

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ	
<i>Presentación.....</i>	15

Migración y derechos fundamentales

LUIGI FERRAJOLI	
<i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica.....</i>	29

FELIPE GONZÁLEZ MORALES	
<i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana.....</i>	53

GABRIEL GUALANO DE GODOY	
<i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros.....</i>	77

JAVIER DE LUCAS	
<i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978.....</i>	99

MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ	
<i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género.....</i>	113

ISABEL BERGANZA SETIÉN	
<i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad.....</i>	165

JOSÉ KOECHLIN	
<i>Migración venezolana al Perú.....</i>	189

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ	
<i>Migraciones y Constitución española.....</i>	211

Discurso

GABRIEL GUALANO DE GODOY

<i>Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas.....</i>	233
---	-----

Entrevista

JAVIER ADRIÁN

<i>Entrevista al profesor Manuel Atienza.....</i>	241
---	-----

Miscelánea

CLAUDIO NASH ROJAS

<i>La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral.....</i>	269
--	-----

MARTHA CECILIA PAZ

<i>Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia.....</i>	305
--	-----

CARMEN MONTESINOS PADILLA

<i>Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....</i>	335
---	-----

JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

<i>Algunos sentidos de derrotabilidad.....</i>	365
--	-----

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

<i>Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional.....</i>	393
--	-----

Jurisprudencia comentada

OMAR CAIRO ROLDÁN

<i>La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....</i>	421
--	-----

NADIA IRIARTE PAMO

<i>Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....</i>	431
---	-----

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....</i>	443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA	
<i>El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la</i>	
<i>jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....</i>	453

Reseñas

NATALINA STAMILE	
<i>La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....</i>	461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....</i>	467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA	
<i>El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....</i>	473

Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia

 MARTHA CECILIA PAZ*

Sumario

I. Introducción. La sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Caso Artavia Murillo. **II.** Argumentos de la Corte IDH. **III.** Métodos de interpretación utilizados por la Corte IDH. **IV.** El estado actual de la jurisprudencia colombiana. **V.** Deber de incorporar la decisión Artavia Murillo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **VI.** Conclusiones.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis de la sentencia sobre el caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, para identificar: i) El alcance del derecho a la vida previsto en el artículo 4.1 de la Convención Americana ; ii) El contenido del derecho a la intimidad familiar derivado de esta sentencia; iii) Contrastar los señalamientos de la sentencia con la jurisprudencia constitucional colombiana en torno a los derechos sexuales y reproductivos; y iv) Proponer el ajuste de la jurisprudencia colombiana a la decisión de la Corte IDH.

Palabras clave

Fecundación *in vitro*, derecho a la vida, derecho a la intimidad familiar, derechos sexuales y reproductivos.

Abstract

The present paper aims, an analysis of the judgment on case Artavia Murillo Vs. Costa Rica, to identify: i) the scope of the right to life contained in article 4.1 of the American Convention; ii) The content of the right to family privacy derived from this sentence; iii) Contrast the statements of the judgment with Colombian constitutional jurisprudence regarding sexual and reproductive rights; and iv) Propose the adjustment of Colombian jurisprudence to the

* Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional en Colombia. Docente en la Universidad del Rosario en Bogotá. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Comparado por la Universidad de Bologna, Italia.

decision of the Inter-American Court.

Keywords

IVF, right to life, right to family privacy, sexual and reproductive rights.

I. Introducción: la sentencia de la sala constitucional de Costa Rica. Caso Artavia Murillo

La sentencia referida se dicta con base en hechos acaecidos en Costa Rica, en relación con la decisión tomada por jueces de ese país en torno a la técnica de reproducción asistida, denominada Fecundación *In Vitro* (en adelante FIV). El día 3 de febrero de 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, que autorizaba la FIV para parejas conyugales. La técnica permite la remoción de los óvulos de una mujer para ser fertilizados con espermatozoides masculinos en un procedimiento de laboratorio en el que, una vez fertilizado el óvulo, se devuelve al útero de la mujer. El procedimiento se llevó a cabo de manera normal por el Instituto Costarricense de Fertilidad hasta el año 2000, cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del Decreto considerando que: i) se regulaba el derecho a la vida por parte del Poder Ejecutivo, lo que era contrario a la Constitución de Costa Rica y ii) a juicio de los jueces constitucionales costarricenses, desde el momento de la concepción existe la «persona» y, por tanto, ese ser humano debe ser protegido por el ordenamiento jurídico. De manera sucinta, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia estimó lo siguiente:

i) El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, de congelación y, lo que es fundamental en el fallo, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

ii) La regla más importante en la sentencia, es que la aplicación de la técnica FIV supone una elevada pérdida de embriones que no puede justificarse en el hecho de que su objetivo sea lograr un ser humano y dotar de un hijo a una pareja que, de otra forma, no podría tenerlo; destaca la sentencia, por el contrario, que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra, son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos.

iii) Para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la aplicación de la técnica de Fecundación *in Vitro* y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Pese a ello, no desconoció la sentencia que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera que los reparos señalados en la sentencia pudiesen desaparecer.

iv) Indicó que las condiciones en las que se aplica la FIV llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta– viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción del artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tras estimar que la FIV contraviene el derecho a la vida. La sentencia deja constancia que, ni aún por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación «por lo menos mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas».

A partir de esta decisión, muchas parejas de Costa Rica se vieron gravemente afectadas y decidieron acudir a todo tipo de recursos legales, incluyendo acciones de inconstitucionalidad, denuncias judiciales, entre otras, donde alegaban i) violación de su derecho a la intimidad, por cuanto debían revelar información de su vida íntima para poder viajar al exterior a realizar la FIV; ii) problemas de pareja derivados de los inconvenientes reproductivos y iii) trastornos depresivos y afujías económicas ante la imposibilidad de generar una familia, más el alto costo que implicaba intentar la FIV fuera del país. Ello justificó que el caso llegase a la Corte IDH, que debía establecer si

efectivamente se habían vulnerado los derechos de las presuntas víctimas, al haberse declarado la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 24029-S e impedido, por contera, la práctica de la Fecundación *In Vitro* en el territorio costarricense.

II. Argumentos de la CIDH

La sentencia de la Corte IDH concluye 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, resaltando que la manera como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de los padres.

La Corte armoniza varios derechos constitucionales a efecto de armar el edificio de sus argumentos y sustentar esta decisión: El derecho a la vida previsto en artículo 4.1 de la Convención Americana y su derivado, el derecho a la vida privada, tiene para la Corte IDH una estrecha relación con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva; implica, por tanto, el derecho de acceder a la tecnología médica que se requiera para su efectivo ejercicio. Ambos derechos suponen la posibilidad de decidir convertirse en padre o madre, incluso si dicha decisión acoge la idea de ser padres genéticos, y de contar con los medios que pueden ser utilizados para controlar la fecundidad de la madre.

308

Adicionalmente, el derecho a la vida privada incluye la protección de la integridad personal, que abarca la integridad física y psicológica. Por tanto, los Estados están en la obligación de contar con todos los medios necesarios que garanticen dicha integridad, y para el caso en cuestión, dichos medios hacen alusión a la efectiva existencia de una prestación de servicio a la salud —específicamente a la salud reproductiva—, incluyendo la atención médica respecto a los métodos de planificación familiar que existan y al acceso a la tecnología médica respecto a estos métodos. Igualmente, al tenor del fallo, 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; en consecuencia, es clara la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure o*

de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

Finalmente, el derecho a fundar una familia también hace parte del derecho a la vida privada; según lo dispuesto en la Convención Americana, en su artículo 17, «la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado». Por lo tanto, se requiere de un papel activo por parte del Estado, en relación con el deseo de una pareja de conformar una familia y un marco normativo que efectivamente lo permita.

III. Métodos de interpretación utilizados por la CIDH

La Corte IDH hizo alusión a los siguientes métodos de interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemático, iii) evolutivo y iv) *finalístico*, para terminar con un juicio de proporcionalidad a la decisión asumida por la Corte Costarricense: I) El análisis desde la interpretación conforme al sentido corriente de los términos recayó en el artículo 4.1 de la Convención Americana y específicamente sobre los términos «persona», «concepción» y «ser humano» contenidos en la norma. Respecto del término «concepción», la Corte IDH observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes: una corriente entiende la «concepción» como el momento de fecundación del óvulo por el espermatozoide, creando el cigoto como nueva célula. Pruebas científicas consideran al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra vertiente plantea la «concepción» como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, bajo el entendido de que ello faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión¹. En punto a la expresión «ser humano», algunos estudios citados por el fallo indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otros consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces

¹ CIDH. caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro») VS Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia 28 de noviembre de 2012, párrafo 180.

de su vida humana es la implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno².

Lo expuesto significa que, una interpretación sistemática conduce a la improcedencia de otorgar el estatus de persona al embrión, pues del artículo 4.1. de la Convención no se entiende que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados normativamente. Asimismo, teniendo en cuenta que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, a la luz del artículo 4.1 de la Convención el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la madre, como se desprende del artículo 15.3. a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a «conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto», y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a la protección, cuidados y ayudas especiales. iii) Interpretación del objeto y fin del tratado³. Esta interpretación intentó indagar por el propósito y la intención última de las normas objeto de estudio; específicamente tuvo en cuenta la finalidad del artículo 4.1 de la Convención, en punto a la expresión «en general» del artículo 4.1; señala la Corte que su teleología indica salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que por igual protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el «permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.»

Aduce igualmente que el objetivo del término «*en general*» del artículo 4.1 de la Convención es el de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso *sub examine*,

² CORTE IDH. caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro»)* VS *Costa Rica*. Excepciones Preliminares, *Fondo*, Reparaciones y costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2012, párrafo 180.

³ «La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece en su artículo 31 la «regla general de interpretación de los tratados» un tratado deberá 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 objeto y fin» (Artículo 31, párrafo 1°).

el objeto y fin supone que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos. Finalmente, señala que el vocablo «en general» sugiere que la protección del derecho a la vida no es absoluta, pero sí *gradual e incremental* según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. Ello supone, entonces, que la protección de la vida intrauterina es «gradual e incremental» y que puede ceder ante derechos de las personas. En ese contexto, la Corte IDH llega a admitir que la vida del embrión no es un valor absoluto y por tanto, concluye que la Sala Constitucional costarricense partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Este análisis estuvo precedido de algunos fallos en perspectiva comparada que hizo la propia sentencia al sostener que la negativa del estatus de persona del embrión no es nueva en el contexto internacional. Ya en 1985 el Tribunal Constitucional Español, a través de la STC 53/1985, declaró no reconocer al *nasciturus* como sujeto de derecho y por lo tanto, no lo consideró como titular de derecho alguno, por cuanto los únicos titulares de derechos son las personas nacidas. Invocó igualmente la sentencia C-355/2006, de la Corte Constitucional de Colombia, que despenalizó parcialmente el aborto. En este pronunciamiento tampoco se reconoce al *nasciturus* como persona cuando se indica que «el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida». iii) Interpretación Evolutiva. Esta interpretación buscó comprender la norma a la luz de su evolución y considerando las condiciones de vida actuales⁴. Fue una interpretación decisiva, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía para el momento en que se redactó el artículo 4.1 de la Convención, por lo que es menester indagar sobre su efectiva aplicación en la actualidad. El enfoque se fundamentó en los desarrollos pertinentes hallados en el derecho internacional y comparado respecto

⁴ CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión consultiva, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16, párrafo 114.

al estatus legal del embrión, y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV. Concluye la sentencia que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV, en la mayoría de los Estados de la región se permite su práctica. Ello significa que muchos Estados han interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV y que esta técnica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal, arrojando como conclusión que el embrión no puede ser entendido como persona⁵. La Corte IDH consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que ellos interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida, particularmente la FIV. y iv) Proporcionalidad. La Corte IDH reitera que el «derecho absoluto a la vida del embrión» como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana; pese a ello, efectuó una ponderación teniendo en cuenta los siguientes aspectos

312

i) Según la Organización Mundial de la Salud, en concepto que hace suyo la sentencia, la infertilidad se entiende como una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Apoyada en peritajes, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo de San Salvador, consideró la sentencia que la infertilidad es una limitación funcional y por tanto las personas víctimas de dicha limitación deben ser acogidas por los derechos propios de las personas con discapacidad. Implica que, quienes acudieron a este procedimiento en Costa Rica debieron tener acceso a las técnicas necesarias para lidiar con los problemas de salud reproductiva, circunstancia que se vio frustrada por la decisión de la Sala Constitucional de la Corte de ese país. Indicó la decisión que con la sentencia de Costa Rica se generó un impacto económico desproporcionado, puesto que muchas parejas tuvieron problemas de dinero, debido a los gastos que hubo que sufragar para poder acudir a otros tratamientos que exigían salir de Costa Rica en repetidas

⁵ CORTE IDH. caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro») VS Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2012.párr. 236.

ocasiones. Para la Corte IDH la decisión de la Sala Constitucional también evidenció una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, por cuanto le asigna un carácter absoluto al derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, impidiendo de esa forma la coexistencia de los demás derechos consagrados en el mismo Estatuto.

Al destacar la importancia del derecho de acudir a las técnicas de reproducción asistida, se evidenció la relevancia del derecho a la maternidad, como una parte esencial del desarrollo de la personalidad de las mujeres. La sentencia Artavia contra Costa Rica permite identificar un nuevo alcance del derecho a la maternidad al destacar que no solo hace referencia a la etapa de la gestación y a las protecciones de las que es titular la mujer en dicho momento, sino también a una etapa anterior que implica la libertad de la mujer para escoger y decidir sobre la posibilidad de convertirse en madre y de contar con las tecnologías médicas existentes en caso de querer serlo.

IV. El estado actual de la jurisprudencia colombiana

313

Con fundamento en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de la mujer, así como en las conferencias mundiales de Naciones Unidas, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que los derechos sexuales y reproductivos, dado su carácter de derechos humanos, son parte de la Constitución Política. Pese a lo anterior, en materia de tratamientos de fertilidad, los precedentes constitucionales proferidos por la Corte Constitucional Colombiana se decantaron en una primera fase por señalar, de manera precaria, que su justiciabilidad, específicamente en relación al mecanismo de la acción de tutela, no resultaba procedente en los casos en los que se pedía protección del derecho a la maternidad, porque la garantía a ser madre no generaba una obligación estatal frente a la «maternidad asistida».

Esta doctrina se plasmó en principio en la sentencia T-1104, del 23 de agosto del año 2000, donde se sostuvo que el derecho a ser madre se concretaba únicamente en dos esferas: la primera, a su vez, de dos escenarios puntuales: i) por una parte, el derecho de la mujer para tomar decisiones soberanas sobre su cuerpo y ii) por otra parte, el derecho de la pareja de

tener hijos o decidir el número de estos. En este marco, el Estado tiene la obligación negativa de no interferir en la libertad sexual y genésica de los ciudadanos. La segunda esfera señala que el derecho a la maternidad se materializa en la especial protección constitucional a la mujer embarazada y a la mujer cabeza de familia, que se deriva de los artículos 13 y 43 de la Constitución Colombiana, y genera obligaciones de carácter positivo para el Estado. Estas obligaciones se encuentran reflejadas en la jurisprudencia constitucional, en dos aspectos: i) en la protección a la estabilidad laboral reforzada, ii) en el derecho a la licencia de maternidad, y en la atención gratuita en salud al hijo menor de un año.

Expresamente, guardó silencio la jurisprudencia en relación al amparo de los tratamientos que buscan superar la infertilidad. Para la Corte Constitucional Colombiana (en adelante, para algunas ocasiones C.C.C.) el derecho a la maternidad no es un derecho fundamental y por ende, excluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas cuando éstas se encuentran truncadas por motivos no imputables al Estado. Los tratamientos de fertilidad, como la FIV, están excluidos del Plan Obligatorio de Salud Colombiano, porque el Estado no está obligado a garantizar la maternidad de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce; era, *in genere*, la tesis de la C.C.C. al prever que

314

El deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable cuando éste se dirige a posibilitarle mediante una acción positiva, verbigracia una intervención médico quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer cuya función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal. Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación —aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa—, mal 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. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada sobre planificación familiar, etc.

De cara al procedimiento de fecundación *in vitro*, la negativa de la C.C.C. se concentraba específicamente en estos criterios⁶: i) la no inclusión de dicho procedimiento en el Plan Obligatorio de Salud constituía un legítimo desarrollo de la facultad de configuración del legislador, que bien puede excluir las técnicas reproductivas de los planes de salud, coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud en lo que realmente tuviera que ver con esta, acatando el principio de universalidad y la garantía de acceso igualitario para todos los habitantes del territorio nacional; ii) el Estado no está obligado a apoyar y sufragar procedimientos científicos especiales, incluyéndolos en los planes obligatorios de salud, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad y iii) aun en los casos en que los propios médicos adscritos a las entidades públicas de salud, hubiesen prescrito dicho procedimiento a una paciente, no era viable otorgar el amparo constitucional porque el derecho a ser madre y la maternidad asistida tienen límites razonables, justificados constitucionalmente, como consta en las numerales i) y ii) ya referidos.

315

Para resaltar que no era obligación del Estado garantizar mediante planes de salud estatales la procreación a madres que no pudieran tener hijos, en la sentencia T-946 de octubre 31 de 2002⁷, al negar un tratamiento de fecundidad asistida, la Corte indicó que si una mujer, o la pareja, deseaba integrar una familia y proyectarse vitalmente a través de su descendencia «existía otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece como es el procedimiento de adopción (...), al cual pueden acceder si lo desean».

En la misma dirección que lo señalado por la Corte y citado en el

⁶ Cfr. T-1104 de 2000; T-946 de 2002; T-760 de 2008; T-752 de 2007.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-857 de noviembre 26 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

párrafo precedente, en una línea solitaria que se abandona rápidamente, se vuelve sobre el tópico de la adopción como sucedáneo de un tratamiento de fertilidad, señalando, en el año 2014, que era

(...) plausible y merecedora de respeto la aspiración de mujeres y hombres de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos presupuestales tan necesitados para la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresismos costosos que permitan el nacimiento de más párvulos en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que siguen requiriendo madre, padre, familia y amor⁸.

Con todo, a fuerza de transitar por el estudio de la casuística más específica en sede de amparo constitucional, la C.C.C. decidió conceder el tratamiento en ciertos eventos, de acuerdo con el principio de continuidad en el servicio de salud, o cuando la afección no fuese originaria sino derivada de otros problemas de la mujer que en sí mismos hicieran viable la intervención del juez de tutela. Repensó⁹ la Corte la importancia de desarrollar la jurisprudencia constitucional en lo concerniente al derecho a la maternidad y matizó aduciendo que los derechos sexuales y reproductivos, en tanto *verdaderos derechos humanos*, son susceptibles de ser protegidos por vía de tutela. En esos casos, el juez constitucional atenuó el juicio y flexibilizó la jurisprudencia primigenia al asumir el estudio de algunos eventos concretos, estimando que la acción de amparo sí resultaba admisible como medio para solicitar un tratamiento de fertilidad, en tres escenarios específicos: i) cuando el tratamiento de fertilidad se había iniciado y posteriormente suspendido por la entidad prestadora de salud sin mediar concepto médico o científico que justificara dicho proceder; ii) cuando se requería la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad femenina y iii) cuando la infertilidad era producto o consecuencia de otra enfermedad que afectara el aparato reproductor y de paso pusiera en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. Es el caso de la *infertilidad secundaria*, a la que se refirió la Corte en la sentencia T-901 de 2004, donde se concedió el amparo a una mujer que sufría de esta patología originada por otro tipo

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-009 de diciembre 17 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 968 de diciembre 18 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

de afecciones físicas. La decisión se ventiló desde el criterio de conexidad, pues el amparo se concedió tras considerar que la afección que producía la infertilidad a la peticionaria, implicaba un deterioro a sus condiciones de vida digna.

Los que reclamaban una tutela más efectiva dieron lugar a la sentencia T- 528 del 18 de julio de 2014, donde con intención de zanjar el tema se hace el primer acercamiento a la protección integral frente a los casos de fertilización *in vitro* y la Corte Constitucional Colombiana ordena al Gobierno que el tratamiento de FIV sea parte del Plan Obligatorio de Salud. La sentencia evalúa desde el derecho comparado el estado actual de la regulación, la jurisprudencia y el sistema público de salud en América Latina, destacando que la región ha avanzado en la implementación de estas técnicas y en su inclusión en los sistemas de salud. En Brasil se destinan recursos especiales a los establecimientos de salud que realizan procedimientos de atención a la reproducción humana asistida, bajo ciertas consideraciones normativas; en Argentina, la Ley 26.862 de 2013 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, materializando la prevalencia de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia; en Uruguay, mediante la Ley No. 19.167 del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), se regulan las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realizan; en Chile se ha avanzado en el tema del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA) a través del Ministerio de Salud, y se precisó que se aplicará por etapas debido al alto costo que implica para el Estado. Por el contrario, en México no se ha regulado el derecho a la planificación familiar; no obstante, en lo que tiene que ver con el acceso a los tratamientos de fertilidad humana y procreación asistida, los hospitales públicos y especializados dependientes de la Secretaría de Salud, prestan el servicio de atención a la infertilidad en el ramo de la atención médica en ginecobstetricia.

Gracias al *excursus* comparado, la Corte Constitucional constató que en cinco países de la región, con una situación económica, social y política similar a la de Colombia, «[se ha] avanzado en la regulación de las técnicas

y los tratamientos de reproducción humana asistida, y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales». De allí concluyó que el Gobierno Colombiano, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, debía revisar la política aplicada a los derechos de aquellas personas que padecían de infertilidad y no contaban con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida. De acuerdo con la sentencia, ello solo será posible si se entiende que «el derecho a la salud incluye los derechos de los usuarios a la información, la guía y el acompañamiento en la ruta de acceso a un servicio de salud requerido.» Es así como las entidades del sistema de salud «tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que [en] su entender, le garantice en mayor medida su derecho.» Este derecho se manifiesta a través de obligaciones de diferente tipo, como la garantía de que el consentimiento para los procedimientos médicos sea informado o el deber de brindar información y acompañamiento para obtener los servicios de salud requeridos, que se encuentran fuera del plan de beneficios..

En este pronunciamiento, de manera tímida la Corte hace referencia a algunas directrices hermenéuticas consagradas en Artavia, sosteniendo simplemente en múltiples citas marginales que existe el referido fallo y que, en el mismo, la Corte IDH da alcance a los derechos convencionales a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso al progreso científico, entre otros. Esto significa que la doctrina constitucional avanzada y progresista, aparentemente sentada por esta jurisprudencia, fue meritoria pero inconclusa; se abona, de un lado, el avance en clave comparada hecho por este pronunciamiento pero, de otro, preocupa que se mantenga el déficit de protección y quede latente la imperiosidad de que la interpretación de la Corte IDH se adopte en los fallos del Tribunal Colombiano.

Solicitar la inclusión de la FIV como parte del Plan Obligatorio de Salud en Colombia parecía un avance significativo promovido por la sentencia T-528/14, pero sin hacer la apropiación obligada de las consideraciones de la Corte Interamericana, la justiciabilidad del derecho a la maternidad quedaba al socaire de las decisiones administrativas, a tal

punto que cuatro años después aún la FIV permanece fuera del Plan de Salud Estatal.

Una jurisprudencia ulterior, específicamente la consignada en la sentencia T- 274, del 20 de abril de 2015¹⁰, se aparta de la jurisprudencia tradicional y temprana de la C.C.C. y acerca la interpretación de la Corte IDH al *holding* del caso que se debatía. Sostuvo que a la luz de Artavia, las empresas de salud en Colombia que niegan los tratamientos de fertilización *in vitro* sí violan el derecho a la maternidad, el derecho a salud en su faceta reproductiva y el derecho a formar una familia, no únicamente el derecho a la salud en su arista de información, como lo había resuelto la sentencia T-528 de 2014.

La sentencia T- 274 de 2015 efectivamente inauguró una corriente de vanguardia apoyada en distintos pronunciamientos de organismos internacionales, según la cual 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 que se quiere tener. Aplicando la sentencia Artavia contra Costa Rica, señaló que la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones, traía 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.

Posteriormente, las sentencias T-306 de 2016 y T-375 de 2016, en un impulso por sellar la línea jurisprudencial, estimaron que las directrices hermenéuticas proporcionadas por la Corte IDH en el caso Artavia eran efectivas para garantizar en Colombia derechos constitucionales propios de la Carta Política y derechos humanos del Sistema Interamericano y, por tanto, debían ser consideradas al resolver los casos de amparo a estos servicios médicos. Indicaron que los términos de la sentencia Artavia Murillo contra Costa Rica eran compatibles con la jurisprudencia constitucional colombiana e imponían un nuevo paradigma de interpretación de los

¹⁰ La sentencia T- 126 de 2017 reitera la posición de la T- 274 de 2015.

derechos sexuales y reproductivos, con una doble fuente: la interna, con base en los alcances del derecho a la igualdad, a la intimidad, a la salud en su faceta reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, y la fuente internacional, con base en los tratados (art. 93 C.P.) firmados por Colombia, que tienen jerarquía constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos y sus respectivas interpretaciones que armonizan con la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, en una decisión de la misma época, correspondiente a la sentencia T- 398, del 1 de agosto de 2016, reiterada en la sentencia T-316 de 2018, con una postura que «desempolva» la jurisprudencia original, se opaca la contundencia del balance ya logrado en los fallos citados, se retrocede en la protección ganada y se omite considerar a Artavia en la fundamentación utilizada para resolver los casos estimados; se negaron en esos fallos las tutelas a madres que solicitaban el tratamiento *in vitro* y en la *ratio* se indicó que era una materia reservada al legislador, por lo que no se configuraba ningún supuesto excepcional bajo el cual resultara viable el amparo. El razonamiento fuerte sin embargo se detuvo en la necesidad de considerar el principio de sostenibilidad financiera en el sistema general de seguridad social en salud, por cuanto se trata de técnicas de alto costo para el Estado. Este argumento, bizarro por demás, olvidó que el principio de sostenibilidad fiscal es un criterio que posee un límite explícito constitucionalmente, el cual no puede invocarse para menoscabar derechos fundamentales.

Paradójicamente, fue ese el eje temático que en el mismo año, (C-093 2018) utilizó la Corte Constitucional en Colombia para desestimar las objeciones presidenciales a un proyecto de ley que buscaba la creación de una política pública para la infertilidad señalando que el Ministerio de Salud reglamentara el acceso a tratamientos y terapias de reproducción asistida con recursos públicos. El Gobierno lo objetó por el alto costo fiscal que ello representaría para las finanzas del Estado y la Corte declaró infundadas las objeciones. En esa sentencia hito, la Corte no utilizó el argumento convencional (por lo que persiste la necesidad hacerlo), pero sí avanzó tras sostener i) que el tópico de la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales y ii) tendiendo a la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad que identifican los derechos reproductivos

como fundamentales, estimó que el acceso a tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción asistida tiene incidencia tanto en estas garantías como en el derecho a la salud.

V. Deber de incorporar la decisión Artavia Murillo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Las consideraciones de las sentencias referidas, que develan por un lado intenciones de sostener una directriz gruesa de protección y la postura emergente que se aparta de consideraciones garantistas de los derechos reproductivos, deben generar y promover a futuro una sentencia que unifique, de una vez por todas, un tema tan crucial como el del amparo constitucional de las técnicas de reproducción asistida. Se insiste en la imperiosidad de incorporar la decisión Artavia Murillo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, por las razones que siguen

i) En primer lugar, por la fundamentalidad de la que ya goza sin duda el derecho a la salud en Colombia, inicialmente desde la jurisprudencia y posteriormente con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, *«por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones»*, revisada por la sentencia C – 313 del 29 de mayo de 2014; allí se cierra en términos generales y para lo de nuestro interés, la noción de la salud como un derecho fundamental *per se*, que el Estado debe proteger en la gran mayoría de los casos. Se entiende entonces que cuando se niega un tratamiento de fertilidad a una mujer, claramente se afecta el derecho a la salud como fundamental en su faceta reproductiva. El derecho a la salud, sostuvo la sentencia mencionada, protege múltiples ámbitos de la vida humana : la salud física, psicológica, mental, emocional y la salud sexual y reproductiva, definida 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, la capacidad de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia¹¹.

¹¹ Cfr. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995). Citado en Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros («fecundación *in vitro*») vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre

ii) Un segundo factor que justifica la inclusión de las consideraciones de la Corte IDH en los criterios de interpretación de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el derecho a la maternidad, viene dado por la incorporación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ordenamiento colombiano por la ruta del *bloque de constitucionalidad*, previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, al punto de que es doctrina indiscutible de nuestro Tribunal Constitucional que los fallos de la Corte IDH contienen una *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la Convención, siendo entonces un instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad en Colombia¹².

De manera que si las sentencias de la Corte Interamericana tienen un efecto general e interno como criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, debe procederse en futuros casos al ajuste total de la jurisprudencia colombiana a la luz del asunto Artavia¹³, específicamente para los casos de solicitud de amparo constitucional cuando el predicado de la mujer sea precisamente el de la realización de tratamientos para paliar la infertilidad y que tengan como fundamento la exigencia de la garantía del derecho a la maternidad. De lo contrario, se anularía el *efecto expansivo* de la jurisprudencia de la Corte IDH al no aplicar su *res interpretata* a los ordenamientos internos¹⁴.

En diversas ocasiones, la Corte Constitucional en Colombia ha reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH. En la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional sostuvo que

Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la

de dos mil doce (2012) (pág. 48, párrafo. 148).

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-10 de 2000, reiterada en las sentencias T-1391 de 2001 y C-097 de 2003.

¹⁴ Los posibles efectos continentales del caso Artavia. Max Silva Abott. Disponible en: cisav.mx/wp-content/uploads/2017/05/02-Los-posibles-efectos-continentales

interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Esta tesis de la Corte Constitucional Colombiana va de la mano con la postura de la misma Corte IDH, cuando ha reiterado el carácter vinculante de su jurisprudencia como *interpretación auténtica* de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, en la piedra angular del sistema interamericano sobre control de convencionalidad que se condensa en la sentencia del 26 de septiembre de 2006 en el *leading case* «Almonacid Arellano y otros vs. Chile», se sostuvo lo siguiente

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención americana.

323

«En el asunto Trabajadores cesados del Congreso» (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, la Corte IDH señaló de igual forma que i) el control de convencionalidad difuso procede de oficio y ii) los jueces internos que adelantan el control de constitucionalidad deben llevar a cabo el control de convencionalidad, dentro del marco de sus respectivas competencias¹⁵.

¹⁵ CORTE IDH, sentencia del 24 de noviembre de 2006, asunto de los Trabajadores Cesados del

En el caso «Heliodoro Portugal» vs. Panamá, fallado el 12 de agosto de 2008¹⁶, la Corte IDH también precisó que: i) existe una norma consuetudinaria, recogida en el artículo 2 de la CADH, que prescribe que los Estados deben introducir reformas en su derecho interno con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales; ii) tal deber comporta la supresión de normas y prácticas internas que desconozcan el tratado internacional y, al mismo tiempo, la expedición de disposiciones que garanticen la protección de los derechos consagrados en el tratado internacional; y iii) el control de convencionalidad, ejercido por todos los jueces internos, apunta al cumplimiento de tales obligaciones internacionales.

En la sentencia dictada en el caso «Cabrera García y Montiel Flores» vs. México de 26 de noviembre de 2010¹⁷, concluyó que i) todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces, deben velar por el cumplimiento de la CADH; ii) que los jueces «en todos los niveles» están en la obligación de ejercer de oficio el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH, incluida la interpretación que de esta haya realizado la Corte IDH, dentro del marco de sus respectivas competencias y procedimientos pertinentes.

324

Emerge una jurisprudencia constante de la Corte IDH en el sentido de que la totalidad de los jueces de los Estados Partes en la CADH, incluidos los tribunales constitucionales¹⁸, con fundamento en la obligación de proteger y respetar los derechos humanos, deben ejercer un control de convencionalidad difuso¹⁹ mediante el cual aseguren la primacía del *corpus iuris* interamericano sobre el derecho interno. Lo que significa que el fallo emitido en ejercicio de la función jurisdiccional por la Corte IDH como tribunal internacional de derechos humanos en el caso Artavia debe encontrar asidero en la jurisprudencia constitucional colombiana

Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁶ Corte IDH, sentencia del 12 de agosto de 2008, asunto Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁷ Corte IDH, sentencia del 26 de noviembre de 2010, asunto Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁸ Corte IDH, asunto Boyce y otros vs. Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 2016. S.V.

sin óbices en su cumplimiento, privilegiando además de la Convención Americana, la *interpretación* que de ella hace la Corte IDH, al moldear a través de sus fallos un marco general de comprensión de cada uno de los derechos convencionales. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana en ocasiones pasadas, los argumentos de derecho interno – sean estos de la índole que sean– no deben servir de pretexto para la mora o el incumplimiento en el acatamiento de fallos judiciales proferidos por la Corte IDH²⁰. El derecho interno y el DIDH, ya no puede concebirse como realidades disociadas. Se ha señalado con acierto que «ya no puede haber duda que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano internacional, y la nueva realidad en este así formada provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estados afectados»²¹.

En suma, atendiendo la obligación de cumplir sus compromisos internacionales, las autoridades colombianas, en este caso, la Corte Constitucional, debe tomar en consideración, según lo advierte la Corte Interamericana, no solo el texto del tratado sino también las pautas que sobre su interpretación establece dicho Tribunal. Con esa misma orientación, la jurisprudencia interamericana ha señalado, luego de afirmar la obligación de los Estados de cumplir las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana cuando sean parte en el respectivo proceso, que cuando ello no ocurre –es decir cuando no son parte en el proceso– las autoridades del Estado están vinculadas por el Tratado y, por ello

[...] deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas²², en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana²³.

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-653 de 2012.

²¹ CANÇADO TRINDADE, Augusto Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2da edición. Santiago, Chile . Editorial Jurídica de Chile, 2006, pag.272.

²² Sentencia de la Corte Constitucional, C-500 de 2014.

²³ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de l

iii) En la misma dirección, refiriéndose a la eficacia de la *res judicata* de las sentencias adoptadas por la Corte IDH como norma convencional interpretada, y a la pretensión de asentar una doctrina general sobre estándares de protección de derechos, el Juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac Gregor ha señalado desde la tribuna de la doctrina, que en tanto la sentencia interamericana adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega sus contenidos y efectos en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional y b) de forma objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana. Para el primer supuesto, se produce obviamente una eficacia *inter partes* y en el segundo, que es el de nuestro interés, (la consecuencia indirecta para los estados no parte en la controversia) se genera un efecto *erga omnes*, que, al decir del Juez Ferrer Mac Gregor, es una eficacia para todos en la medida en que el conjunto de autoridades nacionales de los países parte en la Convención quedan vinculados a la efectividad convencional y, por ende, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación –normativa e interpretativa– que establecen los artículos 1 y 2 de la Convención Americana²⁴.

Colombia es miembro de la Organización de Estados Americanos, parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Convención es además el instrumento de Derechos Humanos más importante del ámbito regional, y la Corte IDH su intérprete autorizado, de manera que sus pronunciamientos constituyen pauta insustituible para que el país cumpla sus compromisos de respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos. En este mismo sentido, como se dijo *ut supra*, las cláusulas de la Convención hacen parte del orden interno colombiano con jerarquía constitucional, en virtud de las normas de remisión del artículo 93 superior.

Así las cosas, la Corte Constitucional debe seguir sin dubitaciones y en línea de consenso, la interpretación impuesta por la sentencia Aravia

Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013.

²⁴ Armin VON BOGNANDY, Héctor FIX FIERRO y Mariela MORALES. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Coordinadores, Universidad Nacional Autónoma de México. 2014.

contra Costa Rica, en cuanto permite interpretar el derecho a la maternidad a la luz del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por consiguiente, le cabe adelantar una armonización de las disposiciones del ordenamiento interno y el internacional, con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución Política y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del derecho internacional de los Derechos Humanos. La doctrina del control de convencionalidad no es una herramienta que busca imponerles a los estados una visión homogénea en cuestiones de derechos humanos, sino que se soporta, y en este caso poca duda cabe, en el principio *pro personae*. Los estados, por ende, preservan la libertad de adoptar criterios de más protección que los proporcionados por el *corpus juridico interamericano*, lo que significa que la Corte Constitucional solo tiene dos alternativas, acoger Artavia o superar los criterios y fundamentos para la protección; lo que no puede es hacerlos más restrictivos, que sería el escenario de no aplicar lo normado en ese caso²⁵.

Corresponde, del mismo modo, mantener el principio fundamental del derecho internacional, según el cual, toda vez que los estados asumen un compromiso al ratificar un tratado internacional, nace el deber de honrar y ajustar a nivel interno, los fallos judiciales y las políticas públicas en general, para garantizar los derechos establecidos en la Convención. Tal como se indicó para el cumplimiento del caso Artavia en Argentina, «sería un error pensar que la adecuación de la legislación a los mandatos de la Convención corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, o a las reglamentaciones que pueda dictar el Poder Ejecutivo conforme lo que establezca la Constitución de cada país. Hasta tanto no tenga lugar dicha adecuación, será responsabilidad del Poder Judicial de cada país ajustar las decisiones que involucren el acceso y la regulación de la IVF con los principios desarrollados por la Corte en “Artavia Murillo”²⁶.

iv) En cuarto lugar, la limitación en Colombia en sede judicial de las técnicas

²⁵ Ferrer MAC. GREGOR. What do we mean when we talk about judicial dialogue: Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. (2017).

²⁶ Carlos Alejandro HERRERA VACAFLOR. «Los Derechos Sexuales y Reproductivos a partir de “Artavia Murillo” v. Costa Rica: un nuevo paradigma para su acceso». En VII Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. (2013).

de fecundación asistida a plenitud constituye una violación del derecho a beneficiarse de los avances científicos que se encuentra previsto en el artículo 10 de la Ley Estatutaria de Salud Colombiana, en el artículo 14 del Protocolo de San Salvador, ratificado por Colombia mediante la Ley 319 de 1996, y en el artículo 15 (b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales Colombia es parte. Ambos tratados contienen disposiciones prácticamente idénticas sobre el derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y tecnológico. El artículo 15 del PIDESC establece

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: (b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;... 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia; 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica (...).

328

El artículo 14 del Protocolo de San Salvador lo replica señalando

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: (...) b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; (...) 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia (...) 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica (...)

El mismo derecho se describe en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 27.1)

Toda persona tiene derecho a (...) participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten», y el artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos: «Toda persona tiene el derecho de (...) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley Estatutaria de la Salud en Colombia, contempla el listado de derechos y deberes de las personas

relacionados con la prestación de los servicios de salud. Varias disposiciones de este artículo son pertinentes para demostrar el aserto anterior. La norma dispone que habrá provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos; a recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad y, en general, a agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de una enfermedad. Las disposiciones citadas consagran un derecho claro y concreto a beneficiarse de las tecnologías en aras de alcanzar el goce pleno del derecho a la salud; pese a ello, el derecho a la tutela de los tratamientos integrales en punto a los sistemas de maternidad asistida permanece marginado de la jurisprudencia colombiana en los términos que prescribió la sentencia interamericana.

v) En efecto, al tenor de la sentencia del caso Artavia, la *infertilidad* es una *limitación funcional* y, por tanto, las víctimas de dicha limitación deben ser acogidas por los derechos propios de las personas con *discapacidad*, sostuvo terminantemente la Corte IDH. Siendo así, de no adaptarse en la jurisprudencia constitucional colombiana las conclusiones de la sentencia del caso Artavia de cara al derecho a la maternidad, en la arista de protección a las personas que padecen de infertilidad y por ende personas con discapacidad, se viola por igual tanto el Protocolo de San Salvador que consagra el derecho de las personas afectadas por una discapacidad a ser objeto de especial atención para lograr su adecuada inclusión social, como la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*²⁷, ratificada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002 y que tiene como objetivo eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración social, para ello establece la obligación internacional del Estado de «adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (...)».

²⁷ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999 e incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002. En virtud de dicho tratado, Colombia, como Estado parte, se comprometió a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas, laborales y de cualquier otra índole necesarias para eliminar la discriminación contra las personas discapacitadas y a propiciar su plena integración en la sociedad. Tanto la ley aprobatoria como la Convención fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003.

En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana²⁸ ha insistido en que las personas con limitaciones o con discapacidad, deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad. En este sentido, ha resaltado que existen dos tipos de situaciones que constituyen actos discriminatorios contra las personas con limitaciones o con discapacidad: i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas y ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual apareja, como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación²⁹.

vi) Desde el plano convencional que privilegiamos en este estudio, resulta evidente que el DIDH se posiciona en defensa de los más necesitados³⁰; proteger y promover los derechos de las personas con limitaciones no se reduce a proporcionar servicios en la esfera de la discapacidad, implica también adoptar medidas para cambiar las actitudes y comportamientos que estigmatizan y marginan a quienes padecen tales condiciones. Un paso importante³¹ es el de los jueces constitucionales cuando detectan, como en este caso de la inseminación *in vitro*, una situación en la que cabe una interpretación *pro homine* para lograr una solución justa. Recientemente, incluso, se comienza a hablar de *justicia reproductiva*³², afirmándose que cuando el juez se enfrenta a casos que bordean los derechos sexuales y reproductivos *debe actuar con visión de género* ante el imperativo de los tratados que integran el bloque de constitucionalidad. La

²⁸ T-372 de 2012

²⁹ Ver las Sentencias de la Corte Constitucional, C-401 de 2003, C-174 de 2004, C-804 de 2009, y C-640 de 2010. Ver también las Sentencias T- 826 de 2004, T-288 de 1995 y T-378 de 1997. Ver igualmente el Auto 06 de 2009.

³⁰ CORTE IDH. Caso *Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de enero de 1999. Voto razonado del Juez Cancado Trindade.

³¹ *Cfr.*, Andres ROUSSET, «La protección de los grupos vulnerables a través del control de convencionalidad» Revista RyD, Volumen I. Mendoza (2016).

³² Ruth FLETCHER, , *La justicia reproductiva y la Constitución irlandesa (art. 40.3.3.)*, JA 2011-II-1255; Paola BERGALLO, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en Paola BERGALLO, (compiladora). *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 13.

Corte Constitucional Colombiana está llamada a cumplir un papel crucial al ser uno de los vehículos principales para que el Estado Colombiano pueda traducir en el orden interno la interpretación de la Corte IDH.

En el caso Artavia contra Costa Rica, se ha señalado de manera genérica, como se relacionó en el aparte III de este artículo, que existe un derecho a procrear y de hacerlo a través de las TRA. En efecto, la Corte IDH consideró que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, e incluye la decisión de ser madre o padre en sentido genérico o biológico (párrafo 143 del fallo). En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Evans Vs. Reino Unido*³³, en el que señaló que (en relación a la reglamentación de la FIV) el derecho a que se respete la decisión de convertirse en padre o madre en sentido genérico queda comprendido en el marco del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en punto al derecho al respeto a la vida privada y familiar. En el caso *Dickson Vs. Reino Unido*³⁴, el Tribunal Europeo sostuvo respecto a las técnicas de reproducción asistida que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos era aplicable a las reclamaciones de los demandantes porque la negativa a la inseminación artificial concierne a su vida privada y familiar, cuyas nociones incorporan el derecho a que se respete su decisión de convertirse en padres. En *S.H. y otros Vs. Austria*, el TEDH se refirió explícitamente al derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida como la FIV señalando que el derecho de una pareja a tener un hijo y a hacer uso de la procreación médicamente asistida para ello está protegido por el artículo 8 del Convenio; debido a esa opción es una expresión de la vida privada y familiar.

vii) Y finalmente, no menos relevante, es también la *discriminación indirecta*³⁵ que se hace palpable en el caso Artavia, en los términos que han sido acuñados por la Corte IDH, y que no pueden perpetuarse en un entendimiento distinto

³³ Caso *Evans Vs. Reino Unido* (no. 6339/2005), sentencia de 10 de abril de 2007.

³⁴ Caso *Dickson Vs. Reino Unido* (no. 44362 de 2004), sentencia del 4 de diciembre de 2007.

³⁵ La Corte IDH, tomando como referencia el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la define como la existencia de normas, acciones, medidas políticas y prácticas, que aun parezcan neutrales y un alcance no diferenciado, produzcan resultados negativos o discriminatorios contra cierta categoría de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria al grupo afectado. Caso *Nadege Dorzema*.

que de ello se haga por parte de la Corte Constitucional Colombiana. La figura de la *discriminación indirecta* que para muchos es una *sutil creación de una desventaja irrazonable*, se estableció por primera vez en el año 2012 como precedente jurisprudencial en el caso Nadege Dorzema³⁶ y otros vs. República Dominicana, donde se determinó como una discriminación indirecta el *modus operandi* de las deportaciones masivas o colectivas sin un debido proceso a migrantes haitianos. Existen medidas, normas, sentencias o prácticas con carácter general que en principio parecen inofensivas o neutras, pero en su aplicación material arrojan un resultado discriminatorio creando desventajas en grupos particulares en razón del género, discapacidad y origen étnico, a no ser que la disposición, criterio o práctica sea objetivamente justificable por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios.

La Corte IDH en el caso Artavia advirtió una *discriminación indirecta* ante la prohibición de la FIV hecha en la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica; indicó la sentencia de la Corte IDH que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica creó una desventaja específica a todos aquellos que no pudieran concebir (una forma de discapacidad, como ya se dijo) unido a los altos costos del acceso a la salud sexual y reproductiva, y a las violaciones del derecho a la familia resaltadas en el *dictum* de la sentencia. La Corte Constitucional Colombiana³⁷ ha utilizado igualmente el expediente de la *discriminación indirecta* cuando una medida de carácter general impacta de forma especial a grupos vulnerables, personas en situación de debilidad manifiesta o sujetos de especial protección constitucional. Razón por demás para aplicar la *jurisprudencia Artavia* al caso colombiano.

332

VI. Conclusiones

El Estado colombiano, y dentro de él sus autoridades e instituciones en el ámbito de sus competencias legales y reglamentarias –lo que incluye a la Corte Constitucional–, se encuentran obligadas a acatar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La propuesta final de

³⁶ Nadege DORZEMA y otros (República Dominicana) (2012), Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (Ser C) No 251 [Nadege Dorzema y otros].

³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-754 de 2015 y C- 330 de 2016.

este artículo apunta a que se tengan por incorporadas las razones que se dieron por la Corte IDH al sostener: i) que la maternidad o el derecho a procrear es un derecho fundamental. Los argumentos expuestos por la Corte Interamericana posibilitan inferir la existencia del derecho a acceder a la maternidad mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, como parte del contenido esencial del derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia sin ninguna clase de discriminación; ii) que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a las técnicas de reproducción humana asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad individual y a la vida privada y familiar. La forma en que se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como en la relación de pareja, sin que pueda ser limitada o interferida por actos u omisiones que discriminen con motivo de discapacidad, género y situación económica y iii) que el Estado debe velar por su justiciabilidad en punto a las técnicas actuales de reproducción asistida, so pena de violar el derecho a la intimidad, el derecho a formar una familia y el derecho a la libre determinación.

De conformidad con la jurisprudencia harto reiterada de la Corte IDH, la Convención Americana tiene vigencia continental y, por lo tanto, los argumentos esgrimidos por ella en una sentencia para un caso determinado (la llamada *res interpretata* o también *ratio decidendi*) deben tener efectos para todos dentro del sistema interamericano³⁸. Lo anterior supone que el derecho a la maternidad puede ser visto como un *derecho fundamental innominado* que, por vía de una jurisprudencia convencional y en acatamiento *stricto sensu* a la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana hecha por la Corte IDH, debe hacer parte del plexo de valores y derechos derivados de la garantía del derecho a la salud en Colombia y lo que sería más relevante, que se asumiera su justiciabilidad en aras de lograr un amparo constitucional sin restricciones. Claramente, los Estados parte de la CADH enfrentan un desafío que sugiere garantizar que el acceso a la fertilización *in vitro* y demás técnicas de maternidad asistida, sean consistentes con la decisión de la Corte IDH.

³⁸ Cfr. Juan Carlos HITTERS, «Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana)», Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8959>