



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES QUE
DEBE GARANTIZAR EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO**

MÓNICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Maestría Derecho Constitucional
Bogotá, Colombia
2016**

**LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES QUE
DEBE GARANTIZAR EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO**

**THE SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS OF WOMEN WHICH MUST
GUARANTEE THE COLOMBIAN HEALTH SYSTEM**

MÓNICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA

Trabajo final de investigación presentado como requisito para optar al título de:
Maestría en Derecho Constitucional

Directora del Trabajo Final de Maestría
Profesora **DIANA MARCELA HINCAPIÉ CETINA**

Co-director
Profesor **ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA**

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Maestría Derecho Constitucional
Bogotá, Colombia
2016

Dedicatoria

*A mi esposo y a mi hijo, por el infinito amor,
apoyo y sacrificio con que acompañaron esta investigación.*

Palabras claves: Derechos sexuales y reproductivos, infertilidad, feminismo igualitario, patriarcado, autodeterminación reproductiva, salud sexual y salud reproductiva, y perspectiva género sensitiva.

Keywords: Sexual and reproductive rights, infertility, egalitarian feminism, patriarchy, reproductive self-determination, sexual health and reproductive health, and sensitive gender perspective.

RESUMEN

Esta investigación se enfoca en determinar si el Estado colombiano debía garantizar por medio del sistema general de salud y a través de una política pública integral, al acceso real y efectivo a los derechos reproductivos a efectos de disminuir el número de casos de infertilidad en Colombia y de satisfacer el derecho a la autodeterminación reproductiva mediante la procreación humana asistida de hijos con claro lazo filial. Para tal fin, examine las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, respecto a reconocer y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de los hombres como verdaderos derechos humanos. En tal sentido, centra su atención en los derechos reproductivos, con miras a señalar que su núcleo esencial se encuentra integrado por el *acceso a los servicios de salud reproductiva y el ejercicio de la autodeterminación reproductiva*, lo cual permite que los individuos y parejas decidan libremente si escogen procrear o no, el número de hijos, sus intervalos y con quién los tendrán, y acceder a la información, a la educación y *a los medios de reproducción que le permitan ejercer ese derecho*. De allí que el Estado colombiano deba garantizar los derechos reproductivos de aquellas personas que padecen problemas de infertilidad y que desean satisfacer la procreación acudiendo a las técnicas de reproducción humana asistida, cuando la reproducción biológica no sea posible.

Adicionalmente, se logra identificar varias de las barreras que impiden el reconocimiento y garantía de la salud reproductiva y la reproducción asistida en Colombia, siendo las más relevantes aquellas propias del campo legislativo, gubernamental, religioso y social. También se considera la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana sobre los derechos reproductivos y los tratamientos tendientes a superar la infertilidad, la cual ha sido determinada por la OMS como una enfermedad crónica que, incluso la CorteIDH ha estimado que produce una condición de discapacidad y, por ello, todas las personas pueden acceder a los beneficios científicos y tecnológicos para lograr la procreación asistida.

Pues bien, establecido lo anterior, se analizó la exclusión histórica que los derechos sexuales y reproductivos han tenido en el marco de la sociedad patriarcal y en el Derecho masculinizado donde se invisibilizan los quereres y las necesidades femeninas. Puntualmente frente a los derechos reproductivos se concluyó que como la concepción y el embarazo se gestan en los cuerpos de las mujeres, al patriarcado le interesa continuar con la dominación manteniendo el control sobre la reproducción. A partir de ello se evidenció que el patriarcado además de tener una visión androcéntrica de la salud, no le interesa en lo más mínimo permitir la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistidas con cargo al sistema de salud

colombiano por dos razones. La primera, porque parten de la base que en nada los beneficia ya que la infertilidad es un problema exclusivo de las mujeres, y la segunda, porque habilitar tal cobertura empodera a las féminas otorgándoles plena libertad y autonomía de reproducción.

Eso permitió ubicar el debate desde la crítica feminista a la construcción del Derecho aplicando los pilares básicos del feminismo igualitario, para desde ahí plantear la necesidad de revisar la distribución de los recursos para la seguridad social en salud con miras a proteger las diferencias biológicas y de padecimientos médicos que existen entre hombres y mujeres, habida cuenta que se deben otorgar garantías de cobertura en salud especiales a las mujeres que no pueden cumplir biológicamente la reproducción que anhelan. Se trata entonces de visibilizar esa necesidad y brindar soluciones adecuadas que exalten la autonomía reproductiva sin sujeción a la voluntad patriarcal.

Con base en ello, se adujo que no cabe duda que las ideas del feminismo igualitario ayudan a construir un sistema normativo y a diseñar e implementar una política pública integral a partir de visibilizar las necesidades de reproducción femeninas y masculinas en plano de igualdad (*perspectiva género sensitiva*), pero teniendo claras las diferencias biológicas y los perfiles de enfermedades que aquejan a ambos sexos. Solo de esa forma se dijo que es posible generar cubrimientos en salud eficaces desde la perspectiva de género que desarrollen y ayuden al ejercicio de la autonomía reproductiva, pero sobre todo que empoderen a las mujeres en su proyecto de vida libres de las influencias patriarcales.

ABSTRACT

This research focuses on determining if the Colombian State should guarantee through the general health system and through a comprehensive public policy, real and effective access to reproductive rights in order to reduce the number of cases of infertility in Colombia and To satisfy the right to reproductive self-determination through the assisted human procreation of children with clear filial bond. To this end, examine the international obligations acquired by Colombia, which are part of the constitutionality block, with respect to recognizing and guaranteeing the sexual and reproductive rights of women and men as true human rights. In this regard, it focuses on reproductive rights, with a view to indicating that its essential core is composed of access to reproductive health services and the exercise of reproductive self-determination, which allows individuals and couples to decide freely If they choose to procreate or not, the number of children, their intervals and with whom they will have access to the information, education and means of reproduction that allow them to exercise that right. Hence, the Colombian State must guarantee the reproductive rights of those who suffer from infertility problems and who wish to satisfy procreation by using assisted human reproduction techniques when biological reproduction is not possible.

Additionally, it is possible to identify several of the barriers that prevent the recognition and guarantee of reproductive health and assisted reproduction in Colombia, being the most relevant those of the legislative, governmental, religious and social field. Also considered is the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court on reproductive rights and

treatments aimed at overcoming infertility, which has been determined by WHO as a chronic disease that even the Court has estimated to produce a condition of disability and, Therefore, all people can access the scientific and technological benefits to achieve assisted procreation.

Well, established the above, we analyzed the historical exclusion that sexual and reproductive rights have had in the framework of patriarchal society and in masculine law where women's wants and needs are invisible. Punctually in the face of reproductive rights, it was concluded that as conception and pregnancy are born in the bodies of women, patriarchy is interested in continuing domination by maintaining control over reproduction. From this it was evidenced that patriarchy, besides having an androcentric vision of health, is not interested in the least to allow coverage of human reproduction techniques assisted by the Colombian health system for two reasons. The first, because they start from the base that benefits them nothing since infertility is a problem exclusive to women, and the second, because enabling such coverage empowers women by granting them full freedom and autonomy of reproduction.

This allowed us to place the debate from the feminist critique to the construction of the law applying the basic pillars of feminism egalitarian, from there to raise the need to review the distribution of resources for social security in health with a view to protect biological differences and Medical conditions that exist between men and women, given that special health coverage guarantees must be granted to women who can not biologically fulfill the reproduction they crave. It is then a matter of making this need visible and providing appropriate solutions that exalt reproductive autonomy without subjection to the patriarchal will.

Based on this, it was argued that there is no doubt that the ideas of egalitarian feminism help to build a normative system and to design and implement an integral public policy based on the visibility of the feminine and masculine reproductive needs on the level of equality (sensitive gender perspective), But making clear the biological differences and disease profiles that afflict both sexes. Only in this way it was said that it is possible to generate effective health coverage from the gender perspective that develop and help the exercise of reproductive autonomy, but above all that empower women in their project of life free of patriarchal influences.

CONTENIDO

Introducción

I. Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos y las barreras que dificultan su satisfacción. Especial enfoque en los derechos reproductivos.

1. Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derechos humanos que debe garantizar el Estado colombiano.

- 1.1. Los derechos sexuales y reproductivos desde el derecho internacional de los derechos humanos. Definición y contenido.
- 1.2. Inclusión en el ordenamiento interno de los derechos sexuales y reproductivos mediante el denominado bloque de constitucionalidad.
- 1.3. Aceptación jurisprudencial y doctrinal de los derechos sexuales y reproductivos como verdaderos derechos humanos en Colombia. Hacia el planteamiento de su contenido esencial en materia reproductiva: salud y autodeterminación reproductiva.

2. Barreras que impiden reconocer y garantizar la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva asistida en Colombia. Una mirada hacia la política pública y la sociedad.

- 2.1. Identificando las barreras legislativas: la ausencia de leyes que regulen las técnicas de reproducción humana asistida y la construcción masculinizada del Derecho.
- 2.2. Identificando las barreras gubernamentales: el deficiente desarrollo de una política pública integral en materia de derechos reproductivos y las exclusiones de las técnicas de reproducción humana asistida de los planes de salud.
- 2.3. Identificando barreras invisibles impuestas por la religión y la sociedad: la reproducción biológica como única forma permitida de concebir un hijo y la infertilidad como un problema exclusivo de las mujeres desde la concepción patriarcal.

3. La búsqueda de la superación de la infertilidad acudiendo a la acción de tutela. El activismo judicial de la Corte Constitucional, entre avances y retrocesos.

- 3.1. Primer momento: Improcedencia de la acción de tutela para reclamar la cobertura de técnicas de reproducción asistida.
- 3.2. Segundo momento: Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la cobertura de técnicas de reproducción asistida con miras a superar la infertilidad.

- 3.3. Tercer momento: La acción de tutela frente a la infertilidad masculina y las órdenes estructurales para lograr la inclusión de las técnicas de reproducción humana asistida en el actual Plan de Beneficios en Salud.
- 3.4. Cuarto momento: Un retroceso inaceptable en la jurisprudencia constitucional.

II. La infertilidad como un problema de salud pública y la búsqueda de su superación desde el feminismo igualitario.

1. La infertilidad como una discapacidad física que debe ser atendida por el sistema de salud colombiano.

- 1.1. La infertilidad como una enfermedad catalogada por la Organización Mundial de la Salud.
- 1.2. La infertilidad entendida como una discapacidad según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- 1.3. La infertilidad como una discapacidad causada por una enfermedad del aparato reproductor que merece ser atendida por el sistema de salud colombiano.

2. La construcción del Derecho y de una política pública integral a partir de las ideas del feminismo igualitario.

- 2.1. Breve historia de los feminismos y su actual clasificación: diferencias y similitudes entre las teorías igualitarias, radicales y culturales.
- 2.2. La crítica feminista a la construcción del Derecho. Especial enfoque en las ideas del feminismo igualitario y su aplicación en clave de la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva.
- 2.3. Construcción del Derecho y de una política pública integral a partir de visibilizar las necesidades reproductivas femeninas y masculinas en plano de igualdad.

III. La autodeterminación reproductiva un paso más allá. Ideas sobre la procreación humana asistida como libertad fundamental en Colombia.

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano se encuentra obligado por diferentes instrumentos internacionales entre los que se destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto de San José, a reconocer el derecho de las mujeres a disfrutar de una salud reproductiva del más alto nivel y calidad, lo cual incluye el acceso real a las tecnologías propias y los avances científicos para gozar del derecho a la reproducción asistida cuando se encuentran imposibilitadas físicamente para lograr la procreación biológica. Justamente ese derecho es el que consideramos que debe ser garantizado por el Estado colombiano generando las coberturas necesarias a través del sistema de salud, por cuanto se relaciona con el proyecto de vida individual, de pareja o de construcción de familias diversas, que permite desarrollar y decidir con quién, cuándo y cómo tiene, o no, hijos y relaciones sexuales.

Ese acceso real solo se logra quebrantando las barreras que dificultan que las personas puedan acudir a las técnicas, avances y desarrollos biotecnológicos que ofrece la ciencia, en procura de propiciar los embarazos para la regulación de la fecundidad y la autodeterminación reproductiva.

Tres de esas barreras identificables en nuestro país como deficiencias para el logro del ejercicio real de los derechos reproductivos a la procreación asistida son, en primer lugar, la ausencia de legislación sobre las técnicas de reproducción humana asistida y el empoderamiento de la mujer a través de la autodeterminación reproductiva como guía de su proyecto de vida; en segundo lugar, los límites de cobertura que brinda el sistema general de seguridad social en salud toda vez que no incluye el acceso a los tratamientos de infertilidad o de esterilidad por el elevado costo económico que representan, y la ausencia de una política pública integral que garantice la salud reproductiva y la autodeterminación en el mismo campo. Y en tercer lugar, existen unas barreras que aunque no tan notorias como las anteriores, se constituyen en hilos invisibles a título de prejuicios que ha establecido la sociedad moral, religiosa y patriarcal. Esta investigación pretende identificar desde el estado del arte tales barreras y plantear desde lo teórico una solución haciendo visibles las necesidades de las mujeres, pero a la vez privilegiando las ideas del feminismo igualitario en procura de superar la visión androcéntrica de la salud, ya que la infertilidad como enfermedad también afecta a los hombres.

En Colombia, en los últimos 10 años ha crecido exponencialmente el número de mujeres que presentan dificultades al momento de concebir biológicamente un hijo, por lo cual los problemas de infertilidad vienen repercutiendo en el sistema familiar y en el disfrute pleno de los derechos reproductivos de las mujeres. Basta con analizar las estadísticas que reportan entidades como el Ministerio de Protección Social, Profamilia y el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad, de las cuales nos ocuparemos en el cuerpo de esta investigación, respecto al decrecimiento en la fecundidad de la mujer colombiana, lijada a serios problemas

de salud pública y al acceso de tratamientos que mitiguen las enfermedades del sistema reproductivo femenino. Precisamente, en búsqueda de soluciones a los problemas de reproducción, las mujeres asumen como comportamiento el acudir al médico para que les ordene tratamientos asistidos que les faciliten la concepción y les permita disfrutar del traer un hijo al mundo y con ello ejercer la autonomía reproductiva. No obstante, encuentran barreras como las económicas y sociales que les impide cumplir su anhelo de maternidad asistida.

Dado ese sistemático comportamiento, así como el aumento en el índice de infertilidad y el crecimiento en el número de acciones de tutela en las cuales se solicitan autorizar técnicas de reproducción humana asistida, la Corte Constitucional ha regulado algunas excepciones en las cuales es procedente que el sistema de salud autorice la prestación de los tratamientos de esterilidad a las mujeres. A pesar del leve avance jurisprudencial en cobertura, ello no soluciona el problema central de creciente infertilidad y de límites en el derecho de autodeterminación reproductiva, pues es deber del Estado apoyar a sus nacionales en el goce efectivo de los derechos reproductivos mediante el acceso al sistema de salud, máxime cuando uno de los componentes de tales derechos es la salud reproductiva y la garantía de acceso sin barreras como protección a la autonomía reproductiva.

Justamente, la infertilidad ha sido reconocida como una enfermedad que apareja una condición de discapacidad ante la imposibilidad de generar una concepción biológica, sumado a que se traduce en una discriminación indirecta que perjudica a las mujeres como colectivo, incurriéndose en *ginopías* que impiden ver lo femenino y sus necesidades, y manejar patrones de igualdad con lo masculino sobre todo en el tema de autodeterminación reproductiva.

Esta investigación pretende analizar y responder, por medio de propuestas de argumentación jurídica, si al estar considerados los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, hacen parte del bloque de constitucionalidad al punto de surgir el deber internacional del Estado colombiano de suministrar cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida a través del sistema de salud, en procuras de garantizar la maternidad asistida a las mujeres y la paternidad asistida a los hombres que sufren de infertilidad. Así, este trabajo busca ser un aliciente para aquellas personas o parejas que padecen problemas para concebir biológicamente y tener un avance progresista en el replanteamiento de los derechos reproductivos con miras a privilegian el derecho a concebir un hijo de forma asistida.

Bajo la anterior óptica investigativa, hemos centrado el *problema de investigación* en el siguiente interrogante concreto: ¿Debe garantiza el Estado, por medio del sistema general de salud y a través de una política pública integral, el acceso real y efectivo a los derechos reproductivos, a efecto de disminuir el número de casos de infertilidad en Colombia y de satisfacer el derecho a la autodeterminación reproductiva mediante la procreación asistida de hijos con un claro lazo filial?

Para efectos del desarrollo del problema de investigación, es relevante aclarar dos puntos: (i) la procreación humana asistida es el conjunto de técnicas científicas a través de las cuales se

aproximan los óvulos femeninos a los esperamos masculinos, con el fin de generar la fecundación con ayudas tecnológicas bien sea dentro y fuera del vientre de la mujer; la primera posibilidad se denomina *inseminación artificial* en la cual solo se direccionan los espermatozoides hacía el óvulo maduro utilizando técnicas asistidas, y la segunda posibilidad es conocida como *fertilización in vitro o transferencia de gametos* en la cual el proceso de fecundación se surte en ambiente exterior, esto es en un laboratorio, y después el embrión resultante se implanta en el útero de la mujer. Y, (ii) en los planteamientos iniciales de la investigación el enfoque se centró en la creciente infertilidad femenina y la necesidad de tratamientos asistidos para lograr la cura, pero en el desarrollo de la misma la perspectiva inclusiva advirtiendo las necesidades también masculinas con miras a superar la infertilidad, hicieron variar el discurso a un lenguaje universal predicando los derechos reproductivos para las mujeres y los hombres. En ello influyeron las ideas del feminismo igualitario y el análisis del tema desde una perspectiva género sensitiva donde se advierten las necesidades de ambos sexos sin anular o privilegiar las unas sobre la otras, pues lo que se busca en últimas es permitir que la autonomía como expresión de la libertad quebrante las barreras impuestas por el patriarcado sobre el dominio de los cuerpos femeninos a través del control de la fecundidad.

Ahora bien, la *hipótesis de investigación* se encuentra dividida en dos. En primer lugar, a pesar de no existir mucha claridad sobre la vinculatoriedad, se estima que el Estado colombiano está obligado por convenciones internacionales que se vinculan al ordenamiento interno mediante el bloque de constitucionalidad, a garantizar a través del sistema de salud la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida para las personas o parejas que sufren problemas de infertilidad, ya que de esta forma se desarrolla la autodeterminación reproductiva y satisface la salud reproductiva como componentes esenciales de la definición actual de los derechos reproductivos. Además, se advierte que existen varias barreras legislativas, administrativas, sociales y morales que son identificables y que merecen ser superadas variando la construcción patriarcal del Derecho y la visión androcéntrica de la salud.

En segundo lugar, se considera que la creciente infertilidad individual y de pareja debe ser tratada como una enfermedad que genera una discapacidad física y como tal debe ser cubierta por el sistema de salud colombiano a través de las técnicas de reproducción humana asistida para garantizar la autodeterminación reproductiva. No obstante, se considera que dicha autodeterminación al ser una libertad no debe estar limitada solo a los casos de infertilidad, sino que debe tener un contenido más amplio donde la construcción del Derecho y de la política pública integral partan de la base del feminismo igualitario.

Esa hipótesis se desarrolla desde un *objetivo general de investigación* que, partiendo de una investigación exploratoria y descriptiva, analizará cómo surge y se concreta el deber internacional del Estado colombiano de garantizar el acceso a los servicios de salud reproductiva cuando se encuentra disminuida la fertilidad individual o de pareja, para lo cual debe generar coberturas inclusivas de técnicas de reproducción humana asistida protegiendo el derecho a la autodeterminación reproductiva como una libertad del cual son titulares todas las personas.

Para lograr lo anterior, nuestros *objetivos específicos* se circunscriben a los siguientes: (i) determinar si los derechos sexuales y reproductivos son verdaderos derechos humanos de las mujeres, extensibles a los hombres, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, definiendo el núcleo esencial de éstos últimos que impone una protección estatal; (ii) identificar las barreras que impiden reconocer y garantizar la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva asistida en Colombia, enfocando la mirada a la política pública, a la sociedad y a los lineamientos jurisprudenciales adoptados por la Corte Constitucional; (iii) establecer si la infertilidad puede ser considerada como un problema de salud pública que genera una discapacidad y, en caso positivo, cómo se puede abordar su superación partiendo de las ideas del feminismo igualitario en la construcción del Derecho y la política pública en salud; y, (iv) plantear las ideas principales sobre la procreación humana asistida como libertad fundamental en Colombia con miras a desarrollar la autodeterminación reproductiva más allá de la infertilidad.

Para efectos de ilustrar la hipótesis se seguirá el siguiente *itinerario de investigación*. Primero se referirá a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derechos humanos que debe garantizar el Estado colombiano, para lo cual se analizará su contenido en el plano internacional también predicable frente a los hombres, la inclusión en el ordenamiento interno a través del bloque de constitucionalidad y la aceptación actual con miras a plantear el núcleo básico de los derechos reproductivos. Más adelante, la atención se concentrará en determinar cuáles son las barreras que impiden reconocer y garantizar la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva asistida en Colombia, para lo cual se dará una mirada hacia la actividad legislativa, la política pública y la sociedad. Posteriormente el camino se guiará analizando los avances y retrocesos que ha tenido el activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana en cuanto a la búsqueda de la superación de la infertilidad, para después plantear que la infertilidad es una discapacidad física y que el acudir a la procreación humana asistida es una solución que responde a la libertad en materia de autodeterminación reproductiva. Finalmente se plantearán las ideas del feminismo igualitario para construir una política pública integral en la cual la procreación humana asistida como derecho reproductivo sea garantizada por el sistema de salud colombiano.

Evacuado el anterior itinerario, plantaremos unas *conclusiones* en torno a la procreación humana asistida como un derecho reproductivo que tienen en criterios de igualdad las mujeres y los hombres que padecen infertilidad, y la obligación internacional que adquirió el Estado colombiano de garantizar su acceso a través del sistema de salud colombiano, carga que en la actualidad está limitando y, por ende, incumpliendo. Así mismo, se dejaron planteadas las bases para repensar la autodeterminación reproductiva no desde el concepto de la salud, sino desde la libertad que tienen las personas de optar por la reproducción biológica o la asistida como decisiones autónomas que inciden en los proyectos de vida.

I. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS HUMANOS Y LAS BARRERAS QUE DIFICULTAN SU SATISFACCIÓN. ESPECIAL ENFOQUE EN LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

1. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES COMO DERECHOS HUMANOS QUE DEBE GARANTIZAR EL ESTADO COLOMBIANO

1.1. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: DEFINICIÓN Y CONTENIDO.

A lo largo de la historia la mujer ha desarrollado un papel importante en la defensa de sus derechos y ha buscado que se le reconozca una igualdad en los diferentes planos de la sociedad. Y es que, el tema de discriminación contra la mujer no resulta ser un tema nuevo, ya que constantemente ha luchado por hacer visibles sus problemas y necesidades para que las diferentes formas de gobierno los tengan en cuenta dentro del marco de sus políticas y decisiones.

Después de la segunda guerra mundial acontecida entre 1939 y 1945, en el contexto de las Naciones Unidas, si bien se puso de presente la preocupación por lograr la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la Declaración Universal de Derechos Humanos proferida en 1948¹, fue necesario que transcurrieran varias décadas antes de que las iniciativas propuestas se convirtieran en verdaderos instrumentos vinculantes para los Estados, sobre todo en materia de definición y contenido de los derechos sexuales y reproductivos. Dentro de esas iniciativas se encuentran la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, redactada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y emitida por la Asamblea General en 1967, y la primera Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Teherán en 1968, en las cuales se reconoció que los padres tiene el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de hijos y los intervalos de los nacimientos, disposición similar que se encuentra en los documentos finales de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo realizada en Budapest en 1974 y en la Primera Conferencia Mundial de la Mujer llevada a cabo en México en 1975.

A pesar de esos avances, gracias a la lucha de los movimientos sociales de mujeres, el feminismo desarrollado durante las décadas de 1970 y 1980, y las iniciativas políticas de las

¹ La Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales y en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, consagrando en su artículo 1° que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en su artículo 2° el principio de no discriminación, según el cual, toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna, entre ellas, sin distinción de sexo.

mujeres por la equidad de género (Serrano, Pinilla, Martínez & Ruiz, 2010, p. 22), el verdadero primer paso que se dio sobre la materia, considerado desde nuestra óptica el más importante, fue la adopción y aprobación de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por su sigla en inglés CEDAW), por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en reunión celebrada el 18 de diciembre de 1979 y plasmada en la resolución 34/180. Este documento, que corresponde al **Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos**, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y hasta el mes de noviembre de 2016 ha sido ratificado por 187 países, entre ellos Colombia que firmó la Convención el 17 de julio de 1980 y la ratificó el 19 de enero de 1982 (ONU, 2016. *State of Convention...*) luego de surtirse los trámites internos a través de la Ley 051 de 1981.

En esa Convención se estableció la obligación de los Estados Partes de garantizar a hombre y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera, las cuales pueden ser protegidas jurídicamente por conducto de los tribunales nacionales competentes. Concretamente, dicha Convención impuso como deber de los Estados Partes, tomar las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos, en especial, el atinente a la protección de la maternidad². Así mismo, instituyó la maternidad como una *función social* que deben garantizar los Estados Partes³ y el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción (Anicama Campos, 2003). Además, en sus artículos 12 y 16 estableció expresamente que los Estados deben adoptar las medidas conducentes para garantizar el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos a hombres y mujeres, así como también los medios necesarios para acceder a su efectivo ejercicio.

Ahora bien, el artículo 17 de la CEDAW creó un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual tiene como funciones principales vigilar la aplicación de la Convención por los Estados Partes mediante los informes periódicos que éstos rinden, informar anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las actividades que cumpla⁴ y hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el

² El artículo 4.2 de la Convención indica: “*La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria*”.

³ El literal b) del artículo 5 de la Convención, establece que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para: “*b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*”.

⁴ ACNUDH (2012). El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al referirse al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, señala que el Comité “*funciona como un sistema de vigilancia con el fin de examinar la aplicación de la Convención por los Estados que la hubieren ratificado o se hubieren adherido a ella. Esto se hace principalmente mediante el examen de los informes presentados por los Estados Partes. El Comité estudia esos informes y formula propuestas y recomendaciones sobre la base de su estudio. También puede invitar a organismos especializados de las Naciones Unidas a que*

examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes⁵. Precisamente, con base en algunos de los informes de avance que dicho Comité ha elaborado, se han podido detectar los siguientes temas que abarca la Convención y que son neurálgicos en cuanto a su cumplimiento y realización en nuestro país: (i) del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social en las condiciones de trabajo, ítem que incluye la salvaguardia de la función de reproducción⁶; (ii) de las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia⁷; (iii) del acceso a la información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia; y, (iv) del derecho de la mujer a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos⁸, y a tener acceso a la información, la educación y los medios de reproducción que le permita ejercer ese derecho.

Por ejemplo, en el punto 23 de las Observaciones Finales para Colombia que hizo el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su periodo de sesiones del año 2007, se hizo especial referencia a derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Allí se indicó que el Comité alentaba al país a “*proseguir sus esfuerzos para aumentar el acceso de la mujer a los servicios médicos, en particular los de atención de la salud sexual y reproductiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención y la recomendación general 24 del Comité sobre la mujer y la salud*” (Naciones Unidas, Comité CEDAW (2007). Observaciones finales...). En el mismo sentido insistió el Comité en el periodo de sesiones de octubre de 2013.

Los informes en mención constituyen un antecedente serio y una investigación real sobre la problemática que enmarca la garantía de los derechos sexuales y reproductivos para las mujeres, toda vez que han identificado una coerción en lo referente a la fecundidad y las técnicas de reproducción asistida. Esencialmente, en la Recomendación General No. 19, el Comité determinó que la violencia contra la mujer ejercida en forma de coerción en lo referente a la fecundidad y a la reproducción, pone en riesgo su salud y su vida.

envíen informes para su estudio y puede recibir información de organizaciones no gubernamentales. El Comité informa todos los años sobre sus actividades a la Asamblea General a través del Consejo Económico y Social, el cual transmite estos informes a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información. El Comité se reúne durante dos semanas todos los años. Es la reunión más breve de todos los comités creados en virtud de un tratado de derechos humanos”, y luego agrega que la actividad de esta Comité no ha sido tanto la de interpretar el articulado de la CEDAW, sino de vigilar el cumplimiento de la misma y de elaborar informes de seguimiento para las Naciones Unidas. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cedaw/index.htm> (agosto 2016).

⁵ Al respecto, se puede consultar el artículo 21.1.

⁶ Artículo 11, numeral 1, literal f) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

⁷ Artículo 12.1 *ibídem*.

⁸ Artículo 16, numeral 1, literal e) *ejúsdem*. En Colombia este es un derecho de raigambre constitucional, toda vez que está reconocido en el inciso 9º del artículo 42, bajo el siguiente texto: “*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos*”.

Específicamente explica que *“la esterilización o el aborto cuando son obligatorios afectan adversamente la salud física y mental de la mujer e infringen los derechos de la mujer a elegir el número y el espaciamiento de sus hijos”* Por ello, recomendó lo siguiente: *“Los Estados deben procurar que se apliquen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, para asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de natalidad”* (ONU Women (s.f.). Recomendaciones Generales...)

Entonces, es a partir de la CEDAW que los encargados de fijar políticas, los gobiernos y proveedores de servicios, tienen que garantizar una regulación de la fecundidad y servicios de salud reproductiva que tiendan al *“empoderamiento de la mujer”* y no sólo como medios para limitar el crecimiento de la población, conservar el medio ambiente y acelerar el desarrollo económico (Plata M.I, 1999).

En este punto, es pertinente señalar que la CEDAW cuenta con un Protocolo Facultativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, y ratificado por Colombia mediante la Ley 984 de 2005, a través del cual los Estados Partes reconocen la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de tales Estados y que aleguen ser víctimas de una violación *“grave y sistemática”* por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW. Quiere ello decir que los Estados Partes aceptan la competencia de este Comité como órgano de supervisión y seguimiento de los derechos humanos de las mujeres, y tienen el deber de acoger las observaciones finales que hagan en respuesta a las reclamaciones que formulen las personas del Estado Parte (González Martínez, A., 2004).

A pesar de la consistencia del anterior argumento, se debe precisar que en el Gobierno del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez se expidió el Decreto 4685 de 2007, *“por medio del cual se promulga el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999)”*, en el que se indica expresamente que Colombia al momento de depositar el instrumento de ratificación declaró no reconocer la competencia del Comité CEDAW, al igual que señaló que lo previsto en el Protocolo Facultativo y en las resoluciones que emita dicho Comité no obligan al estado colombiano. Pues bien, al respecto cabe señalar que si bien los Estados tienen la posibilidad de efectuar reservas a los instrumentos internacionales, lo cierto es que no resulta claro que Colombia haya desconocido la competencia de dicho Comité y menos que las resoluciones el órgano encargado de interpretar y monitorear la Convención CEDAW no sean vinculantes. De hecho, aplicando el principio de *pacta sunt servanda* que rige el derecho de los tratados, el Estado colombiano se encuentra obligado a cumplir cabalmente con las obligaciones impuestas en la Convención CEDAW, frente a lo cual no debe existir ninguna duda.

Seguidamente, entre las fuentes de desarrollo del tema desde el derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra la Declaración de Viena de 1993, adoptada en el marco de la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En ella se declaró que los derechos sexuales de la mujer son derechos humanos así: *“los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”* (Sección I, apartado 18) y se reconocieron sobre la base de la igualdad *“el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación en todos los niveles”* (Sección II, apartado 41).

Más adelante, los hitos en este tema tuvieron su esplendor en 1994 y 1995 en el marco de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo y en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. Concretamente, la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, incluyó dentro de la plataforma de acción aprobada, estrategias para proteger los derechos reproductivos de las mujeres. En ésta, particularmente, se definió la salud reproductiva como *“un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”* (ONU, 1994. Programa de Acción de la Conferencia...).

Esa definición trae implícito el derecho de la mujer a tener acceso a los métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicos asequibles en materia de planificación familiar, así como a otros métodos que voluntariamente escoja para la regulación de su fecundidad y el acceso a los servicios de salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos.

El documento de resumen de la Declaración de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, indica que *“la atención en salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales”*.

Frente a los derechos reproductivos, la Conferencia señaló que *“esos 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 momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”*.

Adicionalmente, en el Plan de Acción de esa Conferencia, se exhortó a todos los países a que se esfuercen por facilitar los servicios de salud reproductiva mediante la implementación de políticas y de servicios médicos que prioricen el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, incluyendo la atención prenatal, durante el embarazo, el parto, el posparto y la lactancia, así como la atención del recién nacido; de igual manera, brindando los servicios de planificación familiar y métodos anticonceptivos de calidad, incluso servicios de reproducción asistida y tratamientos de infertilidad o de esterilidad y, controlando la

morbilidad y la mortalidad materno infantil y las enfermedades de transmisión sexual. Igualmente, indicó que los Estados deben elaborar programas innovadores para que los adolescentes y hombres adultos tengan acceso a la información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva.

Para el objeto de esta investigación, resulta prioritario mencionar que el Plan de Acción de esa Conferencia centró el tema de planificación de la familia, en la recomendación dada a los Estados para que “*adopten medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación*”, respetando el principio de elección voluntaria en materia de planificación de la familia y eliminando las barreras de acceso a los servicios que procuren orientar tal planificación, tanto en el sector público como en el privado.

Entonces, podemos decir que el Plan de Acción adoptado en el año 1994 en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, concluyó en el capítulo atinente a los derechos reproductivos y la salud reproductiva que los mismos tienen su origen último en el reconocimiento de ciertos derechos humanos, tales como: (i) el derecho de las parejas y de los individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos, así como a disponer de la información y los medios para ello; (ii) el derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva; y, (iii) el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminaciones, coacciones ni violencia.

Ahora bien, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijín en el año 1995, fue donde se consolidaron las principales ideas del contenido de los derechos sexuales y reproductivos en el discurso de los derechos de las mujeres, al igual que fue el escenario propicio para recomendar a los Estados Partes que adopten las medidas para garantizar la atención primaria de tales derechos. En el apartado 17 de la Declaración Política de Beijín, la cual después fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, se da un reconocimiento explícito y la reafirmación del derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular de su propia fecundidad, lo cual configura un eje estructural para el empoderamiento de los derechos por parte de las mujeres (ONU Womens, 1995. Declaración y Plataforma... pág. 12).

En la Plataforma de Acción adoptada en Beijín, el apartado 94 de la Sección C - la Mujer y la Salud-, se refiere específicamente a que la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, señala que la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables; el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios

que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con el sistema reproductor. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

Por su parte, en el apartado 95 de esa misma Sección, establece que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos de decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y los intervalos entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello, además del derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductivas. Señala que también incluyen el derecho de la mujer de adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con los documentos y tratados de derechos humanos. En el apartado 96 reitera que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener el control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluidas su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia.

La misma Plataforma de Acción identifica como problema central de los países en desarrollo, la falta de servicios para atender las necesidades relativas a la salud sexual y reproductiva, sobre todo frente al tema de garantizar a las mujeres el acceso a métodos lícitos que les permitan adoptar el control de su fecundidad y de permitirles el acceso a servicios adecuados de salud que les permita lograr un embarazo y un parto biológico en condiciones de seguridad, en procura de obtener hijos sanos (Apartado 97, Sección C).

Esta Plataforma de Acción, frente al tópico de la Mujer y la Salud, plantea cinco objetivos específicos, dentro de los cuales sobresalen, para efectos de la presente investigación, los de (i) fomentar el acceso de la mujer durante toda su vida a servicios de atención de la salud y a información y servicios conexos adecuados, de bajo control y de buena calidad, objetivo que se desarrolla a través de algunas medidas que deben adoptar los Estados Partes (Apartado 106, Sección C), dentro de las cuales se encuentran el deber de reafirmar mediante legislación interna el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental desde el plano sexual y reproductivo (literal b de ese apartado), y propiciar servicios de atención primaria de salud más accesibles, económicos y de calidad que incluyan la atención de la salud sexual y reproductiva (literales e y i del apartado 106); (ii) promover la investigación y difundir información sobre la salud de la mujer (Apartado 109, Sección C), objetivo que cuenta con las medidas relevantes de promover investigaciones, tratamientos y tecnologías que tengan en cuenta el género, además que se centren en las mujeres para que se les permita tomar decisiones informadas y responsables frente a su sexualidad y formas de reproducción (literal b del apartado 109), y prestar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la salud sexual y reproductiva de las mujeres, incluidos métodos más seguros y eficaces para la regulación de la fecundidad incluida la planificación natural o biológica de la familia (literal h del mismo apartado); y (iii) aumentar los recursos y supervisar el seguimiento a la salud de las mujeres (Apartado 110, Sección C), objetivo último que compromete a los Estados Partes a aumentar

las asignaciones presupuestales para la atención de la salud reproductiva biológica de las mujeres en cada país.

Finalmente, en los apartados 210 a 233 de la Plataforma de Acción de la Declaración Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijín, la Sección I se refiere a los derechos humanos de la mujer, dentro de los cuales se destaca la reiteración frente al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como inalienables y universales, que deben ser promovidos y protegidos de forma prioritaria por los gobiernos parte.

Además de los anteriores documentos del Sistema Universal, debemos señalar que en el sistema regional también se ha propendido por la protección, garantía y desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos como verdaderos derechos humanos. Así, en el **Sistema Interamericano** desde 1994 se suscribió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como la Convención de Belem do Pará, la cual a pesar de no tratar a profundidad el tema de los derechos sexuales y reproductivos, si incluye la violencia sexual como una forma de violencia contra la mujer y permite su justiciabilidad en el plano regional. Cabe resaltar que esta Convención fue ratificada por Colombia mediante la Ley 245 de 1998.

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (conocido como Pacto de San José), a pesar de no ser un plexo específico en materia de derechos sexuales y reproductivos, consigna derechos relevantes para el caso como son: la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal y su desarrollo a través de la autonomía personal, y el principio de no discriminación. Justamente, apoyada en tales derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano judicial que interpreta y torna justiciables los mismos, los ha mencionado como parámetro para desarrollar la salud sexual y reproductiva, así como el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico para lograr la fecundidad mediante tratamientos de procreación humana asistida. Tema que detallaremos más adelante.

El anterior panorama del derecho internacional de los derechos humanos, nos lleva entonces a preguntarnos si, a partir del contenido de los derechos sexuales y reproductivos en Convenciones e interpretaciones que obligan a los Estados Partes, así como Declaraciones Políticas avaladas por la Asamblea General de Naciones Unidas, existe verdaderamente una definición teórica respecto de los mismos. Para dar respuesta a esa incógnita, según *Anicamas Campos (2003)* y *Ardilla Trujillo (2011)*, en la actualidad no ha sido posible desarrollar una definición de los derechos sexuales y reproductivos, en su lugar, dicen que se han precisado distintas aproximaciones hacia una definición de estos derechos a partir de su contenido.

La inexistencia de una definición de estos dos grupos de derechos, ha permitido el planteamiento de distintas posiciones doctrinarias que buscan contribuir a una definición integral de estos derechos: Por un lado, se encuentra la *corriente positivista* que afirma que las obligaciones de los Estados se encuentran solo en los tratados suscritos y ratificados por éstos y para cuya aplicación no se admiten métodos de interpretación que no se circunscriban al contenido literal de la norma. Esta posición mayoritaria aún, enseña que el contenido de

los derechos no puede sustentarse en instrumentos internacionales de carácter declarativo (recomendaciones, resoluciones, decisiones de órganos de supervisión internacional, etc) para obligar a los Estados. Por otro lado, se ubica la corriente que afirma el *carácter universal e indivisible de los derechos humanos*, que reconociendo como tales a los derechos sexuales y reproductivos, indica que éstos tienen fundamento en otros derechos humanos como son el derecho a la vida, a la libertad, a formar una familia, al desarrollo de la personalidad, entre otros.

Anicamas Campos (2003) acercándose un poco más a la corriente que afirma el carácter universal e indivisible de los derechos humanos⁹, aduce que los derechos sexuales y reproductivos obran como verdaderos derechos humanos de las mujeres, y a partir de esa afirmación manifiesta que, entendiendo por el derecho a la salud, la existencia de un estado físico y mental saludable que se compone de los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, éste abarca el derecho a la salud sexual y reproductiva a partir del cual se desarrolla el contenido de los derechos sexuales y reproductivos.

Concretamente, frente a los derechos reproductivos, la autora indica que se basan en el reconocimiento del derecho fundamental de todas las parejas o individuos a disponer de la información y medios para decidir de manera libre y responsable el número de hijos que quieren tener, así como la separación entre los nacimientos y el momento de ellos, y el derecho a conseguir el mayor nivel posible de salud sexual y reproductiva, libres de discriminación, coerción y violencia.

Plantea que negar u obstaculizar a una mujer la opción de un embarazo y un parto, interfiere definitivamente con su derecho a la libre autodeterminación reproductiva y se constituye en otra forma de violencia. Sobre ese tema, manifiesta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, a título de generalidad, que la capacidad de la mujer de controlar su fecundidad tiene una relación fundamental con su capacidad de gozar de un conjunto de derechos básicos; más específicamente de proteger su integridad física y planificar su vida familiar con su pareja¹⁰.

Por su parte, según *Profamilia* (2001), si bien no existe una definición pacífica sobre el concepto de los derechos sexuales y reproductivos, el contenido de los mismos puede resumirse en una frase: *“toda persona tiene derecho a decidir con quién, cuándo y cómo tiene, o no, hijos y relaciones sexuales”*. Esto para nosotros se relaciona mucho en el principio de autodeterminación reproductiva y con el libre control de la sexualidad, lo cual

⁹ Frente a los derechos sexuales y reproductivos también señala que *“el origen conceptual de los derechos reproductivos corresponde a una elaboración teórica necesaria para fundamentar y tratar de construir nuevas estructuras sociales que favorezcan la paternidad y la maternidad libre y responsable. Mientras que los derechos sexuales tienen un origen incierto vinculado tanto a la salud sexual como a la no discriminación por orientación sexual”*.

¹⁰ CIDH (2001). Quinto informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala. Es adecuado mencionar que dicho informe fue estudiado con ocasión del planteamiento que en su investigación hace Cecilia Anicamas Campos. En el mismo sentido también se pronunció la CIDH (1998) en el Informe sobre la condición de la mujer en las Américas.

parte del derecho a la libertad que empodera a la mujer. También arguye que estos derechos garantizan la decisión de cómo se maneja el propio cuerpo en las esferas sexuales y reproductivas y los reconoce como verdaderos derechos humanos que imponen serios compromisos a los Estados en el plano de protección y promoción de los mismos, lo anterior a partir de la Convención de la CEDAW y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Desde la óptica de esta investigación, los derechos sexuales y reproductivos son verdaderos derechos humanos de carácter universal e indivisible, que se apoyan además en el reconocimiento autónomo de otros derechos humanos como la libertad de conformar una familia. De allí que la autodeterminación reproductiva, incluso de forma asistida, y la salud reproductiva, son ejes transversales del contenido de aquellos derechos.

En orden de ideas, visto el plano internacional de protección de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos de las mujeres, conviene concluir que si bien la definición misma de estos derechos aún se encuentra en construcción y debate en el derecho internacional, existen sólidos parámetros que definen su contenido y que ayudarán en subtítulos siguientes, a trazar los fundamentos de lo que podría estimarse como el núcleo esencial de tales derechos. Por lo pronto, conviene seguidamente precisar si los derechos sexuales y reproductivos reconocidos en documentos internacionales, hacen parte del derecho interno a través del bloque de constitucionalidad. En caso afirmativo, es preciso definir en qué sentido opera dicha vinculación y si corresponde con el concepto tradicional del sistema de fuentes del derecho internacional.

1.2. INCLUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS MEDIANTE EL DENOMINADO BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD:

Como punto de partida de esta investigación, se debe tener claridad conceptual sobre qué se entiende por bloque de constitucionalidad, cuál es su naturaleza jurídica y fundamentos jurídicos relevantes. Para ello, siguiendo de cerca al profesor Londoño Ayala C.A. (2010), se debe decir que el soporte del sistema jurídico se identifica con la Norma Fundamental, la cual es el entramado normativo que prescribe los cimientos jurídico-políticos que han de regir un Estado. Esta Norma Fundamental que por lo general es escrita, por lo menos así lo es en Colombia, es básica mas no exhaustiva, es decir, tiene una textura abierta que permite incluir otros referentes normativos importantes para el desarrollo del derecho. Precisamente, Londoño Ayala señala al respecto que, “*la textura abierta permite la vinculación al Derecho constitucional, de unos componentes normativos que en apariencia son ajenos a su texto escrito, ampliando el espectro normativo de la Constitución que guía el devenir del sistema jurídico*”. En este sentido, se puede afirmar que una Constitución es flexible porque al contener una cláusula de apertura del sistema normativo fundamental, admite que la base jurídica del Derecho no se agote solo con el articulado escrito en el texto fundamental, sino que amplíe su órbita a otras fuentes formales y materiales de derecho; esto es lo que se denomina *bloque de constitucionalidad*. Es decir, la Carta Política de 1991 no es un catálogo cerrado.

Precisamente, en el actual sistema esa cláusula de apertura normativa se encuentra instituida en el artículo 93 de la Constitución, el cual consagra que *“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”* (incisos 1° y 2°). Así mismo, la contiene el artículo 94 *ibídem*, al establecer que *“la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*. Estos artículos sustancian el hecho de que los derechos fundamentales constitucionales no se deben entender limitados solo al capítulo de la Constitución que los consagra, sino que dentro de los mismos se incluyen aquellos reconocidos en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual genera una amplia óptica internacional que debe ser tenida en cuenta por el Estado al momento de garantizar los derechos a sus connacionales. Como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, el artículo 93 permite la inclusión de nuevos derechos en el *corpus iuris constitucional*, y por otra, para los derechos reconocidos en la Carta, hace necesaria una valoración a la luz de los tratados firmado por Colombia (Corte Constitucional, T-1319/01).

Sobre el tema del bloque de constitucionalidad, Fajardo L.A. (2010) en su investigación sobre la Implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia a través del bloque de constitucionalidad, señala que autores como Caballero Sierra y Anzola Gil (1995) exponen que el bloque de constitucional es un bloque normativo que está constituido por las normas que sirven de parámetro de validez en la jurisdicción de lo constitucional, al punto que tienen la misma jerarquía que el texto constitucional en el ordenamiento jurídico interno. En palabras de Uprinmy Yepes (2000), *“el bloque de constitucionalidad hace referencia a normas constitucionales que no se encuentran en la Constitución Política”*. Ello para explicar que la Constitución de 1991 no se limita a un articulado escrito, sino que abarca normas materialmente constitucionales o supralegales. Para Estrada Vélez (2011), el bloque de constitucionalidad es *“el conjunto de normas que configuran una unidad constitucional que es empleada como parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento”*, sin embargo, esta definición aunque es la más usada y conocida en la práctica, no se compadece con el concepto complejo del bloque de constitucional, ya que se limita a estudiar una de sus aristas reconocidas.

Frente al denominado bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-291 de 2007, señaló que *“el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato propio de la Constitución. (...) Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el gobierno y por el*

legislador”. De allí que el autor Uprimny Yepes (2008) indique que el bloque de constitucionalidad “*es un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual, las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional*”. Además, ello “*permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a cambios históricos*”.

Ahora bien, el bloque de constitucional en su concepción inicial cuenta con unas subcategorías de funcionalidad (Fajardo L.A., 2010) que le han permitido a la Corte Constitucional utilizar reglas estáticas a la hora de incluir ciertas normas en el bloque, y en especial, a la hora de dar un valor jurídico a aquellas normas del derecho internacional que no cumplen con las exigencias para que hagan parte del bloque de constitucionalidad.

No obstante, con el ánimo de hacer un poco más claro el punto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el bloque de constitucionalidad cuenta con dos categorías o sentidos: un *sentido estricto*, que hace referencia a las normas con jerarquía constitucional, y un *sentido lato o amplio* que se refiere a parámetros de constitucionalidad para juzgar las leyes. En palabras de Arango Olaya, M. (2004), la Corte a partir de 1998 empieza a distinguir entre el *sentido estricto* y el *sentido lato* del bloque, para diferenciar entre aquellos instrumentos normativos que se suman como fuentes materiales formales al texto de la Constitución, y aquellos que se adhieren como fuente de interpretación de las normas constitucionales.

Lo anterior resulta totalmente cierto por cuanto a partir de la sentencia hito C-191 de 1998 la Corte Constitucional desarrolló las subdivisiones del bloque de constitucionalidad, las cuales además, fueron acertadamente resumidas por Fuentes Contreras E.H. (2016) y por Fajardo L.A. (2010), a quienes no se parafrasea a continuación, de la mano con los argumentos expuestos en la sentencia C-401 de 2005 de la misma Corte.

El bloque en *sentido estricto* se encuentra conformado por los principios y normas que despliegan un valor constitucional, es decir, dentro del sistema jurídico si el mismo es visto como un orden escalonado estaría a nivel equiparable con la Constitución en sentido formal; además se integra por el preámbulo, el texto de la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Colombia que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción, esto es, aquellos que siguen las reglas establecidas por el inciso 1° del artículo 93 del texto constitucional, es decir, que hayan sido ratificados por Colombia, que traten sobre derechos humanos y que se prohíba su limitación dentro del marco de los estados de excepción. Entonces, cabría preguntarse qué derechos no se pueden suspender durante los estados de excepción, a lo cual responderemos que aquellos derechos intangibles a los que hacen referencia los artículos 4° de la Ley 137 de 1994, el 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el bloque de constitucionalidad en *sentido lato o amplio*, son todas las normas e instrumentos de diversa jerarquía que sirven como parámetro para llevar a cabo el control

de constitucionalidad de la legislación, sin que ello implique ostentar un valor constitucional. Este bloque lo conforman las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, algunas leyes estatutarias y orgánicas, los tratados de derecho internacional sobre derechos humanos a los cuales hace referencia el inciso 2° del artículo 93 Superior, y las leyes que establecen los límites al Estado Colombiano¹¹. Dichas normas del bloque en sentido amplio se caracterizan por (i) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; y, (ii) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias.

A pesar de ese primer momento de claridad conceptual y subcategorías que tuvo la Corte, autores como Uprimny Yepes (2008) y Arango Olaya (2011) logran identificar un momento de evolución y armonización de las normas de reenvío a las que refieren los incisos 1° y 2° del artículo 93 de la Carta Política, con lo cual se tecnifica el denominado bloque de constitucional. Por ejemplo, el primer autor de los mencionados explica que “[d]ebido a la tensión normativa entre el artículo 93-1 y el 93-2 de la Carta, durante algún tiempo se generó una controversia en lo atinente a la cuestión de si hacían parte del ‘bloque de constitucionalidad’ todos los tratados de derechos humanos, o únicamente aquellas normas contenidas en estos referidas a los llamados derechos intangibles que, conforme a la CADH y al PIDCP, son aquellos que no pueden ser suspendidos en estado de excepción” (pág. 72). Así reconoce dos fases: la primera que desarrolló la doctrina de que el bloque en sentido estricto solo lo conforman los tratados de derechos humanos relativos a normas que no se pueden limitar en estados de excepción, y una segunda evolutiva, en la que “la Corte progresivamente desarrolló en ciertas sentencias la tesis de que todos los tratados de derechos humanos tienen un rango constitucional y hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque los incisos primero y segundo cumplen funciones distintas” (pág. 73).

De igual forma lo reconoce Arango Olaya (2011) manifestando que “la interpretación de la Corte Constitucional del artículo 93 de la Carta se tornó más progresiva para aceptar que el inciso segundo adoptaba todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia en el bloque de constitucionalidad como parámetros de interpretación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución”.

De tal forma que, el inciso 1° del artículo 93 de la Constitución establece una cláusula de jerarquía o prevalencia, según la cual los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción integran el denominado bloque de constitucionalidad estricto al estar en tratados ratificados por Colombia, e incluso por esa vía se pueden integrar con rango constitucional derechos humanos no previstos en el texto de la Carta Política. Por su parte, el inciso 2° del artículo 93 Superior permite que los derechos y deberes previstos en la Carta, es decir incorporados en la Constitución, sean interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Es lo que se conoce como

¹¹ Para una mayor comprensión de los bloques y las normas que conforman cada uno de ellos, se puede consultar la gráfica No. 8 que presenta Fuentes Contreras E.H. (2010) en la pp 182 de su libro.

una cláusula de interpretación favorable o regla hermenéutica de favorabilidad. En palabras de la sentencia T-1319 de 2001 de la Corte Constitucional:

“En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

De suerte que, como lo concluye Uprimny Yepes (2008) y se comparte plenamente, todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia e incorporados por la cláusula jerárquica, así como aquellos incorporados como regla hermenéutica o de interpretación favorable, tienen rango constitucional y por ende **hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto**. Por consiguiente, los únicos tratados que no hacen parte del bloque serían aquellos que permiten la restricción de los derechos en estado de excepción, pero que además de ello no tienen un derecho o deber reconocido en el texto formal de la Carta Política.

La mejor forma de resumir lo antedicho es citando un aparte de la sentencia C-488 de 2009 de la Corte Constitucional, en la cual se indican las formas en las cuales el bloque está conformado¹², a saber:

“(i) La primera consiste en la **“integración normativa”** en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución. Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción. Desde esta perspectiva su incorporación es directa y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta.

¹² Esta postura fue recientemente reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-327 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), en la cual se indicó lo siguiente: *“la jurisprudencia también ha dicho que el bloque de constitucionalidad tiene dos funciones: una integradora y otra interpretativa. La sentencia C-271 de 2007 dijo que la función integradora responde a la “provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores”, mientras que la interpretativa es aquella que “sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales”.*

(ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como *“referente interpretativo”* y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta. En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino ‘como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna’.

Aclarado el anterior panorama sobre el concepto, la naturaleza jurídica y los fundamentos relevantes del bloque de constitucionalidad desarrollado en Colombia, conviene adentrarnos en establecer brevemente cuáles son las fuentes tradicionales del derecho internacional de los derechos humanos con el fin de determinar, en la última parte de este subcapítulo, si la CEDAW y la Declaración sobre Derechos Humanos de Viena obtenida en 1993, la Declaración adoptada en el marco de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo del El Cairo en 1994 y la Convención sobre la Mujer dada Beijín en 1995, incluyendo sus respectivos planes o plataformas de acción, así como el Protocolo Facultativo de la CEDAW y los informes, observaciones y recomendaciones emitidos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al igual que la Convención de Belem Do Pará y el Pacto de San José, hacen parte del bloque de constitucionalidad, al punto de obligar al Estado colombiano a garantizar los derechos sexuales y reproductivos, en especial, la autodeterminación reproductiva, la salud reproductiva y el derecho a gozar de los beneficios científicos para lograr la procreación humana asistida.

Para tal fin, se empieza por afirmar, como lo indica Ortiz Ahlf (2006), que el derecho internacional de los derechos humanos no debe confundirse necesariamente con el derecho de los tratados, ya que estos son solo una fuente formal que ilumina aquel derecho. Concretamente, el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce cinco fuentes del derecho internacional que le son aplicables a esa Corte, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: (i) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (ii) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (iii) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; (iv) la jurisprudencia internacional; y, (v) la doctrina de los publicistas de mayor competencia en las distintas naciones. Según esa regla tradicional, las dos primeras son fuentes principales, y las tres últimas criterios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho.

En referencia a las primeras se empezará indicando que el derecho consuetudinario fue tradicionalmente la principal fuente del derecho internacional. Según indica Ortiz Ahlf (2006) *“debido a la falta de un legislador internacional, las relaciones entre los Estados se regían por normas no escritas aceptadas por ellos”*. Haciendo referencia a la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto Lotus, Carrillo Salcedo (1984) define la costumbre internacional como *“una generalización de la práctica de los Estados, es decir, la prueba de un consenso general de expectativas generalmente aceptadas como derecho, o,*

si se prefiere, la cristalización de un consenso de los Estados respecto de una determinada pauta de comportamiento que se impone como derecho objetivo” (pág 99). Ahora bien, los elementos indispensables para que exista una costumbre internacional son la *práctica generalizada*, que consiste en que los distintos grupos de Estados existentes en la sociedad internacional representativa de los diferentes sistemas sociales y económicos acepten de forma general, no por unanimidad, una determinada norma dentro de sus prácticas, ya sea a través de una manifestación expresa o tácita de obligatoriedad, la cual incluso puede ser reconocida por un órgano internacional competente (Carrillo Salcedo, 1984) se caracteriza por ser repetida, uniforme, constante, general y duradera; y la *opinio juris sive necessitatis* que es cuando un Estado práctica de forma generalizada creyendo que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la contiene.

En palabras del profesor Valencia Restrepo H. (2008), *“es la convicción de la obligatoriedad coercible o jurídica de esa misma práctica [generalizada] o conducta”* (pág. 372). Es precisamente el elemento subjetivo de la creencia o de la convicción, la que define esa *opinio juris*. En este punto, es importante señalar que los órganos internacionales como la ONU y la OEA cumplen un papel vital, al punto que incluso algunas prácticas generalizadas terminan convirtiéndose en tratados o convenios internacionales vinculantes para los Estados, como sucedió con la Declaración Universal de Derechos Humanos que recogió algunas prácticas decantadas por los Estados Parte. Esto es lo que varios autores denominan, la cristalización de las normas consuetudinarias, entre ellos Valencia Restrepo H. (2008) quien indica que *“este efecto se produce cuando una costumbre se encuentra en vías de formación o en ciería (in statu nascendi) y se convierte en una auténtica norma consuetudinaria por ser recogida en un tratado multilateral”*.

Por su parte, los tratados en materia de derecho humanos constituyen una verdadera fuente formal del derecho internacional, según ha sido reconocido en las Convenciones de Viena de 1969 (que hace referencia a las Convenciones entre Estados) y de 1986 (que se refiere a las Convenciones suscritas entre Organismos Internacionales, o entre éstos y los Estados). Este tipo de tratados cuentan con una *interpretación objetiva* (Ortiz Ahlf, 2006) de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena, el cual establece que todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin, es decir, no se mira la sola intención de las partes por cuanto los tratados sobre derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, pues como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-3/83), no son *“concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”*.

Esta misma Corte ha reconocido que este tipo de tratados se interpretan bajo el criterio teleológico, de tal forma que se apliquen en el mejor sentido que garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de derechos humanos. Además, los tratados sobre derechos humanos irrogan la competencia de supervisión a órganos constituidos por

voluntad de las partes para tal fin, los cuales están facultados para determinar la extensión de los compromisos adquiridos, interpretar el alcance de las cláusulas, evaluar la licitud de las reservas y definir el alcance de su propia competencia, con lo cual la función de dichos órganos es la de guardianes del ordenamiento normativo y del conjunto de derechos fundamentales de un persona.

Hasta aquí el tema parece pacífico. El problema se presenta con las posibles **nuevas fuentes de soft law** que integran el denominado “*corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*”, es decir, el conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados como son las resoluciones y las declaraciones. En el mismo sentido, se discute el efecto vinculante de la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

En palabras de Jaramillo & Castro Novoa (2016), otro problema es “*cuál es el valor para los ordenamientos jurídicos nacionales de las decisiones de los órganos internacionales encargados de supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales*” (p. 262). Justamente a partir de la pregunta se sugiere diferenciar entre las decisiones judiciales internacionales en sentido estricto, las cuales se indican como vinculantes para los Estados, y aquellas que dictan los órganos cuasijudiciales y que se identifican bajo la expresión *soft law* que corresponde a “*aquellos documentos internacionales que eventualmente pueden llegar a tener efectos jurídicos, pero que, en principio, no obligan a los Estados*” (p. 263).

Con el fin de ilustrar el tema, resulta necesario señalar que en cuanto a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y sus distintos tipos de decisiones, se debe diferenciar entre el sistema universal de protección de derechos humanos y el sistema regional o interamericano. Respecto al primero, existen mecanismos convencionales que se manifiestan a través de los Comités creados para supervisar el cumplimiento e implementación del tratado por parte de los Estados¹³, los cuales emiten (i) observaciones o recomendaciones generales como interpretes autorizados de cada instrumento, con lo cual fijan estándares internacionales de protección y guían la forma en que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales; (ii) las observaciones finales que son las conclusiones que pronuncian los Comités luego de conocer los informes nacionales sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tratados; y, (iii) decisiones sobre casos iniciados por quejas individuales, pero al respecto Colombia solo ha reconocido la competencia sobre el punto del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, éste último que interesa para efectos de esta investigación. De otro lado, el sistema universal también cuenta con mecanismos extraconvencionales como son las relatorías, los grupos de trabajo y los expertos independientes.

¹³ En la actualidad existen 7 Comités que hacen parte del sistema universal de protección de derechos humanos: El Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Social y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos de los Niños, y el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

Por su parte, el sistema interamericano de protección de derechos cuenta con dos órganos relevantes: (i) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual emite el informe anual a la Asamblea General de la OEA, los informes generales sobre la situación de derechos humanos fijando un límite territorial, los informes temáticos que abordan el estudio puntual de un derecho o tema, y los informes especiales que analizan la situación de derechos humanos de un Estado determinado, además de recibir las quejas individuales por afectación a los derechos humanos; y, (ii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano jurisdiccional que se encarga de dirimir los debates contenciosos en el sistema regional y cumple una función consultiva emitiendo opiniones que constituyen las interpretaciones más autorizadas sobre el contenido y alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Puntualmente, sobre la jurisprudencia internacional de derechos humanos, el profesor Uprimny Yepes (2008) resalta que tiene una cierta fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico interno, de tal forma que sirve como patrón de referencia, guía o criterio hermenéutico relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales. Por consiguiente, si se trata de un órgano judicial autorizado o de control directo encargado de fijar los alcances del tratado o convención sobre derechos humanos, *se le ha reconocido un carácter vinculante* (ej. CorteIDH), pero si se trata de órganos semijudiciales o de monitoreo *se torna relativa la vinculatoriedad* de sus decisiones según lo regulado en cada tratado.

Incluso la misma Corte Constitucional en las sentencias C-067 de 2003 y C-327 de 2016, ha indicado que las decisiones proferidas por organismos internacionales *sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno*. Sin embargo, ha precisado que el alcance de esas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, de acuerdo con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad. De lo anterior se desprende que, las decisiones de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y, de esa forma, de los mismos derechos constitucionales. A la vez, que no existe discusión sobre la obligación del Estado colombiano de cumplir las sentencias proferidas por los órganos judiciales internacionales.

Entonces, el debate nuevamente se centra en las resoluciones de fondo que profieren los órganos cuasjudiciales que se encargan de recibir quejas individuales, es decir, en el caso colombiano las decisiones de la CIDH, del Comité DH y del Comité CEDAW¹⁴. Para brindar solución a ello, Jaramillo & Castro Novoa (2016) señalan que desde la expedición de la Ley 288 de 1996 *“por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por*

¹⁴ De los 7 Comités que hacen parte el sistema universal de protección de derechos, Colombia solo ha reconocido la competencia de dos de ellos para recibir quejas individuales.

determinados órganos de Derechos Humanos”, el Estado colombiano se inclinó por considerar obligatorias las decisiones emitidas por la CIDH y el Comité DH, pero guardó silencio sobre la vinculatoriedad que generan las decisiones del Comité CEDAW ya que la ley no lo contempló expresamente. No obstante, con el fin de zanjar cualquier duda, es prudente señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 reconoció que las recomendaciones que son emitidas por el Comité CEDAW hacen parte del bloque de constitucionalidad como criterio de interpretación relevante para el juez, y por ende sus resoluciones tienen un impacto que se debe analizar en el derecho interno¹⁵.

Por último, en cuanto a las resoluciones o declaraciones no vinculantes de organismos internacionales, los acuerdos políticos pero no vinculantes entre Estados que no sientan obligaciones jurídicas sino netamente morales o políticas, y ciertos documentos desarrollados por actores estatales pero con impacto internacional (doctrina autorizada), también hacen parte de una zona gris identificada también con la idea del *soft law*, es decir, aunque por regla general no son vinculantes, sí tienen una relevancia jurídica especial que debe analizarse en cada caso para determinar su fuerza vinculante final. Por ejemplo, cuando se trata de la interpretación autorizada de un tratado, lo expresado por el órgano competente tiene prácticamente la misma fuerza normativa del tratado mismo porque fija el alcance de los derechos que éste consagra, por ende, entra a ser parte el bloque de constitucional amplio al permitir cumplir la función interpretativa del tratado.

Al respecto, el ya citado profesor Uprimny Yepes (2008) concluye lo siguiente:

“(…) es razonable concluir que los documentos del *soft law* en materia de derechos humanos no hacen parte mecánica del ‘bloque de constitucionalidad’, pero no solo pueden ser utilizados doctrinariamente para interpretar el sentido de las disposiciones constitucionales sino que, con cautela, es posible concluir que algunos de ellos, en la medida en que puedan ser considerados interpretaciones autorizadas de tratados de derechos humanos ratificado por Colombia (CP Art 93), o expresiones consuetudinarias de Derechos Internacional Humanitario (CP Art 214), o concreciones de principios general de Derecho Internacional aceptadas por Colombia (CP Art. 9), pueden entenderse incorporadas al bloque de constitucionalidad” (pág. 107).

Analizadas las anteriores fuentes del derecho internacional, cabe preguntarse, como lo han hecho diferentes autores dentro de los cuales se encuentran Ortiz Ahlf (2006) y Camargo P.P. (2007), si las resoluciones, recomendaciones, declaraciones y observaciones de los organismos internacionales en materia de derechos humanos, pueden considerarse como una fuente del derecho internacional de los derechos humanos. La respuesta a este interrogante

¹⁵ Sobre el punto, conviene aclarar que al ser expedida la Ley 288 de 1996, el Estado Colombiano no había aceptado y ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, por lo cual solo desde el 2005 con la expedición de la Ley 984 el Comité CEDAW tiene competencia para recibir quejas individuales contra Colombia. Sin duda la Ley 288 dejó un vacío en cuanto al pago de las reparaciones a las víctimas de derechos humanos que sean indicados por el Comité CEDAW, pero en ningún momento ello significa que las decisiones de ese Comité no sean vinculantes o que constituyan un parámetros de interpretación a tener en cuenta por el juez constitucional.

no es del todo sencilla, por ello se dividirá en dos partes, a saber: (i) si bien las resoluciones y declaraciones en materia de derechos humanos en principio carecen de fuerza vinculante para los Estados, no lo es menos que salvo que en sus disposiciones se reconozcan normas obligatorias en razón de otras normas convencionales o consuetudinarias, como por ejemplo cuando en sus consideraciones se refiere expresamente al desarrollo de un artículo contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aquellas adquieren un valor importante porque crean reglas jurídicas internacionales adoptadas mediante consenso por parte de los Estados, y en ese sentido, estimamos que su connotación es de *fuerza interpretativa no formal pero relevante*; y, (ii) las recomendaciones y observaciones finales emitidas por los órganos internacionales no son vinculantes para los Estados, ni de ellas se deriva un cumplimiento forzoso para los mismos. En caso de incumplimiento sistemático a pesar de persistir informes sobre violaciones de derechos humanos que no se superan, los órganos internacionales cuentan con la presión de la comunidad internacional mediante la publicación de los informes, para que sea ésta la que medie en el cumplimiento de las recomendaciones y observaciones, o puede ejercer alguna de las sanciones del derecho internacional.

Ahora bien, en aras de aclarar un punto importante, resulta pertinente señalar que las opiniones consultivas emitidas por los órganos encargados de interpretar los tratados o convenciones y de fijar los alcances de la aplicación de instrumentos internacionales, *si tienen carácter obligatorio* en la medida que se equiparan al mismo valor y fuerza jurídica que tienen el texto del tratado interpretado.

Entonces, casi que a título de conclusión sobre la pregunta que se hacía, en nuestro sentir, las resoluciones, recomendaciones, declaraciones y observaciones de los organismos internacionales en materia de derechos humanos que no son vinculantes para los Estados, se pueden considerar como fuentes informales del derecho internacional de los derechos humanos. Quienes comparten esta concepción indican que las mismas hacen parte del denominado *soft law*, o mejor, los consideran documentos de derecho blando que en palabras de Londoño Ayala C.A. (2010) y de Uprimny Yepes R. (2008), comprenden una situación jurídica que se edifica mediante declaraciones, recomendaciones, principios y/o estipulaciones doctrinarias, construidas por organismos internacionales de derecho público, entidades no pertenecientes a éste, estudiosos del Derecho Internacional, asociaciones especializadas en derechos humanos, entre otras, los cuales por su sustantividad y disquisición van asumiendo un determinado valor jurídico en la medida que sean aceptados por los Estados, las comunidades interesadas y la academia.

Hasta aquí, todo lo anteriormente expuesto resulta ser columna vertebral para esta investigación porque, en primer lugar, se estima que la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como la Convención de Belem Do Pará y el Pacto de San José –en el Sistema Interamericano-, son fuentes formales del derecho internacional y hacen parte del bloque de constitucionalidad con rango constitucional, pues tratan sobre derechos humanos dentro de los cuales se encuentran la base de los derechos sexuales y reproductivos, es decir, de la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva que se encuentran bajo otras denominaciones en la Carta Política de 1991. En especial, por ser más precisos en el tema, las decisiones internacionales

que emitan sus órganos judiciales y de supervisión se constituyen además en un parámetro estructural para el desarrollo y la interpretación de los derechos constitucionales reproductivos de los cuales son titulares las mujeres colombianas. Ahora bien, esta afirmación de inclusión de la CEDAW en el bloque de constitucionalidad, también aplica para el Protocolo Facultativo de esa Convención adoptado en el mes de octubre de 1999.

En segundo lugar, según criterio propio, la Declaración sobre Derechos Humanos de Viena obtenida en 1993, la Declaración adoptada en el marco de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo del El Cairo en 1994, y la Declaración de Beijín de 1995, así como sus Planes y Plataformas de Acción, al igual que los informes, observaciones y recomendaciones emitidos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, incluso la jurisprudencia internacional, hacen parte del *soft law* o derecho blando, y de contera, forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio al ser fuentes nuevas o informales del derecho internacional que si bien no son formalmente vinculantes, tienen un criterio orientador o referente. La única precisión que resulta relevante es que el Comité de la CEDAW como tiene competencia interpretativa del tratado mismo, al definir los alcances de los derechos allí incluidos, sí tienen una *fuera vinculante directa* que brindan claras luces en la forma cómo se deben interpretar los derechos sexuales y reproductivos, en especial la salud y la autodeterminación reproductiva de las mujeres en Colombia.

Son precisamente los dos anteriores puntos de inclusión al bloque de constitucionalidad en Colombia, lo que obligan al Estado colombiano a garantizar los derechos sexuales y reproductivos para las mujeres que padecen problemas de infertilidad y que desean satisfacer su derecho a la maternidad mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

1.3. ACEPTACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS COMO VERDADEROS DERECHOS HUMANOS. HACIA EL PLANTEAMIENTO DE SU CONTENIDO ESENCIAL EN MATERIA REPRODUCTIVA: SALUD Y AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA.

A pesar del bajo número de sentencias sobre el tema, en la actualidad la marcada línea jurisprudencial que la Corte Constitucional ha establecido frente a los derechos sexuales y reproductivos, da cuenta que son verdaderos derechos humanos y que están integrados a la Constitución Política en virtud del bloque de constitucionalidad.

Desde las sentencias C-507 de 2004 y C-355 de 2006, la Corte sostiene que diferentes tratados internacionales son la base del reconocimiento y la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección de otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia.

Así mismo, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, establece que los derechos sexuales y reproductivos tienen como componentes esenciales, el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ello. Concretamente,

resalta que “*el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad*” (CC, sentencia C-355 de 2006), e identifica dentro de aquellos derechos, el de fundar una familia.

También enseña que frente al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, es deber del Estado ofrecer una extensa gama de servicios de salud de calidad y económicos, que contengan servicios de salud sexual y reproductiva, al igual que tiene el deber de diseñar políticas públicas y programas con perspectiva de género sobre el tema, para lo cual debe apoyarse en el amplio margen de configuración legislativa que detenta el Congreso de la República.

De este modo, concluye que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Además, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

Ahora bien, se debe señalar que existe una *corriente positivas del derecho* que establece que la obligación de los Estados se limita a los tratados suscritos y ratificados (es la posición de la PGN en su web¹⁶ y de Ilva Myriam Hoyos) y, por ende, como los derechos sexuales y reproductivos no han sido plenamente desarrollado a través de éstos, no existe un deber legal para Colombia de garantizar su cumplimiento y efectivización para las mujeres connacionales. De otro lado, se encuentra la *corriente que afirma el carácter universal e indivisible de los derechos humanos*, por ende, los derechos sexuales y reproductivos tienen fundamento en otros derechos humanos reconocidos como son: la vida, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de la dignidad humana.

Por ejemplo, autoras como Anicamas Campos (2003) y Cook, R. (2003) señalan que los derechos sexuales y reproductivos se basan “*en el reconocimiento del derecho fundamental de todas las parejas o individuos a disponer de la información y medios para decidir de manera libre y responsable el número de hijos que quiere tener, la separación de sus nacimientos y el momento de ellos, y el derecho a conseguir el mayor nivel posible de salud sexual y reproductiva, libre de discriminación, coerción y violencia*”, y por su parte Profamilia (2001) indica que los derechos sexuales y reproductivos tienen que ver con la

¹⁶ Incluso se puede afirmar que se trata de una posición personal del saliente Procurador Alejandro Ordóñez Maldonado, porque así lo plasmó en su libro “*Ideologías de Género: Utopía trágica o subversión cultural*”, editado por la Universidad Santo Tomás en el año 2006. No obstante, es bueno señalar que es totalmente diferente hablar de ideología de género, a un enfoque o perspectiva de género. El primero concepto tiene su origen en la iglesia católica, siendo entendido como la idea de que la identidad sexual de las personas, así como los roles de género, presentan diferencias que no corresponde a una naturaleza fija, sino que son construcciones meramente culturales y convencionales hechas según los estereotipos que cada sociedad asigna a los sexos. Mientras que el enfoque o perspectiva de género se analizan los factores sociales y antropológicos de las diferentes de poder entre lo femenino y lo masculino, para adoptar una medida legislativa o administrativa inclusiva que genere igualdad.

autodeterminación reproductiva y con el manejo libre del cuerpo en las esferas sexuales y reproductivas.

Para nosotros, resulta claro que la visión de los derechos sexuales y reproductivos que debe triunfar es una visión de la integralidad de los derechos y de la justicia en sentido amplio, con la cual se garantice el respeto de las mujeres a la libre fecundidad y dominio personal de su cuerpo sin injerencias o limitaciones del Estado. Estas dos aristas deben ser garantizadas por el Estado porque la Convención CEDAW y la Convención Americana de Derechos Humanos son fuentes formales del derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y las demás Declaraciones –incluyendo la de Beijín 1995–, así como sus planes y plataformas de acción, al igual que los informes, observaciones y recomendaciones emitidas por el Comité de la CEDAW y la decisiones de la CorteIDH, hacen parte del *soft law* o derecho blando, y por ello conforman también del bloque en sentido amplio como criterios hermenéuticos relevantes para evaluar los derechos constitucionales que se identifican con los derechos sexuales y reproductivos.

De allí que se afirme que la Corte Constitucional Colombiana en las sentencias T-502 de 2011, C-311 de 2014 y T-306 de 1016 ha indicado que los *derechos reproductivos reconocen y protegen (i)* la autodeterminación reproductiva; y, *(ii)* el acceso a servicios de salud reproductiva; que los *titulares de estos derechos* son los hombres y las mujeres, pero principalmente las últimas por cuanto la procreación incide directamente en su proyecto de vida pues en sus cuerpos tiene lugar la gestación; y que, la *autodeterminación reproductiva* es la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Esto encuentra consagración normativa en el artículo 42 CP/91: “*la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*”

Partiendo de esas tres bases, la Corte en las sentencias C-355 de 2006, T-388 de 2009 y T-627 de 2012, ha señalado que se *viola la autodeterminación reproductiva* cuando se presenta: esterilizaciones no consentidas, abortos, métodos de anticoncepción forzados, prueba de embarazo para acceder a empleos. Así mismo, ha dicho que según la Recomendación General No. 24 del Comité de la CEDAW, el derecho a la salud de la mujer incluye la salud reproductiva. El acceso a estos servicios incluyen: *(i)* educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos para garantizar la planificación familiar; *(ii)* el acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y en calidad en los casos contemplados en la sentencia C-355 de 2006; *(iii)* garantías de maternidad libre y sana; y, *(iv)* la prevención y el tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino, es decir, la posibilidad de tratar los temas de infertilidad que además son una enfermedad que genera discapacidad. A estos nosotros agregaríamos lo referente a la garantía de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida con el fin de garantizar el derecho a la autodeterminación libre y sin barreras administrativas, legislativas o sociales que lo limiten en su disfrute integral, pues corresponde con la garantía identificada en el numeral iii), es decir, la maternidad libre y sana.

De esta forma se observa una salvaguarda en la función reproductiva que incluye como derechos el acceso efectivo a los servicios de salud en la materia y la autodeterminación reproductiva que tiene una interrelación directa con la libertad y la autonomía personal.

Para profundizar en ello, es necesario analizar más de cerca la sentencia T-732 de 2009 que resulta ser determinante. En esa oportunidad la Corte refiriéndose a los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y el bloque de constitucionalidad, indicó lo siguiente:

“5.- Para empezar, la Sala considera necesario diferenciar los derechos sexuales de los reproductivos pues sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda. Esta separación ha resultado ser una demanda especialmente importante para las mujeres pues el hecho de haber sido identificadas fundamentalmente como madres ha reducido la protección de su sexualidad a la de la maternidad o al menos ha priorizado ésta última sobre la primera. A pesar de lo anterior, no se puede negar que los derechos sexuales y reproductivos están indudablemente relacionados pues la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgos de embarazos no deseados, lo que quiere decir que cada una de estas categorías posee una definición y un contenido propio pero parten de una base común.

6.- Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

Esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional. En esta tarea, tanto el legislador como la administración deberán respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas.

7.- Con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva” (Corte Constitucional, sentencia T-732 de 2009).

Frente a la *autodeterminación reproductiva* como núcleo esencial de los derechos reproductivos, la Corte en la misma sentencia precisó que consiste en reconocer, respetar y garantizar la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Preciso que ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución y en el artículo 16, ordinal e) de la Convención CEDAW, que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos. Así, la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial a las mujeres, el derecho de estar libre de todo tipo de interferencias en la toma de sus decisiones reproductivas, lo cual incluye estar libres de discriminación, por ejemplo asociadas a su condición de esterilidad.

De otra parte, en cuanto al *acceso a los servicios reproductivos* o *salud reproductiva*, también se reconoce, respeta y garantiza a todas las personas su disfrute como núcleo esencial de los derechos reproductivos. Ello por ejemplo incluye la prevención y el tratamiento de las enfermedades propias del aparato reproductor femenino y masculino.

De lo anterior se puede observar que la jurisprudencia constitucional de Colombia en los últimos 10 años ha tenido avances significativos en el reconocimiento y en la protección de los derechos sexuales y reproductivos, identificando claras diferencias entre esos dos derechos, y que el último derecho en comentario se integra por la garantía de los servicios de salud reproductiva y por la autodeterminación reproductiva. Justamente, como desde la expedición de la Ley 1751 de 2015 el derecho a la salud es fundamental, el Estado debe propender porque a través de sus sistemas de salud se garanticen las coberturas que benefician los derechos reproductivos tanto de las mujeres como de los hombres. De esta forma permite el disfrute del más alto nivel de salud posible y dar cumplimiento a la salvaguarda de la función reproductiva que establece como obligación el artículo 11, numeral 1°, literal f) de la Convención CEDAW.

Ese mismo reconocimiento de los derechos reproductivos ha operado en el plano de la doctrina colombiana, para lo cual traeremos a colación los planteamientos de dos mujeres doctrinantes del país que han trabajado el tema.

La primera autora es Ardilla Trujillo M., quien señala que por medio del bloque de constitucionalidad los derechos sexuales y reproductivos se entienden vinculados al ordenamiento superior y generan una interrelación con otros derechos constitucionales. Además indica que tales derechos no se pueden definir en un listado exhaustivo porque no constituyen un concepto acabado. Por el contrario, abarcan una pretensión de libertad que debe ser reconocida y protegida por el Estado colombiano. En forma adicional plantea lo siguiente:

“La definición de los derechos sexuales y reproductivos debe partir de dos elementos claves: poder y recursos, poder para tomar decisiones libres acerca de la propia sexualidad y reproducción, y recursos para llevar adelante estas decisiones en condiciones seguras y efectivas. En este sentido los derechos sexuales y reproductivos

reconocen y protegen la facultad de las personas, en especial de las mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan todos aquellos recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación en forma segura. En definitiva, estos derechos reconocen la autonomía en estos dos ámbitos” (Ardilla Trujillo, M., 2011. p. 22).

Esta doctrinante colombiana comparte el planteamiento de que los derechos reproductivos se conforman en su núcleo esencial por el derecho a la autodeterminación reproductiva y por el derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva. En ese sentido plantea que:

“La decisión tomada con fundamento en este derecho puede ser en uno de dos sentidos: procrear, y por ello decidir cuándo hacerlo y con qué frecuencia, o abstenerse de hacerlo. En uno u otro el reconocimiento del derecho a la autodeterminación reproductiva (poder) carece de efectividad si no se complementa con el reconocimiento del derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva, en primer lugar, porque no es posible una decisión verdaderamente libre sin contar con educación e información al respecto, y en segundo lugar, porque de nada sirve tomarla si no se poseen los medios para llevarla a cabo de forma segura” (Ardilla Trujillo, M., 2011. p. 25).

Por su parte, Arango Olaya M. enseña que los derechos reproductivos son derechos humanos que esencialmente se fundamentan en los principios de igualdad, autodeterminación y dignidad humana, y que su ámbito de protección ha sido desarrollado por el Derechos Internacional de los Derechos Humanos y el derecho constitucional, los que han dotado de contenido específico sus protecciones y delineado su exigibilidad como derechos fundamentales. A partir de ello, señala que los derechos reproductivos:

“Comprende el derecho de los individuo a decidir en forma libre el número y espaciamento entre los hijos, así como a tener la información y medios para ejercer esta autonomía. Ello implica el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva sin discriminación (...). 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 Olaya, M., 2013. p 211).

Entonces, a modo de síntesis, realizado el anterior análisis de los derechos reproductivos desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su inclusión efectiva a través del bloque de constitucionalidad, se puede afirmar que el Estado colombiano se encuentra obligado a garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud habilitando las coberturas necesarias para procurar el reconocimiento y cuidado de la reproducción humana, sumado a que ese criterio de salud reproductiva se encuentra ligado muy de cerca con la autodeterminación reproductiva que no es más que la capacidad libre que tiene toda persona de escoger si procrea o no, y en caso tal de hacerlo, cuándo, con quién y con qué frecuencia. No obstante, como veremos más adelante, esas protecciones no son brindadas por el sistema de salud colombiano en aquellos casos en los cuales por condiciones individuales o de pareja, la reproducción biológica no es posible.

2. BARRERAS QUE IMPIDEN RECONOCER Y GARANTIZAR LA SALUD REPRODUCTIVA Y LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA ASISTIDA EN COLOMBIA. UNA MIRADA HACIA LA POLÍTICA PÚBLICA Y LA SOCIEDAD.

Como se identificó en el capítulo anterior, en el mundo contemporáneo los derechos sexuales y reproductivos se consideran verdaderos derechos humanos que se vinculan al ordenamiento interno por medio del bloque de constitucionalidad, con lo cual aquellos instrumentos como la Convención de la CEDAW y su Protocolo Facultativo, al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos, que gozan de rango constitucional, imponen al Estado colombiano el deber de cumplir las obligaciones internacionales que buscan reconocer y materializar derechos como la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva, los cuales parten del concepto de la libertad reproductiva que tenemos los hombres y las mujeres, pero en especial éstas últimas por cuanto en sus cuerpos se gesta la vida, han sufrido por largos años la invisibilización de sus necesidades, y la maternidad claramente incide en el plan de vida a largo plazo.

Así, resulta imperioso para el Estado desarrollar medidas legislativas y administrativas que propendan por el acceso a los servicios de salud reproductiva en aquellos casos en los cuales exista un padecimiento de infertilidad individual o asociado a la pareja que impida construir el proyecto de familia singular o diversa. Solo a través de ese desarrollo normativo mediante una política pública integral es posible que la autodeterminación reproductiva, cuyo eje central parte de la libertad, otorgue a la persona que padece problemas para concebir biológicamente, la capacidad de decidir sobre la posibilidad de procrear de forma asistida, la frecuencia y el número de hijos que desea concebir tecnológicamente, y el método asistido específico que debe emplear según guía médica.

Sin embargo, las obligaciones internacionales de construir medidas legislativas y administrativas para garantizar tales derechos parecen estar muchas veces en el mundo de las ideas de difícil concreción, es decir, se ubican en el deber ser, porque enfrentándolas con el panorama nacional -el ser-, lo que se advierte es un sin número de barreras por parte del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, además de prejuicios sociales y morales que impiden desarrollar la procreación humana asistida como un derecho reproductivo que debe garantizar el sistema de salud colombiano. Justamente, con el fin de evidenciarlas, a renglón seguido la investigación se centrará en identificar tales barreras y prejuicios.

2.1. IDENTIFICANDO LAS BARRERAS LEGISLATIVAS: LA AUSENCIA DE LEYES QUE REGULEN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA CONSTRUCCIÓN MASCULINIZADA DEL DERECHO.

De acuerdo con el artículo 150 de la Carta Política de 1991, le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, en especial aquellas en las cuales se reformen los códigos de todos los ramos –lo cual incluye el Código Civil- y aquellas que regirán la prestación de los

servicios públicos, siendo uno de ellos el servicio público esencial de la salud. A pesar de esa función constitucional asignada al Congreso de la República, como se verá a continuación, hasta el mes de noviembre de 2016 y pese a varios intentos, ni el Senado de la República ni la Cámara de Representantes han expedido leyes que regulen la reproducción humana asistida en Colombia y muchos menos que contemplen su inclusión de cobertura mediante el sistema de salud colombiano. Ni siquiera la actual Ley Estatutaria que desarrolla el derecho fundamental a la salud contempla esa regulación específica.

Si bien desde el año 2000 y hasta el año 2010 fueron presentados 4 proyectos de ley que pretendían regular la aplicación de los métodos de procreación asistida, regular el contrato de técnicas humanas de reproducción modificando el Código Civil Colombiano, y regular la adopción notarial del que está por nacer producto de una inseminación artificial no consentida¹⁷, los cuales terminaron con decisión de archivo legislativo, para efectos de la presente investigación no concentraremos en analizar los cinco proyectos de ley radicados después del año 2011 por ser los que recopilan en parte las anteriores iniciativas legislativas y profundizan en el tema.

De tal forma que, en el año 2011 el Representante a la Cámara Elías Raad Hernández, adscrito al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U- y de profesión médico cirujano, radicó el Proyecto de Ley 148 de 2011 Cámara, *“por el cual se dictan normas tendientes a la reducción del número de embriones en la práctica de técnicas de reproducción humana asistida por fecundación in vitro, el destino de los embriones humanos no transferidos y se dictan otras disposiciones”*. En esa oportunidad, el articulado propuesto se centró en regular la reducción embrionaria –a tres máximo- en la fertilización *in vitro* con el propósito de evitar *“la generación de embriones sobrantes de esta técnica y la dignidad del ser humano en sus primeras fases del desarrollo”* (Congreso de la República, PL 148 de 2011...), a la vez que limitó el uso de esa técnica a los casos de esterilidad humana para facilitar la procreación asistida en forma extracorpórea. Así, estableció unas condiciones para la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida, dentro de las cuales se resaltan: (i) la realización de la técnica solo cuando haya posibilidad real de éxito, (ii) no suponga un riesgo grave para la salud de la mujer, y (iii) se cuente con la aceptación libre y consciente en su aplicación por parte de la mujer, para lo cual debía llenar un formulario de consentimiento. También regulaba que el costo del tratamiento debía ser asumido directamente por la interesada y que sólo podía llevarse a cabo en los centro de fertilización autorizados por el Ministerio de la Protección Social. Finalmente, buscaba regular que la donación de los embriones humanos sobrantes criocongelados, podían tener como destino *“la donación con fines reproductivos a la mujer que presente patología ginecológica irreversible”* y que tal donación no generaba ningún carácter lucrativo.

¹⁷ Para consultar el texto y la exposición de motivos de cada una de las iniciativas legislativas indicadas, nos permitimos referenciarlos así: (i) PL 045 de 2000 Senado, cuya exposición de motivos se encuentra en la Gaceta del Congreso (en adelante GC) 307 de 2000; (ii) PL 151 de 2001 publicado en la GC 558 de 2001; (iii) PL 046 de 2003 publicado en la GC 380 de 2003, y, (iv) PL 187 de 2005 publicado con su exposición de motivos en la GC 847 de 2005.

En la exposición de motivos del PL 148 de 2011, se planteó la necesidad de imponer límites a los desarrollos biomédicos y biotecnológicos con relación a la manipulación o transferencia de embriones, ello con *“el fin de evitar embarazos múltiples que acarrean problemas de salud a la mujer y al feto”*. Sin embargo, lo que más llama la atención es que la justificación legislativa fue construida sobre la idea de evitar *“la violencia prenatal que sufren los embriones humanos congelados sobrantes de las técnicas de fertilización in vitro en Colombia, ante la vida injustamente suspendida en nitrógeno líquido en los centros de fertilización in vitro”*. De acuerdo con lo anterior, el proyecto de ley partió de la base de considerar al embrión humano como titular del derecho a la vida y, por ende, del derecho a la dignidad humana, siendo entonces necesario que los embriones sobrantes en lo posible no se congelaran sino que fueran donados a las parejas -no a mujeres solas- con patologías ginecológicas irreversibles a la hora de procrear. En ningún momento, el proyecto de ley abordó el estudio de la reproducción humana asistida como una garantía a los derechos reproductivos de las mujeres, de los hombres y de las parejas que sufren problemas de infertilidad. De hecho, toda la argumentación del mismo fue construida para ejercer un control sobre la reproducción asistida y los embriones, comprometiendo la autodeterminación como una libertad esencial en estos procesos, por ejemplo, el que la persona o pareja controlen el número de hijos tecnológicos que desean concebir.

De este proyecto de ley importa señalar que el acceso a los procedimientos de reproducción asistida lo condicionó a las posibilidades económicas del interesado(a) y a su realización en centros privados debidamente autorizados por el Ministerio de la Protección Social, dos puntos que sumados a lo antedicho, se identifican como claras barreras impuestas directamente por el legislador para lograr el disfrute de la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva. Cabe resaltar que este proyecto de ley fue retirado por el ponente el 12 de agosto de 2012, sin haber presentado el informe de ponencia para primer debate (Cámara de Representantes, s.f. Estado del proyecto 148...).

En segundo lugar, otra iniciativa legislativa relevante corresponde al PL 109 de 2013 Cámara *“por medio del cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado”*, el cual fue presentado por el Representante Laureano Augusto Acuña Díaz, del Partido Conservador, y publicado en la Gaceta del Congreso 779 de 2013.

El objeto que persiguió esa iniciativa fue reconocer la infertilidad humana como una enfermedad, para a partir de ello garantizar el acceso integral subsidiado a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización, mediante su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud –POS- del Estado colombiano. Con esa guía central, limitó el campo de aplicación a todos los usuarios del sistema de seguridad social en salud que se encontraran entre los 25 y los 40 años de edad, y dentro de ese rango etario a quienes tengan diagnóstico de infertilidad verificada, dando prioridad a aquellas parejas que aún no han tenido hijos. De tal suerte que, a través de las redes públicas y privadas, los prestadores de servicios de salud con cargo al POS estaban obligados a brindar los tratamientos para lograr la fertilidad en la oportunidad, calidad y seguridad adecuada, además de contar con las personas profesionales de la medicina idóneas y suficientes.

En la exposición de motivos del PL 109 de 2013 – Cámara (Congreso de la República, 2013...), se indicó que (i) la infertilidad es un problema de salud reproductiva que radica en la no concepción después de un año de mantener relaciones sexuales sin ningún tipo de protección, por lo cual desde la Organización Mundial de la Salud –OMS- ha sido reconocida como una enfermedad crónica que afecta a hombres y a mujeres; (ii) existe un déficit de protección en la cobertura que el POS contempla para la infertilidad, lo cual impide un diagnóstico, tratamiento y orientación en procura de su superación como serio problema de salud pública; (iii) la infertilidad como enfermedad al ser creciente en el mundo actual, obliga a que su tratamiento no pueda ser considerado como medicina de lujo, pues por el contrario se debe enmarcar dentro del derecho a la recuperación de la salud porque tienen consecuencias crónicas en la salud mental y puede repercutir en la salud física; (iv) la infertilidad genera efectos nocivos en la pareja, como son los problemas económicos que impiden acceder a tratamientos costosos para combatir esa enfermedad que pueden oscilar entre \$3'500.000 hasta \$23'000.000, y los problemas de salud emocional traducido en sentimientos de culpa ante la imposibilidad de lograr la concepción biológica¹⁸; y, (v) la infertilidad como problema de salud pública, resulta ser crónica y generar discapacidad, por lo cual su reconocimiento como tal impone la búsqueda e identificación de tratamientos que logren la salud reproductiva mediante técnicas de reproducción humana asistida que cubra el sistema de salud, y la garantía del derecho a tomar decisiones reproductivas libres de cualquier limitación que imponga una autoridad legítimamente constituida o la misma institucionalidad estatal.

Desde las ideas principales de la exposición de motivos, importa resaltar que el PL 109 de 2013 indicó: “(...) *el derecho a la autodeterminación reproductiva puede estar vulnerado, por ejemplo, cuando el Estado y sus sistemas de salud niegan la posibilidad de que una pareja pueda procrear un hijo por no tener un adecuado programa de salud pública que reconozca la infertilidad como una enfermedad que debe ser atendida por sus instituciones de salud*” (Congreso de la República, 2013...). De allí que la propuesta legislativa estimara como necesario la inclusión de los tratamientos de reproducción humana asistida dentro del POS con miras a tratar la enfermedad denominada infertilidad.

Pues bien, en el informe de ponencia para primer debate ante la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, la ponente Alba Luz Pinilla explicó que si bien en la exposición de motivos no se había calculado el impacto fiscal que generaría la iniciativa, como no existía concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el caso puntual, se podía discutir y aprobar el proyecto de ley, lo cual en efecto sucedió como se puede verificar en el Acta de Comisión No. 19 del 7 de mayo de 2014, Gaceta del Congreso 245 de 2014.

¹⁸ Frente a este punto, la iniciativa reconoce que la infertilidad genera un estrés emocional, subestimación personal y angustia, al igual que culpabilidad en el individuo y en la pareja, sobre todo en el caso de algunas mujeres para quienes tener un hijo representa un evento importante dentro de su plan de vida.

Una vez aprobada la iniciativa en primer debate y luego de radicado el informe de ponencia para el segundo debate¹⁹, el Ministerio de Salud y Protección Social presentó a la Plenaria de la Cámara de Representantes una carta de comentarios al PL 109 de 2013, en el cual indicó que para realizar una inclusión en el POS o ampliar su cobertura se debe tener en cuenta la regla del Marco Fiscal de Mediano Plazo y los recursos destinados según los lineamientos para el Presupuesto General de la Nación. Además, precisó que “*los estudios y referentes de inclusión deben cumplir con los criterios y requisitos de seguridad, efectividad, costo-efectividad, al igual que las necesidades en salud, el perfil epidemiológico y la carga de enfermedad*” (Congreso de la República, 2013. Carta de Comentarios...). En ese sentido, advirtió que los tratamientos de reproducción humana asistida se encontraban excluidos expresamente del POS, según el numeral 4° del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, y por ende resultaba vital realizar estudios previos a su inclusión y no proceder al reconocimiento legal sin tener soportes técnicos y científicos, habida cuenta que hacerlo así comprometía la sostenibilidad fiscal del sistema de salud y la suficiencia de la UPC –Unidad de Pago por Capitación- correspondiente a los afiliados. Con base en esos argumentos, el Ministerio solicitó archivar la iniciativa legislativa.

Desde ese momento, el proyecto de ley quedó sin surtir trámites adicionales o lo que se conoce como “quedó en el congelador”, y por esa razón, luego de superar dos legislaturas sin haber sido aprobado en los cuatro debates constitucionales, fue archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5ª de 1992.

Lo anterior deja entrever como las barreras económicas impuestas por el Gobierno Nacional terminan convenciendo al poder legislativo para hundir una iniciativa legislativa a partir de la inactividad consentida de los parlamentarios, en claro perjuicio de los intereses de los hombres y de las mujeres que padecen infertilidad y que ven en el sistema de salud su única oportunidad de poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida con miras a materializar su autodeterminación reproductiva y el acceso efectivo a una salud reproductiva de calidad. Lastimosamente el criterio económico se impuso sobre la protección de los derechos reproductivos que Colombia está obligada a proteger a partir de la Convención de la CEDAW y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tercer lugar, está el PL 055 de 2015 Senado “*por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial y se dictan otras disposiciones*”, identificado también como “*Ley Lucía*”, el cual fue radicado el 18 de agosto de 2015 por el Senador Luis Fernando Duque García, quien pertenece al Partido Liberal.

Esa iniciativa legislativa tuvo por objeto regular las técnicas de inseminación artificial humana y las relaciones entre sujeto donante, sujeto receptor y el uso de útero con fines de procreación solidaria -conocida como maternidad sustituta-. Puntualmente, definió los aportantes de gametos (persona que entrega para utilización sus gametos), los depositantes de gametos (persona que permite la recolección de sus gametos para ser conservados por la finalidad de tener posterior descendencia), donante de gametos (persona que entrega sus

¹⁹ Este se puede consultar en la Gaceta del Congreso No. 224 de 2014.

gametos para que sean aplicados en técnicas de reproducción de otras personas), al tiempo que identificó diferentes clases de fertilización in vitro (con donante, con transferencia de embriones del cónyuge o del compañero, y la diferenciación de la inseminación artificial también en esos tres niveles (con donante, marital o conyugal). Importa resaltar que esta iniciativa contempló la posibilidad de que las mujeres solteras, viudas, separadas de cuerpos, divorciadas o sin el consentimiento de su esposo o compañero permanente, puedan ser beneficiarias de fertilizaciones in vitro o de inseminaciones artificiales con gametos donados, punto con el cual se pretendió garantizar la autodeterminación reproductiva y la construcción de familia por parte de mujeres que carecen de pareja o pretendan formar familias diversas.

Este proyecto de ley que está limitado a las personas que tienen trastorno de fertilidad, si bien presenta unos puntos favorables, también contiene retrocesos en la protección efectiva de los derechos reproductivos como obligación adquirida por el Estado colombiano. Frente a lo primero, es loable que el proyecto propenda por regular la exigencia del consentimiento previo, libre, expreso e informado de la persona interesada en someterse a técnicas de reproducción humana asistida, y que de paso consagre reglas para definir la filiación frente al hijo nacido con ayudas tecnológicas a partir de gametos donados, otorgándole igualdad de derechos a los hijos nacidos por medios naturales. No obstante, respecto de la segunda, la iniciativa somete el acceso a los tratamientos para combatir la infertilidad, a las posibilidades económicas que tenga la persona o la pareja afectada, quienes están obligados a acudir a centro privados de fertilidad y no al sistema de seguridad social en salud. Sumado a ello, los procedimientos de reproducción se habilitan solamente en aquellos casos en que los lineamientos sean aprobados por la Comisión Nacional de Inseminación Artificial Humana, órgano que crea el proyecto con amplia participación del Gobierno Nacional y de los centros de fertilidad, olvidando por completo o invisibilizando la necesaria participación de las personas que padecen la infertilidad como una enfermedad diagnosticada. Así las cosas, es una propuesta que resulta escasa en protección constitucional desde la óptica de los derechos a la salud reproductiva y a la autodeterminación reproductiva.

Llama la atención que el PL 055 de 2015 – Senado, fue radicado para que el trámite legislativo se surtiera como una ley estatutaria “*en atención a que el proyecto tiene efectos sobre núcleos fundamentales de varios derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derechos reproductivos)*” (Congreso de la República, 2015. Proyecto de Ley 055...). Al parecer esa situación no contó con el aval de la Comisión Primera del Senado y por ello el proyecto de ley se encuentra en estado inactivo, habiendo pasado más de una legislatura sin recibir trámite alguno.

Lo anterior motivo a que, en cuarto lugar, el mismo Senador Luis Fernando Duque radicara de nuevo el proyecto de ley el 27 de julio de 2016, al cual se le asignó el No. 056 de 2016 – Senado. El texto del articulado y la exposición de motivos es idéntica a las estudiadas anteriormente, según se puede verificar en la Gaceta del Congreso 549 de 2016. Es decir, en esa iniciativa persisten los problemas evidenciados a título de barreras legislativas, sumado a la construcción del derecho desde una visión antropocéntrica, sectorizada y donde se privilegia la sostenibilidad fiscal el sistema de salud al remitir a las personas que padecen

infertilidad, a centros privados donde deben asumir la totalidad de los costos que implique el tratamiento para lograr la reproducción asistida.

En todo caso, hasta mediados del mes de noviembre de 2016, el PL 056 de 2016 Senado continúa aún con la nota de radicación y publicación, pero carece de ponente designado para rendir el informe de ponencia y liderar el primer debate respectivo en Comisión Primera del Senado de la República (Senado de la República, s.f. Estado del proyecto de ley 056...).

Finalmente, en quinto lugar, como propuesta legislativa relevante y actual, es necesario traer a colación el **PL 085 de 2015 – Cámara y 123 de 2016 Senado** “*por medio de la cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, se autoriza su inclusión en el Plan de beneficios y se dictan otras disposiciones*”, el cual fue radicado el 19 de agosto de 2015 por varios Representantes a la Cámara y Senadores²⁰, pertenecientes al Partido Social de Unidad Nacional “Partido de la U”. Luego de revisar el texto del articulado que propone la iniciativa, se observa que es similar en todo lo estructural al Proyecto de Ley 109 de 2013 que no contó con el aval del Ministerio de Salud y de la Protección Social.

En esta nueva versión del proyecto se indicó que su finalidad es “*reconocer la infertilidad como una enfermedad que afecta y restringe el pleno goce de la salud humana, y garantizar el acceso total a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción y a las técnicas de fertilización reconocidas por la OMS, a través de su inclusión en el Plan de Beneficios*” (Congreso de la República, 2015. Proyecto de Ley 082 de 2015..., artículo 1°). Incluso, contempla que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la capacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. A su vez, entiende por reproducción médicamente asistida, los procesos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución del embarazo.

En cuanto al campo de aplicación, esta ley lo establece para “*todos los ciudadanos afiliados en el Sistema de Salud Pública del Estado colombiano*”, con lo cual en principio podría llegarse a pensar que tiene una pretensión de cubrimiento universal e igualitario respecto de la totalidad de los afiliados tanto en régimen subsidiado en salud, como de los que pertenecen al régimen contributivo. Sin embargo, ello no es así. El artículo 6° (Congreso de la República, 2015. Proyecto de Ley 082 de 2015...), establece unos requisitos específicos para poder acceder a la atención: (i) ser ciudadano colombiano o tener un mínimo de 5 años de residencia en nuestro país; (ii) habersele diagnosticado problemas de infertilidad a la persona beneficiaria por el profesional competente; (iii) comprobar la necesidad en dicho paciente; (iv) demostrar que no cuenta con los recursos necesarios para costear el tratamiento, y, (v) la iniciativa busca dar prioridad a aquellas parejas que aún no hayan tenido hijos.

Acreditados tales requisitos, la persona beneficiaria o la pareja pueden acudir a los centros de atención especializados en fecundidad de la red pública o privada de salud, por cuanto se

²⁰ Dentro de ello se encuentran los H.R. Martha Patricia Villalva Hodwalker, Ana María Rincón Herrera, Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, Albert Díaz Lozano, Carlos Arturo Correa Mojica y otros, y los H.S. Jimmy Chamorro Cruz, Armando Benedetti Villaneda y otros.

contempla la inclusión en el Plan de Beneficios los siguientes procedimientos y tratamientos: “*la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante*”. En igual sentido consigna la inclusión de procedimientos de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo (Congreso de la República, 2015. Proyecto de Ley 082 de 2015..., arts. 3 y 7 ss).

En este orden de ideas, esa iniciativa legislativa hasta el momento es la más integral que se ha presentado ante el Congreso de la República, ya que reconoce la infertilidad como enfermedad, la necesidad de asumir los costos a través del sistema de salud –aunque limitado al análisis de capacidad económica del beneficiario-, y propende por garantizar el acceso real y efectivo a los tratamientos científicos y tecnológicos con los cuales se puede lograr la procreación asistida. De allí que los incluye en el Plan de Beneficios en Salud que es el catálogo de coberturas del sistema de seguridad social en salud. No obstante, aún se queda corta en generar coberturas completas a partir de la condición de discapacidad que sufre la persona o pareja infértil, caso en el cual no debería estar sometido a la capacidad económica del afectado.

Hasta aquí, si bien se presentan importantes variaciones progresistas respecto al texto del PL 109 de 2013 – Cámara, lo más significativo es que en los artículos 11 y 12 de la iniciativa parlamentaria se consagran un registro presupuestal y un número de tratamientos máximos permitidos en una anualidad por persona. En tal sentido, se establece que “*a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conjuntamente con el de Salud, deberán proveer anualmente dentro del Presupuesto General de la Nación la correspondiente asignación presupuestal*” (Congreso de la República, 2015. Proyecto de Ley 082 de 2015..., art. 11). Nótese como a partir de ello se busca cumplir con la regla fiscal de mediano plazo presupuestando con anterioridad los gastos que implique la inclusión de los tratamientos para combatir la infertilidad, en el Plan de Beneficios para ambos régimen de salud. Además, desde el criterio propio, con el fin de mantener la sostenibilidad financiera del sistema y no agotar la UPC que el Estado paga a los prestadores de salud privados o públicos por cada afiliado, se fija como tope de acceso “*un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad y hasta tres (3) tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos*” (Congreso de la República, 2015. Proyecto de Ley 082 de 2015..., art. 12), lo cual a pesar de ser restrictivo, aparece como novedoso en las coberturas del sistema.

En cuanto a la exposición de motivos que fundamenta la propuesta legislativa que abre la ventana a la garantía de la procreación humana asistida con cargo al sistema de salud colombiano, cabe señalar que su eje principal parte de la clasificación de la enfermedad de infertilidad en: *primaria*, cuando no hay antecedentes de embarazos anteriores; y *secundaria*, cuando el fenómeno de la infertilidad acontece en parejas que con anterioridad han logrado un embarazo. Además, apoyada en diversos estudios indica que la infertilidad reporta consecuencias tanto en la salud física como mental del afectado, siendo necesario que el

Estado propenda por alcanzar el más alto nivel de salud para sus connacionales. Teniendo en cuenta ello, la iniciativa legislativa indica que la exclusión expresa de los tratamientos para la infertilidad, desconoce los derechos humanos a la autodeterminación reproductiva y al acceso a servicios de salud reproductiva consignados en instrumentos internacionales vinculantes, y de paso, la libertad que tienen las personas sobre su sexualidad porque se convierte en un limitante para lograr la reproducción asistida.

Precisamente, en lo que tiene que ver con la inclusión de los tratamientos de infertilidad en el Plan de Beneficios en Salud, el PL 082 de 2015 Cámara y 123 de 2016 Senado, toma como referente importante para su construcción normativa y el desarrollo legislativo, la sentencia T-528 de 2014 que profirió la Corte Constitucional y que será objeto de estudio concreto más adelante.

Pues bien, el PL 082 de 2015 Cámara y 123 de 2016 Senado, fue discutido y aprobado en primer debate proponiendo desde el informe de ponencia favorable, que los requisitos para ser beneficiario de las coberturas en reproducción asistida fueran objeto de reglamentación posterior. Así, como requisitos fueron avalados (i) ser ciudadano colombiano de nacimiento, y (ii) cumplir con los requisitos reglamentados por el Ministerio de Salud y Protección Social (Congreso de la República, 2015. Informe de ponencia para primer...). Desde nuestro análisis, esa modificación a pesar de eliminar los requisitos que el proyecto original consideraba, resulta problemática porque deja en manos del Gobierno Nacional fijar los requisitos de acceso a los tratamientos médico-asistidos para combatir la infertilidad, sin definir siquiera lineamientos concretos; es decir, la iniciativa legislativa deja una carta en blanco para que por vía reglamentaria el Ejecutivo termine generando barreras a título de requisitos, que impidan el reconocimiento de los derechos reproductivos por parte del sistema de salud.

Otra de las modificaciones propuestas fue la eliminación de los artículos 11 y 12 de la iniciativa parlamentaria que consagraban un registro presupuestal para proveer el gastos desde el Presupuesto General de la Nación, y un número de tratamientos máximos permitidos en una anualidad por persona. Tales textos fueron eliminados y fueron reemplazados por dos nuevos artículos señalando que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el encargado de realizar el estudio del impacto fiscal que genera la inclusión de los tratamientos de reproducción humana asistida en el Plan de Beneficios, con lo cual se condicionó tal inclusión a la obtención de esa cifra de impacto fiscal. De esa forma, el eje estructural del PL que era garantizar los derechos reproductivos, varió por completo y quedó condicionado al informe económico que debe presentar el Ministerio, para luego sí proceder a la inclusión de los tratamientos en el Plan de Beneficios.

Por su parte, en el informe de ponencia para segundo debate de esta iniciativa, los ponentes incluyeron dentro del pliego de modificaciones que el nombre del PL cambiara al siguiente: *“por medio de la cual se incluyen las técnicas de reproducción humana asistida para el tratamiento de la infertilidad, en el Plan de beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, se establece los lineamientos para la Política Pública en dichos tratamientos y se dictan otras disposiciones”*, al igual que variaron el objeto de la ley así: *“incluir en el Plan*

de Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas científicamente para el tratamiento de la infertilidad; la práctica de los estudios requeridos para su diagnóstico, los requisitos para el funcionamiento de los centros de salud y los lineamientos para la Política Pública en dichos tratamientos, previo estudios técnicos e impacto físico". (Congreso de la República, 2016. Informe de ponencia para segundo...). Respecto a estas modificaciones sustantivas, revisada la totalidad de la Gaceta del Congreso 106 de 2016, se pudo observar que las mismas carecen de una justificación constitucional o legal que permita inferir la finalidad en el cambio el título del PL y su objetivo central, pero lo que sí resulta claro es que frente a la propuesta original de incluir los tratamientos contra la infertilidad en el Plan de Beneficios, lo cierto es que luego de las modificaciones surtidas, la inclusión se encuentra condicionada al informe de impacto fiscal, con lo cual nuevamente el criterio económico se impone sobre la garantía de los derechos constitucionales.

En este punto, al igual que en el trámite legislativo del PL 109 de 2013 Cámara, se presentaron comentarios pero esta vez por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Puntualmente indicó que la inclusión de los tratamientos para combatir la infertilidad dentro de los planes obligatorios de salud, por fuera de los estudios técnicos y científicos que adelanta el Ministerio de Salud y de la Protección Social, compromete seriamente la definición y las coberturas que se logran obtener con una UPC, sumado a que pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema e incluso la viabilidad del mismo. Preciso que *"(...) en un país como el nuestro caracterizado por la escasez de recursos, es importante ponderar los costos de determinadas prestaciones de salud conforme a la dignidad humana pero también frente a su inmediatez y su requerimiento con necesidad. // (...) El equilibrio financiero no es un asunto menor ni es un elemento ajeno al ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social. (...)"* (Congreso de la República, 2016. *Carta de Comentarios del Ministerio...*). Luego de ello, el Ministerio realizó una proyección del impacto que se genera si se tiene en cuenta el total de mujeres que en el 2015 manifestaron su deseo de tener un/otro hijo y que han tenido problemas de infertilidad, fijándola en la suma de \$45.093'526.890. Con base en lo anterior concluyó en su comentario que la sostenibilidad financiera del sistema de salud se ve afectada por el proyecto de ley y que resulta inapropiado un estudio de impacto fiscal con posterioridad a la actividad legislativa, por lo cual rindió concepto desfavorable y pidió el archivo del PL 082 de 2015 Cámara.

Con ese concepto negativo, la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes del 10 de agosto de 2016 citada para adelantar el segundo debate al PL 082 de 2015 Cámara, contó con muchas intervenciones, dentro de ellas una que solicitaba suspender el trámite y conformar una comisión para trabajar con el Gobierno Nacional en la inclusión definitiva de los tratamientos de infertilidad en el Plan de Beneficios. No obstante, tal proposición finalmente fue retirada dejando la constancia de que antes de pasar al Senado de la República, se debe gestionar una reunión con el Gobierno Nacional para "pulir" el PL pensando en la salud y en la necesidad de las personas que padecen infertilidad. Así, los Representantes consideraron que era mejor someter la inclusión de los tratamientos de infertilidad a los estudios previos de impacto fiscal por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que posteriormente el Ministerio de la Protección Social sea el encargado de reglamentar el

acceso, los requisitos y los beneficios para superar la infertilidad con cargo al sistema de salud colombiano. De esta forma, el PL 082 de 2015 Cámara fue aprobado en segundo debate.

Hasta mediados de noviembre de 2016, consultado el estado del PL 082 de 2015 Cámara, se encontró que fue radicado a finales de agosto de la presente anualidad en el Senado de la República bajo el No. 123 de 2016, pero no ha sido designado el ponente para presentar el informe de ponencia y adelantar el tercer debate. Así las cosas, el proyecto de ley que estaba adelantando su curso con agilidad, se encuentra frenado en la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República.

Visto lo anterior, del recuento completo de los proyectos de ley que han pretendido desarrollar el acceso a los servicios de salud para tratar la infertilidad por medios científicos y tecnológicos con cargo a la UPC, y de esa forma garantizar la autodeterminación reproductiva otorgando posibilidades para lograr la procreación humana asistida, se concluye que (i) no existe la conciencia de poder en los legisladores de que la infertilidad es una enfermedad que produce discapacidad y que el Estado colombiano se encuentra obligado por diferentes instrumentos internacionales a garantizar los tratamientos para lograr la fecundidad asistida con cargo al sistema de salud; (ii) continua anteponiéndose el criterio económico y de sostenibilidad fiscal del sistema de salud, por encima del reconocimiento y la garantía de los derechos reproductivos, siendo ello evidente en los comentarios realizados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Salud y Protección Social, quienes luego de sus observaciones han generado bloqueos y han incidido negativamente paralizando la actividad legislativa; y, (iii) para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público resulta claro que la infertilidad no es una prioridad para el sistema de salud y que su cobertura genera un impacto fiscal de magnitud, por consiguiente se advierte como absurdo que el Congreso de la República condicione la inclusión de los tratamientos para combatir la infertilidad con medios asistidos científicamente, al concepto posterior que rinda ese Ministerio, pues según el PL 082 de 2015 Cámara – 123 de 2016 Senado, solo después de contar con el concepto favorable respecto del impacto fiscal es posible que el Ministerio de Salud y la Protección Social adelante los estudios técnicos para incluir la reproducción humana asistida dentro del Plan de Beneficios en Salud. Justamente, esos puntos de indefinición y de primacía del factor fiscal, permiten señalar que las barreras legislativas continúan y que difícilmente serán superadas ante la falta de voluntad real de parte de los Congresistas.

Es más, en Colombia a pesar de tener avances significativos en el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental a través de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la materialización concreta de cobertura de los derechos reproductivos acudiendo a métodos tecnológicos resulta nugatoria, pues el acceso a los servicios de procreación humana asistida carece de una política pública integral y menos cuentan con un sistema legal fuerte que propenda por su garantía. Aunque la Ley Estatutaria de la Salud consagra como principios rectores la accesibilidad, la progresividad del derecho y la interpretación *pro homine*, lo cierto es que se continúa incumpliendo los deberes que tiene el Estado colombiano de reconocer y proteger la autodeterminación reproductiva como derecho humano. Incluso, ni siquiera la misma Ley

Estatutaria se ocupó de garantizarlos; por el contrario, dejó un manto de duda del cual se han aprovechado tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como el Ministerio de Salud y Protección Social, que se encuentra ubicado en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 en el cual se instituyó que los recursos públicos asignados a la salud no pueden ser destinados a financiar servicios y tecnologías en los casos en que se advierta como criterios que (i) no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; y, (ii) se encuentren en fase de experimentación, entre otros. Por consiguiente, los servicios o tecnologías que se enmarquen dentro de esos criterios se entienden excluidos del Plan de Beneficios en Salud, argumento desafortunado al que está acudiendo el Gobierno Nacional para plantear que las técnicas de reproducción humana asistida corresponden a fases experimentales en el plano científico que no es obligación del sistema de salud garantizar, aunado al impacto fiscal que su cobertura acarrea.

Además de las anteriores barreras legislativas identificadas, se debe resaltar otra igual de complicada: el limitado acceso de las mujeres a los cargos de elección popular en el Congreso de la República de Colombia, situación que genera como consecuencia la masculinización del Derecho porque no se están construyendo las normas con perspectiva de género, sino con una visión androcentrista y generalizada del Derecho.

Para abordar el estudio de esta barrera, en línea de principio se debe señalar que en desarrollo de los derechos a la igualdad (art. 13 de la CP), a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político en iguales condiciones (art. 40 Superior), y a la igualdad de derechos y oportunidades que la Carta Política predica para hombres y mujeres (art. 43 ibídem), en el año 2000 fue expedida la Ley Estatutaria 581 con la finalidad de dar a la mujer la adecuada y efectiva participación política en todos los niveles de las ramas y órganos del poder político, siendo uno de esos niveles los cargos de máximo nivel decisorio, como son las curules en el Congreso de la República. Para lograr tal cometido, se dispuso como una medida de acción afirmativa que mínimo el 30% de los cargos de máximo nivel decisorio debían ser desempeñados por mujeres.

Posteriormente, con la expedición de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 que adoptó reglas para la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, además de los procesos electorales, se consagró la obligación de conformar e inscribir las listas de candidatos a cargos de elección popular contando con la participación mínimo de un 30% de uno de los géneros. Esta disposición lo que pretendió fue empoderar a la mujer a partir de su participación política efectiva en escaños de máxima decisión estatal, y de paso con ello generar el cumplimiento -aunque sea parcial- de uno de los Objetivos del Milenio sobre Desarrollo Sostenible trazados en el marco de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas para los años 2000 a 2015, cual era, *“promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer”*.

Precisamente, en el Informe que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) rindió en el 2015 sobre el caso colombiano, destacó que si bien la proporción de escaños ocupados por las mujeres en el Congreso de la República ha presentado un ligero aumento ya que, mientras en el periodo 1991-1994 tenía un 7% de participación política, en el 2010-

2014 se dio un considerable aumento al 17% que fue reforzado en el periodo electoral 2014-2018 llegando a un 23% de participación política parlamentaria, lo cierto es que sigue existiendo inequidad de género y discriminación hacia la mujer ante la falta de paridad en la representación política. Al respecto precisó:

“En el curso de los últimos 20 años las mujeres en Colombia han ganado una importante participación en los niveles decisorios, aunque sigue existiendo inequidad de género en este aspecto. Prueba de ellos es que para el periodo 2014- 2018 casi 1 de cada 4 curules en el Congreso son ocupadas por mujeres, mientras que en el periodo electoral previo (2010-2014) la cifra era ligeramente superior a 1 de cada 6 y a comienzos de la década de los 90’s era 1 de cada 14” (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – Colombia, 2015. *Objetivos...*, p. 24).

Y es que en ese sentido no se puede perder de vista que la igualdad material solo es posible de predicar cuando la participación política tenga equivalencias proporcionales entre ambos géneros; por ello, ante el incumplimiento de esa meta por parte de los Estados Miembros de Naciones Unidas, se trazó dentro de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible para transformar el mundo al 2030 -como política de acción no vinculante-, el objetivo 5 denominado “*lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas*”. Dentro de las metas de ese objetivo se encuentran (i) velar por la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles de la adopción de decisiones en la vida política, económica y pública, y (ii) aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas a todos los niveles; con lo cual se advierte como prioritario lograr la igualdad plena en participación política de ambos géneros. Al respecto, ONU Mujeres señaló:

“La agenda de los Objetivos de Desarrollo del Milenio no permitió lograr avances sustanciales en materia de participación política de las mujeres pues su presencia en los espacios de toma de decisiones sigue siendo minoritaria y muy lejana a la paridad, es así como, por ejemplo, para el año 2016 las mujeres representan tan solo el 26% de los parlamentos del mundo. Reconociendo la necesidad de avanzar de forma sustancial para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular en el objetivo 5 para alcanzar la igualdad de género, se incluyen medidas para garantizar la igualdad de participación y oportunidades en todas las esferas de la vida y se estableció como meta consolidar un planeta 50/50 para el 2030. Para ello es necesario adoptar medidas afirmativas que permitan superar las brechas que impiden la plena participación política de las mujeres” (ONU Mujeres, 2016. *Ruta del sistema...*, p. 2).

Pues bien, a pesar de existir normatividad y los objetivos antedichos, los estudios especializados (Sisma Mujer, 2014; Wills M.E & Cardozo, F. 2010; Batlle M. & Melendro Blanco C., 2015) demuestran que la participación de la mujer en el Congreso de la República colombiano sigue siendo escasa tanto en la inclusión efectiva como en la representación ejercida. Por ejemplo, Batlle M. & Melendro Blanco C plantean que las mujeres están siendo

discriminadas políticamente por dos vías: la primera, porque tienen poca presencia en los primeros renglones de las listas de los partidos, y la segunda, por el hecho de que los partidos y movimientos políticos están convocando muchas veces a mujeres sin preparación o sin proyección de una carrera política, para que integren la lista de candidatos pero solo por cumplir con el requisito obligatorio o cuota de género, pero no con la convicción de hallar en ellas una sólida representatividad. Entonces, se trata de un “*compromiso de fondo superficial*” como lo denomina Wills & Cardozo (2010).

Por su parte, Sisma Mujer (2014) reconoce que aunque la participación femenina para el periodo 2014-2018 alcanzó el histórico más alto en la Cámara de Representantes con 52 mujeres equivalente al 19,40% y 206 hombres equivalente al 76,86%, y en el Senado con 23 mujeres (22,54%) y 79 hombres (77,45%), dicha representación sigue sin llegar siquiera al mínimo del 30% para alcanzar la llamada “masa crítica” que pueda causar una incidencia legislativa en favor del género femenino. Ante tal situación precisó lo siguiente con el fin de visibilizar las barreras:

“A pesar de la implementación, por primera vez en elecciones al Congreso, de un sistema de cuotas electorales en el país, la ley 1475 de 2011 sigue manteniendo unas y reforzando otras barreras institucionales que impiden el pleno ejercicio de la participación política a las mujeres. La definición del orden de las listas, la permanencia de costumbres políticas discriminatorias, el voto preferente, la instrumentalización electoral y la financiación y formación de las mujeres, entre otras, siguen siendo límites fuertes que restringen una verdadera inclusión femenina en escenarios como el Congreso. De ahí la necesidad de plantear mecanismos integrales que rijan los procesos de elección popular y garanticen el compromiso de los partidos políticos de incluir mujeres en sus filas, más allá de la mera formalidad” (p. 2).

Como se atisba, aunque el periodo 2014-2018 es el que históricamente ha reportado una mayor elección de las mujeres en el Congreso de la República, de todas formas su participación política en ese órgano legislativo no alcanza una cuarta parte de la totalidad de curules existentes. Al ser el género masculino el que mayoritariamente toma las decisiones en cuanto a la producción normativa, lo que se produce en nuestro país no es nada diferente al ejercicio patriarcal del Derecho porque en últimas la bancada feminista termina muchas veces discriminada, subordinada y oprimida en razón de su sexo, al punto que como lo reconoce FACIO, A (1999) sus experiencias, vivencias y necesidades no son tomadas en cuenta ni satisfechas, dando paso a la “*infravaloración de lo femenino en todo el quehacer humano*”. De tal forma que, el único camino de lograr cambios significativos es continuar la lucha por la redistribución equitativa del poder político entre ambos sexos.

La composición patriarcal del Congreso de la República ubica entonces el problema en la visión y construcción androcéntrica del Derecho, habida cuenta que se toma “*la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, y que por lo tanto las leyes «genéricas» (es decir, las que supuestamente nacen de las necesidades de todas(os), van dirigidas a todos los seres humanos y supuestamente tendrían efectos similares en todos y todas), NO son neutrales en términos de género sino que parten del sexo masculino como representante de la especie*

toda” (FACIO, A. 1999, p. 191). De allí que la mayoría de las leyes concebidas por los hombres respondan a un patrón de lo masculino, ajustándolas solamente a la idea de lo que somos y necesitamos las mujeres; es decir, se presenta una de las formas extremas de androcentrismo normativo, cual es la *ginopia*, entendida por la misma autora como “*la imposibilidad de ver lo femenino o invisibilización de la experiencia femenina*”.

El problema identificado a título de barrera legislativa no es extraño al caso de los derechos reproductivos y en especial a la autodeterminación reproductiva a partir de la procreación humana asistida como obligación que debe garantizar el sistema de salud colombiano. Para explicar lo anterior, al menos tres puntos surgen como relevantes.

En primer lugar, después de haber estudiado a profundidad los cinco proyectos de ley que han intentado desde el año 2011 desarrollar el tema, se observa que 4 de ellos fueron construidos y radicados por parlamentarios del género masculino. Nótese que solo el PL 085 de 2015 – Cámara y 123 de 2016 Senado, que es el más reciente y adelantado en trámite legislativo, ha contado con participación minoritaria de las mujeres en su elaboración.

En segundo lugar, tanto las exposiciones de motivos como los articulados mismos que al parecer demuestran un contenido generalizado y aparentemente neutral, terminan invisibilizando la experiencia femenina porque todos los proyectos de ley radicados limitan el acceso a los beneficios científicos y tecnológicos de reproducción humana asistida, al estado de infertilidad y a la capacidad económica de la afectada. Sobre el tema económico pareciera que las diferentes iniciativas legislativas desconocen la realidad social y laboral de las mujeres, las cuales en la mayoría de los casos dependen económicamente de sus parejas o simplemente laboran en el hogar sin contar con una remuneración fija. Incluso, si se llegará a pensar que corresponde a aquellas mujeres modernas, trabajadoras y autosostenibles, la obligación internacional impuesta al Estado colombiano sobre brindar los servicios en materia de salud reproductiva para lograr la fecundidad, no impone restricciones de ningún nivel porque lo que se pretende es garantizar la autodeterminación reproductiva como libertad para todas las personas sin distinciones alguna.

En tercer lugar, las dificultades que han tenido los proyectos de ley en su trámite legislativo dejan entrever que para el patriarcado no es prioritaria la autodeterminación reproductiva porque lo ven como un derecho asociado únicamente a las mujeres, ya que en sus cuerpos reposa el poder reproductivo capaz de albergar vida, así sea de forma asistida. Justamente esa diferencia material con los hombres repercute en la visión que éstos tienen de la prioridad legislativa, lo que nuevamente discrimina e invisibiliza las necesidades femeninas ya que terminan relacionando la infertilidad con un problema que padecen y perjudica únicamente a las mujeres.

En este orden de ideas, a modos de síntesis, se identifica que en la actualidad existen dos barreras legislativas importantes que se deben superar: la ausencia de leyes que regulen las técnicas de reproducción humana asistida para garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud reproductiva y dotar de contenido el ejercicio del derecho a la autodeterminación reproductiva en los casos en que la persona o la pareja decidan acudir a medios asistidos para

procrear. Y, la participación política de las mujeres en el Congreso de la República no se rige por los criterios de paridad, lo que apareja como consecuencia que tres cuartas partes del máximo órgano de representación legislativo esté compuesto por hombres. Lo anterior ha generado una construcción masculinizada del Derecho por cuanto priman las ideas patriarcales por encima de las necesidades femeninas, sobre todo porque se relacionan los procesos de fertilidad y sus enfermedades al cuerpo femenino.

Definido lo anterior y partiendo de que la construcción de una política pública integral amerita la interrelación de las medidas legislativas con las administrativas, la investigación se ocupará seguidamente de poner en evidencia aquellas barreras impuesta por el Gobierno Nacional.

2.2. IDENTIFICANDO LAS BARRERAS GUBERNAMENTALES: EL DEFICIENTE DESARROLLO DE UNA POLÍTICA PÚBLICA INTEGRAL EN MATERIA DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LAS EXCLUSIONES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE LOS PLANES DE SALUD.

Como línea de partida es necesario señalar que el artículo 32 de la Ley 1122 de 2007 define que el concepto de salud pública está constituido *“por el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad”*.

La anterior definición parte de la existencia de un conjunto de políticas públicas que mediante acciones gubernamentales afrontan problemas de salud de la población debidamente identificados, para a partir de ellos trazar planes de acción a título de manejos integrales o soluciones estructurales que mejore la condición de vida y traigan bienestar colectivo. Esto nos introduce sin duda a la necesidad de conceptualizar ¿qué se entiende por políticas públicas? Luego de revisar varias definiciones, para el objeto de esta investigación se considera válido centrarse en la que plantean Jiménez Benítez, W & Ramírez Chaparro, C (2008), quienes citando a Roth (2002), indican que *“es un conjunto conformado por uno o varios colectivos considerados necesario o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática”* (p. 56), y en la que teoriza el profesor Muller, P (2002) señalando que una política pública se presenta bajo la forma de un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio específico, por lo cual constituye *“un proceso de mediación social, en la medida en que el objeto de cada política pública es tomar a su cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y otros sectores, o aún entre un sector y la sociedad global. Se dirá que el objeto de una política pública es la gestión de una relación global-sectorial”* (p. 48).

Sabiendo que las políticas públicas sirven para identificar un problema público y diseñar de forma integral medidas o planes de acción con objetivos que alcanzar, se debe destacar como “fase de problematización” que interesa a esta investigación, que la última *Encuesta Nacional de Demografía y Salud* que realizó Profamilia para el Ministerio de Salud y de la Protección Social a lo largo del territorio colombiano en el año 2010 (es quinquenal, pero la ENDS 2015 no ha sido publicada²¹), entrevistó a mujeres entre los 13 y los 49 años indagándolas por su vida reproductiva. En el capítulo 8 relacionado con las *preferencias sobre fecundidad y demanda de planificación familiar*, concretamente en el apartado 8.6 se consignaron los resultados sobre temas relacionados con infertilidad. Allí se puso de presente que de las encuestadas un porcentaje equivalente al 11% sufren problemas de infertilidad y quienes reportan más ese problema son aquellas que tienen un hijo, las mayores de 30 años, las de la zona urbana, las de la región Caribe, entre las mujeres con nivel de educación superior y sin educación, entre los niveles de riqueza más altos. Así mismo, el resultado arrojó que el 38% de las mujeres que han tenido problemas de infertilidad ha consultado sobre el problema a un especialista, quien las ha guiado al uso de técnicas de reproducción humana para lograr concebir de forma asistida. También se indicó que la mitad de las mujeres con problemas de infertilidad manifestaron que el problema era de ellas, 16% del marido, 10% por motivos de enfermedad de ella o de él, 6% por motivos de la pareja, 2% por edad y 16% aluden otras razones o no la saben específicamente. De las que dijeron que el especialista les había recomendado un tratamiento, el 18% señaló que lo estaba recibiendo con recursos propios, el 27% manifestó que no lo recibían por ser muy costoso, el 11% dijo que no lo recibía porque el esposo o compañero se opone a ello y el 45% aludió que habían abandonado la idea de tener hijos porque debían someterse al tratamiento que era muy costo y que no cubría la red colombiana de servicios de salud (p. 185 y ss).

Como se evidencia de los resultados obtenidos, desde el año 2010 existe un porcentaje considerable de la masa poblacional integrada por mujeres y hombres, que están reportando problemas de infertilidad que afectan la salud reproductiva y la posibilidad de determinar el número de hijos que se quiere concebir. Esto permite ubicar un problema público que lesiona derechos fundamentales como la salud y la autodeterminación reproductiva.

Teniendo claro la fase de problematización anterior, se debe precisar que a partir de la creación de la Ley 100 de 1993 existe en Colombia el Sistema de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS). A este sistema concurren las personas participantes de dos formas: en

²¹ En la página web del Ministerio de Salud y Protección Social se encuentra un avance del trabajo de campo de la ENDS 2015, en el cual se indica que “entregará, por primera vez, evidencia sobre el estado de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de las mujeres y los hombres colombianos, así como un análisis de los tres componentes básicos de la dinámica demográfica: fecundidad, migración (interna e internacional) y mortalidad (infantil, materna y adulta). Adicionalmente en la ENDS 2015 se fortalecerá el análisis de la información sobre embarazo adolescente y educación para la sexualidad; y se desarrollará un nuevo capítulo para estudiar las percepciones sobre los roles de género y el ejercicio de la autonomía sexual y reproductiva de la población colombiana”. No obstante, a noviembre de 2016 los resultados de dicha encuesta no han sido publicados. Recuperado el 7 de noviembre de 2016 del link <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/GCFI/boletin-ends-agosto-2015.pdf>

calidad de afiliados o de vinculados. En cuanto a los afiliados, esta condición se predica para aquellas personas que hacen parte de alguno de los dos regímenes de cobertura diseñados en el SGSSS: el primero de ellos denominado régimen contributivo en salud, cuyos afiliados son las personas sujetas a un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados, y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Este grupo de personas realizan un pago mensual al sistema con lo cual se genera parte del sostenimiento del mismo. El segundo régimen es el subsidiado, al cual acuden las personas sin capacidad de pago (población más pobre y vulnerable del país) para cubrir el monto total de la cotización mensual, resultando entonces subsidiados en el acceso y prestación de los servicios de salud.

De acuerdo con el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, todos los afiliados al SGSSS tendrán un plan integrado de protección en salud con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, el cual se denomina Plan Obligatorio de Salud. Dicho plan es el que limita las coberturas del sistema con cargo a la UPC –Unidad de Pago por Capitación– que el Estado transfiere a los prestadores de los servicios de salud.

Justamente, las directrices fundantes del SGSSS fueron objeto de modificación a través de la Ley 1438 de 2011, disposición legal que otorgó competencia a los distintos niveles de la Administración Pública para adoptar, implementar y adaptar las políticas y planes en salud pública a nivel nacional, a la vez que los habilitó para formular, ejecutar y evaluar los planes de intervención colectiva (art. 5). Es así que definió al Gobierno Nacional como el responsable de trazar la política de salud pública, y al Ministerio de Salud y Protección Social como el encargado de elaborar el Plan Decenal de Salud Pública contando con un amplio marco de participación social.

Pues bien, a partir de esos nuevos lineamientos y competencias, en el año 2013 el Ministerio de la Salud y Protección Social expidió la Resolución 1841 del 28 de mayo de 2013, contentiva del **Plan Decenal de Salud Pública 2012 – 2021** (en adelante PDSP)²², el cual pretende la reducción de la inequidad en salud planteando los siguientes objetivos: *“garantizar el goce efectivo del derecho a la salud para todos, mejorar las condiciones de vida que modifican la situación de salud y disminuyen la carga de enfermedad existente manteniendo cero tolerancia frente a la mortalidad, la morbilidad y la discapacidad evitables. Uno de los mayores desafíos del Plan Decenal de Salud Pública, PDSP, 2012 – 2021, es afianzar el concepto de salud como el resultado de la interacción armónica de las condiciones biológicas, mentales, sociales y culturales del individuo, así como con su entorno y con la sociedad, a fin de poder acceder a un mejor nivel de bienestar como condición esencial para la vida”*. (p. 12). Precisamente, la naturaleza del PDSP se identifica como indicativa, integral e itinerante, a la vez que contiene los principios rectores de política y las acciones fundamentales de intervención del entorno, de los comportamientos, de los servicios de salud y de la participación social en general. Además de ello, señala que su

²² Este plan decenal es producto de las directrices impartidas en el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 “Prosperidad para Todos”.

orientación busca desarrollar los parámetros fijados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio²³.

El PDSP 2012-2021 asume un abordaje desde diferentes enfoques, a saber: salud como derecho, determinantes sociales de la salud, enfoque diferencial, enfoque de género y enfoque poblacional. En relación con el primero de tales enfoques, la construcción del Plan Decenal se vincula al escenario de los derechos humanos, reconociendo el derecho a la salud como inherente a la persona humana, con carácter irrevocable, inalienable e irrenunciable, determinado por su carácter igualitario y universal, con lo cual se busca el “*disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*” en los términos de la Observación General No. 14 del Comité PIDESC, y la interdependencia con otros derechos.

Dentro del diseño estratégico, el PDSP 2012-2021 traza la ruta para el mediano y largo plazo a partir de 7 dimensiones prioritarias para la vida: “*salud ambiental; derechos sexuales y sexualidad; seguridad alimentaria y nutricional; comportamiento y convivencia social; vida saludable libre de enfermedades transmisibles; vida saludable libre de condiciones evitables no transmisibles y discapacitantes y respuestas efectivas ante emergencias y desastres*” (Ministerio SyPS, 2013. p. 40). Adicionalmente, plantea un abordaje mediante 2 dimensiones transversales que se centran en la gestión diferencial de poblaciones vulnerables y, en la gestión para el fortalecimiento institucional y de los servicios de salud.

Concentrando nuestro estudio en el tema de fecundidad y derechos reproductivos, se halla que el PDSP 2012-2021 en cuanto al perfil socio-demográfico que busca analizar la población en el contexto de los determinantes de la salud, expone que la dinámica de fecundidad en personas de edades normales fértiles ha disminuido. Así, plantea “*mientras la fecundidad general disminuye pasando de 91 nacimientos por mil mujeres a 74 entre 1990 y 2010, la fecundidad específica para mujeres de 15 a 19 años ha presentado un incremento cercano al 30%, del 70 por mil a 90 por mil entre 1990 y 2005*” (Ministerio SyPS, 2013. p. 53. Negrillas del texto original). No obstante, llama la atención que dentro del perfil epidemiológico no se menciona nada sobre esa fecundidad disminuida, ni se ubica dentro del criterio de morbilidad sentida –o auto percepción del problema de salud- por condiciones crónicas no transmisibles como pueden catalogarse los padecimientos de infertilidad. De esa auto percepción de disminución de la fecundidad justamente dio cuenta la ENDS 2010, como ya fue advertido en líneas precedentes.

De forma puntual, en cuanto a la dimensión prioritaria relacionada con *Derechos y Sexualidad* (objetivo 8.5), se fija como objetivo ruta el siguiente: “[g]arantizar las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que inciden en el ejercicio pleno y autónomo de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las personas, grupos y comunidades en el marco de los enfoques de género y diferencial asegurando reducir las condiciones de vulnerabilidad y la atención integral de las personas” (Ministerio SyPS,

²³ Para el momento en que fue formulado el Plan Decenal de Salud Pública, se encontraban aún vigentes los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Sin embargo, importa recordar que en septiembre de 2015 la Asamblea General de la Naciones Unidas adoptó formalmente 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible a 2030.

2013. p. 110). A partir del mismo, se identifican como componentes determinantes de esa dimensión (i) la promoción de los derechos sexuales y reproductivos y la equidad de género; y, (ii) la prevención y atención integral de salud sexual y reproductiva desde un enfoque de derechos.

Tratándose del primer componente mencionado, si bien el Plan Decenal propone como objetivo “*garantizar el ejercicio de los derechos relacionados con la sexualidad y la reproducción, libre de violencias en un marco de igualdad, libertad, autonomía, no discriminación por motivos de sexo, edad, etnia, orientación sexual o identidad de género, discapacidad, religión o ser víctima del conflicto armado*” (Ministerio SyPS, 2013. p. 110), lo cierto es que dentro de las metas y estrategias planteadas no se promueve ni garantiza la libertad en el ejercicio de la autodeterminación reproductiva de forma asistida. Por el contrario, prima en el enfoque promover la salud sexual y reproductiva de adolescentes y garantizar la salud materna, así como privilegiar el acceso y uso de servicios de salud, como un derecho y movilización social para la superación de barreras de acceso a los servicios de anticoncepción, control prenatal, prevención del aborto inseguro, atención de la IVE, parto y puerperio. Nótese que nada se dice sobre los problemas asociados a la disminución de la fecundidad en poblaciones con edades fértiles normales, y al acceso efectivo a los desarrollos científico-tecnológicos para lograr la procreación asistida.

Lo propio acontece con el segundo componente señalado. En el Plan Decenal frente a la prevención y atención integral de la salud sexual y reproductiva desde un enfoque de derechos, se fija como objetivo el “[*g*] *garantizar el nivel más alto de la salud sexual y reproductiva a través de la prevención y atención integral, humanizada y de calidad desde los enfoques de derechos, género y diferencial por medio de la articulación de los diferentes sectores que inciden en los determinantes sociales relacionados con los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*” (Ministerio SyPS, 2013. p. 113). El desarrollo del anterior objetivo se fundamenta en disminuir la tasa de fecundidad de mujeres adolescentes entre 15 a 19 años, aumentar el uso de métodos modernos de anticoncepción en mujeres en edad fértil, evitar los casos de mortalidad materna, lograr mayor ingreso y cobertura en controles prenatales, entre otros, invisibilizando lo relacionado con los problemas de disminución de la fecundidad en personas de edades fértiles normales y el acceso a los beneficios de la reproducción asistida. Por consiguiente, al no ser identificada esa necesidad dentro de los objetivos específicos del componente, lógicamente las metas y las estrategias diseñadas tampoco abordan su inclusión.

La anterior situación deja entrever que por lo menos en el diseño de los lineamientos de la política pública en salud para el periodo 2012-2021, no es una prioridad para el Gobierno Nacional ni se contempla como relevante, la reproducción humana asistida como un derecho reproductivo con cargo al sistema, a través del cual se satisface la salud y la autodeterminación reproductiva.

Pero como si ello no fuera abrumador, esa situación se repite en la ***Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*** que trazó el Ministerio de Salud y Protección Social en el año 2014 con proyección hasta el año 2021 (en adelante PNSDSyR),

con la finalidad de desarrollar la dimensión prioritaria de Derechos y Sexualidad consignada en el PDSP 2012-2021, como expondremos seguidamente, no sin antes explicar a título de contexto que la Política Nacional en comento cuenta con 10 principios rectores, dentro de los cuales cabe resaltar el principio de *diferenciación entre sexualidad y reproducción*. Al respecto se plantea la independencia que existe entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos, al punto de identificar que:

“la construcción social ha posibilitado que a todas las personas les asista el disfrute de la sexualidad al margen de la reproducción o **a ejercer su derecho a la reproducción al margen de la sexualidad**. La sexualidad es de suyo un campo de la autonomía personal modelada en lo social, por ello reconocida como construcción social. Así mismo, la reproducción desde una condición biológica ha estado ligada a la sexualidad, **pero cada vez los avances de la ciencia en materia de fertilidad, (reproducción asistida, adopción, etc.) la hacen posible sin esta mediación**” (Ministerio de SyPS, 2014. p. 50 – negrillas fuera del texto original).

Otro de los principios rectores importante es aquel que propende por la libertad sexual y reproductiva. Sobre ese punto, la Política Nacional identifica la autodeterminación reproductiva con la anticoncepción como expresión de la libertad individual en un país laico, lo cual desde nuestra óptica resulta ser una visión limitada porque solo concibe una parte del concepto de autodeterminación reproductiva, pero deja por fuera temas relevantes como la libertad de escoger el número de hijos bien sea biológicamente o de manera asistida.

En lo tocante a los objetivos específicos y las acciones que consigna la PNSDSyR 2014-2021, el segundo objetivo propuesto se enmarca en la *“gestión del riesgo en salud a través de la gestión de los factores que afectan la salud sexual y la salud reproductiva”* (Ministerio de SyPS, 2014. p. 73), para lo cual se presentan tres sub-objetivos concretos: (i) garantizar el acceso de las personas a los beneficios de los avances científicos disponibles para el disfrute de la sexualidad y la reproducción y el ejercicio pleno de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, como forma de materialización del derecho a la salud física, mental y social; (ii) facilitar el acceso permanente a la información, apropiación de contenidos y significados relacionados con sexualidad, reproducción, derechos sexuales, derechos reproductivos y salud, a través de la disposición de todos los medios pedagógicos y de democratización del conocimiento desde el sector de la salud y otros sectores como el educativo, que faciliten la comprensión integral de la sexualidad y la reproducción y sus relaciones con los determinantes sociales y culturales; y, (iii) gestionar desde todos los niveles del sector salud, condiciones favorables que posibiliten la decisión sobre la paternidad y la maternidad, desde el reconocimiento de las particularidades de los diferentes grupos, como forma de respeto de la diversidad individual, social y cultural.

La presente investigación se concentrará en los sub-objetivos i) y iii). En primer lugar, respecto a la garantía en el acceso de las personas a los beneficios de los avances científicos disponibles para el disfrute de la sexualidad y la reproducción, la PNSDSyR 2014-2021 orienta las acciones en promover los mejores servicios de salud sexual y salud reproductiva posibles con base en evidencia e investigación científicamente válida, y en organizar la

prestación de servicios teniendo en cuenta al ser humano en su condición de integridad, entre otras. En segundo lugar, frente a las condiciones favorables para posibilitar la decisión sobre la paternidad y la maternidad, se limita a plantear acciones encaminadas al reconocimiento de las familias diversas, al igual que a la promoción del respeto en el ejercicio autónomo de la fecundidad teniendo como referencia el principio de la no discriminación.

Como se observa hasta aquí, el diseño de la política pública en materia de salud reproductiva y autodeterminación reproductiva por parte del Gobierno Nacional no contempla el uso y disfrute de los avances científicos y tecnológicos para que aquellas personas o parejas que padecen problemas en la disminución de su fertilidad en edades normales, es decir, infertilidad, puedan hallar mejoría acudiendo a la reproducción asistida. Mucho menos esa política contempla que el acceso a los servicios de concepción asistida se garantice a todas las personas sin discriminación alguna, con el fin de proteger la libertad reproductiva. Entonces, el dilema evidenciado en la fase de problematización no ha sido asumido como un tema de salud pública y, por ende, las políticas resultan limitadas toda vez que no consideran el desarrollo de planes, programas y proyectos para generar la cobertura de la reproducción asistida como derecho reproductivo que debe garantizar el sistema de salud colombiano.

Lastimosamente las coberturas en salud así lo demuestran, como pasará a explicarse. El Decreto 2562 de 2012 en su artículo 2° modificó las funciones del Ministerio de Salud y Protección Social, asignando dentro de las nuevas competencias el definir y modificar los Planes Obligatorio de Salud (POS) que contemplan las garantías en salud que los prestadores del servicio deben cubrir para los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado.

Con base en esa facultad, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución No. 5521 del 27 de diciembre de 2013 *“por la cual se define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud”*, cuyo ámbito de aplicación unificado extiende su cobertura tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado del SGSSS. Importa señalar que el POS determina a qué tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al sistema de salud y se constituye en un instrumento para que las entidades prestadoras de salud garanticen el acceso a las tecnologías en salud según las condiciones definidas en ese acto administrativo. Pues bien, en artículo 130 de la mencionada resolución se fijó como exclusión específica del POS los tratamientos para la infertilidad²⁴, con lo cual se constituyó una clara barrera administrativa para el acceso a los servicios de reproducción asistida como plan de mejoría para la salud reproductiva y la protección de la autodeterminación reproductiva. Por consiguiente, los interesados debían someter su caso al estudio del Comité Técnico Científico de la entidad, que la mayoría de las veces terminaba negando la prestación por estar excluida del POS o porque la consideraban innecesaria desde el punto de vista médico, lo que generaba una imposición de criterio diferente al que había sido expuesto por el médico tratante conecedor de la historia clínica y de las verdaderas condiciones de salud del afiliado.

²⁴ Esta exclusión específica de los tratamientos de infertilidad del POS no resulta ser nueva. Desde el primer acto administrativo que definió en 1994 el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (Resolución No. 5621 de 1994), los tratamientos para la infertilidad fueron excluidas de forma expresa por el artículo 18.

Ahora bien, en la reciente actualización y cambio de nombre del POS a Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC del SGSSS, el mismo Ministerio en la Resolución No. 5592 del 24 de diciembre de 2015 varió el uso del lenguaje ya no para referirse a exclusiones específicas, sino a inclusiones expresas. De esa forma, las técnicas de reproducción humana asistida y en general los tratamientos para combatir la infertilidad no fueron mencionados, es decir, *obran como una exclusión implícita*. La cobertura del sistema en materia de derechos reproductivos se limita a la anticoncepción para ambos géneros y a la atención integral del proceso de gestación, parto y puerperio, pero se repite, no mencionada nada frente a la infertilidad o al disfrute de beneficios tecnológicos en ese campo para todos los afiliados sin discriminación alguna. Nótese entonces como se configura una nueva barrera administrativa que además se presenta oculta e invisible.

Justamente, al tratarse en la actualidad los temas de infertilidad como una exclusión implícita, surge una pequeña ventana de salvación que podría ayudar a las personas o a las parejas a que el sistema de salud asuma directamente la cobertura de los procedimientos asistidos y medicamentos necesarios para combatir esa enfermedad. Dicha ventana se encuentra representada en la Resolución No. 1328 del 15 de abril de 2016 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, *“por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, garantía del suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”*.

Esta resolución resulta relevante para esta investigación por dos razones. En primer lugar, elimina los Comités Técnico Científicos que como se advirtió eran una barrera de acceso a los servicios para combatir la infertilidad y de técnicas de reproducción humana asistida. Y, en segundo lugar, permite que los profesionales de la salud recuperen su autonomía para adoptar las decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes a su cargo, por lo cual fijó unos criterios y lineamientos de autorregulación para el reconocimiento de tecnologías excluidas -explícita o implícitamente- del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, es decir, a partir del mes de abril de 2016 es posible que el profesional de la salud tratante y adscrito a la entidad prestadora de salud, llene un formulario a través de un aplicativo web solicitando la cobertura de un tratamiento no incluido. Este procedimiento fue sometido a unos criterios, algunos de ellos donde permanecen ciertas restricciones, dentro de los cuales vale destacar los siguientes:

- “Que se hayan agotado o descartado las posibilidades técnicas y científicas para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, de las tecnologías contenidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y no se haya obtenido resultado clínico o paraclínico satisfactorio en el término previsto de sus indicaciones, o se hayan previsto u observado reacciones adversas o intolerancia por el paciente, o existan indicaciones o contraindicaciones expresas, de todo lo cual, deberá dejarse constancia en la historia clínica” (Ministerio de SyPS, 2016. art. 9, numeral 3).

- “Que la decisión de prescribir un servido o la tecnología en salud no cubierta en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, sea consecuente con la evidencia científica disponible. En caso de que existan protocolos, guías y procedimientos desarrollados en el país deberá tomarlos como referencia” (Ministerio de SyPS, 2016. art. 9, numeral 4).
- “En caso de que la tecnología en salud no cubierta en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC corresponda a un procedimiento, se entienden incluidos en este los insumos, materiales o dispositivos médicos necesarios para su realización, por lo que no se requerirá la prescripción separada de los mismos, excepto en los casos definidos en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC o en actos administrativos del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales la normativa indique de forma explícita que no hace parte de la cobertura del mismo” (Ministerio de SyPS, 2016. art. 10, numeral 4).

Aunque se estima que someter aún las exclusiones del Plan de Beneficios a una serie de criterios y condicionamientos desconoce el derecho fundamental a la salud en aquellos casos en que el paciente requiere con necesidad el tratamiento para combatir la infertilidad, sobre todo porque no existen sustitutos dentro de las coberturas habilitadas, también se reconoce que se trata de un pequeño avance que otorga autonomía al profesional de la salud y que en últimas se traduce en beneficios para la persona o la pareja. Se advierte que los tratamientos para combatir la infertilidad y las técnicas de reproducción humana asistida por ser exclusiones implícitas del actual Plan de Beneficios en Salud, no se encuentran sometidas a la competencia de la Junta de Profesionales de la Salud para validar el concepto del médico tratante, ya que dicha competencia solo opera para aquellos casos de exclusiones explícitas²⁵.

Entonces, a modo de síntesis, se identificó la existencia de barreras gubernamentales en cuanto a la garantía de la salud y autodeterminación reproductiva de las personas o parejas que padecen infertilidad, o que simplemente quieren satisfacer su deseo de tener un hijo acudiendo a los beneficios tecnológicos de la reproducción asistida. Tales barreras se materializan en el deficiente desarrollo de una política pública integral en materia de derechos reproductivos y en las exclusiones de los tratamientos e infertilidad de los planes de salud que cubre el SGSSS. Visto ello, la investigación se centrará seguidamente en las barreras de orden moral y social.

2.3. IDENTIFICANDO BARRERAS INVISIBLES IMPUESTAS POR LA RELIGIÓN Y LA SOCIEDAD: LA REPRODUCCIÓN BIOLÓGICA COMO ÚNICA FORMA PERMITIDA DE CONCEBIR UN HIJO Y LA INFERTILIDAD COMO UN PROBLEMA EXCLUSIVO DE LAS MUJERES DESDE LA CONCEPCIÓN PATRIARCAL.

Sin duda, el diseño y el análisis de una política pública integral en salud sexual y reproductiva en Colombia están directamente relacionados con el contexto cultural y social en el cual se

²⁵ Para profundizar en el tema se puede consultar el artículo 15 de la Resolución No. 1328 del 15 de abril de 2016.

vive. El país tiene una sociedad de tradición religiosa que muchas veces olvida que desde la Carta Política de 1991, el Estado social de Derecho se rige por el principio de laicidad que debe dirigir y permear las medidas legislativas y administrativas que buscan garantizar la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva de los connacionales. Como lo identificaron Gallo Restrepo, N.E et al:

“[e]l catolicismo en Colombia, contrario a lo promulgado en la carta magna, sigue siendo una barrera ideológica que guía no sólo la moral del pueblo y la ética de los ciudadanos, sino también la manera como se administran las normas y se construye, desde los altos estamentos del Estado, el ideal ser de sus pobladores” (Gallo Restrepo, N.E et al, 2016. p. 50).

Los criterios y lineamientos que deben inspirar la construcción de una política pública en salud sexual y reproductiva deben partir de la apropiación y el enfoque de los derechos humanos, con el fin de evitar que las ideas religiosas estancuen el desarrollo de los derechos reproductivos. Puntualmente en materia de infertilidad y reproducción asistida, es necesario evitar que la creencia en un ser supremo que define el destino de las personas en la sociedad y que bloquea por voluntad las posibilidades de ejercer la maternidad o paternidad -resignación-, invadan el planteamiento de tales políticas. Gallo Restrepo N.E et al (2016) plantean que la sociedad colombiana tiene la doble moral como característica marcada, cuyo origen está dado por la tradición religiosa e ideológica que termina generando un abordaje censurado y limitado de la salud sexual y reproductiva de la población en general. Al respecto consideran lo siguiente:

“En el caso de la sociedad colombiana frente a la salud sexual y reproductiva, se puede decir que nuestra postura ideológica conservadora y moralista dificulta que se implementen acciones por parte de las instituciones responsables. Existe un gran inconveniente en nuestro país en relación con tal implementación, y es que desde diversos lugares de la sociedad (población civil, entes administrativos y gobernantes, etc.) se exhibe una postura contradictoria ante la vida, los derechos y el respeto por los derechos de cada ciudadano. Esta situación hace que serias problemáticas en materia de salud sexual y reproductiva se hagan invisibles. De manera que, socialmente, existen una serie de prácticas que impiden el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. El éxito de una política pública reside en la inclusión social del tema, en la educación que se brinde a la comunidad y en tener en cuenta a todo tipo de población en el diseño de esta; no se pueden priorizar ideológicas conservadoras o moralistas por miedo a la respuesta de la sociedad” (Gallo Restrepo, N.E et al, 2016. p. 52).

Y es que parte de ese abordaje limitado y censurado tiene su origen en la utilización de la religiosidad para educar a las mujeres, especialmente católicas o cristianas, sobre los derechos reproductivos y la utilización de técnicas de reproducción humana asistida como impulsoras de la procreación. Para ilustrar lo anterior se presentan tres ejemplos relevantes:

a) En Roma, el 22 de febrero de 1987, en la sede de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el entonces Cardenal Joseph Ratzinger, quien fue posteriormente elegido en abril de 2005

como el Papa Benedicto XVI, al pronunciarse sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación²⁶, expresó que el don de la vida que Dios ha confiado al hombre, tiene como norte que éste tome conciencia de su inestimable valor y lo acoja como responsable. Así, planteó que la vida de todo ser humano debe ser respetada desde el momento mismo de la concepción y, por ende, *“la procreación humana presupone la colaboración responsable de los esposos con el amor fecundo de Dios; el don de la vida humana debe realizarse en el matrimonio mediante los actos específicos y exclusivos de los esposos, de acuerdo con las leyes inscritas en sus personas y en su unión”*. En ese sentido, frente a la fertilización *in vitro* indicó que *“los embriones humanos obtenidos in vitro son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados como “material biológico” disponible”*. Y con un discurso aún más fuerte precisó:

“En la práctica habitual de la fecundación *in vitro* no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer; algunos son destruidos. La Iglesia, del mismo modo en que condena el aborto provocado, prohíbe también atentar contra la vida de estos seres humanos. Resulta obligado denunciar la particular gravedad de la destrucción voluntaria de los embriones humanos obtenidos “in vitro” con el solo objeto de investigar, ya se obtengan mediante la fecundación artificial o mediante la “fisión gemelar”. Comportándose de tal modo, el investigador usurpa el lugar de Dios y, aunque no sea consciente de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quién permitirá vivir y a quién mandará a la muerte, eliminando seres humanos indefensos.

Los métodos de observación o de experimentación, que causan daños o imponen riesgos graves y desproporcionados a los embriones obtenidos *in vitro*, son moralmente ilícitos por la misma razón. Todo ser humano ha de ser respetado por sí mismo, y no puede quedar reducido a un puro y simple valor instrumental en beneficio de otros. Por ello no es conforme a la moral exponer deliberadamente a la muerte embriones humanos obtenidos *in vitro*. Por haber sido producidos *in vitro*, estos embriones, no transferidos al cuerpo de la madre y denominados “embriones sobrantes”, quedan expuestos a una suerte absurda, sin que sea posible ofrecerles vías de supervivencia seguras y lícitamente perseguibles” (Ratzinger, C. J., 1987).

Y luego de ello al referirse a la reproducción asistida, instruyó que es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio, con el don y la voluntad de Dios. Así las cosas, describió como *“moralmente ilícito”* acudir a los progresos científicos para lograr la procreación asistida aún en casos de esterilidad individual o de la pareja. Si bien el deseo de la descendencia lo identificó como natural y como propio

²⁶ Cabe señalar que el sumo pontífice Juan Pablo II, en el transcurso de la audiencia concedida a Ratzinger prefecto después de la reunión plenaria de la Congregación, aprobó la instrucción católica y ordenó su publicación.

del amor conyugal, Ratzinger C.J. señaló que *“el matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación”*. Entonces, bajo esa interpretación ideológica se establece una barrera o prejuicio religioso que tilda de moralmente ilícito el acudir a la reproducción asistida para lograr un hijo con lazo filial, y anula por completo el ideario de la salud y la autodeterminación reproductiva.

b) De forma más reciente, el Papa Francisco en un discurso que pronunció ante la Asociación de Médicos Católicos Italianos en el año 2014, se refirió al valor de la vida humana desde su concepción hasta la muerte natural. Adujo que la vida humana es siempre sagrada, válida e inviolable, y que el pensamiento dominante presenta como “falsa compasión” el ayudar a una mujer a abortar, o la conquista científica de “producir” un hijo considerándolo como un derecho y no como un don que otorga Dios. Puntualmente señaló: *“[e]stamos viviendo un tiempo de experimentos con la vida. Pero son experimentos malos: hacer hijos en vez de acogerlos como don, como he dicho: jugar con la vida...”* (Discurso del Papa Francisco... 2014). Luego advirtió como un pecado el aborto, la eutanasia y el acudir a la reproducción asistida; por consiguiente, desde la óptica que se pretende plantear en esta investigación, la ideología cuando es impartida por la máxima autoridad de una religión, adoctrina y convence a sus fieles imponiendo barreras religiosas y morales que permean la sociedad, al punto de termina influyendo en el debate de la salud pública, de la infertilidad como enfermedad y de la libertad reproductiva.

c) El último caso que se menciona seguidamente, a pesar de no haber sido impartido como doctrina por una autoridad religiosa, si pone de presente como la moral influye en el Derecho y en el acceso efectivo a la administración de justicia.

Suárez Ávila, A.A (2015) trae a colación la sentencia que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica dictó el 15 de marzo de 2011. En ese fallo judicial se resolvió una acción pública de inconstitucionalidad presentada contra un Decreto expedido por el Ejecutivo, que autorizaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges y fijaba reglas para su realización. El planteamiento del demandante se suscribió a afirmar el dicho Decreto vulneraba el derecho a la vida, porque a través de la fertilización *in vitro* son desechados los embriones humanos toda vez que la norma permitía el uso de hasta 6 óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, sin permitir la preservación en transferencias futuras.

En la providencia judicial, la Sala Constitucional decidió declarar la inconstitucionalidad del Decreto y lo dejó sin validez, partiendo de una interpretación restringida del derecho a la vida y de su particular opinión sobre la reproducción asistida, en especial de la vida diseñada mediante la fertilización *in vitro*, pues terminó considerando que los embriones son seres humanos por cuanto son personas desde el momento mismo de la concepción y no pueden ser tratados como objetos ni desechados. Bajo esa idea, indicó la sentencia:

“Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple

medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación, e incluso, desechado” (Suárez Ávila, A.A. 2015, citando textualmente la sentencia en la p. 110).

De tal forma que, desde el paralelo del embrión con la persona humana, se concluyó que la fertilización *in vitro* es inconstitucional porque requiere de transferencia de múltiples embriones que no resultan en un embarazo sino que, por el contrario, son desechados atentando contra el derecho a la vida humana. Y esa conclusión a la que llegó la Sala Constitucional Costarricense es la misma visión ético-legal que ha sido aplicada en muchas sentencias de otros tribunales que han señalado que la vida comienza desde la concepción, o por ejemplo, en el caso colombiano esa visión se impuso como criterio institucional por el órgano de control estatal llamado Procuraduría General de la Nación durante el periodo en que fue dirigido por Alejandro Ordoñez²⁷. Es decir, se terminó imponiendo bajo un manto ético un criterio religioso de la vida desde la concepción²⁸, dejando herido de muerte el derecho a la autodeterminación reproductiva.

Como se puede advertir de estos tres ejemplos, el entender desde un criterio religioso que la reproducción biológica es la única forma permitida de concebir un hijo por cuanto la vida comienza desde la concepción misma del embrión y acudir a métodos científicos para lograrla es un pecado, constituye una barrera que impide el ejercicio de la autodeterminación reproductiva y además en oportunidades es una postura que termina influyendo indirectamente en la construcción de una política pública en salud reproductiva.

Pero como si ello no fuera suficientemente lesivo, también constituye una barrera social el pensamiento patriarcal de que la infertilidad es un problema exclusivo de las mujeres. Esa visión segmentada de la realidad muchas veces se antepone en la producción normativa y en la construcción de medidas administrativas que son pensadas y concebidas por hombres. Es tanto como afirmar desde la dominación masculina, que al no tratarse de un problema que afecte a los hombres, no merece ser regulado ni protegido, falacia en la que incurre tal ideología al advertir que la infertilidad también es un problema asociado a su género.

En conclusión, se identifica la existencia de barreras religiosas y sociales que dificultan la promoción y protección de los derechos reproductivos, en especial del derecho a que la reproducción asistida sea considerada como parte integral de la autodeterminación de la persona afectada con infertilidad o de la pareja. La idea más fuerte que resulta contradictoria

²⁷ Al respecto se puede consultar el concepto que el entonces Procurador General de la Nación, Dr. Alejandro Ordoñez, rindió en la sentencia C-327 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), en el cual se demandó el artículo 90 del Código Civil que considera que la existencia legal de la persona comienza desde el nacimiento. En dicho concepto propuso que la vida debe ser protegida desde la concepción, pero finalmente la Corte Constitucional declaró exequible la norma acusada.

²⁸ En ese sentido se puede consultar en el contexto colombiano, el libro “*De la dignidad y de los derechos humanos*” escrito por Ilva Myriam Hoyos, en el cual hace una apología a la vida desde la concepción y al concepto de persona en el derecho natural.

a nuestra pretensión investigativa, es aquella que considera que la vida inicia desde la concepción y por ello no es posible acudir a técnicas de reproducción asistida que manipulen, desechen o criopreserven el embrión. En igual sentido, el pensar desde una concepción patriarcal que la infertilidad es un problema exclusivo de las mujeres por son las que se embarazan, termina lesionando derechos e impidiendo el adecuado desarrollo de medidas legislativas y administrativas en materia de salud pública con enfoque de derechos humanos.

3. LA BÚSQUEDA DE LA SUPERACIÓN DE LA INFERTILIDAD ACUDIENDO A LA ACCIÓN DE TUTELA: EL ACTIVISMO JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, ENTRE AVANCES Y RETROCESOS.

Luego de haber explicado que las medidas legislativas y administrativas, así como los prejuicios religiosos y sociales, se constituyen en barreras para la garantía de los derechos reproductivos de forma asistida porque los prestadores de salud sistemáticamente niegan el acceso a los tratamientos para la infertilidad alegando que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud, este capítulo se concentra en analizar la labor que la Corte Constitucional colombiana ha desempeñado en el respaldo de la salud reproductiva y de la autodeterminación reproductiva de las personas o parejas a quienes se les dificulta concebir biológicamente un hijo.

Para tal efecto se debe señalar que con el paso de los años y ante el incremento de acciones de tutela recurrentes sobre el tema, la Corte ha variado su postura por lo menos en cuatro momentos que se identificarán y analizarán en el presente capítulo, sobre todo con el fin de esclarecer la postura mayoritaria de esa Corporación y visibilizar los debates que han surgido en su interior. De esa forma se han seleccionado los fallos de tutela más relevantes de cada momento jurisprudencial.

3.1. PRIMER MOMENTO: IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR LA COBERTURA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA CON CARGO AL SISTEMA DE SALUD.

En su jurisprudencia inicial, la Corte Constitucional indicó que la acción de tutela no procedía para solicitar la autorización y cobertura de técnicas de reproducción humana asistida como la fertilización *in vitro* o la inseminación artificial, principalmente debido a que este tipo de tratamientos estaban expresamente excluidos del POS. Además porque (i) su costo excesivo representaba una disminución en el cubrimiento de servicios de salud prioritarios; (ii) el derecho a la procreación no puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce y, (iii) en virtud de la libertad de configuración legislativa, era posible la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad, es decir, se trataba de un ejercicio legítimo del desarrollo de dicha facultad.

Esa postura restrictiva de los derechos reproductivos fue expuesta en varias decisiones proferidas por los Magistrados que integraron la Primera y la Segunda Corte Constitucional. Para los intereses de esta investigación serán estudiadas las sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001 y T-946 de 2002.

En la primera de ellas, la sentencia **T-1104 de 2000**, la Sala Octava de Revisión integrada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa - Presidente de la Sala -, Álvaro Tafur Galvis y Antonio Barrera Carbonell, analizó una acción de tutela que presentó una docente contra el

prestador de servicios de salud del magisterio, porque éste no emitió respuesta frente a la cirugía de recanalización de su trompa izquierda mediante el procedimiento de laparoscopia operativa láser que le había sido ordenado para contrarrestar la infertilidad secundaria que padecía. Debido a ello, solicitó la protección de sus derechos a la vida e integridad personal, a la seguridad social y de petición, con el fin de obtener la autorización de la mencionada cirugía.

La Corte Constitucional al analizar ese caso puntual, señaló que la atención en salud era un servicio público a través del cual el Estado buscaba garantizar el goce del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, por lo cual, como la infertilidad secundaria que padecía la accionante no ponía en peligro su vida ni su dignidad, sino que únicamente le impedía la posibilidad de ser madre biológica, la tutela resultaba improcedente porque el servicio médico solicitado estaba encaminado exclusivamente a permitir la procreación, siendo la infertilidad una exclusión expresa del POS.

Además de esa decisión, la sentencia planteó un análisis que resulta lesivo a la libertad en materia reproductiva porque indicó que al no poder concebirse biológicamente un hijo, la alternativa posible era acudir a la adopción. Al respecto señaló:

“Más sin embargo, 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” (Corte Constitucional, sentencia T-1104 de 2000).

Lo anterior trae consigo un manto de ideas patriarcales que invisibilizan los deseos y sueños de las mujeres, pues pretenden reemplazarlos con figuras o instituciones jurídicas aparentemente neutras en su contenido que terminan lesionando las garantías reproductivas de las asistidas a aquellas.

La segunda sentencia corresponde a la **T-689 de 2001** proferida por la Sala Cuarta de Revisión, la cual integraban los Magistrados Jaime Córdoba Triviño –ponente y de postura liberal-, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra –los dos últimos de ideas conservadoras-, y se ocupó del estudio de una acción de tutela que presentó una ciudadana en contra de su EPS porque para contrarrestar la inflamación de los ovarios y el fuerte dolor pélvico que padecía, le fue ordenada una cirugía de laparoscopia operativa para tratar la infertilidad que fue negada por la entidad accionada.

Al respecto, la Corte señaló que los límites impuestos por el legislador al POS resultaban racionales, *“por ello, la extensión del derecho a la seguridad social a servicios no previstos por la ley o sin cumplir las semanas de cotización requeridas, no puede ser dispuesta por el*

juez constitucional pues con ello se rompería el criterio de racionalidad con el cual se ha implementado el Sistema de Seguridad Social en Salud. Sólo en el supuesto de que los límites de servicios o de cotización impuestos por el Plan Obligatorio de Salud pongan en peligro, en un caso concreto, derechos fundamentales, el juez constitucional puede ordenar el amparo pues en ese caso esos límites deben ceder ante la necesidad de salvaguardar el derecho fundamental afectado y el de seguridad social que le es conexo” (Corte Constitucional, sentencia T-689 de 2001).

Con esa óptica, estimó improcedente la acción de tutela para extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud al tratamiento para la infertilidad, por cuanto si bien la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer ha de ser objeto de la especial asistencia y protección del Estado, lo cierto es que 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. De tal forma que negó el amparo por improcedente, decisión que fue unánime en la Sala.

Y en la sentencia **T-946 de 2002** dictada por la Sala Novena de Revisión compuesta por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra .todos adscritos a tendencias diferentes-, la Corte analizó el caso de una mujer que sufría endometriosis severa, hidrosalpinx y fibroplastia, lo cual le generó infertilidad secundaria que le impedía concebir biológicamente. Al acudir al médico especialista en infertilidad, éste le recomendó iniciar una inseminación artificial o una fertilización *in vitro*.

Con miras a definir el asunto, la Corte adujo que la doctrina constitucional ha negado el amparo por improcedente acudiendo a dos vías, a saber:

“1- Por la regulación que se ha hecho de los servicios comprendidos por el Plan Obligatorio de Salud 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.

2. Por otra parte, 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” (Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2002).

Apoyada en lo anterior, la Corte analizó que la accionante no tenía comprometido su derecho a la vida y que el tratamiento que solicitaba se encontraba excluido del POS, siendo ello una potestad legítima del legislador.

Entonces, como se puede observar, durante este primer momento la Corte no abordó el estudio de la infertilidad como enfermedad ni desde el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos y su interrelación con otras garantías fundamentales como el derecho a fundar una familia, por lo cual siempre apeló al catálogo de exclusiones expresas para, sin más análisis, concluir que el sistema de salud colombiano no estaba obligado a generar coberturas de tratamientos que propendan por la reproducción asistida.

3.2. SEGUNDO MOMENTO: PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR LA COBERTURA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA CON MIRAS A SUPERAR LA INFERTILIDAD.

En esta etapa de la jurisprudencia, la Corte flexibiliza un poco la posición radical de improcedencia de la tutela que había expuesto sobre los años 2000 a 2002. Así, determinó que por regla general, deben negarse aquellas acciones de tutela interpuestas con la finalidad de obtener la autorización de los tratamientos de fertilidad. Sin embargo, aceptó la procedencia excepcional en dos circunstancias específicas: (i) cuando con ello se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; y (ii) cuando se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, en los casos en los que se requiere: a) la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; b) el suministro de un medicamento; y c) la práctica de tratamientos integrales en pacientes que padecen una enfermedad que afecta su aparato reproductor.

Esta postura fue una idea reiterada en la sentencias T-901 de 2004, T-605 de 2007, T-890 de 2009 y T-644 de 2010, entre otras.

Por ejemplo, concentrando el análisis en la sentencia **T-890 de 2009**, la Sala Tercera de Revisión conformada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva – ponente-, Mauricio González Cuervo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, estudió la acción de tutela presentada por una mujer que sufría de fuertes dolores pélvicos por una miomatosis múltiple causada por una masa anexial izquierda compatible con endometrioma, y que por esa circunstancia estaba aquejada con infertilidad. Solicitó que le fuera autorizado un video laparoscopia operatoria, al igual que se le brindara la atención integral que requería para contrarrestar su enfermedad reproductiva y le autorizaran el tratamiento de *fertilización in vitro* ICSI.

Luego de realizar un recuento de la línea jurisprudencial que había trazado la Corte Constitucional sobre el alcance de la acción de tutela con relación a los tratamientos de fertilidad, la Sala Tercera se ocupó del especial estudio sobre la infertilidad primaria y la infertilidad secundaria en los siguientes términos:

“Según la denominación anglosajona, se conocen dos tipos de esta enfermedad: la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria. La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional en forma reiterada ha sostenido que “el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios

la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. En este sentido, se entiende que la improcedibilidad de la tutela para otorgar este tipo de tratamientos se predica de la llamada infertilidad originaria”.

Por su parte, la infertilidad secundaria hace referencia -generalmente- a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir. En las mujeres las principales causas de este tipo de infertilidad son los problemas ováricos, ovulación deficiente, obstrucción no genética de las trompas de Falopio, alteraciones hormonales o enfermedades infecciosas que son transmitidas sexualmente; en el hombre, anomalías repentinas en la producción hormonal. Así, la infertilidad secundaria es causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedad autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela” (Corte Constitucional, sentencia T-890 de 2009).

Basada en ese argumento, la jurisprudencia constitucional entendió que la acción de tutela era improcedente para reclamar la cobertura de tratamiento reproductivos cuando la infertilidad era originaria, pero de forma excepcional estimó que el amparo procedía en aquellos casos en los cuales debido a una enfermedad del sistema reproductivo se producía como consecuencia la infertilidad, siendo indispensable tratar la primera y hasta conceder procedimientos asistidos. Al respecto, se advierte que esta distinción entre infertilidad originaria y secundaria aparte de ser innecesaria, resulta discriminatoria pues desconoce que la Organización Mundial de la Salud refiere a un único concepto de infertilidad catalogándola como enfermedad. Sumado a ello, en esas decisiones la Corte no tomó en cuenta los derechos reproductivos como una fuente que obliga al Estado colombiano a garantizar el acceso efectivo a los tratamientos que buscan combatir la infertilidad y privilegiar la salud reproductiva y la autodeterminación en la misma materia.

3.3. TERCERO MOMENTO: LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA INFERTILIDAD MASCULINA Y LAS ÓRDENES ESTRUCTURALES PARA LOGRAR LA INCLUSIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL ACTUAL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD.

Para abordar el estudio de este momento significativo en el desarrollo jurisprudencial dado el marcado activismo judicial de la Tercera Corte Constitucional, esta investigación se centrará en las sentencias T-528 de 2014, T-274 de 2015 y T-306 de 2016.

Pues bien, en la sentencia **T-528 de 2014** la Sala Primera de Revisión integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, mujer de tendencia progresista y quien fungió como ponente de la decisión, y los Magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, el primero de corte liberal moderado y el segundo conservador acentuado, estudió por primera vez el caso de un hombre que solicitaba el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a fundar una familia y a la igualdad, porque su EPS del régimen contributivo de salud le negó el procedimiento denominado

fertilización in vitro por estar expresamente excluido del POS, el cual requería para atender la discapacidad física de tipo reproductivo denominada *esterilidad en el varón* relacionada con una disminución importante en el número de espermatozoides en el semen, en asocio con una alteración en el movimiento y forma de los mismos. El accionante llevaba varios años intentando con su pareja lograr un embarazo biológico, por lo que ante la falta de orientación clara, concreta y eficiente acudieron a un centro de reproducción privado especialista en medicina sexual y reproductiva masculina, en el cual le confirmaron al actor que padecía discapacidad reproductiva secundaria a procesos patológicos que han generado la imposibilidad de tener un hijo y le recomendaron acudir a los procedimientos tecnológicos para lograr la concepción de forma asistida. Según afirmó el accionante, tanto él como su pareja carecían de la capacidad económica para asumir el elevado costo de la *fertilización in vitro*, pero a pesar de ello mantenían el deseo de construir una familia con la presencia de hijos.

El juez de primera instancia concedió el amparo, pero en segunda instancia esa decisión fue revocada y en su lugar se negó el amparo alegando el incumplimiento de los requisitos trazados por la jurisprudencia constitucional para autorizar procedimientos excluidos del POS, además de señalar el juez *ad quem* que “*el procedimiento de inseminación in vitro solicitado no es necesario para preservar la vida, la salud o la integridad personal del paciente, pues este a pesar de que no puede concebir, puede desarrollar su vida de manera normal*”. Lo anterior motivo la selección con fines de revisión del caso, más aún porque se trataba del primer asunto de infertilidad masculina que era estudiado por la Corte Constitucional a la luz de las garantías reproductivas.

Al abordar el análisis del caso, la Sala Primera de Revisión trazó la línea jurisprudencial que hasta el momento había desarrollado la Corte, percatándose que ésta siempre había partido del supuesto de que la infertilidad no era considerada una enfermedad de aquellas que involucra gravemente los derechos a la vida y a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de salud. Significa lo anterior que por largos años la jurisprudencia constitucional había entendido que si bien la infertilidad impactaba negativamente el proyecto de vida de las personas, no comprometía de manera inmediata ni urgente la vida del afectado.

El giro relevante que presenta la sentencia T-528 de 2014 es que además de estudiar un caso de infertilidad masculina que afectaba la pareja, varió la forma en que venía entendiéndose ese padecimiento reproductivo por cuanto la Organización Mundial de la Salud lo había catalogado como una enfermedad que afecta la salud de las personas, así como su entorno familiar. Justamente esa situación motivó que la Corte analizará la experiencia comparada y pudiera concluir que “*varios países de la región han avanzado en la regulación de las técnicas para atender la infertilidad y en su inclusión en el sistema público de salud, ampliando el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida que existen desde la década de los setenta, pero que aún solo están al alcance de las personas con mayor poder adquisitivo*”. Debido a ello, la Sala Primera de Revisión entendió que era necesario revisar “*la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen infertilidad en Colombia y que no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción*”

asistida, e iniciar 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”.

A partir de ese cambio de mentalidad, esa sentencia indicó que la salud como derecho fundamental incluye el reconocimiento de la salud reproductiva, y que ésta a la vez garantiza la autonomía personal, la libertad reproductiva y el derecho a fundar una familia con claro lazo filial. Por consiguiente, precisó lo siguiente que merece ser resaltado:

“La infertilidad, que consiste en “la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” , siendo “[l]as causas más comunes [entre otras], daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica” ; se reitera, es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad del sistema reproductivo que afecta la salud de las personas que la sufren. Si bien, la Sala reconoce que esta enfermedad no involucra gravemente la vida y, no necesariamente, la dignidad o a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud, sí puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad/maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja. En este sentido, la infertilidad “ocasiona por lo general situaciones que podrían establecerse como carentes de bienestar psicológico y social [por lo que] debiera ser incluida en la lista de enfermedades de interés desde un enfoque preventivo de salud pública”.

Esta situación pone en evidencia que hay una dimensión prestacional del derecho a la salud en la cual no se ha avanzado en lo absoluto, y que deja desprotegido a un sector de la población que demanda servicios médicos para el tratamiento de su infertilidad, como lo tiene para otra cualquier causa de salud. Así las cosas, el Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización in vitro, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente. No hacerlo, puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas” (Corte Constitucional, sentencia T-528 de 2014).

Hasta aquí la sentencia T-528 de 2014 daba pasos importantes encaminados a garantizar la procreación humana asistida como un derecho reproductivo que debe garantizar el sistema de salud colombiano, al identificar que existía una insuficiencia de regulación y que era necesario iniciar la revisión y el debate de la política pública en salud. Sin embargo, tanta belleza no resultó ser plena. Ese fallo de tutela se quedó corto por cuanto mantuvo la regla de falta de capacidad económica y de verificación de todos los requisitos del criterio requerir con necesidad, para habilitar la concesión de un tratamiento excluido del POS. Además de ello, contra todo pronóstico respecto de las consideraciones centrales que había expuesto, terminó concediendo el amparo del derecho a la salud pero en su faceta de información, guía y acompañamiento, concluyendo que la EPS no había informado al accionante porque operó

la negativa de cubrir el procedimiento denominado fertilización *in vitro*. Pero más insólita resulta ser la parte resolutive de la decisión, la cual no emitió ninguna orden específica a la EPS accionada, sino que se limitó a prevenirla *“para que en casos futuros, similares al estudiado en esta sentencia, no incurra en conductas que atenten contra el derecho a la salud de los usuarios, en su faceta de información, guía y acompañamiento”*. Es decir, frente al caso puntual del accionante lo dejó sin herramientas reales de protección de sus derechos reproductivos y a pesar de evidenciar su falta de capacidad económica demostrada en el expediente, no inaplicó el POS ni ordenó excepcionalmente conceder la fertilización *in vitro* para restablecer su salud reproductiva y satisfacer el derecho a conformar una familia mediante técnicas de reproducción asistida.

Lo que si hay que reconocerle a la sentencia como positivo, es que exhortó al Gobierno Nacional *“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”*, con lo cual la Corte empezó a ubicar el debate en el marco del desarrollo de una política pública integral en materia de salud, en la que se analice la infertilidad como una enfermedad y se estudie la inclusión de la procreación humana asistida con cargo al sistema de salud.

De lo anterior se desprende que la sentencia T-528 de 2014 si bien tuvo una correcta orientación en perspectiva general, lo cierto es que la resolución del caso concreto, siendo una oportunidad de oro para desarrollar la jurisprudencia constitucional, fue limitada y no protegió la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva del accionante y su pareja a la luz de del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cabe destacar que esa decisión no contó con aclaraciones ni salvamentos de voto, lo cual en principio se explica a partir de la ausencia de órdenes concretas.

Después de esa decisión que allanó en cierta medida el camino identificando parte del problema estructural, la Sala Sexta de Revisión profirió la emblemática sentencia **T-274 de 2015**, la cual contó con la intervención de los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio —en calidad de ponente, liberal progresista y encargado de la Sala de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 en materia de salud-, Martha SÁCHICA Méndez y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quienes son reconocidos por sus posturas conservadoras a ultranza sobre todo en lo que tiene que ver con la protección a la vida biológica desde el enfoque moral.

Ellos se ocuparon de estudiar 4 acciones de tutela que fueron acumuladas, en las cuales mujeres que padecían enfermedades serias en su aparato reproductivo acudieron a los médicos tratantes quienes ordenaron realizar tratamientos de fertilización *in vitro* como única posibilidad para concebir hijos. Al radicar las solicitudes de autorización ante las EPS respectivas, éstas las negaron aduciendo que el POS excluye de su cobertura expresamente los tratamientos para la infertilidad.

El problema jurídico que definió esa sentencia se concretó en el siguiente interrogante:

“¿Vulnera una entidad prestadora de salud -del régimen contributivo o del régimen subsidiado- los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos, y a la vida privada y familiar, de una mujer por negarle la autorización del tratamiento de fertilización in vitro como única posibilidad de procrear de manera biológica, bajo el argumento de que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud?” (Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2015).

Para abordar el estudio del mismo y procurar una solución, la Sala ofreció un análisis no desde la perspectiva de la salud sino de los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, en relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos y su protección a través del sistema de seguridad social en salud, en el marco de la Constitución Política de 1991 y de los instrumentos de derecho internacional que se integran mediante el bloque de constitucionalidad.

Dentro de los argumentos centrales que sustentaron la decisión, se pueden resaltar estos: *(i)* en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos están implícitas otras garantías fundamentales; *(ii)* la infertilidad como enfermedad reconocida implica una discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad; con el género por cuanto la infertilidad puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad, aun cuando ello ocurre con mayor severidad en las mujeres; y con la condición económica porque las personas o parejas que cuentan con recursos bajos no pueden acceder a tratamientos de procreación asistida de forma particular; y, *(iii)* el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia. Pero sin duda el planteamiento más dicente es el siguiente:

“Constata la Sala entonces que aunque la conservación del equilibrio financiero constituye un argumento válido para la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud, ello no significa que no se pueda avanzar en su inclusión. Además, porque resulta constitucionalmente problemático que tal proceder, esto es, mantener tales tratamientos por fuera de la cobertura del POS, sea de carácter generalizado; es decir, a pesar de ser razonable tal exclusión del plan de beneficios, hacerlo en todos los casos puede conducir a la vulneración de ciertos derechos fundamentales (...)

(...) Existe un déficit de protección sobre las personas que padecen esta patología. Lo anterior, porque en el evento de carecer de los recursos económicos para acceder a los tratamientos de fertilidad tendrán como única posibilidad para conformar una familia la de la maternidad adoptiva, siendo que esta debe ser solamente una de varias opciones

entre las cuales pueda escoger el paciente o la pareja, más no su única alternativa.” (Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2015).

Con ese norte, la Sala Sexta de revisión estimó que a pesar del reconocimiento internacional de la infertilidad como una enfermedad, en Colombia no se ha hecho la evaluación epidemiológica, lo que supone entonces una barrera para el acceso a los servicios de salud reproductiva que lesiona otras garantías fundamentales. Insistió en que si bien no se trata de una enfermedad que ubique a la persona en peligro de muerte, sí puede llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social.

Finalmente, con base en esos lineamientos, en 3 de los 4 casos acumulados concedió la protección de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, ordenando a las EPS accionadas que autorizara los tratamientos de fertilización in vitro a los accionantes que cumplieran con el criterio de requerir con necesidad. Pero además de ello, lo interesante de la sentencia T-274 de 2015 es que profirió varias órdenes estructurales, dentro las cuales se destacan la reiteración al exhorto consagrado en la sentencia T-528 de 2014, la orden al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud, para que una vez obtenidos los resultados, dispuso evaluar los factores que inciden para la realización de los tratamientos de reproducción asistida, como la condición de salud del o la paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia la capacidad económica del afiliado.

Como se puede advertir, esta decisión representa un avance jurisprudencial considerable en la medida que ordena comenzar los estudios de impacto fiscal para medir la incidencia fiscal que tiene la inclusión de los tratamientos de infertilidad en el Plan de Beneficios en Salud. Esto nos parece un paso considerable en la dirección de lograr la garantía de cobertura de la reproducción asistida con cargo al sistema de salud.

Por último, importa señalar que esta sentencia cuenta con un salvamento de voto de la Magistrada (E) Martha SÁCHICA Méndez, pero al 14 de noviembre de 2016 no se encontraba publicado; por ende no fue posible conocer las razones por las cuales la Magistrada (E) se separó de la decisión mayoritaria de la Sala.

Ahora bien, después de esta emblemática decisión con contenido estructural, la Sala Cuarta de Revisión conformada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, los dos primeros de tendencia conservadora y el último liberal progresista, dictaron la sentencia **T-306 de 2016** que conoció del caso de una mujer con infertilidad primaria catalogada como abortadora espontánea recurrente, a quien se le diagnosticó una enfermedad en cariotipos y por ello le fue ordenada una técnica de fertilización denominada *inmunoterapia con leucocitos paternos*, lo que le permitiría, según pronóstico médico, llevar un embarazo normal y completo. La EPS guardó silencio frente a la solicitud de autorización que elevó la paciente.

En la *ratio decidendi* de este fallo de tutela nuevamente se recordó y reconocieron los derechos reproductivos como verdaderos derechos humanos que en Colombia se encuentran asociados a otros derechos de naturaleza *ius* fundamental. En ese sentido, insistió en que tanto la autodeterminación reproductiva como la salud reproductiva son dos derechos que debe garantizar el sistema de salud colombiano, y por consiguiente reconoció que:

Pese a ello, y siendo la anterior la pauta general, la sentencia T-274 de 2015 previó un alcance mayor en el análisis del reconocimiento de los tratamientos de fertilidad excluidos del POS, teniendo presente que (i) involucran facetas diferentes a la del derecho a la salud en su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades y (ii) por ende, el *test de comprobación* debe partir de la premisa de la posible afectación de otros derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica.

Así entonces, el estudio sobre la posibilidad de acceder al tratamiento recomendado como excluido del Plan Obligatorio de Salud, debe ser analizado teniendo en cuenta los siguientes criterios:

(i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Como se expuso previamente, tratándose de tratamientos de fertilidad debe ampliarse el ámbito de protección en la medida en que, si bien esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social, el derecho a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, facetas que igualmente deben ser protegidas por el juez constitucional.

(ii) Que el médico tratante haya prescrito el tratamiento evaluando las condiciones específicas de la paciente, en factores como (i) la condición de salud; (ii) la edad; (iii) el número de intentos que deban realizarse y su frecuencia; (iv) la capacidad económica, previendo los posibles riesgos y efectos de su realización y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento.

(iii) Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan.

(iv) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. Debe exigirse un mínimo de diligencia del afiliado en demostrar a la EPS a la que se encuentre afiliado o, de ser el caso, al juez de tutela que conozca el asunto, de su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado” (Corte Constitucional, Sentencia T-306 de 2016).

Con base en esos requisitos analizó el caso concreto señalando que se encontraban satisfechos y, por esa razón, ordenó a la EPS accionada que autorizara el tratamiento de inmunoterapia con linfocitos paternos, previo consentimiento informado de la accionante respecto de las tasas de éxito y de fracaso de la mencionada terapia y de sus potenciales efectos colaterales. También dispuso que la EPS debía brindar el acompañamiento a la accionante en su tratamiento con el fin de evitar posibles consecuencias psicológicas que se puedan causar ante la imposibilidad de lograr el embarazo.

Sobre esta sentencia también se debe advertir que la Magistrada Gloria Ortiz Delgado anunció que aclaraba el voto, pero hasta mediados de noviembre de 2016 los argumentos para sustentarla no habían sido publicados.

Pues bien, del estudio de las tres sentencias antes referidas, se concluye que este tercer momento ha sido el más fructífero en avances jurisprudenciales por al menos tres razones. En primer lugar, se comenzó a considerar la infertilidad como una enfermedad que afecta la salud y otros derechos fundamentales; en segundo lugar, se reconoció que la infertilidad si bien no compromete de gravedad el derecho a la vida, si afecta la salud reproductiva y con ello la autodeterminación reproductiva y la libertad de conformar una familia; y, en tercer lugar, se identificó que el problema radica en el diseño de la política pública en materia de salud, por lo que se ordenó el replanteamiento de dicha política con el fin de propender por la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida dentro del Plan de Beneficios en Salud.

No obstante, también se advierte que en este período se han realizado tres exhortos al Gobierno Nacional para que evalúe la política pública integral en salud, pero hasta el momento ni el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha emitido un concepto sobre el impacto fiscal que se generaría en el Presupuesto General de la Nación en caso de incluir los tratamientos para la infertilidad dentro del Plan de Beneficios, ni el Ministerio de Salud y Protección Social ha liderado la discusión tendiente a evaluar la salud pública.

3.4. CUARTO MOMENTO: UN RETROCESO INACEPTABLE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

En la reciente sentencia **T-398 de 2016**, la Sala Segunda de Revisión integrada por los Magistrados conservadores Luis Guillermo Guerrero Pérez -ponente-, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, éste último más de enfoque liberal moderado pero con gran sentido de protección a la sostenibilidad financiera del sistema de salud, estudió dos acciones de tutela acumuladas en las cuales mujeres que padecían infertilidad como

consecuencia de la pérdida de sus dos trompas de Falopio debido a otras enfermedades en su sistema reproductivo, requerían de la autorización de tratamientos de fertilización *in vitro* con cargo al sistema general de salud y al especial de las Fuerzas Militares. Los procedimientos fueron negados por las entidades acusadas.

Una vez fueron seleccionados y acumulados los casos por la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación emitió un sorprendente pronunciamiento frente a la tutela que se dirigía contra la Dirección General de Sanidad Militar, señalando lo siguiente que, según se ha expuesto en esta investigación, constituye una barrera moral y religiosa indiscutible:

En palabras de la sentencia, no es posible “que se desprenda del derecho a la salud la obligación de financiar tratamientos de fertilidad por parte del Sistema General de Seguridad Social, pues escapa de su objeto todo aquello que no tenga por finalidad la prevención, la paliación y la cura de la enfermedad, o la promoción, protección y recuperación de la salud, criterios en los cuales, a su juicio, no se inscriben dichas técnicas de reproducción.

En ese sentido, señaló que un tratamiento de fertilidad artificial “no tiene por objeto mejorar la salud, pues aunque la procreación es una práctica relacionada con la salud es claro que no obedece a su objeto principal, sino que implica el desarrollo de otros derechos, como el de tener una familia. Especialmente porque el primer derecho, se refiere al bienestar físico y psíquico de la persona, mientras el segundo consiste en la capacidad de una persona de hacer parte de un hogar”.

En segundo lugar, consideró contrario a los valores constitucionales, según los cuales la vida humana es un fin en sí mismo, que el Estado financie procedimientos que implican el desecho de embriones humanos, como de manera usual ocurre con los tratamientos de fertilización. Así pues, adujo que “desde una concepción axiológica de la dignidad humana y de protección de la vida como un derecho y un valor constitucional no es posible acceder a prestaciones que la tornen en un medio manipulable para la garantía de los derechos individuales de otros” (Corte Constitucional, sentencia T-398 de 2016).

Pues bien, la Sala Segunda de Revisión definió como regla general que la tutela es improcedente para reclamar la práctica de fertilizaciones *in vitro* con cargo a los sistemas de salud, y que las únicas excepciones admitidas se predicen en los casos (i) de continuidad en la prestación de un servicio de infertilidad ya iniciado por la EPS, (ii) de exámenes diagnósticos que precisan una condición de salud asociada a la infertilidad, y cuando (iii) ***“la infertilidad es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad física de la mujer, hipótesis en la que el amparo se dirige a asegurar el suministro de las tecnologías en salud requeridas para tratar directamente aquella enfermedad, más no la prestación de la técnica de reproducción asistida propiamente dicha”*** (negritas nuestras).

Con ese horizonte, la sentencia T-398 de 2016 se separó expresamente del precedente planteado en la sentencia T-274 de 2015, el cual estimó que no respondía a una postura planteada, desarrollada, uniforme, constante o reiterada por la Corte Constitucional. Para sustentar tal separación planteó los argumentos que a continuación se resumen:

(i) El recuento de la jurisprudencia constitucional permite evidenciar que la Corte cuando ha ordenado el suministro de procedimiento de fertilización que no tienen otro fin distinto que el de permitir la procreación, ha concedido la protección para el manejo de una condición patológica que afecta la capacidad reproductiva, pero nunca para enfrentar la infertilidad como tal. Lo anterior porque *“los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son limitados y su destinación debe estar guiada por criterios de racionalización y priorización, lo cual, en principio, ha determinado la exclusión de los tratamientos para la infertilidad en los planes de beneficios de salud”*.

(ii) El diseñar como regla general la inclusión de las técnicas de reproducción asistidas en el SGSSS es competencia exclusiva del legislador, por lo cual *“tampoco resulta conveniente que, al resolver casos concretos, las Salas de Revisión de esta Corporación expidan órdenes de alcance general que modifiquen la política pública y decidan, por anticipado, todas las posibles controversias sobre un punto en particular sin que medie una discusión abierta o se aborden en toda su magnitud distintos temas asociados a la fertilización in vitro y a las técnicas de reproducción asistida en general, respecto de los cuales, incluso, existe un vacío legal en el ordenamiento interno”*.

(iii) No es lo mismo que el tratamiento para la infertilidad lo requiera un accionante que ya tiene hijos, a que sea solicitado por alguien que, a pesar de estar en edad reproductiva, no ha logrado llevar a cabo su deseo de procrear.

(iv) De ordenarse la fertilización *in vitro* por vía de tutela, el juez terminaría decidiendo por anticipado temas complejos como la manipulación de embriones, el uso de los embriones concebidos in vitro que sea imposible transferirlos simultáneamente al útero (también llamados embriones sobrantes o supernumerarios), la crio-conservación o congelamiento de dichos embriones y la inseminación o fecundación in vitro post mortem, lo cual escapa a su competencia constitucional.

(v) La inclusión de técnicas de reproducción humana asistida dentro del POS debe evaluar la mayor efectividad en la utilización de los recursos y la eficacia en términos del resultado deseado, por lo cual la sentencia T-274 de 2015 parte de un razonamiento errado al señalar *per se* que el Estado incurre en una omisión vulnerando derechos fundamentales al no autorizarlas, pues desconoce la naturaleza limitada de los recursos del SGSSS y de los criterios de racionalización y priorización que orientan su destinación.

Teniendo como influencia esos planteamientos, al abordar el estudio concreto de los dos casos de tutela, la Sala Segunda de Revisión concluyó lo siguiente:

“En ese orden de ideas, no se concederá el amparo solicitado debido a que las entidades demandadas nunca iniciaron e interrumpieron inesperadamente el tratamiento para la infertilidad solicitado, ni tampoco lo requerido por las actoras es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, pues incluso dicho diagnóstico ya se efectuó y, finalmente, en ningún de los dos escenarios la protección solicitada se dirige a obtener el tratamiento de una condición patológica que afecta la capacidad reproductiva, **toda vez que se pretende la prestación de la fertilización in vitro únicamente para permitir la procreación y enfrentar la infertilidad como tal, y no se busca tratar una enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad de las peticionarias y, como consecuencia, genere la incapacidad para procrear o un síntoma de infertilidad**” (Corte Constitucional, sentencia T-398 de 2016. Negrillas fuera del texto original).

De tal forma que la decisión impartida fue la de confirmar la denegatoria de los amparos de tutela, aduciendo que en ambos casos analizados la infertilidad era primaria y que los tratamientos de fertilización *in vitro* tenían como única finalidad permitir la procreación y no tratar una condición patológica que afecte la capacidad reproductiva.

Es necesario resaltar que esta decisión contó con la aclaración de voto del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el cual aún no se ha sido publicado. No obstante, llama la atención que haya aclarado voto y no salvado el mismo, cuando el Magistrado Mendoza fue ponente de la sentencia T-306 de 2016 proferida pocos meses antes, en la cual se acogió a plenitud el precedente fijado en la sentencia T-274 de 2015 y con ello el reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad que afecta la salud reproductiva e incide negativamente en la autodeterminación reproductiva.

Visto lo anterior, la postura que plantea la sentencia T-398 de 2016 se convierte desafortunada e implica un retroceso imperdonable en la jurisprudencia constitucional por varias razones. *En primer lugar*, desconoce que la infertilidad es una enfermedad que afecta el sistema reproductivo de la persona y que, como consecuencia de ello, imposibilita la concepción por medios biológicos. *En segundo lugar*, olvida que la garantía de los derechos reproductivos tiene su fuente en el Derechos Internacional de los Derechos Humanos y cuenta con una interrelación directa en el quebranto de garantías fundamentales como la igualdad, la libertad, la integridad personal y el derecho a conformar una familia. *En tercer lugar*, implica un serio retroceso al anteponer el criterio económico y de sostenibilidad fiscal del sistema, sobre la garantía de la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva. *En cuarto lugar*, desconoce que por años el legislador y el Gobierno Nacional han obviado iniciar el debate en torno a la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en los Planes de Beneficios en salud, con lo cual el diseño de la política pública carece de integralidad y sensibilidad frente al problema de salud pública que representa el creciente problema de infertilidad individual y de pareja. Y finalmente, *en quinto lugar*, termina generando discriminaciones en la protección de derechos humanos respecto de las personas que padecen infertilidad primaria, frente a aquellas que padecen infertilidad secundaria. En criterio de la sentencia analizada, sólo estas últimas tendrían derecho a recibir tratamiento del sistema de salud, pero

no para disponer la fertilización in vitro sino para tratar el padecimiento secundario que padecen.

Igual de preocupante resulta el que la sentencia T-398 de 2016 haya manifestado su preocupación respecto de los embriones que son manipulados, desechados o criopreservados con motivo de una técnica de reproducción asistida, pues deja entrever un lenguaje de protección a la vida desde la concepción, lo cual en múltiples casos ha sido abandonado por la Corte. Justamente a principios del año 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 90 del Código Civil Colombiano, en el cual se reconoce que el concepto de persona comienza desde el nacimiento mismo y no antes en la etapa de concepción. Así, aquellas ideas corresponden más a una ideología moral de bloqueo en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, lo que de suyo resulta lesivo y peligroso. Ojalá la valentía de otros y de futuros Magistrados de esa Corte, lleven a retomar el camino en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. LA INFERTILIDAD COMO UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA Y LA BÚSQUEDA DE SU SUPERACIÓN DESDE EL FEMINISMO IGUALITARIO

1. LA INFERTILIDAD COMO UNA DISCAPACIDAD FÍSICA QUE DEBE SER ATENDIDA POR EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO.

Después de plantear y verificar en los capítulos anteriores que el Estado está obligado por instrumentos internacionales y derechos fundamentales establecidos en la Carta Política de 1991, a proteger los derechos reproductivos, dentro de ellos el acceso a los servicios de salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva, al igual que se identificaron las barreras legislativas, administrativas, morales y sociales que impiden incluir las técnicas de reproducción humana asistida como una cobertura en los planes de salud colombianos, y de haber estudiado la postura inestable que en los últimos años ha mantenido la jurisprudencia constitucional frente a los derechos que le asisten a las personas o parejas a quienes se les dificulta concebir biológicamente un hijo, en el presente capítulo se pretende visibilizar a la infertilidad o esterilidad como una enfermedad causante de una discapacidad física cuyo tratamiento y mejoría compete suministrarlo al Estado colombiano mediante la inclusión en el Plan de Beneficios en Salud. Así, se estudiarán los pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud que si bien no tienen una naturaleza vinculante para los Estados, genera una orientación científica sobre las enfermedades que afectan la salud pública, y luego se estudiará el caso *Artavia Murillo Vs Costa Rica* en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la infertilidad puede ser entendida como una discapacidad física. Con base en ello, la investigación se enfocará en establecer que la infertilidad como discapacidad física originada en una enfermedad del sistema reproductivo merece ser atendida por el sistema de salud colombiano.

1.1. LA INFERTILIDAD COMO UNA ENFERMEDAD CATALOGADA POR LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD.

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que, de acuerdo con el documento de Constitución adoptado por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York el 22 de julio de 1949, tiene por finalidad alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud, entendida ésta como *“un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”* (OMS, 2014. p 2). Justamente, dentro de los principios que rigen este organismo se destaca que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción alguna, por lo cual resulta indispensable la extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines para garantizar un estado de salud integral.

Unas de las funciones asignadas a la OMS son: ser autoridad internacional en salud pública, gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en la salud mundial, y establecer y revisar la nomenclatura internacional de las enfermedades con el fin de trabajar de forma

conjunta con los Estados Parte de las Naciones Unidas para lograr tratamientos de mejoría. Colombia desde el 14 de mayo de 1959 forma parte de la OMS en calidad de Estado miembro (OMS, 2014, p 206), debiendo decir que las decisiones que se producen por la Asamblea Mundial de la Salud sirven como políticas de orientación para los Estados miembro, pero no gozan de un carácter vinculante como lo tiene un Tratado o una Convención.

De acuerdo con la OMS, la infertilidad es 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*” (OMS, 2010), al punto que desde el año 2008 en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relaciones con la Salud denominada CIE-10 – décima revisión, la clasificó técnicamente como una enfermedad y, por ello, debe ser tratada como tal (OMS, 2008). Para tal efecto dividido la infertilidad en dos clases: la infertilidad primaria y la infertilidad secundaria. La infertilidad primaria se presenta cuando el individuo o la pareja no logran tener un hijo, bien porque no pueden quedar embarazados o debido a la incapacidad de culminar un embarazo con el nacimiento de un bebé vivo. Por su parte, la infertilidad secundaria parte de la misma imposibilidad de embarazarse o terminar con éxito el embarazo, pero se predica frente a aquellas personas que han tenido de forma previa un hijo vivo (OMS, sf. *Infertility definitions...*).

La misma OMS ha determinado que la infertilidad es un problema de salud pública que debe ser abordada por los diferentes Estados y que genera una discapacidad por el deterioro de la función reproductiva que requiere del acceso a la asistencia médica sanitaria, al igual que ha resaltado que la infertilidad en las mujeres fue clasificada como la quinta más alta grave discapacidad global femenina (OMS, sf. *Infertility definitions...*), es decir, sin ser una enfermedad mortal o contagiosa, si resulta ser crónica no transmisible que compromete el grado más alto de salud posible.

Pues bien, definido que la infertilidad es considerada como una enfermedad crónica no transmisible, se analizará si al ser entendida como discapacidad debe el Estado colombiano procurar su tratamiento y superación a través de técnicas de reproducción asistidas incluidas en el Plan de Beneficios en Salud.

1.2. LA INFERTILIDAD ENTENDIDA COMO UNA DISCAPACIDAD SEGÚN LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió el 28 de noviembre de 2012, la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas dentro del caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, más conocido como el caso de *fertilización in vitro*. Para el fin propuesto en este capítulo, que es identificar la infertilidad como una discapacidad física, dicha sentencia resulta relevante por cuanto fija estándares internacionales en materia de derechos reproductivos y la obligación de protección que tienen los Estados desde el Derechos Internacional de los Derechos Humanos.

Los hechos del caso se pueden resumir de la siguiente forma: En Costa Rica fue expedido el Decreto Ejecutivo No. 24029 del 3 de febrero de 1995, por medio del cual el Ministerio de

Salud de ese país autorizó la práctica de la fertilización in vitro para parejas conyugales y regulaba su ejecución. Dicha fertilización fue definida en el artículo 2° del Decreto Ejecutivo como “*todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio*” y en otros artículos precisó que no podía llevarse a cabo en más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, y que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento debían ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando prohibido desechar o eliminar embriones, o presévalos criocongelados. Bajo dichas reglas la fertilización in vitro se practicó en Costa Rica desde el año 1995 hasta el año 2000.

Contra las normas de ese Decreto Ejecutivo que regulaba concretamente la técnica de fertilización in vitro, fue presentada la acción de inconstitucionalidad²⁹ que correspondió resolver a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, quien en sentencia del 15 de marzo de 2000 declaró la nulidad del Decreto Ejecutivo y prohibió la técnica de fertilización in vitro en ese país. Dentro de los argumentos que planteaba la demanda se encontraban alegaciones sobre el quebranto del derecho a la vida iniciada desde el momento de la fecundación, por consiguiente, cualquier eliminación o destrucción de embriones concebidos atentaba contra la vida en los términos definidos en la Constitución de Costa Rica.

En la sentencia del 15 de marzo de 2000, la mayoría³⁰ de la Sala Constitucional motivó su decisión en que (i) existió una infracción al principio de reserva legal porque sólo el poder legislativo y no el ejecutivo podía dictar leyes tendientes a regular o restringir los derechos y libertades fundamentales, en el caso puntual, el derecho a la vida y la dignidad del ser humano; (ii) de acuerdo con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el ser humano que es sujeto de protección jurídica comienza a ser persona desde el momento mismo de la fecundación, por lo cual el ordenamiento jurídico está obligado a garantizar su vida; y, (iii) la fertilización in vitro atenta contra la vida e integridad del ser humano porque:

“[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer” (CorteIDH, 2012. p 26 f.j. 74).

²⁹ Lo que en Colombia conocemos como acción pública de nulidad por inconstitucionalidad debido a que se trata de un Decreto expedido por un Ministerio, es decir, no tiene la misma connotación de un Decreto con fuerza de Ley.

³⁰ Los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron conjuntamente su salvamento de voto a la sentencia. En dicho voto, los magistrados consideraron que la FIV “no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad [...] debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad” (CorteIDH, 2012, p. 27, f.j. 77).

Así mismo, la Sala Constitucional insistió en que el artículo 4° de la Convención Americana tutela el derecho a la vida a partir de la concepción, además prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Así, concluyó que el ser humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación, ni ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación o puesto en riesgo desproporcionado de muerte.

Una vez agotados los mecanismos internos, 8 parejas que padecían infertilidad por diferentes causas y a quienes los conceptos médicos les indicaron la necesidad de iniciar el procedimiento de fertilización in vitro, presentaron demanda contra Costa Rica solicitando que ese Estado fuera declarado responsable internacionalmente por las afectaciones generadas a ese grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fertilización in vitro en el país. Una vez evacuado el trámite respectivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó el caso con el objeto de que la CorteIDH decidiera si el Estado de Costa Rica había violado los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de los demandantes. Además de esos artículos, el representante de las víctimas también alegó el quebranto de los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

Ahora bien, conviene señalar que la sentencia de la CorteIDH en comento fijó los siguientes estándares internacionales:

1. Los derechos a la vida familiar y a fundar una familia consagran la posibilidad de procrear.
2. El derecho a la vida privada tiene una relación directa con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer, también predicable frente a los hombres, puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres biológicos acudiendo a métodos asistidos.
3. 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 (p. 47, f.j. 47).
4. El alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus

aplicaciones. Por consiguiente, del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva.

5. A partir de los diferentes métodos de interpretación que aplica la sentencia, concluye que el embrión no puede ser entendido como persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana, además de que la concepción solo tiene lugar desde el momento en que el embrión es implantado en el útero de la mujer, es decir que antes en los procesos de fertilización in vitro en laboratorio, no existe concepción. De allí que la protección de quien es titular del derecho a la vida (persona) y del valor vida (embrión concebido) tienen un carácter gradual e incremental según el nivel de desarrollo (p. 83, f.j. 264).

En cuanto al tema puntual que ocupa la atención de esta investigación, la CorteIDH en el caso *Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica* indicó que “(...) *la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja*”. (p. 86, f.j. 272). Por consiguiente, en los casos donde el acceso a dichas técnicas de reproducción asistida se limita o no se garantiza adecuadamente, se genera un impacto desproporcionado que aparece una discriminación indirecta en cuanto a la discapacidad.

Para explicar mejor el tema, es necesario señalar que la CorteIDH teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, consideró que “*la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva*” (p. 93, f.j. 293). A partir de ello, luego de encontrar responsable al Estado de Costa Rica, lo condenó imponiéndole el deber de incluir la disponibilidad de la fertilización in vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

De tal forma que, a partir de este estándar internacional es posible advertir que la infertilidad como enfermedad del aparato reproductor genera una discapacidad física en el marco del entorno social, frente a la cual los Estados tienen la obligación de responder con tratamientos que restablezcan los derechos reproductivos y la autodeterminación en la procreación de los hijos con ayudas científico-tecnológicas, con el fin de garantizar el respeto al principio de no discriminación.

1.3. LA INFERTILIDAD ENTENDIDA COMO UNA DISCAPACIDAD CAUSADA POR UNA ENFERMEDAD DEL APARATO REPRODUCTOR QUE MERECE SER ATENDIDA POR EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO.

A partir del estándar internacional que fue fijado por la CorteIDH en el caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, y que debe ser tenido en cuenta en Colombia como un *criterio hermenéutico relevante* para la interpretación de los derechos fundamentales consignados en la Carta Política o desarrollados a través de leyes estatutarias de forma integral como acontece con el derecho fundamental a la salud, se puede afirmar que la infertilidad es una enfermedad del aparato reproductor que causa una discapacidad a los individuos o parejas que la padecen, por cuanto no pueden lograr un embarazo o que el mismo culmine con éxito mediante el nacimiento de una nueva persona viva.

El ubicar a la infertilidad en una enfermedad que apareja una discapacidad nos presenta un plano más profundo que conviene analizar.

Como línea de principio cabe señalar que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 13 de diciembre de 2006 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), y Colombia por medio de la Ley 1346 de 2009 aprobó su inclusión en el ordenamiento interno, para luego finalmente culminar el proceso de ratificación ante las Naciones Unidas en 10 de mayo de 2011, fecha a partir de la cual el instrumento internacional y las obligaciones establecidas en él adquieren pleno vigor y vinculatoriedad para nuestro Estado. Si bien Colombia no ha suscrito el Protocolo Facultativo de esa Convención, es decir, no ha reconocido la competencia del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo anterior no significa que las obligaciones internacionales impuestas en la Convención puedan ser incumplidas o no puedan ser exigibles a través de otros medios.

De acuerdo con el artículo 25 de la CDPD, los Estados Partes de esa Convención reconocen a las personas con discapacidad el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Para tal fin, están obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud que necesiten con ocasión de su padecimiento, incluso en los ámbitos de la salud sexual y reproductiva. Es así como, siguiendo de cerca el artículo 5° de la CDPD, los Estados Partes deben garantizar a todas las personas con discapacidad el trato legal igualitario y efectivo para evitar la discriminación por motivos de discapacidad. Justamente para promover la igualdad, deben adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de “*ajustes razonables*”, los cuales son entendidos como aquellas modificaciones necesarias y adecuadas que se requieran para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio efectivo de sus derechos humanos y libertades fundamentales, en iguales de condiciones con las demás personas.

Nótese entonces como a partir de estos deberes internacionales que ha adquirido el Estado colombiano por medio de instrumentos internacionales debidamente ratificados, es posible advertir que el sistema de salud colombiano a través del Plan de Beneficios en Salud debe

contemplar los tratamientos de reproducción humana asistida como mecanismos para superar la creciente infertilidad en el país, por tratarse de una enfermedad que genera una discapacidad en el aparato reproductor y que la única forma de garantizar la autodeterminación reproductiva es otorgando el disfrute de los beneficios científicos y tecnológicos que ayuden a facilitar la maternidad y/o la paternidad asistida.

Cuando se revisa en detalle la sentencia T-274 de 2015, que fue mencionada como un gran avance en el tercer momento del activismo judicial liderado por la Corte Constitucional (*supra* numeral 3.3), se observa que la misma abordó al respecto dos puntos relevantes.

En primer lugar, compartiendo el estándar fijado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, destacó la importancia de que las personas en condición de discapacidad como consecuencia de la infertilidad gocen de la protección del derecho a la igualdad en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el libre desarrollo de la personalidad y el fundar una familia libremente. Por ello reconoció la existencia de un déficit de protección sobre las personas que padecen esta patología y que carecen de los recursos económicos para acceder a los tratamientos para lograr la fertilidad asistida, pues tendrían como única posibilidad para conformar una familia acudir a la maternidad o paternidad adoptiva, limitándoles las posibilidades de escoger entre una o más alternativas médicas permitidas.

En segundo lugar, señaló que “[a] pesar del reconocimiento que a nivel internacional se ha introducido respecto de la infertilidad como una enfermedad, en Colombia no se le ha dado tal connotación, lo que a juicio de la Sala supone una barrera para el acceso a los servicios de salud reproductiva, e incluso limita el alcance de otros derechos fundamentales como la igualdad y la integridad personal, física, psíquica y social. Como se expuso, aunque esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social” (Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2015, p. 66). Significa lo anterior que las dificultades y obstáculos, así como el déficit de protección en materia de reproducción asistida, se deben superar en beneficio de las personas con discapacidad pues la reproducción humana asistida es la única forma de posibilitar la procreación que anhelan en ejercicio de su autodeterminación reproductiva.

Partiendo de esos dos puntos relevantes, en esa oportunidad la Corte Constitucional explicó que desde la adopción de la Carta Política de 1991 hasta el actual desarrollo paulatino del contenido prestacional del derecho fundamental a la salud, persiste el déficit de protección en materia de salud reproductiva, ante la insuficiencia de regulación en Colombia en lo que toca con los tratamientos de reproducción asistida y su inclusión en el Plan de Beneficios en Salud. En ese orden de ideas, como ya se mencionó, insistió en exhortar al Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que revisen la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y que no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, además de señalar la necesidad de realizar una discusión pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan de

Beneficios en Salud a dichas técnicas, realizando primero los estudios de impacto fiscal necesarios sin anteponer el criterio económico sobre la garantía de los derechos convencionales.

Y es que en ese sentido se considera que deben dirigirse los estudios y las medidas tanto legislativas como administrativas de política pública integral, porque entender la infertilidad como una enfermedad que causa una discapacidad, implica que el Estado colombiano se encuentra obligado a atender el padecimiento con cargo al sistema de salud colombiano. Lo anterior no tan solo apelando a la garantía de los derechos reproductivos, sino al diseño e implementación de acciones afirmativas que protejan los derechos de las personas en condición de discapacidad.

Sobre el punto, vale la pena añadir que la discriminación que sufren los individuos y las parejas que padecen infertilidad no tan solo se sitúan en el plano de la discapacidad. También en la discriminación indirecta por razones de género y de limitada capacidad económica³¹. Precisamente quienes mayormente sufren de infertilidad son las mujeres a quienes se les invisibilizan sus deseos de procreación asistida, y aquellas personas que carecen de recursos económicos para acceder a un centro de salud particular donde le realicen de forma controlada la técnica de reproducción humana asistida. Frente a esto último, es tanto como señalar que los únicos habilitados para acudir a la reproducción asistida son las personas y parejas que cuenten con los suficientes recursos económicos para acceder a tales procedimientos, lo que pone en plano de desigualdad a aquellos que encuentran en la ausencia de recursos económicos una barrera insuperable para la garantía de sus derechos.

Así las cosas, de lo expuesto concluimos que al ser entendida la infertilidad como una discapacidad que tiene su origen inmediato en una enfermedad del sistema reproductivo, merece como tal ser atendida, tratada y cubierta por el sistema de salud colombiano que debe ofrecer dentro de las opciones de mejoría, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida con lo cual protege los derechos de los individuos y parejas afectadas, a la igualdad y no discriminación, a la autodeterminación reproductiva y a constituir una familia gozando de los beneficios y avances científicos para lograrlo. Para tal fin, si bien se deben adelantar los estudios tendientes a determinar el impacto fiscal que causa su inclusión en el Plan de Beneficios en Salud, el argumento fiscal no puede anteponerse para limitar derechos fundamentales y convencionales.

³¹ Al respecto se puede profundizar consultando los fundamentos jurídicos 294 a 304 de la sentencia proferida por la CorteIDH en el caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica.

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO Y DE UNA POLÍTICA PÚBLICA INTEGRAL A PARTIR DE LAS IDEAS DEL FEMINISMO IGUALITARIO.

Después de haber identificado que la infertilidad es una enfermedad del aparato reproductor que genera una discapacidad y como tal debe ser atendida por el sistema de salud colombiano en procura de garantizar los derechos reproductivos, en especial los atinentes a la salud reproductiva y a la autodeterminación en el mismo campo, este capítulo se centrará en plantear desde la teoría como las ideas del feminismo igualitario ayudan a construir un sistema normativo y a diseñar e implementar una política pública integral a partir de visibilizar las necesidades de reproducción femeninas y masculinas en plano de igualdad. Para tal fin, se parte del replanteamiento de la procreación tradicional, para abordar el estudio desde la reproducción humana asistida.

2.1. BREVE HISTORIA DE LOS FEMINISMOS Y SU ACTUAL CLASIFICACIÓN: DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LAS TEORÍAS IGUALITARIAS, RADICALES Y CULTURALES.

Históricamente siempre ha existido una desigualdad entre hombres y mujeres que ha estado marcada por las diferencias sexuales y reproductivas, al punto que dichas diferencias se entienden como una subvaloración de los roles que las mujeres desempeñan y de una abierta exclusión en el ejercicio del poder político. No cabe duda, como lo presentan las autoras Facio & Frías (2005), que existe una *ideología patriarcal* que parte de la base de que lo masculino es el modelo de lo humano, dando como resultado una cultura androcéntrica en la cual el conocimiento, el sistema normativo y los quehaceres humanos se enfocan en la visión que tienen los hombres, convalidando la discriminación contra las mujeres mediante mecanismos de dominación que van desde el manejo del lenguaje universal en modo masculinizado, la educación fundada en valores patriarcales, la familia como espacio privilegiado en donde el varón controla la sexualidad y la capacidad reproductiva, hasta la creación del Derecho como poder natural de los hombres con el cual se imponen a través de amenazas del uso de la fuerza y el temor que genera el incumplimiento de reglas.

Según Castells (1996), se entiende por feminismo *“lo relativo a todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad, y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad en que ya no tengan cabida las discriminaciones por razones de sexo y género”*. En palabras de Facio & Frías (2005), el feminismo *“es una ideología plural y diversa con un solo objetivo político: transformar la situación de subordinación de las mujeres en todo el mundo”*, por lo cual como ideología y teoría parte de la idea de generar conciencia colectiva en las mujeres de la subordinación, discriminación y opresión que sufren por parte del colectivo de los hombres a través del patriarcado, para cuestionar las estructuras de poder que han mantenido al hombre como central a la experiencia humana, es decir, busca luchar contra la visión androcéntrica que ubica al hombre como modelo de lo humano.

Ahora bien, no se puede hablar de la existencia de una sola corriente o teoría feminista. Por el contrario, como señala Fries & Lacrampette (2013), existen diferentes feminismos que “*comprenden un conjunto de teorías críticas que explican la subordinación, dominación, explotación y/o marginación de las mujeres en la sociedad y promueven plenamente su emancipación*” (p. 33) Así, se puede advertir que dentro del pensamiento feminista es común estimar que la mujer ha sido puesta en situación de inferioridad frente al hombre, y que es necesario generar una revolución en la forma de pensar para que impacte los campos político, social, económico y cultural en beneficio de la igualdad que reclama la mujer.

Pues bien, el origen del feminismo data de la época de la ilustración y es conocido como el *feminismo vindicativo* (Fries & Lacrampette, 2013, p. 33), según el cual las ideas de la razón, la autonomía y la libertad de los individuos como ejes de la época que permitían terminar con los privilegios, solo eran predicables para los hombres porque esas promesas de la ilustración no se extendían a las mujeres, en especial lo atiente a la educación. De allí que este primer feminismo propendió porque la naturaleza femenina no fuera inferior a la masculina, sino que contara con un claro acceso a la educación en busca de superar su ámbito relegado a lo doméstico-privado.

Con la llegada del siglo XIX se gesta la *segunda ola del feminismo*, que buscaba desarticular la ideología de la naturaleza diferente y complementaria de los sexos, para lo cual resultó determinante la incorporación masiva de las mujeres proletarias al trabajo, ya que ello permitió el desarrollo del movimiento del sufragismo con dos objetivos concretos: los derechos educativos y el derecho al voto. Siguiendo de cerca a Fries & Lacrampette (2013), “*las mujeres en este periodo comienzan a darse cuenta de que se requiere avanzar para ser parte de la ciudadanía y que ello se logra a través de la educación*” (p. 40). De tal forma que, a medida que las mujeres fueron accediendo a la educación, lograron conquistar el derecho al voto como llave de entrada al ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos. No obstante, las guerras mundiales obligaron a las mujeres a regresar a sus hogares, pero a la vez permitieron que a mediados de los años sesentas debido a la condición de amas de casa, pudieran realizar un diagnóstico de su situación advirtiéndole que el orden patriarcal se mantenía intacto. Entonces, la palabra *patriarcado* fue elegida para significar el orden sociomoral y político que mantenían y perpetuaba la jerarquía masculina.

Con ocasión de lo anterior, surge en la década de los sesenta el *feminismo radical* con la idea de buscar la razón de la dominación y de abrir nuevamente el espacio privado-doméstico para convertirlo en una politización explícita con miras a erradicar el patriarcado. Y ya en los años ochenta y noventa viene un periodo posterior donde el feminismo es ampliamente estudiado y teorizado.

Para identificar las principales corrientes feministas nada mejor que utilizar el criterio temático empleado por Jaramillo I.C (2000), a partir de las diferentes formas de entender la opresión de las mujeres en la sociedad contemporánea. Dicho criterio es seguido y enriquecido en argumentos por Fries & Lacrampette (2013), quienes manifiestan que la clasificación permite visibilizar que la producción teórica del feminismo se caracteriza por su pluralidad ideológica.

Así, en primer lugar, se encuentra el *feminismo de la igualdad* que considera que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo igual a los hombres. Este primer grupo incluye a su vez distintas formas de entender la igualdad, dentro de las que se destacan los siguientes movimientos: (i) el *feminismo liberal* que parte de la idea de que la igualdad es una igualdad de oportunidades, que desde la concepción clásica refiere a igualdades formales y exigen otorgar a las mujeres la titularidad de los mismos derechos que se conceden a los hombres (feminismo liberal clásico), y desde una óptica social se concretiza a partir de la igualdad de oportunidades materiales o reales en donde la libertad no puede ser ejercida si no se cuenta con los recursos materiales necesarios (feminismo liberal social); (ii) el *feminismo socialista*, para el cual la igualdad debe ser la igualdad en cuanto al acceso a los recursos, al igual que indican que “*la subordinación de las mujeres es propia del modo de producción capitalista que requiere la reproducción de la mano de obra dentro de la familia, que debe generar nuevo individuos que entren en el sistema productivo. Las feministas de esta línea proponen que el patriarcado y el capitalismo sean vistos como sistemas mutuamente dependientes*” (Fries & Lacrampette, 2013. p 50); y, (iii) el *feminismo radical*, el cual sostiene que el género es la estructura social predominante y que el problema de las mujeres se ubica en la falta de poder. Siendo entonces los hombres los que ejercen el poder, lo manifiestan en su libre acceso a la sexualidad femenina y en la posibilidad de definir qué es ser mujer, siendo silenciadas las mujeres y despojadas de sus posibilidades de identificación porque terminan convertidas en objetos de intercambio.

En segundo lugar, se encuentra el *feminismo cultural o de la diferencia*, que considera que las mujeres son oprimidas porque no se reconocen como valiosas sus diferencias respecto de los varones; por consiguiente, su principal característica es que reivindican la diferencia entre el razonamiento moral de hombres y mujeres. Sin embargo, al feminismo cultural se le ha criticado que no considera que lo femenino es una construcción social dentro de una sociedad patriarcal.

De acuerdo con Jaramillo I.C (2000), además de los anteriores movimientos feministas existe otra posibilidad de clasificarlos teniendo en cuenta la prioridad del factor género en la comprensión de la opresión de los individuos. En ese sentido se identifican el *feminismo esencialista de género* y el *feminismo antiesencialista de género*. El primero que incluye todos los feminismos que fueron antes clasificados, estima que el género es el principal y esencial factor de opresión para todos los individuos que pertenecen al sexo femenino, mientras que el segundo considera que la opresión femenina deviene de diferentes factores como la raza, la orientación sexual, el género, la clase y la pertenencia a un grupo étnico determinado.

Efectuadas las anteriores clasificaciones para ubicar el debate desde las teorías feministas, importa señalar que Facio & Frías (2005) destacan la existencia de algunos elementos comunes a todas las feministas, a saber: (i) la creencia de que todas las personas valen en tanto seres humanos igualmente diferentes en términos de individualidades e igualmente semejantes; (ii) todas las formas de discriminación y opresión sin humillantes, por lo cual no se exige simplemente más derechos para las mujeres, sino que se busca cuestionar cómo se

van a ejercer los derechos y a quiénes van a beneficiar; *(iii)* la armonía y la felicidad son más importantes que la acumulación de riquezas a través de la producción, el poder y la propiedad, por consiguiente de forma general el feminismo se opone al poder sobre las personas, de forma concreta sobre la mujer, y propone a cambio el poder de las personas; y, *(iv)* lo personal es político, con lo cual se pretende ampliar el análisis sobre el poder y el control social a aquellas esferas tradicionalmente excluidas. En el patriarcado esas esferas son dos: lo público y lo privado. Lo público corresponde al dominio de los varones en cuanto tiene que ver con el poder político, social, del conocimiento, entre otros, mientras que lo privado es propio de la mujer dados sus roles domésticos como esposas y madres. Justamente lo que procuran todos los feminismos es romper esa división de las esferas para que la mujer participe activamente tanto en lo público como en lo privado.

Además lo anterior un quinto elemento es reconocido como común a todos los feminismos: “*la subordinación de las mujeres tiene como uno de sus objetivos el disciplinamiento y control de nuestro cuerpos*” (Facio & Fries, 2005, p 266). Y este elemento resulta fundamental para la presente investigación porque el disciplinamiento que han ejercido los hombres sobre el cuerpo de las mujeres está guiado a controlar la sexualidad y la capacidad reproductiva de las mujeres en tanto son capaces de albergar vida humana. Una de esas formas de expresar dicho control es sin duda la construcción del Derecho en el cual se invisibilizan las necesidades femeninas y se limita el ejercicio de sus derechos con prohibiciones o con legislaciones que guardan la apariencia de ser neutras. Sin embargo, no cabe duda que el patriarcado tiene por objetivo el control de la reproducción, ya que no hacerlo les disminuye significativamente el poder. Por ello la lucha femenina que se propone parte por reivindicar el control de los cuerpos femeninos a través de la libertad en el ejercicio de la autodeterminación reproductiva biológica o asistida.

Un sexto elemento también común y relevante para el caso, es el empleo del género como categoría social. De allí que los análisis con *perspectiva de género feminista* ayuden a visibilizar las realidades que viven las mujeres, así como las construcciones sociales y culturales que permean la subordinación de las mismas. De tal forma que, la perspectiva de género como categoría sirve para estudiar no tan solo la relación de subordinación de las mujeres frente a los hombres, sino que ofrece un panorama mayor que permite advertir cómo esa subordinación es también funcional o institucional como parte de la práctica patriarcal. El mejor ejemplo de ello son las decisiones que adoptan los órganos del Gobierno Nacional en materia de política pública de los derechos reproductivos, pues ven la salud reproductiva desde un criterio androcéntrico y el control de la reproducción como un fin esencial para menguar la autodeterminación femenina. Justamente, a raíz de esas prácticas patriarcales incorrectas, en la actualidad la incorporación de la perspectiva de género como estrategia pretender tomar en cuenta los intereses y las experiencias tanto de los hombres como de las mujeres, para realizar una construcción integral de las políticas públicas, de los planes y sus monitoreos, y generar una igualdad entre los dos sexos.

En ese sentido es indispensable quebrar la idea cultural y tradicional de que el control de la reproducción tiene un origen androcentrista, es decir, centrada en el hombre como paradigma

de lo humano³². Por el contrario, se debe avanzar hacia las *perspectivas género sensitivas* que son “*aquellas que visibilizan los distintos efectos de la construcción social de los géneros. Ponen al descubierto cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, y sugieren formas de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación*” (Facio & Frías, 2005. p 273). Así se visibilizan las necesidades femeninas, sus deseos y experiencias desde una mirada diferente a la patriarcal de dominación, donde prima la jerarquización de lo masculino como referente.

Y es que el patriarcado se mantiene y reproduce a través de diferentes instituciones como son: el manejo de un lenguaje ginope³³, la concepción de la familia patriarcal como el espacio privilegiado de dominio sexual y reproductivo, la educación androcéntrica, la maternidad forzada, el derecho masculinista y la violencia de género, entre otras, las cuales se deben enfrentar desde las perspectivas género sensitivas y las críticas feministas activas a la construcción del Derecho.

En especial, centrándonos en el Derecho masculinista, se debe señalar que las leyes son hechas por y para los hombres convirtiéndose en un instrumento de articulación del sistema patriarcal porque contribuye al disciplinamiento del género, en el caso de las mujeres, el Derecho les fija el modelo de identidad específica y legítima sometida a los querer masculinos. Significa lo anterior que la ley parte de un criterio androcéntrico característico del sistema patriarcal, de tal forma que al ser el hombre el sujeto del todo, la regulación tiene en cuenta sus intereses y preocupaciones invisibilizando una vez más las necesidades, gustos, querer y derechos autónomos de las mujeres, lo que compromete la igualdad y la neutralidad normativa.

Ese es el caso de la exclusión histórica de los derechos sexuales y reproductivos. Respecto de estos últimos, como la concepción y el embarazo de gestan en los cuerpos femeninos, al patriarcado le ha interesado y le sigue interesando mantener el control de la reproducción con el fin de asegurar el pleno ejercicio de la paternidad. Esto permite advertir que no les interesa en lo más mínimo permitir la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida con cargo al sistema de salud colombiano, ya que en nada los beneficia -bajo la idea de que la infertilidad es un problema femenino- y por el contrario si empodera a la mujer otorgándole plena libertad y autonomía en la reproducción. Sentir el patriarcado que pierde el control es lo que lleva a que existan barreras legislativas y de diseño de política pública que terminan invisibilizando las necesidades femeninas que reclaman, por ejemplo, una procreación asistida libre de la intervención y decisión masculina.

³² Según exponen Facio & Frías (2005), “*una cultura androcéntrica es aquella en la que el hombre, sus intereses y sus experiencias son el centro del universo. (...) Si el hombre es percibido como el modelo de lo humano, todas las instituciones creadas socialmente responden principalmente a las necesidades e intereses del varón, y cuando mucho, a las necesidades o intereses que el varón cree tienen las mujeres*” (p. 272).

³³ Corresponde a la expresión del poder masculino en el uso del lenguaje, siendo éste enfocado a los hombres como concepción de lo universal.

Justamente con miras a superar esa visión androcéntrica y la construcción masculinizada del Derecho, es que surge la crítica feminista como *“una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes dentro del derecho”* (Facio & Fries, 2005. p 294), a través de la cual las mujeres han empezado a exigir que sus intereses y necesidades sean tomadas en cuenta como parámetro para la construcción del derecho, es decir, desde el lente de la perspectiva de género al momento de estudiar, diseñar e implementar medidas legislativas y gubernamentales de protección en materia de derechos reproductivos. De eso se ocupará esta investigación seguidamente.

2.2. LA CRÍTICA FEMINISTA A LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN ENCLAVE DE LA SALUD REPRODUCTIVA Y LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA.

El Derecho como sistema de normas y políticas que rigen una sociedad, opera para mantener el orden social de género y su sistema de poder con clara influencia de tradición patriarcal. Como se explicó anteriormente, el Derecho está hecho por y para los hombres, por ende, las necesidades y aspiraciones de las mujeres se encuentran invisibilizadas, dando como resultado que el sistema normativo carezca de perspectivas género sensitivas tendientes a descubrir los deseos y voluntades tanto femeninas como masculinas para identificar un punto de equilibrio que genere igualdad jurídica a pesar de las desigualdades biológicas.

La profesora Jaramillo I.C. (2000) explica que existe una relación directa entre el feminismo y la construcción del Derecho que presenta dos puntos de enlace: (i) el feminismo como crítico del Derecho, y, (ii) el Derecho como herramienta del feminismo. En cuanto al primer enlace en mención, logra identificar que las críticas feministas al Derecho se ubican en el plano teórico frente a sus fundamentos y nociones, y en el plano de las instituciones jurídicas existentes (p. 50). Puntualmente, la crítica feminista desde la teoría del derecho ha generado dos aportes significativos: de una lado, ha afirmado que el derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde una visión masculinizada que solo protege las necesidades e intereses de los hombres; y del otro lado, ha demostrado que aunque el Derecho proteja las necesidades e intereses de las mujeres, en su aplicación por instituciones e individuos matriculados en la ideología patriarcal, se terminan lesionando los derechos de las mujeres.

En ese mismo sentido, West R (2000) indica que las teorías feministas del derecho se pueden resumir en dos modestos proyectos. El primero proyecto *“es el desenmascaramiento y crítica al patriarcado, oculto detrás de un derecho y de una teoría pretendidamente neutrales en cuanto al género o, puesto de otra manera, el descubrimiento de lo que podemos llamar ‘la teoría patriarcal del derecho’* (p. 158), es decir, la base de ese proyecto es demostrar que la doctrina legal protege y define al hombre, no a la mujer. El segundo proyecto consiste en una *“teoría reconstructiva del derecho”* que se basa en reformas legales feministas racionales, en temas sensibles como la libertad reproductiva (p. 159); en palabras de West, se *“debe tratar de explicar o de reconstruir las reformas necesarias para la seguridad y el mejoramiento de las vidas de las mujeres, en un lenguaje directo que sea fiel a nuestra propia experiencia y a nuestras propias vidas subjetivas”* (p. 172).

Ahora, desde la crítica feminista a las instituciones jurídicas existentes, concretamente las feministas sociales y socialistas, según expone Jaramillo I.C. (2000), propenden por la no discriminación en la distribución de los recursos para la seguridad social, al igual que reclaman protecciones especiales a las mujeres por cuanto juegan un papel importante en la reproducción de la especie humana. De esta forma, desde ese feminismo se impulsan las ideas de igualdad y de garantizar los derechos de las mujeres contra los riesgos particulares derivados de su situación de productoras-reproductoras (p. 55). En ese sentido critican las instituciones jurídicas que niegan el acceso a los derechos básicos como salud y a las protecciones mínimas en la función de la maternidad.

Pues bien, enfrentando esas ideas del feminismo igualitario con el deber de garantía que le asiste al Estado colombiano frente a los derechos reproductivos de las mujeres, fácilmente se advierte una crítica consistente sobre la construcción del Derecho.

Al respecto, lo primero que se debe afirmar es que el legislador a través de sus omisiones en regular el tema ha antepuesto la óptica patriarcal de dominación sobre el cuerpo de las mujeres, además del control de la reproducción, y ha propendido por invisibilizar sus necesidades considerando que las enfermedades del aparato reproductor que causan infertilidad son un problema exclusivo de las mujeres.

En segundo lugar, ante la ausencia de medidas legislativas, el estudio de la infertilidad como un problema relevante de salud pública también ha sido invisibilizado a pesar de que la Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2010 relevó que la disminución de la fertilidad estaba afectando de forma drástica a las mujeres mayores de 20 años en edad reproductiva, y de existir sólidos pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud catalogando la infertilidad como una enfermedad. Incluso, en vez de generar construcciones del Derecho con perspectiva género sensitiva, el Gobierno Nacional a través de la política pública en materia reproductiva y del actual Plan de Beneficios en Salud, ha mantenido una visión androcéntrica del Derecho que implícitamente se orienta a afirmar que como el problema de infertilidad no le compete o afecta a la población masculina, entonces desde una concepción universal de la salud no es relevante generar su cubrimiento con cargo al plan de beneficios para atender los padecimientos femeninos.

En tercer lugar, el Ministerio de Salud y Protección Social ha venido perpetuando la discriminación y negando el empoderamiento de las mujeres en materia de reproducción asistida, porque como se indicó a lo largo de esta investigación, de forma explícita en el anterior Plan Obligatorio de Salud excluyó los tratamientos contra la infertilidad del cubrimiento asegurado en salud, y en la actualidad de manera implícita persiste la exclusión. Precisamente, esa falta de mención y decisión expresa frente al tratamiento con cargo al Plan de Beneficios en Salud, es lo que lesiona los derechos reproductivos de las mujeres y generan la crítica por tener una visión androcéntrica de la salud y un desarrollo patriarcal del Derecho.

En cuarto lugar, tanto el Congreso de la República como el Gobierno Nacional anteponen el criterio de sostenibilidad fiscal sobre las garantías de salud reproductiva y autodeterminación

reproductiva como derecho de las mujeres reconocido en instrumentos internacionales vinculados al ordenamiento interno mediante el bloque de constitucionalidad. En ese sentido, como lo plantea el feminismo igualitario, es necesario revisar la distribución de los recursos para la seguridad social en salud con miras a proteger las diferencias biológicas y de padecimientos médicos que existen entre hombres y mujeres, habida cuenta que se deben otorgar garantías de cobertura en salud especiales a las mujeres que no pueden cumplir biológicamente la reproducción que anhelan. Se trata entonces de visibilizar esa necesidad y brindar soluciones adecuadas que exalten la autonomía reproductiva sin sujeción a la voluntad patriarcal.

Con base en ello, no cabe duda que las ideas del feminismo igualitario ayudan a construir un sistema normativo y a diseñar e implementar una política pública integral a partir de visibilizar las necesidades de reproducción femeninas y masculinas en plano de igualdad, pero teniendo claras las diferencias biológicas y los perfiles de enfermedades que aquejan a ambos sexos. Solo de esa forma es posible generar cubrimientos en salud eficaces desde la perspectiva de género que desarrollen y ayuden al ejercicio de la autonomía reproductiva, pero sobre todo que empoderen a las mujeres en su proyecto de vida libres de las influencias patriarcales.

2.3. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO Y DE UNA POLÍTICA PÚBLICA INTEGRAL A PARTIR DE LA VISIBILIZAR LAS NECESIDADES REPRODUCTIVAS FEMENINAS Y MASCULINAS EN PLANO DE IGUALDAD.

La construcción de un sistema normativo y de una política pública integral en materia de derechos reproductivos no es un tema fácil de abordar dadas las complejidades políticas, sociales, culturales y económicas que debe enfrentar y superar, menos cuando se trata del acceso efectivo a las técnicas de reproducción humana asistida con el fin de empoderar a las mujeres en cuanto al ejercicio de sus decisiones reproductivas. Como lo indica la Lemaitre J (2008), la protección de los derechos humanos de las mujeres debe enfrentar dos desafíos principales que son transversales en todos los niveles: *(i)* el poder político de los fundamentalismos -influencia conservadora de las religiones monoteístas- y la débil implementación de los avances normativos; y, *(ii)* evaluar la implementación de normas, políticas e incluso decisiones judiciales, desde un enfoque feminista capaz de incidir positivamente en los cambios (p. 129). Justamente eso dos desafíos permiten advertir la importancia de incluir la experiencia de las mujeres como factor fundamental para la producción, implementación y evaluación de normas y políticas que desarrollen los derechos humanos de ese género.

Lo anterior lleva a afirmar que en el escenario legislativo es necesaria la producción normativa teniendo en cuenta una mayor inclusión de las mujeres en la participación política y el acceso a cargos de poder donde puedan tomar decisiones. De hecho, el Objetivo de Desarrollo Sostenible No. 5 fijados por Naciones Unidas como guía de ruta hasta el año 2030, señala como prioritario lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las niñas y mujeres, para lo cual fungen como metas dos relevantes: *(i)* velar por la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles de

la adopción de decisiones en la vida política, económica y pública; y, (ii) garantizar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos, de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen.

Lo anterior significa que solo con el aumento equitativo de la participación política de las mujeres en escenarios como el Congreso de la República, es posible que sean visibilizadas sus necesidades en materia de salud reproductiva y autodeterminación en la misma materia, para brindar garantías de acceso a la reproducción humana asistida a través del sistema de salud colombiano. Y es que en ese punto cobra valor el derecho al disfrute de los avances científicos y tecnológicos para lograr que las mujeres puedan ejercer su autonomía reproductiva libres de la concepción patriarcal de dominación sobre sus cuerpos. Parte de esa autonomía se logra generando herramientas para decidir cómo adelantará sus procesos de reproducción. Nótese entonces que el avance legislativo debe estar orientado a garantizar la autonomía en la decisión reproductiva, de tal forma que ante problemas de infertilidad o sencillamente en ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y de conformar una familia, puedan acceder incluso solas a los medios asistidos de procreación sin tener que contar con el aval del gremio masculino. De hacerlo sería nuevamente retomar la tradición patriarcal que las ideas feministas pretenden erradicar.

Otro tema que resulta importante en la construcción del Derecho legislado, es la eliminación del lenguaje universal y aparentemente neutral donde solo priman las necesidades masculinas, para cambiarlo a un enfoque género sensitivo donde se valoren tanto las experiencias y necesidades femeninas como las varoniles, y se pueda generar una acertada cobertura normativa. Eso nos ubica nuevamente en que los querer de ambos sexos, al igual que su naturaleza biológica, los tornan diferentes y esa diferencia es la que debe ser evaluada desde una perspectiva de género al momento de la elaboración y aprobación de las normas. De ahí que, al legislar sobre el acceso efectivo de las personas y parejas a las técnicas de reproducción humana asistida sea indiscutible analizar las diferencias y construir el Derecho desde la mirada feminista que propende por la igual, pero que a la vez exige el reconocimiento de la autonomía libre de los dominios masculinos y de su pretensión de universalidad.

En cuanto a la construcción del Derecho mediante la elaboración e implementación de una política pública integral en materia de derechos reproductivos, tres ejes adquieren jerarquía desde el enfoque feminista que advierte esta investigación y que lejos está de anular las necesidades masculinas.

En primer lugar, se debe superar la *visión androcéntrica de la salud* que ubica al hombre como el centro de la evaluación de prioridades y de coberturas para lograr el más alto nivel de salud. En ese sentido es vital contar con funcionarios del gobierno y personal médico capacitado capaces de visibilizar las necesidades de salud reproductiva que aquejan ambos géneros. El mejor ejemplo sobre el punto es el que se ha venido tratando: la creciente infertilidad femenina como enfermedad que genera una discapacidad, lo cual debe ser evaluado con perspectiva de género para determinar a partir de estudios epidemiológicos

neutrales, si se deben generar coberturas especiales por parte el sistema de salud colombiano con miras a dar cumplimiento a los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado en la protección de los derechos de las mujeres. Es más, como también se vio, de forma más reciente la infertilidad también es un problema que afecta a los hombres, por ello debe analizarse la enfermedad en un plano de igualdad pero sin perder el norte de las diferencias biológicas que exigen establecer medidas administrativas con matices.

En segundo lugar, como se ha manifestado, el criterio económico no se puede anteponer a la garantía de los derechos humanos. En ese sentido, el diseño de la política pública debe orientar un desarrollo asistencialista y progresista de la salud para lograr la mejor realización y ejercicio de los derechos en materia de reproducción biológica y asistida. El acceso y la inclusión efectiva de los avances científicos y tecnológicos en reproducción humana asistida debe contar con los estudios previos para efectuar las apropiaciones presupuestales respectivas, pero no permitir el impacto negativo en el cual, luego del estudio adelantado, se cercene el goce de la salud reproductiva que a su vez permite el ejercicio de la autodeterminación reproductiva como una liberación del patriarcado.

Y en tercer lugar, al poder definir que la infertilidad es una enfermedad que pone en riesgo la salud pública debido a su aumento exponencial, obliga a reevaluar las prioridades de la política pública en el tema de derechos reproductivos y a generar coberturas en salud que mitiguen o tornen superable la enfermedad. Entonces, en ese sentido lo que se busca no es más que visibilizar las necesidades femeninas sin anular las masculinas, para que a partir de una perspectiva de género se pueda garantizar su tratamiento hasta lograr la mejoría empleando métodos asistidos que debe contemplar el Plan de Beneficios en Salud colombiano.

Ahora, aunque la construcción formal del Derecho tiene su fundamento esencial en las medidas legislativas y administrativas de origen legislativo y gubernamental, lo cierto es que en la sociedad contemporánea los jueces también son creadores del Derecho y por eso la justicia no puede ser neutra respecto del género sino que, por el contrario, debe asumir el análisis de los casos sometidos a su jurisdicción a través de la perspectiva de género. El campo judicial y aún más el de amparos constitucionales obligan a los operadores a que sus decisiones acojan los estándares proferidos en el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y den respuesta a las necesidades de ambos sexos. Por ello, el definir posiciones de avanzada en garantismos resulta ser prioritario en pos de la certeza y de la seguridad jurídica. Es lamentable que aún hoy día persistan retrocesos inaceptables en el desarrollo jurisprudencial frente a la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva, sobre todo cuando se alega el problema económico que en últimas afectan las relaciones de equidad y paridad.

En este orden de ideas, la construcción del Derecho y de una política pública integral que contemple los derechos reproductivos como verdaderos derechos humanos cuyas coberturas de tratamiento y mejoría debe asumir el Plan de Beneficios de Salud, implican visualizar las necesidades y enfermedades reproductivas tanto femeninas como masculinas, para que desde el enfoque de género el desarrollo sea adecuado empoderando a las mujeres en sus derechos

y sobre todo eliminando todo control masculinizado. De allí que se considere indispensable que esa visibilización tenga un contenido igualitario pero asumiendo las diferencias existentes entre los sexos, y sobre todo entre el ejercicio de la voluntad reproductiva biológica o asistida.

Ello va de la mano con el pensar de Thomas F (2016) en el sentido que no podemos seguir dejando el mundo en manos de los hombres, para lo cual el cambio de cultura patriarcal debe comenzar por disminuir la brecha entre la ley, la realidad y la vida cotidiana de las mujeres, para lo cual es indispensable transformar el lenguaje sexista, discriminatorio y excluyente, por la construcción de un Derecho que visibilice los quereres y las necesidades femeninas, sin dejar de lado las valiosas apreciaciones de las realidades masculinas. Se trata entonces de generar procesos de inclusión igualitaria en la construcción y depuración normativa y de políticas públicas en salud, como parte de la democracia que cimienta el Estado social de Derecho. Justamente, frente al aporte de las mujeres a la democracia y a la política, Thomas F resalta, con lo cual se concluye, que:

“Las mujeres hemos demandado el fortalecimiento de la democracia y este dependen de la garantía de los derechos de las mujeres, de su inclusión con opinión y autonomía para decidir, con su participación en la política. La democracia no es de los hombres, es de todos y todas. Tener eso claro y exigir su realización es un aporte muy importante para la democracia y la política. Más mujeres en los espacios de decisión será siempre un progreso de una democracia participativa” (p. 84).

III. LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA UN PASO MÁS ALLÁ. IDEAS SOBRE LA PROCREACIÓN ASISTIDA COMO LIBERTAD FUNDAMENTAL EN COLOMBIA.

Según se ha planteado a lo largo de esta investigación, la autodeterminación reproductiva reconoce, respeta y garantizar tanto a mujeres como a hombres la capacidad de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo hacerlo y con qué frecuencia hacerlo. Ello permite advertir que dicha autodeterminación además de estar representada constitucionalmente en el artículo 42 de la Constitución Política, que prescribe que la pareja tiene derecho a decidir libremente y de forma responsable el número de hijos, y convencionalmente en el literal e) del artículo 16 de la Convención CEDAW, que reconoce el derecho de la mujer y del hombre a decidir libremente sobre el número de hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos, se encuentra cimentada sobre las libertades humanas que en nuestro criterio permiten ampliar su campo de acción para ir un paso más allá.

Hasta el momento se ha afirmado que la autodeterminación reproductiva como núcleo esencial de los derechos reproductivos, se debe garantizar a aquellas personas que sufren de infertilidad entendida como una enfermedad del aparato reproductivo que causa una discapacidad que merece ser atendida, tratada y cubierta por el sistema de salud colombiano, el cual debe ofrecer dentro de las opciones de mejoría el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida con el fin de proteger los derechos de los individuos y parejas afectadas que carezcan de recursos económicos para sufragar directamente de su peculio el acceso efectivo a tales técnicas.

Pues bien, lo que se pretende a continuación es dejar esbozado un campo más amplio de protección y cobertura de la reproducción humana asistida, donde no se parta de la infertilidad como un problema de salud pública que merece ser atendido por el Estado colombiano, sino de la garantía y respeto a las libertades individuales. Por ejemplo, de entrada llamada la atención que el artículo 42 Superior establezca que reside en “la pareja” el derecho a la autodeterminación reproductiva, cuando lo cierto es que dicho derecho opera de forma independiente e individual según el concepto de familia a construir. De tal forma que, puede pensarse en la autodeterminación reproductiva como una decisión singular y personal libre de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, por lo cual no se debe limitar a la decisión del otro, llámese cónyuge, padre, compañero permanente o incluso Gobierno Nacional.

Sin duda la construcción de la familia como célula básica de la sociedad implica el desarrollo autónomo de un proyecto de vida libre e independiente, en el cual quepa la posibilidad de procrear o no hijos, tanto por personas solas como por parejas que han decidido unirse con ánimo de permanencia, ayuda mutua y socorro. Es así como la construcción de familia también se encuentra sometida al plano de las libertades humanas, ya que permite el ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conformarla, a decir

cuándo y con quién conformarla, pero sobre todo responde a un alto grado de autonomía personal.

La cláusula general de libertades contempla unas propias de la esfera externa como son la libertad física y la libertad de circulación y residencia, pero a su vez consagra una esfera interna de la persona donde adquiere especial preponderancia la autonomía personal para que el individuo se haga dueño de su vida a partir de las decisiones que enfrenta y asume. En esta esfera interna el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia son pilares esenciales, pero también debería serlo la autodeterminación reproductiva por cuanto implica la toma de decisiones frente a los procesos de fecundación y reproducción que impactan en especial los cuerpos femeninos al albergar los embriones que representan el valor vida. Ahora, sin duda el libre desarrollo de la personalidad comprende la autonomía personal, pero lo que se propone va más allá de identificarlo como una subclase; la idea es analizar la autonomía reproductiva como un derecho al mismo nivel que el libre desarrollo de la personalidad dada la incidencia que tiene en el proyecto de vida y en el desarrollo familiar. En ese sentido, el que la autonomía individual esté permeada por la responsabilidad de las persona en sus propias elecciones, pero a la vez por la capacidad para realizar sus propios proyectos, nos lleva a pensar en la reproducción asistida un paso más allá como realización efectiva de proyectos de vida individuales o de pareja.

El discurso que se plantea sobre la autonomía reproductiva como parte relevante de las libertades humanas conduce a pensar en las posibilidades de la procreación, esto es, cómo se procrea. Para tal efecto, se advierte que las dos únicas formas de procreación son: (i) acudiendo al método tradicional de relaciones sexuales consentidas entre un hombre y una mujer para habilitar la procreación biológica o natural, o (ii) acudiendo a los métodos de reproducción humana asistida en donde las ayudas científicas y tecnológicas permitan que óvulos y espermatozoides puedan ser fecundados en el laboratorio, para luego ser implantados en el útero de la mujer. Es lo que comúnmente se conoce como fertilización in vitro o transferencia de gametos, los cuales además vale la pena aclarar que pueden ser del o de los directos interesados, o también permite acudir a gametos donados.

Así las cosas, se observa que la segunda posibilidad en comentario -la reproducción humana asistida- permite que incluso una persona, sin necesidad de acudir en pareja e independientemente de su orientación sexual o de su identidad de género, pueda lograr la procreación como parte del ejercicio de sus libertades individuales, en este caso puntual, las libertades reproductivas y dentro de ellas la autodeterminación en la materia.

Entonces, de ser posible lo anterior dos temas surgen como relevantes. De un lado, la evolución permanente del concepto de familia tradicional al concepto de familias diversas y ampliadas donde una sola persona tiene la potencialidad de conformar una célula básica de la sociedad acudiendo a métodos asistidos, con lo cual se manifiesta plenamente la libertad con responsabilidades en la definición del lazo filial frente al *nasciturus*. Y del otro lado, el que la posibilidad de concebir asistidamente dé un paso más allá para enfocarse en la garantía del cubrimiento de la reproducción asistida con una pretensión de universalidad, de tal forma que no se asocie su garantía por parte del Estado solo a la existencia de la infertilidad y a la

carencia de recursos económicos. Dicha pretensión de universalidad se cimienta sobre la idea de garantizar el acceso a los servicios de reproducción humana asistida para todas las personas que deseen procrear de forma libre, pero asumiendo las responsabilidades que ese acto apareja. Obsérvese como centramos el estudio en la procreación asistida como una libertad reproductiva que el Estado debe garantizar y proteger en procura de generar un trato igualitario. De allí que se hable de la reproducción humana asistida como derecho, el derecho visto de la posibilidad misma de procrear a partir de una decisión libre y autónoma, como acontece en el plano de la concepción natural o biológica.

Por consiguiente, la autonomía en ese campo debe propender por garantizar las opciones de vida y poner a disposición todas las herramientas posibles para que los individuos puedan alcanzar y perseguir sus aspiraciones legítimas de vida, o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia desde el ideario de la reproducción asistida como opción para concebir un hijo con claro lazo filial. Nótese entonces que el problema no debe enfocarse en la infertilidad como enfermedad, sino en el replanteamiento de la autonomía reproductiva que permita escoger entre la concepción tradicional o la asistida. Es decir, el punto se centra en la libertad de optar respecto de un método o del otro.

El que la reproducción humana asistida deba ser garantizada como una posibilidad de procreación que permita al individuo escoger si la realiza o no con cargo a los recursos estatales, sin duda presenta varios argumentos en contra que también son necesarios analizar sin ánimo de teorizar ni profundizar dado el límite trazado a esta investigación.

Al respecto, el argumento más fuerte es el factor económico que imposibilita al Estado generar el cubrimiento efectivo de la reproducción humana asistida con cargo al Plan de Beneficios en Salud, ante el impacto fiscal que ello acarrearía. También figura como planteamiento en contra que el Estado tiene múltiples necesidades insatisfechas de la población colombiana, entonces los recursos escasos deben direccionarse con miras a privilegiar el cubrimiento de tales necesidades sin causar mayores cargas estatales.

Pues bien, sobre el punto vale la pena señalar que el ejercicio de las libertades individuales implica la mayoría de veces erogaciones de gasto público que se deben medir y presupuestar, por consiguiente, el argumento económico si bien está presente y no se puede obviar, tampoco debe ser la traba para el desarrollo de mayores derechos y libertades personales. Además, porque la propuesta lo que obliga es a replantear el concepto de autonomía reproductiva para matricularlo como una libertad fundamental. Pero se repite, son argumentos que se dejaron expuesto a título de propuesta conclusiva de la presente investigación.

CONCLUSIONES

Desde la introducción se había planteado como problema de investigación si el Estado colombiano debía garantizar por medio del sistema general de salud y a través de una política pública integral, al acceso real y efectivo a los derechos reproductivos a efectos de disminuir el número de casos de infertilidad en Colombia y de satisfacer el derecho a la autodeterminación reproductiva mediante la procreación humana asistida de hijos con claro lazo filial.

Para dar respuesta a lo anterior, los resultados de la investigación permitieron concluir que Colombia se encuentra obligada por la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) -en el Sistema Universal-, así como por la Convención de Belem Do Pará y el Pacto de San José –en el Sistema Interamericano-, principalmente, a reconocer y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de los hombres como verdaderos derechos humanos. Tales instrumentos por ser fuente formal del derecho internacional, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto porque refieren a derechos que se encuentran consignados bajo otras denominaciones en la Carta Política de 1991.

Centrando la atención en los derechos reproductivos se logró determinar que su núcleo esencial se encuentra integrado por el *acceso a los servicios de salud reproductiva y el ejercicio de la autodeterminación reproductiva*, lo cual permite que los individuos y parejas decidan libremente si escogen procrear o no, el número de hijos, sus intervalos y con quién los tendrán, y acceder a la información, a la educación y a *los medios de reproducción que les permitan ejercer ese derecho*. En ese sentido, además de los instrumentos internacionales antedichos, las decisiones internacionales que emitan los órganos judiciales y de supervisión de esos tratados, constituyen un parámetro estructural para el desarrollo e interpretación de los derechos constitucionales reproductivos de las mujeres y de los hombres. Y quedó establecido que la Declaración sobre Derechos Humanos de Viena obtenida en 1993, la Declaración adoptada en el marco de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo del El Cairo en 1994, y la Declaración de Beijín de 1995, así como sus Planes y Plataformas de Acción, al igual que los informes, observaciones y recomendaciones emitidos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, incluso la jurisprudencia internacional, hacen parte del *soft law* o derecho blando, y de contera, forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio al ser fuentes nuevas o informales del derecho internacional que si bien no son formalmente vinculantes, tienen un *criterio orientador o referente de interpretación*. De allí que el Estado colombiano deba garantizar los derechos reproductivos de aquellas personas que padecen problemas de infertilidad y que desean satisfacer la procreación acudiendo a las técnicas de reproducción humana asistida, cuando la reproducción biológica no sea posible.

Adicionalmente, se lograron identificar varias de las barreras que impiden el reconocimiento y garantía de la salud reproductiva y la reproducción asistida en Colombia, siendo las más evidentes las siguientes: *(i) en el campo legislativo*, se debe superar la ausencia de leyes que regulen las técnicas de reproducción humana asistida para garantizar el acceso efectivo a los

servicios de salud reproductiva y dotar de contenido el ejercicio de la autodeterminación reproductiva en los casos en que la persona o la pareja decidan optar por medios asistidos para procrear, al igual que se debe propender por una mayor participación política de las mujeres en el Congreso de la República con el fin de atajar su composición patriarcal y la construcción androcéntrica del Derecho que invisibilizan las necesidades femeninas; (ii) *en el campo gubernamental*, se observó que existe una deficiente construcción de una política pública integral en materia de derechos reproductivos, pues no se brindan garantías a la salud y a la autodeterminación de las personas o parejas que padecen infertilidad, o que simplemente quieren satisfacer su deseo de tener un hijo acudiendo a los beneficios tecnológicos de la reproducción asistida, y además de ello operan exclusiones explícitas e implícitas de los tratamientos para combatir de infertilidad de los planes de salud que cubre el sistema general de seguridad social en salud, ya que en varias oportunidades se antepone el criterio de sostenibilidad fiscal por encima de la protección de derechos constitucionales; y, (iii) *en el campo religioso y social*, se advirtió que la reproducción biológica es entendida como la única forma permitida de concebir un hijo por cuanto la vida comienza desde la concepción misma del embrión, por consiguiente, acudir a métodos científicos para lograrlo es un pecado, sumado al prejuicio que existe de que la infertilidad es un problema que solo afecta a las mujeres.

A pesar de no considerarse como una barrera directa, se revisó la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de la cual diferentes personas y parejas han acudido a la acción de tutela solicitando que los tratamientos para combatir la infertilidad se garanticen con cargo al Plan de Beneficios en Salud. Así, se logró identificar cuatro momentos trascendentales en la jurisprudencia que hasta principio de 2016 marcaban una tendencia progresista en considerar la infertilidad como una enfermedad cuyo tratamiento y mejoría corresponde asumir al sistema de salud colombiano, por lo cual de manera estructural se impartieron órdenes tendientes a iniciar su inclusión en los planes de salud, previa evaluación del impacto fiscal. No obstante, con la sentencia T-398 de 2016 se dio un retroceso que se calificó de inaceptable, en la medida que privilegió el criterio financiero por encima de la protección a los derechos reproductivos, por lo cual se asumieron críticas fuertes frente a la decisión allí contenida. De tal forma que, la jurisprudencia en la materia como no se encuentra unificada y presenta diferentes matices que generan algunas incertidumbres en la garantía de tales derechos.

Justamente lo anterior generó un estudio más profundo sobre la infertilidad, del cual se concluyó que se trata de una enfermedad crónica catalogada como tal por la Organización Mundial de Salud desde el año 2008, situación que según los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica*, se traduce en una discapacidad física que afecta el aparato reproductor y que impide el ejercicio de la procreación tradicional o biológica, desembocando en que los Estados tienen la obligación de responder con tratamientos que restablezcan los derechos reproductivos y la autodeterminación en la procreación con ayudas científico-tecnológicas para garantizar el respeto al principio de no discriminación. De allí que todas las personas tengan derecho de acceder y disfrutar de los avances científicos para lograr la procreación asistida, lo cual debe atender el sistema de salud colombiano.

Pues bien, establecido lo anterior, se analizó la exclusión histórica que los derechos sexuales y reproductivos han tenido en el marco de la sociedad patriarcal y en el Derecho masculinizado donde se invisibilizan los quereres y las necesidades femeninas. Puntualmente frente a los derechos reproductivos se concluyó que como la concepción y el embarazo se gestan en los cuerpos de las mujeres, al patriarcado le interesa continuar con la dominación manteniendo el control sobre la reproducción. A partir de ello se evidenció que el patriarcado además de tener una visión androcéntrica de la salud, no le interesa en lo más mínimo permitir la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistidas con cargo al sistema de salud colombiano por dos razones. La primera, porque parten de la base que en nada los beneficia ya que la infertilidad es un problema exclusivo de las mujeres, y la segunda, porque habilitar tal cobertura empodera a las féminas otorgándoles plena libertad y autonomía de reproducción.

Eso permitió ubicar el debate desde la crítica feminista a la construcción del Derecho aplicando los pilares básicos del feminismo igualitario, para desde ahí plantear la necesidad de revisar la distribución de los recursos para la seguridad social en salud con miras a proteger las diferencias biológicas y de padecimientos médicos que existen entre hombres y mujeres, habida cuenta que se deben otorgar garantías de cobertura en salud especiales a las mujeres que no pueden cumplir biológicamente la reproducción que anhelan. Se trata entonces de visibilizar esa necesidad y brindar soluciones adecuadas que exalten la autonomía reproductiva sin sujeción a la voluntad patriarcal.

Con base en ello, se adujo que no cabe duda que las ideas del feminismo igualitario ayudan a construir un sistema normativo y a diseñar e implementar una política pública integral a partir de visibilizar las necesidades de reproducción femeninas y masculinas en plano de igualdad (*perspectiva género sensitiva*), pero teniendo claras las diferencias biológicas y los perfiles de enfermedades que aquejan a ambos sexos. Solo de esa forma se dijo que es posible generar cubrimientos en salud eficaces desde la perspectiva de género que desarrollen y ayuden al ejercicio de la autonomía reproductiva, pero sobre todo que empoderen a las mujeres en su proyecto de vida libres de las influencias patriarcales.

Finalmente, se planteó que la autodeterminación reproductiva debe ser vista desde un campo más amplio de protección y cobertura de la reproducción humana asistida, de tal forma que no se parta de la infertilidad como un problema de salud pública que merece ser atendido por el Estado colombiano, sino de la garantía y respeto a las libertades individuales. Concretamente la libertad de optar por la procreación tradicional o la asistida según la voluntad del directo interesado.

Siendo así el recorrido conclusivo de esta investigación, la respuesta al problema planteado es afirmativa y debe ser desarrollada desde las obligaciones y los estándares internacionales fijados en materia de derechos reproductivos que habilitan el acceso a los avances y beneficios científicos para superar la creciente infertilidad tanto en hombres como en mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

Anicamas Campos, C. (2003). *Derechos sexuales y reproductivos: avances y retrocesos*. Lima - Perú. Comisión Andina de Juristas. Primera Edición.

Arango Olaya, Mónica (2011). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Artículo jurídico publicado en la Revista Principia Juris No. 15, 2011-1. Santiago de Cali. Universidad Icesi. Versión original data del año 2006 y fue publicado en la Revista Precedente de la misma Universidad.

Arango Olaya, Mónica (2013). Derechos sexuales y reproductivos. En Nicole Lacrampette (Ed), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile.

Ardila Trujillo, Mariana (2011). *El derecho humano de las mujeres a la anticoncepción*. Bogotá. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia e Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Batlle, Margarita & Melendro Blanco, Catalina (2015). Mujeres legisladoras en Colombia: ¿quiénes son las senadoras electas para el periodo 2014-2018? En Margarita Batlle (Ed.) *Elecciones 2014 en Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Camargo, Pedro Pablo (2007). *Tratado de Derecho Internacional Público*. Bogotá. Leyes Editores.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1984). *Derecho internacional en un mundo de cambio*. Editorial Tecnos. Madrid.

Castells, Carmen (1996). *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona. Paidós, Estado y sociedad.

Congreso de la República (2011). *Proyecto de Ley 148 de 2011*. Gaceta del Congreso No. 876 de 2011. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2013). *Proyecto de Ley 109 de 2013*. Gaceta del Congreso No. 779 de 2013. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2013). *Carta de Comentarios del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de Ley 109 de 2013*. Gaceta del Congreso No. 233 de 2014. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2015). *Proyecto de Ley 055 de 2015*. Gaceta del Congreso No. 603 de 2015. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2015). *Proyecto de Ley 082 de 2015 - Cámara*. Gaceta del Congreso No. 611 de 2015. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2015). *Informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 082 de 2015 - Cámara*. Gaceta del Congreso No. 842 de 2015. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2016). *Informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 082 de 2015 - Cámara*. Gaceta del Congreso No. 106 de 2016. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2016). *Carta de Comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 082 de 2015 – Cámara*. Gaceta del Congreso No. 173 de 2016. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2016). *Acta de Sesión Plenaria No. 158 del 10 de agosto de 2016 – Cámara de Representantes*. Gaceta del Congreso No. 797 de 2016. Bogotá, Imprenta Nacional.

Congreso de la República (2016). *Proyecto de Ley 056 de 2016*. Gaceta del Congreso No. 549 de 2016. Bogotá, Imprenta Nacional.

Cook, Rebeca (2003). *Salud reproductiva y derechos humanos*. Oxford y Profamilia Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-191 de 1998*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-1104 de 2000*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-689 de 2001*. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-1319 de 2001*. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-946 de 2002*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-067 de 2003*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-507 de 2004*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-401 de 2005*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-355 de 2006*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-291 de 2007*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia C-488 de 2009*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-732 de 2009*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-528 de 2014*. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-274 de 2015*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-306 de 2016*. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, *Sentencia T-398 de 2016*. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos “CorteIDH” (2012). *Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) Vs Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. San José de Costa Rica. Recuperado el 18 de noviembre de 2016 del link http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Estrada Vélez, Sergio Iván (2011). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín. Editorial Universidad de Medellín.

Facio, Alda (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En Alda Facio y Lorena Frías (Editoras), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, pp. 99-136.

Facio, Alda & Fries Lorena (2005). Feminismo, género y patriarcado. Academia: revista sobre enseñanza el derecho en Buenos Aires. ISSN-1667-4154. Año 3, número 6, año 2005. Páginas 259 a 294.

Fajardo, Luis Andrés (2010). *Implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia a través del bloque de constitucionalidad*. Biblioteca Jurídica Dike en asocio con la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá- Colombia.

Frías, Lorena & Lacrampette, Nicole (2013). Origen y evolución histórica de los feminismos. En Nicole Lacrampette (Ed), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile.

Fuentes Contreras, Edgar Hernán (2016). *Materialidad de la constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá – Colombia. Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá en asocio con el Grupo Editorial Ibañez. Reimpresión de la Primera Edición del año 2010.

Gallo Restrepo, Nancy Eliana; Molina Berrio, Diana Patricia; Patiño Olarte, Lina Marcela; Rodríguez Vargas, Fainory Andrea; García Orozco, Abad & Betancur Vargas, Angie (2016). *Tendencias en sexualidad y reproducción en las políticas públicas de salud sexual y reproductiva en Colombia 2003-2013*. Medellín – Antioquía. Editorial Universidad de Antioquia.

González Martínez, Aída (2004). *El Comité de la Convención CEDAW: un órgano de supervisión y seguimiento en derechos humanos de las mujeres*. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Ed.) Convención CEDAW y Protocolo Facultativo. Páginas 187 y ss. San José, Costa Rica.

Hoyos, Ilva Myriam. *De la dignidad y de los derechos humanos* (2005). Bogotá. Editorial Temis S.A. y Universidad de la Sabana.

Jaramillo, Isabel Cristina (2000). La crítica feminista al derecho, estudio preliminar. En Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. pp. 27-66.

Jaramillo, Juan Fernando & Castro Novoa, Luis Manuel (2016). La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. El caso colombiano. En *Constitución, democracia y derechos: textos escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*. Bogotá. Colecciones Dejusticia.

Jiménez Benítez, William & Ramírez Chaparro, César Alejandro (2008). *Gobierno y Políticas Públicas*. Bogotá. Escuela Superior de Administración Pública.

Lemaitre, Julieta (2008). Derechos de las mujeres en el Derecho Internacional. En Alia Trabucco Zerán (Ed), *Derechos Humanos hoy, balance internacional*. Santiago de Chile. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Centro de Derechos Humanos, p. 125 a 135.

Londoño Ayala, César Augusto (2010). *Bloque de constitucionalidad*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Nuevas.

Ministerio de Salud y Protección Social (2013). *Plan Decenal de Salud Pública 2012 – 2021*. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social (2014). *Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*. Bogotá.

Muller, Pierre (2002). *Las políticas públicas*. (Salazar Vargas, Carlos & Jolly, Jean-Francois – Trad.) Universidad Externado de Colombia. (Trabajo original Les politiques publiques, publicado en Collection Quesais-jet, No. 2354, 4ª ed. francesa, junio de 2000).

Naciones Unidas, Comité CEDAW (2007). *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Colombia*. Directiva General del 2 de febrero de 2007, identificada como CEDAW/C/COL/CO/6, proferida en la marco del 37º periodo de sesiones llevado a cabo del 15 de enero al 2 de febrero de 2007. Consultado agosto de 2016 en <http://hrlibrary.umn.edu/research/colombia/Observaciones-Colombia2007.pdf>.

Naciones Unidas, Comité CEDAW (2013). *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Colombia*. Directiva General del 29 de octubre de 2013, identificada como CEDAW/C/COL/CO/7-8, proferida en la marco del 56º periodo de sesiones llevado a cabo en octubre de 2016. Puntualmente las sesiones técnicas fueron 1161ª y 1162ª, celebradas el 2 de octubre de 2013. Consultado agosto 2016 en <http://historico.equidadmujer.gov.co/Documents/Observaciones-CEDAW-VII-VIII-Informe-Colombia.pdf>

OMS (2008). *CIE-10, Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relaciones con la Salud, Décima Revisión* (Trad. Organización Panamericana de la Salud). Washington. Trabajo original *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*.

OMS (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*. Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Consultado el 18 de noviembre de 2016 en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

OMS (2014). *Documentos básicos, 48º Ed.* Italia. Biblioteca de la Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 18 de noviembre de 2016 del link <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>

Ortiz Ahlf, Loreta (2006). Capítulo I: Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia & Guevara, José A (Eds.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (págs. 23 a 47). Editorial Distribuciones Fontamara S.A. de México en asocio con la Universidad Iberoamericana de México y la Academia de Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario de la American University of Washington – College of Law.

Plata, María Isabel (1997). Derechos reproductivos como derechos humanos: el caso colombiano. En *Derechos de la mujer: perspectivas nacionales e internacionales*. Bogotá. Editado por Rebecca J. Cook para Profamilia.

Profamilia (2001). *El sistema interamericano de derechos humanos: derechos sexuales y reproductivos en acción*. Bogotá. Editorial de Profamilia.

Profamilia, Ministerio de la Protección Social & USAID (2010). *Encuentra Nacional de Demografía y Salud 2010*. Capítulo 8: Preferencias sobre fecundidad y demanda de planificación familiar. Bogotá. Editorial Profamilia.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - Colombia (2015). *Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe 2015*. Bogotá. Nuevas Ediciones S.A.

Ratzinger, Cardenal Joseph (1987). *Donum Vitae: Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Roma. Documento del Vaticano recuperado el 8 de noviembre de 2016 del sitio web http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19_870222_respect-for-human-life_sp.html

Serrano Amaya, J.F., Pinilla Alfonso, M.Y., Martínez Moreno, M.J & Ruiz Caicedo, F.A. (2010). *Panorama de los Derechos Sexuales y Reproductivos y Políticas Públicas en Colombia*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia – Escuela de Estudios de Género y Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos CLAM.

Sisma Mujer – Área Investigativa (2014, marzo 12). *Representación de las mujeres en el Congreso 2014-2018*. Boletín No. 5. Bogotá. Consultado el 2 de noviembre de 2016 en el link <http://www.sismamujer.org/boletines/boletin-5-2014-representacion-de-mujeres-en-el-congreso-2014-2018-segun-boletines-42.pdf>

Suárez Ávila, Alberto Abad (2015). *Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana*. México D.F. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Thomas, Florence (2016). No podemos seguir dejando el mundo en las manos de los hombres. En Constanza Vieira & Chila Pineda (Eds), *Mujeres: Paz, Política y poder*. Bogotá, Ediciones Aurora, p. 67 a 94.

Uprimny Yepes, Rodrigo (2000). *El bloque de constitucionalidad en Colombia, un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Publicaciones de Dejusticia que se puede ubicar en el link http://www.djs.org.co/equipo/publicaciones.php?aut_id=8 Consultado el 15 de septiembre de 2016. También se encuentra en *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional*. 2001. Volumen I, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia.

Uprimny Yepes, Rodrigo (2008). *El Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Segunda Edición.

Valencia Restrepo, Hernán (2008). *Derecho Internacional Público*. Librería Jurídica Comlibros. Tercera Edición. Medellín – Colombia.

Wills, María Emma & Cardozo García, Florentina (2010). *Los partidos colombianos y la representación de las mujeres (1990-2006)*. Compromiso de fondo superficial. Colombia Internacional. Pp. 127-149.

Documentos recuperados de la Web

Cámara de Representantes (s.f.). Estado del proyecto de ley 148 de 2011 Cámara. Recuperado el día 1° de noviembre de 2016 del sitio web http://www.camara.gov.co/portal2011/index.php/proceso-y-tramite-legislativo/proyectos-de-ley?option=com_proyectosdeley&view=ver_proyectodeley&idpry=691

Cámara de Representantes (s.f.). Estado del proyecto de ley 109 de 2013 Cámara. Recuperado el día 1° de noviembre de 2016 del sitio web http://www.camara.gov.co/portal2011/index.php/proceso-y-tramite-legislativo/proyectos-de-ley?option=com_proyectosdeley&view=ver_proyectodeley&idpry=1314

CIDH (1998). Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas. Recuperado el 23 de agosto de 2016 del sitio web <http://www.cidh.org/countryrep/mujeres98/mujeres98.htm>

CIDH (2001). Quinto informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala. Recuperado el 23 de agosto de 2016 del sitio web <http://www.cidh.org/countryrep/guatemala01sp/indice.htm>.

Discurso del Papa Francisco a la Asociación de Médicos Católicos de Italia (15 de noviembre de 2014). Recuperado el 8 de noviembre de 2016 del sitio Web http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/november/documents/papa-francesco_20141115_medici-cattolici-italiani.html

Ministerio de Salud y Protección Social (2013). *Resolución No. 5521 del 27 de diciembre de 2013 “por la cual se define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud”*. Recuperado el 7 de noviembre de 2016 del sitio Web <http://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5521-de-2013.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social (2015). *Resolución No. 5592 del 24 de diciembre de 2015 “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud*

con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”. Recuperado el 7 de noviembre de 2016 del sitio Web https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%205592%20de%202015.pdf

Ministerio de Salud y Protección Social (2016). *Resolución No. 1328 del 15 de abril de 2016 “por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, garantía del suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”*. Recuperado el 7 de noviembre de 2016 del sitio Web https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201328%20de%202016.pdf

OMS (s.f.) *Infertility definitions and terminology*. Recuperado el 18 de noviembre de 2016 del sitio Web <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>

ONU (noviembre de 2016). *State of Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. Recuperado el 3 de noviembre de 2016 del sitio Web https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=en

ONU Women (s.f.). *Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Resolución General No. 19*. Recuperado el 15 de agosto de 2016 del sitio Web <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

ONU (1994). *Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo adoptado en El Cairo*. Capítulo VII. Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva. Recuperado el 15 de agosto de 2016 del sitio Web <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>

ONU Women (1995, reimpresión 2014). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijín*. Recuperado el 15 de agosto de 2016 del sitio Web http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf

ONU (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030*. Recuperado el 20 de noviembre de 2016 del sitio Web <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

ONU Mujeres (2016). *Ruta del Sistema Político Electoral para lograr la igualdad política de las mujeres “por una Colombia 50/50 en 2030”*. Recuperado el 2 de noviembre de 2016 del sitio Web <http://www2.unwomen.org/~media/field%20office%20colombia/documentos/publicacione>

[s/2016/folleto%20ruta%2050-50%20para%20web%20final.pdf?v=1&d=20161103T005122](#)

Senado de la República (s.f.). Estado del proyecto de ley 056 de 2016 Senado. Recuperado el día 10 de noviembre de 2016 del sitio web <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/antecedentes-proyectos/antecedentes-de-proyectos-de-ley>