamentales, y en Colombia, con la carta de 1991 no sólo se regularon con mayor claridad estos derechos sino que también se les dio especial protección a ellos mediante mecanismos que obligaran su cumplimiento como lo es la acción de tutela.

La vida, aspecto primordial de cada persona, debe ser protegida por el Estado como uno de sus principales objetivos, y es esta la razón por la cual la jurisprudencia colombiana, se resalta, permitió que en razón a la conexidad con este derecho se tutelaran otros que en un comienzo no se establecieron como derechos fundamentales o de primera generación.

La salud es uno de los principales derechos que se relacionan con la vida, el cual ha sido sometido a un amplio debate no solo por los legisladores o estudiosos del Derecho sino también por todos los ciudadanos que durante los años han requerido que este derecho se pueda tutelar de manera independiente o en relación con afectaciones que tal vez no pongan en riesgo inminente la vida pero que sí necesitan tratamientos que deben ser asumidos por el Estado a través de su sistema de salud, para el presente caso tratamientos médicos ante problemas de fertilidad.

Una problemática recurrente respecto a este derecho es que las personas se han visto afectadas porque los procedimientos médicos que necesitan realizar no se les prestan de manera adecuada, ya sea porque no se hace en el tiempo correcto o en las condiciones necesarias atendiendo a las necesidades de cada individuo, y al tener un medio de control que en su momento llegó a ser tan efectivo como la tutela, se inició con la solución a esta problemática, obligando a el sistema de salud del Estado a garantizar la salud en aspectos que no se relacionara con la vida directamente.

Fue así como en el año 2008 mediante la sentencia T 760 se unificó esta petición y el estudio del tema frente a la posibilidad de acceder a temas de salud como medicamentos, tratamientos y otros, mediante la acción de tutela.

En esta sentencia básicamente lo que se decide es estipular en qué ocasiones es procedente instaurar una acción de tutela frente al derecho a la salud, las obligaciones que frente a este derecho tienen las IPS y las EPS, y lo más importante es la calidad que se le da a este, pues se concluye que para el ordenamiento colombiano la salud es un derecho

fundamental que tiene toda persona, el cual debe tener prioridad y ser respetado y garantizado por las empresas prestadoras de salud y el Estado. (Sentencia T 760, 2008)

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

Es por lo anterior que se empieza a dejar de lado esta idea de derechos de primera generación que se tenía desde hace unos años, para entender todos los derechos constitucionales como propios de cada ciudadano y bajo la necesidad de respetarlos en las mismas condiciones.

Para la presente investigación se realizó una línea jurisprudencial de sentencias relacionadas con el tema de TRA en Colombia, donde se estudió el acceso que se tiene hasta el momento a estas y los mecanismos que existen para garantizarlo. Esta línea comienza con el Derecho a la Salud hasta terminar en las TRA, las cuales están

completamente relacionadas con este derecho pues es precisamente una afección en la salud lo que impide que una persona pueda concebir hijos sin la ayuda de un mecanismo alterno de fertilización.

En el estudio jurisprudencial realizado, la Corte Constitucional en repetidas ocasiones menciona que el acceso a las TRA se limita en este país por diversas condiciones, entre ellas que los derechos a la maternidad o paternidad y a conformar una familia, vinculados con la salud entendida en su sentido amplio y a los derechos sexuales y reproductivos, no son derechos de primera generación, por lo cual el Estado no puede darles prevalencia ante los que sí se consideran según la Corte como de primer orden. Esto se basa, en muchas ocasiones, en el aspecto económico, ya que al ser Colombia un país con una cantidad limitada de recursos, se debe hacer un estudio y darle prioridad a los derechos que en algún momento se llegaron a considerar como más importantes.

Pero, si la Corte en su momento reconoció el derecho a la salud como fundamental y abrió la posibilidad de acceder a este mediante tutela aceptando el deber que tiene el Estado de garantizarlo, la contradicción surge cuando se niega el acceso a las TRA mediante el Sistema de Salud colombiano como forma de contrarrestar problemas de salud reproductiva que pueda tener una persona los cuales le impidan procrear sin la ayuda de otros tipos de fertilización.

La protección a estas técnicas se puede ejercer actualmente mediante tres subreglas dadas por la Corte Constitucional de Colombia, reiteradas en la línea jurisprudencial correspondiente al tema.

(...)esta corporación ha considerado que es procedente la tutela para asuntos atinentes a fertilidad, solo en tres casos puntualmente indicados: (a) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique tal proceder; (b) cuando se requiere la práctica de exámenes, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; (c) cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que sí ponga en riesgo reales derechos fundamentales de la paciente, como la vida, la integridad y la salud.(Sentencia T 009, 2014)

Por lo anterior, si bien el acceso a las TRA se ha permitido en casos concretos, según nuestro criterio este acceso sigue siendo muy limitado, ya que las personas cuyos casos no se adecuen a estas subreglas que estableció la Corte, no podrán acceder a la TRA y su derecho a la salud seguirá siendo vulnerado.

El derecho a la salud hace mucho tiempo dejó de verse como un derecho de segunda categoría, entonces si las TRA son un medio para solucionar problemas de salud que tenga determinada persona porque padezca algún tipo de problema de fertilidad que le impida procrear o se afecte su sistema reproductivo, estas deberían incluirse en el POS, sin dejar de tener en cuenta que para su acceso debe constar una opinión médica que garantice la necesidad del tratamiento.

Otro aspecto por el cual el acceso a estas técnicas debería ser más amplio, es el económico, pero no para el presupuesto del país, sino para quienes necesitan los tratamientos, pues al ser procedimientos de tan alto costo acceder a ellos se dificulta para muchas personas, impidiendo así el cumplimiento de su derecho a la salud y otros conexos a este. Entonces, si los derechos fundamentales deben ser garantizados por el Estado en cualquiera que sea la forma en la que las personas los puedan necesitar, no debería limitarse el cumplimiento de esto porque el presupuesto no sea suficiente, se debe buscar la forma de que se pueda acceder más fácilmente a las TRA sin afectar el cumplimiento de otros derechos o que por el contrario, que el acceso a otros tratamientos no limite el acceso a las TRA.

Los derechos sexuales y reproductivos por lo tanto deben tener una especial protección por parte del Estado, y con la presente investigación se hace notar la estrecha relación que estos tienen con el derecho a la salud, al cual debe tener acceso toda persona por ser un aspecto fundamental para una vida digna, siendo este último uno de los pilares del Estado colombiano.

Es un amplio conjunto de derechos el que guía esta investigación, derechos que al estar ligados demuestran que la salud y la dignidad de una persona no se pueden ver como derechos individuales sino que están ligados con muchos otros que los complementan, en el presente caso derechos sexuales y reproductivos y derecho a la maternidad y paternidad, a los que toda persona debería acceder libremente y de la mejor forma posible.

Contemplando todo lo anteriormente mencionado, lo que se busca con el estudio de la problemática frente al acceso de las TRA es demostrar que si bien existen formas de obtenerlas mediante tutela ante el sistema de salud colombiano, estas son muy limitadas, lo cual no garantiza completamente los derechos como la salud, reproducción, maternidad o paternidad y derechos sexuales y reproductivos de los ciudadanos y que por lo tanto este es un tema sobre el cual se debería debatir legal y jurisprudencialmente con el fin de ampliar su aplicación.

Es importante también agregar que si bien el principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales permite a los Estados disponer sólo hasta el máximo de sus recursos para la protección de dichos derechos, este igualmente exige que la protección de los mismos sea progresivamente incrementada; cuestionamos, por ende, la posición del Estado colombiano quien a más de 15 años de haberse iniciado la discusión sobre la protección del derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las personas con infertilidad siga teniendo los mismos argumentos de carácter financiero y presupuestal para impedir el acceso a dichas personas a las TRA. Por esta razón, apoyamos el exhorto hecho por la Corte Constitucional al Gobierno colombiano para que se inicie una discusión nacional sobre la inclusión de las TRA en los servicios de salud a los cuales tienen acceso las y los colombianos mediante el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2. Propuesta proyecto de Ley Infertilidad

Existió en Colombia un proyecto de ley sobre la infertilidad,(Proyecto de ley 109, 2013), el cual buscaba reconocer la infertilidad como enfermedad y brindar acceso medico asistencial a esta por medio del Sistema de Salud colombiano. Desafortunadamente, el proyecto mencionado se encuentra ya archivado, en razón al gran impacto fiscal que esto le acarrearía al Estado.

El Estado no puede valerse del costo económico para no velar ni proteger en debida forma los derechos humanos de las personas, como en este caso, se busca la protección del derecho a la salud, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la familia y derecho a la maternidad. Tampoco existe ninguna diferencia entre los derechos humanos constitucionales e internacionalmente reconocidos como se ha querido mostrar en la línea jurisprudencial que hemos reseñado en esta investigación.

En Colombia, la Carta Política ha sido el sistema normativo creador de derechos fundamentales, en un principio existía una clasificación histórica que les daba un orden de prevalencia y protección frente a los demás derechos, sin embargo estos derechos fundamentales o principales a toda persona han ido evolucionando proponiendo derechos derivados de éstos, que se pueden obtener deductivamente a partir de los derechos fundamentales, como lo es el derecho a la Salud, por tanto, este derecho era tratado como derecho fundamental pero sólo en conexidad con la vida, es decir únicamente se le daba este trato preferencial cuando existiere una situación que exponga la vida y la ponga en un riesgo evidente.

Ahora bien, esta distinción se hace aún más evidente cuando la protección de estos derechos implica un gasto económico. A pesar de que todos los derechos humanos son inalienables, de ahí se deduce que no se podrán sustraer ni arrebatar estos derechos a ninguna persona, bajo ningún motivo o circunstancia, tampoco se podrá tomar como excusa el impacto fiscal para no garantizar los derechos.

El proyecto de ley (Proyecto de ley 109, 2013), que se encuentra archivado y sólo llegó a segundo debate, proponía salvaguardar los derechos fundamentales de varias mujeres a la salud sexual y reproductiva, a la maternidad, a la vida privada y familiar, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, sólo y únicamente de era necesario realizar un estudio fiscal previo, para incluir estos tratamientos en el POS. Al respecto, la Corte Constitucional se ha manifestado con lo siguiente,

El mencionado artículo debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las leyes que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del Ministro de Hacienda. Y en ese proceso de racionalidad legislativa la carga principal reposa en el Ministerio de Hacienda, que es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. No obstante, la carga de demostrar y convencer a los congresistas acerca de la incompatibilidad de cierto proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo recae sobre el Ministro de Hacienda. (...) es preciso reiterar que

si el Ministerio de Hacienda no participa en el curso del proyecto durante su formación en el Congreso de la República, mal puede ello significar que el proceso legislativo se encuentra viciado por no haber tenido en cuenta las condiciones establecidas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003. Puesto que la carga principal en la presentación de las consecuencias fiscales de los proyectos reside en el Ministerio de Hacienda, la omisión del Ministerio en informar a los congresistas acerca de los problemas que presenta el proyecto no afecta la validez del proceso legislativo ni vicia la ley correspondiente. (Sentencia C 502, 2007)

Existe un amplio debate sobre si debería permitirse este tipo de tratamientos de fertilidad, de costos tan elevados y con una probabilidad de éxito incierta, al reconocer a la infertilidad como una enfermedad; lo que se busca es una completa protección y garantía por parte del Estado en temas de salud, como lo es la salud sexual y reproductiva.

Teniendo en cuenta que el proyecto de Ley “Sara” (Proyecto de ley 109, 2013) que buscaba incluir los tratamientos de fertilidad dentro del Sistema de Salud Colombiano fue rechazado y archivado después del segundo debate en Cámara; buscamos que se garantice los derechos sexuales y reproductivos, a la igualdad, maternidad y derecho a conformar una familia, mediante la formulación de otro proyecto de ley, que reúna todos los requisitos legales para su aprobación y que además cuente con un requisitos para su acceso, pero que estos tratamientos de fertilidad estén dentro del Sistema de Salud del Estado y que sean viable acceder a ellos, a través del POS, sin mediar tutela, ni procesos judiciales extensos que dilaten la prestación adecuada del servicio.

Anexos

Ficha de análisis jurisprudencial.



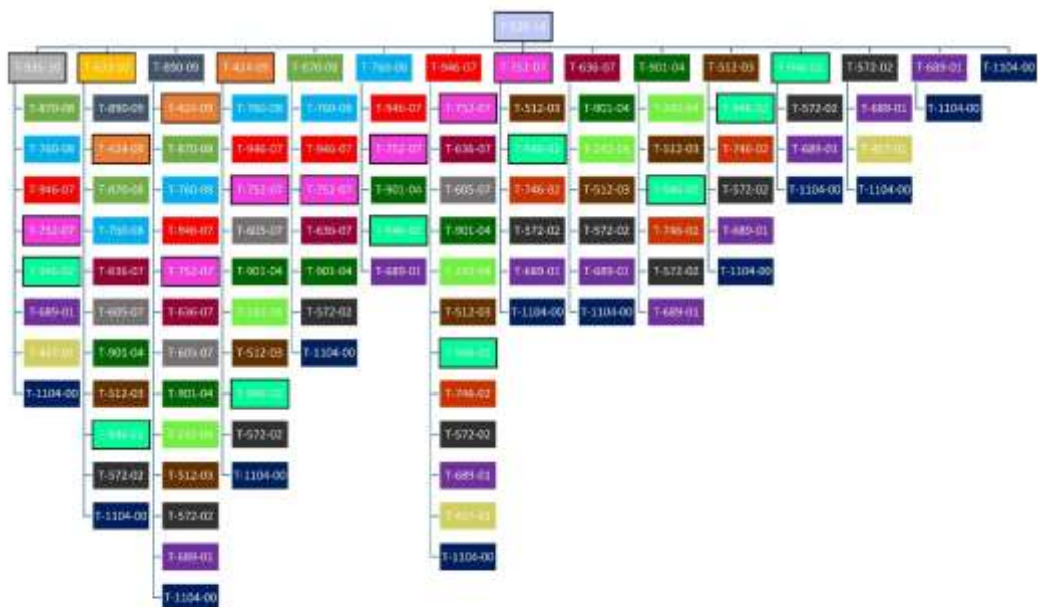
PROYECTO DE GRADO
 "ACCESO A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
 MEDIANTE EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO"

UNAB

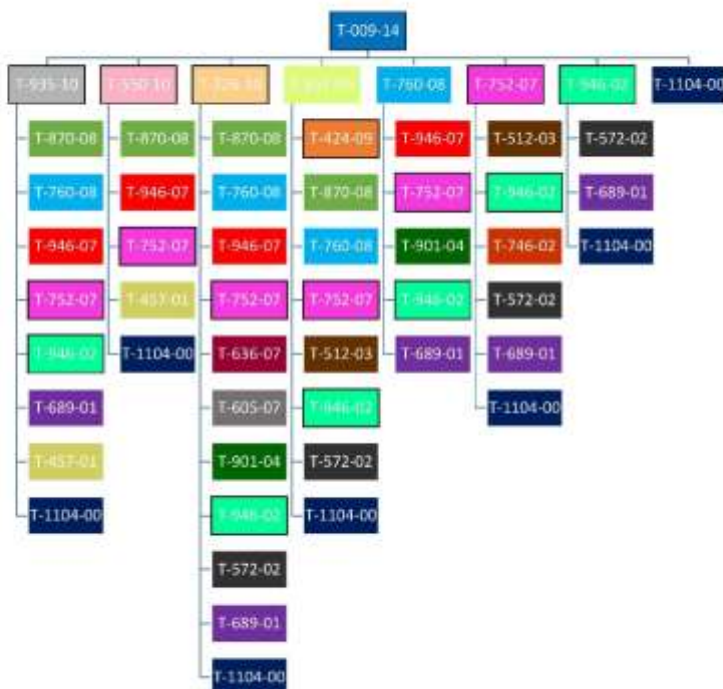
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

IDENTIFICACIÓN
Fecha: 31 de octubre de 2002
Corporación:
Magistrado Ponente:
Aspectos jurídicos considerados:
HECHOS
Síntesis de los hechos relevantes:
Problema jurídico:
Tesis:
Fundamento de la Corte:
Decisión:
Fuentes:

Línea Jurisprudencial.



LOS CUADROS CON BORDES NEGROS SON LAS SENTENCIAS QUE HABLAN ESPECÍFICAMENTE DE TRA



LOS CUADROS CON BORDES NEGROS SON LAS SENTENCIAS QUE HABLAN ESPECÍFICAMENTE DE TRA



Balance Jurisprudencial.

BALANCE JURISPRUDENCIAL

Problema Jurídico: ¿Es posible acceder a TRA mediante la tutela?

SENTENCIA	SI	NO
T-1104-00		<p>X</p> <p>el carácter prestacional de los derechos a la seguridad social y a la salud encuentra dos excepciones que logran erigir a las mencionadas garantías en derechos fundamentales de protección constitucional inmediata, vía la acción de tutela:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando de la salud o la seguridad social de los niños se trata, la Constitución expresamente eleva tales derechos prestacionales a la categoría de fundamentales. 2. Cuando de la eficacia de los derechos prestacionales mencionados, depende la protección de los derechos inalienables; es decir, cuando existe una relación de conexidad entre la garantía del derecho prestacional y la eficacia del derecho fundamental.
T-946-02		<p>X</p> <p>Sin embargo, no se puede suspender un tratamiento médico si los especialistas así lo prescriben.</p>
T-752-02		<p>X</p> <p>Sin embargo, en el evento en que, a pesar de encontrarse los tratamientos contra la infertilidad excluidos del P.O.S., éstos se hubieren iniciado, la</p>

		<p>Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la continuidad del servicio, razón por la cual resulta prohibido a las E.P.S. suspender la atención, alegando la expresa exclusión de tales tratamientos del P.O.S.</p> <p>Además, en los casos en los cuales la infertilidad es producto de otros males o enfermedades, la Corte ha protegido el derecho a acceder a los tratamientos médicos que los enfrenten y, así mismo, permitan la recuperación de las funciones reproductoras.</p>
T-426-09		X
T-226-09		<p>X</p> <p>No obstante lo anterior, 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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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). 3. 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.

T-644-10	<p style="text-align: center;">X</p> <p>La Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela y, de paso, ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad por cuanto no es obligación del Estado garantizar la procreación biológica a las parejas colombianas (T-760 de 2008 numeral 3.5.2).</p> <p>No obstante, la Corte Constitucional ha establecido excepcionalmente ciertos casos en los cuales procede la acción de tutela para conceder tratamientos de fertilidad por existir riesgo en la salud, integridad o vida de la paciente. Dichos casos fueron resumidos por la otrora Sala Tercera de Revisión, en la sentencia T-890 de 2009, así: "(i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS -o IPS- sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y, (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (infertilidad secundaria)".</p> <p>Manteniendo el criterio constitucional, en la actualidad la Sala estima que la suspensión abrupta de un tratamiento iniciado por disposición médica, aceptado y autorizado por el prestador del servicio, y que busca combatir la infertilidad que padece una persona, compromete el derecho fundamental a la salud y</p>	
----------	---	--

	<p>desquebraja los principios de integralidad y de continuidad que ilumina la prestación de los servicios médico-asistenciales en nuestro país, bien sea en los regímenes especiales o en el general de seguridad social en salud.</p> <p>La atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de infertilidad los cuales, si bien se encuentran excluidos de los planes de salud, deben excepcionalmente prestarse cuando se comprometen derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud o cuando el tratamiento ya ha sido iniciado a la paciente por prescripción médica aceptada por el prestador del servicio.</p>	
T-633-10		<p>X</p> <p>Es pertinente reiterar la regla jurisprudencial según la cual no procede el amparo de tutela para solicitar un tratamiento excluido del POS cuando el mismo no es necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal del solicitante; en el caso concreto, la Sala no encuentra vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia, deberá aplicar la regla general expuesta y negar la protección de los derechos constitucionales invocados.</p> <p>Una entidad encargada de prestar un servicio de salud no está obligada a autorizar un tratamiento excluido del POS, pues más allá de la prestación de los servicios autorizados por la legislación vigente para conocer y tratar los problemas asociados a la infertilidad, garantizar la concepción no es una obligación que pueda reclamarse a través del Sistema de Seguridad Social en Salud.</p>
T-550-10		X

		<p>El tratamiento de fertilización in Vitro es un procedimiento que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud , según dispone el numeral c) del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, en este orden de ideas, no se puede extender al Estado la obligación de suministrarlo, ya que existen razones tanto normativas como desarrolladas por la jurisprudencia que justifican tal negativa, las cuales son:</p> <p>La Corte ha indicado que la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida.</p> <p>La exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa, 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>
T-313-2010	<p style="text-align: center;">X</p> <p>Esta protección se encuentra limitada a ciertas condiciones, dado que se trata de un procedimiento extremadamente oneroso, no se puede obligar al Estado su cumplimiento. Entre los casos en que procede la tutela para los tratamientos de infertilidad se encuentran:</p>	

	<p>Cuando se interrumpe la continuidad de la prestación Infertilidad secundaria Derecho al diagnóstico y cuando no exista certeza sobre la enfermedad. De igual forma se debe tener en cuenta si el solicitante es una persona de bajos recursos o se encuentra en un grupo de especial protección.</p> <p>Los precedentes constitucionales han determinado que, por regla general, la tutela no resulta procedente en materia de tratamientos de fertilidad por encontrarse estos fuera del POS, debido al alto costo de este tipo de tratamientos, cuya realización comporta además el menoscabo en el cubrimiento de otras prestaciones de carácter prioritario. La exclusión de los tratamientos para la esterilidad, que por su propia naturaleza son muy onerosos para ser asumidos por el Sistema, se estableció como una de las limitaciones que garantiza el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, buscando el efectivo cumplimiento de los principios de universalidad, eficiencia y equidad que lo rige.</p> <p>En tal sentido, es claro que por regla general la acción de tutela es improcedente para extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud al suministro de tratamientos para la esterilidad, además porque el derecho a la reproducción no incluye la obligación del Estado de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado, lo cual se predica de la llamada infertilidad originaria.</p>	
--	---	--

T-935-10		<p style="text-align: center;">X</p> <p>Para el Estado colombiano la maternidad asistida no es un procedimiento obligatorio por lo tanto no está incluido en el POS. Esto se sustenta en la línea jurisprudencial sobre el tema en concreto la cual ha negado el procedimiento en todas las ocasiones, en base a la facultad de configuración legal que tiene el legislador ante la necesidad de administrar equitativamente los recursos del Estado.</p>
T-009-14		<p style="text-align: center;">X</p> <p>No se puede ordenar y obligar al Estado ni a las entidades promotoras de salud a prestar un procedimiento como es la fertilización in Vitro por cuanto autorizar el mismo supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y del ejercicio de la libertad de configuración normativa. Se debe garantizar la universalidad en cuanto al acceso a la salud y por esto el Estado no está obligado a realizar procedimientos especiales con el fin de garantizar la procreación.</p>
T-528-14		<p style="text-align: center;">X</p> <p>Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. [...]. Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad. Se permite el acceso a tratamientos no POS sólo en circunstancias especiales como lo es la continuidad en la</p>

		<p>prestación de un servicio que se está brindando y se suspende sin una razón médica válida, o cuando el tratamiento se realiza con el fin de proteger derechos como la vida, la salud o la integridad personal.</p> <p>Se concluye que aunque en Colombia exista una limitante con respecto a la inclusión de los tratamientos de fertilidad en el POS, no se puede cerrar esto a negar una discusión sobre el tema puesto que es claro que el hecho de no poder acceder a algún tratamiento de reproducción puede llegar a afectar aspectos en la salud mental de la persona, siendo la salud un derecho fundamental en Colombia que ya no solo se ve como la falta de afectaciones físicas si no como un bienestar físico, social y mental.</p>
--	--	---

Referencias

- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL* 88 , 35-50.
- Brena, I. (2011). La Fecundación Asistida ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* , 25-45.
- Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2012).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2001). *Informe núm. 4/01, Caso 11,625*. Guatemala.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (11 de Agosto de 2000). Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Conferencia Sanitaria Internacional. (1946). *Constitucion de la Organización Mundial de la Salud*. Nueva York.
- Congreso de la República de Colombia. (2013). *Carta de Comentarios Del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto 109 De 2013*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2013). *Informe de Ponencia, Segundo Debate Proyecto de Ley 109 De 2013*. Bogotá.
- Cook, R., Dickens, B., & Fathalla, M. (2003). *Salud reproductiva y Derechos Humanos: Integración de la medicina la ética y el derecho*.
- Defensoría del Pueblo y Profamilia. (2007). *Módulo de la A a la Z en derechos sexuales y reproductivos para funcionarios y funcionarias con énfasis en violencia intrafamiliar y violencia sexual*. Torreblanca Agencia Gráfica.
- Mascarenhas , M. N., Flaxman, S. R., Boerma, T., Vanderpoel, S., & Stevens, G. A. (2012). *National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys*. Berna: Nicola Low, University of Bern, Switzerland.
- McDonald, E. (2004). *A global perspective on infertility: An under recognized public health issue*. Chapel Hill, North Carolina, Estados Unidos: University Center for International Studies, The University of North Carolina.
- MedlinePlus. (8 de Mayo de 2013). *Biblioteca Nacional de Medicina de E.E.U.U.* Obtenido de MedlinePlus Información de Salud para usted: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000915.htm>
- Organización Mundial de la Salud. (2009). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la*

Organización Mundial de la Salud (OMS). Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.

Pabón, A. (2009). La Protección Jurisprudencial de la Maternidad en Colombia. *Diálogos de saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales.*

Profamilia. (s.f.). *Profamilia.* Obtenido de Programa de Atención Integral a la Violencia Sexual: www.profamilia.org.co/avise/derechos2.php

Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer. (11 de Julio de 2003). *2º Sesión Ordinaria.*

Proyecto de ley 109, 109 (Congreso de la República de Colombia 26 de Septiembre de 2013).

Rees Vs. Reino Unido, Serie A número 106 (Corte Europea de Derechos Humanos 17 de Octubre de 1986).

Samper, P. (1990). La fecundación asistida en Colombia: Realidad y norma. *Revista Universidad de los Andes*, 99- 139.

Sentencia C-502 (Corte Constitucional 4 de Julio de 2007).

Sentencia T-309 (Corte Constitucional 6 de mayo de 1997).

Sentencia T-1104 (Corte Constitucional 23 de Agosto de 2000).

Sentencia T-946 (Corte Constitucional 31 de Octubre de 2002).

Sentencia T-512 (Corte Constitucional 19 de Junio de 2003).

Sentencia T 760 (Corte Constitucional 31 de Julio de 2008).

Sentencia T-229 (Corte Constitucional 31 de Marzo de 2009).

Sentencia T-313 (Corte Constitucional 3 de Mayo de 2010).

Sentencia T-627 (Corte Constituciona 10 de Agosto de 2012).

Sentencia T 009 (Corte Constitucional 17 de Enero de 2014).

Sentencia T-528 (Corte Constitucional 18 de Julio de 2014).