

FECUNDACIÓN IN VITRO Y DERECHO A LA IGUALDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

Daniela Alexandra Narváez Jiménez¹⁶

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2022

Referencia: Narváez, D. (2022). Fecundación in vitro y derecho a la igualdad en parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

RESUMEN

El presente artículo propende estudiar los diversos recursos jurídicos que regulan el procedimiento de fecundación in vitro, como tratamiento contra la infertilidad en Colombia, y su impacto frente parejas del mismo sexo. Para ello será menester tener en cuenta que las técnicas de reproducción asistida (TRA) han sido motivo de debate y controversia en Colombia, en razón a las diversas concepciones de tipo jurídico, cultural, ético y religioso, presentes en el entorno social. No obstante, dada la considerable afluencia al hacer uso de estos métodos científicos en la actualidad, ha sido indispensable proferir regulación normativa y jurisprudencial que fijen lineamientos concretos sobre su implementación, en el ámbito público. Si bien estos lineamientos han procurado regular, en la medida de las posibilidades, los presuntos eventos en los cuales se solicite, vía EPS, algún TRA,

¹⁶ Abogada Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Becaria en la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: danielanejn@gmail.com. Número de contacto: 3208316399. Dirección: Mz B casa 17, villa recreo II etapa. Pasto (N). Colombia.

tratamientos como la fecundación in vitro, aún tienen dificultades al prevalecer vacíos normativos que impiden garantizar a plenitud los derechos de parejas del mismo sexo.

Palabras clave: Fecundación in vitro, parejas homosexuales, política pública, derechos reproductivos, plan de beneficios en salud.

ABSTRACT

This article aims to study the various legal resources that regulate the in vitro fertilization procedure as a treatment for infertility in Colombia, and its impact on same-sex couples. For this purpose, it will be necessary to take into account that assisted reproductive techniques (ART) have been a source of debate and controversy in Colombia, due to the different legal, cultural, ethical and religious conceptions present in the social environment. However, given the considerable influx in the use of these scientific methods at present, it has been essential to issue normative and jurisprudential regulations that set concrete guidelines on their implementation in the public sphere. Although these guidelines have tried to regulate, as far as possible, the alleged events in which, via EPS, any of the treatments included in ART (specifically in vitro fertilization treatment) are requested, the truth is that there are still regulatory gaps that prevent the full guarantee of the rights of same-sex couples.

Keywords: In Vitro Fertilization, Same-Sex Couples, Public Politics, Reproductive Rights, Health Benefits Plan.

INTRODUCCIÓN

Entendiendo que la fecundación in vitro corresponde al tratamiento a través del cual los ovocitos son fecundados por espermatozoides fuera del cuerpo de la mujer, es importante tener en cuenta que en Colombia, desde el año 2019, la infertilidad se ha catalogado oficialmente como una enfermedad; por ello, el presente procedimiento y la normatividad vigente, han procurado regular únicamente los posibles escenarios en los cuales las parejas solicitantes presenten esta patología y requieran vía Entidades

Promotoras de Salud [EPS], autorización para su tratamiento, cumpliendo una serie de parámetros previamente estipulados. Sin embargo, abordar esta situación bajo dicha perspectiva, deja de lado a las parejas que, si bien no sufren de infertilidad, por su decisión libre y voluntaria de conformar una familia homoparental, no pueden concebir hijos por sí mismos y requieren tratamientos como la fecundación in vitro, autorizada desde EPS y con cargo a recursos públicos. Ello, dejando claro que el tratamiento en mención, per se, es bastante costoso, motivo por el cual no todas las parejas pueden acceder a él de manera privada y, por tanto, requieren apoyo del Estado.

Al analizar las diversas herramientas existentes a nivel nacional, respecto a la fecundación in vitro, se encuentra que en materia jurisprudencial, la Corte Constitucional ha realizado un amplio estudio sobre su procedencia vía EPS; no obstante, las decisiones que se han tomado han sido esencialmente disímiles, motivo por el cual no fue sino hasta el año 2020, a través de la sentencia SU 074 emanada por el alto tribunal constitucional, que logró unificarse la jurisprudencia, marcando el paradigma actual respecto los procedimientos de reproducción asistida, que desarrolló la accesibilidad pública en este tratamiento, bajo los presupuestos estipulados en la parte dogmática. Pese lo anterior, el escenario de parejas homoparentales que solicitan y requieren este tratamiento, aún no ha sido estudiado por la Corte Constitucional.

De igual manera, se encuentra que el ordenamiento interamericano cuenta con argumentos de relevante trascendencia para el presente estudio, toda vez que se ha encargado de revisar casos en donde se ha puesto en discusión el reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo, de un lado, y respecto la regulación atinente al tratamiento de fecundación in vitro, por otro. Por ello se desarrollarán las premisas expuestas en la sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

Así las cosas, se presentará el panorama legislativo, jurisprudencial e interamericano que regula la fecundación in vitro, con el propósito de determinar si en la actualidad existe discriminación, desde una

perspectiva de género, respecto de parejas homoparentales. Para lograr este propósito, se ha decidido acudir al método cualitativo de investigación, poniendo de presente acontecimientos de la actualidad, en contraste con la revisión teórica recolectada de la información bibliográfica, legal y jurisprudencial, que brindan el conocimiento para llegar a establecer conceptos claros sobre el tema en discusión y lograr, de esta manera, una conclusión fundamentada y plausible. Igualmente, se ha decidido esbozar cada eje temático en capítulos muy concretos, con la finalidad de mantener al lector contextualizado y dentro de un hilo conductor, que permita comprender con mayor facilidad la conclusión alcanzada.

Por todo lo anterior, la presente investigación tiene como finalidad determinar si se ejerce y respeta el derecho a la igualdad en casos de parejas del mismo sexo, respecto a la asequibilidad a la técnica de fecundación in vitro en Colombia con cargo a recursos públicos.

1. FECUNDACIÓN IN VITRO COMO TRATAMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En la presente sección se abordará el marco conceptual, científico y biomédico del tratamiento denominado fecundación in vitro, realizando un recorrido histórico de las primeras investigaciones que permitieron dar paso al método actual de reproducción asistida; como también abordando las más recurrentes definiciones y categorías existentes, de conformidad al tipo de pareja y sus requerimientos puntuales. Será importante destacar, en esta sección del artículo, la existencia de requisitos previos al sometimiento de este tratamiento y las posibles complicaciones que pueden derivar del mismo, toda vez que se trata de un procedimiento de alta complejidad.

La fecundación in vitro se ha constituido en un procedimiento de especial trascendencia, pues ha propendido por tratar la esterilidad en las mujeres, al tomar el óvulo directamente del ovario y fecundarlo de manera artificial en laboratorio (Maestre y Mazoneth, 2016). En el siglo XX puede ubicarse, quizá, el primer estudio sobre fecundación in vitro, publicado como “Conception in Waterglass”, en el *New Medical Journal of Medicine* en 1937, sin autor conocido. Luego de ello, para el año de 1963, el biólogo Robert Edwards realiza las primeras investigaciones en los

campos de embriología y fisiología, las cuales serían la base fundamental para lograr el primer nacimiento de un ser humano, en el año de 1978 (Martos et al., 2016).

De conformidad con J. S. Díaz (2017), la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no se constituye en un procedimiento reciente, dado que existen constancias de la práctica de técnicas como inseminación artificial o fecundación in vitro, desde siglos atrás, en plantas y animales; verbigracia, el caso del italiano Lazzaro Spallanzani en 1784, quien realizó la primera inseminación artificial en una canina, logrando así el nacimiento de tres cachorros completamente sanos. Asimismo, la maestrante reitera el estudio realizado por el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe en el siglo XX, logrando el nacimiento de la primera bebé probeta y, adicionalmente, comenta el caso particular del cirujano escocés John Hunter, quien inyectó una jeringa caliente, con el semen de un comerciante, a la vagina de su esposa, logrando así la primera inseminación artificial de una persona en la historia.

A nivel nacional, puede afirmarse que Colombia, fue el primer país suramericano en estudiar e implementar las técnicas de reproducción asistida en humanos. El fundamento de esta afirmación reside en el famoso niño probeta nacido en 1986, que se constituyó en el primer nacimiento, en todo Suramérica, de un menor bajo esta modalidad. En el mismo sentido, el doctor Elkin Emilio Lucena Quevedo (como se citó en A. B. Díaz, 2014) ha manifestado que, en Colombia, aproximadamente 800 niños han nacido gracias a la técnica de reproducción asistida: fecundación in vitro, motivo por el cual es factible afirmar que existe efectividad en estas nuevas alternativas médico – científicas y que Colombia se encuentra a la vanguardia en este tipo de procedimientos.

Respecto el método de reproducción asistida conocido en la actualidad, Maestre y Mazoneth (2016) afirman que la fecundación in vitro, surgió como un mecanismo para dar tratamiento a la esterilidad ocasionada por la obstrucción en las trompas de Falopio, que impedía la fecundación entre espermatozoide y óvulo. La alternativa a esta problemática inicial fue eludir el conducto obstruido y tomar directamente el óvulo del ovario, para realizar la fecundación en un laboratorio y lograr así dar a luz a hijos o hijas, por parte de mujeres con obliteración tubárica.

Sin embargo, este tratamiento no ha sostenido su finalidad inicial en la actualidad, toda vez que su perfeccionamiento ha sido progresivo, en aras de suplir las diversas deficiencias biológicas actuales de las parejas que desean procrear pero que, por alguna circunstancia en concreto, no pueden hacerlo. Actualmente se puede afirmar existen diversas formas de emplear el método de fecundación in vitro, dependiendo de los factores que caractericen a cada pareja; es por ello que, de conformidad con María Camila Vaca (2018), la fecundación in vitro puede darse con óvulos de la pareja, con óvulos del donante, con espermatozoides de la pareja y con espermatozoides del donante.

Ahora bien, será menester recordar que la fecundación in vitro es un procedimiento técnico que no garantiza ningún tipo de resultado, en tanto su complejidad puede ocasionar algún tipo de imprevisto que impida cumplir el objetivo inicial. Así, Bonilla y Manosalva (2019) afirman que se trata de un proceso complicado y altamente costoso, dado que se torna necesario fecundar varios óvulos e implantar bastantes embriones, sin exceder la cantidad necesaria (dos, tres o cuatro, dado que menos de tres disminuye la posibilidad de embarazo, pero cuatro genera el posible riesgo de contraer embarazos múltiples). Por tanto, durante este proceso, existe la posibilidad de sufrir abortos, partos prematuros, perder embriones y, lo ya referido, contraer embarazos múltiples.

Para el ginecólogo-obstetra Kushner-Dávalos (2010), el proceso de fecundación in vitro consiste en estimular de manera exógena los ovarios, mediante gonadotrofinas humanas o sintéticas (recombinantes); extraer los óvulos de los ovarios, a través de un procedimiento quirúrgico mínimamente invasivo, conocido también como aspiración folicular ecoguiada; fertilizar in vitro en un laboratorio de embriología, una vez se haya seleccionado y clasificado previamente la calidad ovocitaria y la capacitación espermática; realizar el cultivo embrionario sistemático y, finalmente, realizar la transferencia de los embriones a la cavidad uterina, que se encuentra a la espera de una implantación satisfactoria.

De la misma manera, Kushner-Dávalos (2010) manifiesta que son indispensables y concluyentes los exámenes pre implantatorios, dado que en éstos se podrán observar las condiciones anatómicas de la pareja, de las cuales derivará el tipo de procedimiento a elegir. Algunos de los exámenes complementarios a realizar son: “estudios del semen, evaluación del tracto reproductivo femenino mediante histerosalpingografía, histerosonografía, ecografía transvaginal y pruebas

para determinar reserva ovárica como por ejemplo: FSH, estradiol, hormona antimulleriana, inhibina B, entre otras” (Kushner-Dávalos, 2010, p. 78).

Bajo las anteriores consideraciones, para A. B. Díaz (2014), este procedimiento debe contemplarse teniendo en cuenta más implicaciones de las mencionadas, toda vez que, además de agotar profusas etapas, procura solucionar, en la medida de las posibilidades, los problemas de infertilidad presentes en la mujer, permitiéndole engendrar en el vientre materno la fusión de las células masculinas y femeninas, realizada en un ambiente extracorpóreo. Al respecto, resulta oportuno citar lo que expone J. S. Díaz (2017):

Independientemente del momento histórico al que se le atribuya la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), es innegable que su génesis se presentó como solución a las distintas causas de infertilidad tanto femeninas como masculinas, y que posteriormente en observancia al desarrollo científico se les concedió fines más allá de los terapéuticos (p. 17). (Subrayado fuera del texto).

Sin embargo, es claro que todos estos avances científicos se han consagrado dentro de un panorama jurídico escaso y ortodoxo, que aún no cuenta con las herramientas suficientes para adaptarse a los actuales requerimientos de la sociedad. Por ello, será necesario abordar el estado jurídico de esta figura, dentro del ordenamiento colombiano, pues así se logrará determinar que garantías existen y que vacíos aún quedan por trabajar.

2. LOS TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Aunque el contexto normativo respecto a tratamientos de reproducción asistida en Colombia no es amplio, en los últimos años se han proferido algunas normas fundamentales y jurisprudencia relevante que se han encargado de regular, en gran parte, los posibles escenarios en los cuales las parejas requieran acceder a estos servicios, con recargo al Estado.

Al respecto, el Gobierno Nacional en el año 2011 expidió la Ley 1438, la cual realizó una reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En ella, se establecieron nuevos parámetros que servirán de

apoyo para delimitar el marco financiero de la prestación de servicio. De esta manera, el artículo 25 reza: “el Plan de Beneficios en Salud (PBS) se actualizará integralmente, cada dos años, atendiendo cambios de perfil epidemiológico; disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios, no incluidos en el plan; entre otros” (Ley 1438, 2011); por su parte el artículo 33 contendrá una presunción de capacidad de ingresos y pago, obligando a los usuarios a pertenecer al régimen contributivo, cuando cumplan determinadas condiciones a saber:

33.1 las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.

33.2 Quienes tengan certificados de ingresos y retenciones que reflejen el ingreso establecido para pertenecer al Régimen Contributivo.

33.3 Quienes cumplan con otros indicadores que establezca e/ Gobierno Nacional (Ley 1438 de 2011).

La importancia de estas estipulaciones reside en los argumentos que la Corte Constitucional expondrá, al revisar el proyecto de ley que actualmente regula la “Política Pública de Infertilidad y su Tratamiento dentro de los parámetros de Salud Reproductiva” (Ley 1953 de 2019), toda vez que las principales objeciones gubernamentales presentadas por el Presidente de la República y su gabinete, se fundamentaron en el principio de sostenibilidad fiscal y en la vulneración al principio de eficiencia, en tanto ya existía una política pública de prevención de la infertilidad.

Si bien, para A. B. Díaz (2014) es clara la existencia de un vacío normativo en la legislación colombiana, pues no se ha considerado la existencia de un sector poblacional vulnerable, que únicamente cuenta con la alternativa de demandar los servicios de salud pública, para acceder al tratamiento de fecundación in vitro, tal y como se garantiza respecto otro tipo de enfermedades; lo cierto es que para el año 2021, ya existe una política pública que propende por el acceso a tratamientos de infertilidad, con recargo en el erario nacional a través de la Ley 1953 de 2019.

La norma vigente en Colombia, respecto tratamientos de infertilidad, corresponde a la Ley 1953 de 2019. Aunque la misma fue motivo de gran controversia (previamente dos proyectos de ley fueron

archivados en segundo debate), finalmente logró ser proferida y puesta en funcionamiento, en aras de garantizar procedimientos que, con anterioridad no podían siquiera pensarse incluidos en el Plan Básico de Salud. Si bien la ley entró en vigencia con normalidad, para el año 2020 se presentaron una serie de tutelas, resueltas por la sentencia SU 074, en donde se evidenciaba el incumplimiento a la misma, con fundamento en una línea jurisprudencial, que no presentaba criterios unificados y que propendía por la salvaguarda del principio de sostenibilidad fiscal, en lugar de la prevalencia por el derecho a la familia, libertad sexual y reproductiva y derecho a la igualdad.

Respecto la Ley 1953 de 2019, es importante afirmar que “incluye a través del Ministerio de Salud y Protección Social, una política pública para la prevención y tratamiento de la infertilidad con la implementación de las técnicas de reproducción asistida en parejas y personas infértiles” (Alzate y Salazar, 2019, p. 41). Lo anterior implicó una modificación considerable, respecto los parámetros normativos que regulaban el acceso a dichos tratamientos, pues

En efecto, esta norma prevé los lineamientos para el desarrollo de una política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad. Además, dispone que el Ministerio de Salud debe reglamentar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRA), de acuerdo con las pautas que el Legislador ha definido para que se garanticen estos procedimientos con recursos públicos (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

Es importante tener en cuenta que, en el Congreso de la República, cursaron varios proyectos de ley encaminados a reconocer la infertilidad como una enfermedad, situación que finalmente se logró con esta norma, pues se había tornado evidente “su relevancia social y la existencia de un déficit de regulación, el cual había sido advertido por la Corte Constitucional previamente” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

A nivel jurisprudencial, se ha realizado una revisión exhaustiva de las sentencias más representativas, respecto a la fecundación in vitro, en las cuales se analiza si la Corte Constitucional reconoce en la misma proporción, los derechos de las parejas heterosexuales como homoparentales. De conformidad con Londoño (2012), la emancipación

de los derechos y garantías de las parejas homoparentales en Colombia, se ha logrado vía jurisprudencial y no legal, dado que “el papel sustancial que ha jugado la jurisprudencia constitucional es incuestionable y ha sido el motor del activismo actual en pro de los derechos de los movimientos LGBT” (p. 62).

En materia de procedimientos de fertilización in vitro, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han proferido múltiples sentencias, en las cuales las posturas jurisprudenciales han sido diversas; por ello, a través de la sentencia SU 074 de 2020, la Corte se vio en la obligación de unificar criterios. Dentro de las sentencias más representativas, se encuentran: T-946 de 2002, T-752 de 2007, T-424 de 2009, T-226 de 2010, T-550 de 2010, T-644 de 2010, T-398 de 2016, T-126 de 2017 y T-316 de 2018. Todas ellas han abordado el tema de reclamación del tratamiento de fecundación in vitro con cargo a recursos públicos; sin embargo, la Corte Constitucional ha expuesto diferentes argumentos al respecto, motivo por el cual fue necesario en 2020 asumir una sola postura.

En líneas generales, la Corte Constitucional comenzó su línea argumentativa en 2002, afirmando que 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 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-946/02, 2002).

Para 2007, el alto tribunal manifestó que el derecho a procrear no puede llegar hasta el punto que se pueda forzar u obligar a las autoridades estatales a garantizar la maternidad biológica de alguien cuando sus condiciones genéticas o humanas no le permiten su goce. Consecuente con ello, cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud [POS] constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía

a todos los habitantes del territorio nacional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-752/07, 2007).

Esta misma postura mantiene la Corte en 2009, recordando que, en principio, la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud no vulnera los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran imposibilitadas para procrear, toda vez que los recursos del sistema de seguridad social en salud son escasos y deben dirigirse a lo estrictamente necesario para mantener la salud de los afiliados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-424/09, 2009).

Sin embargo, a partir de 2010, con la sentencia T 226, este paradigma cambia pues la Corte considera que, por regla general, los tratamientos de fertilidad no proceden vía tutela por cuanto se encuentran excluidos del POS, sin embargo, en algunos casos se ha señalado la posibilidad de conceder el amparo, por cuanto las circunstancias específicas del caso vinculan directamente la violación de derechos fundamentales. Dichos eventos son: (1) cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado); (2) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad). La (3) tercera circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-226/10, 2010). Esta postura se mantiene en sentencias como: T-550 de 2010; T-655 de 2010 y T-398 de 2016.

No obstante lo anterior, la línea de la Corte cambia por completo en el año 2017, cuando el Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, en la sentencia T-126, afirma que el estudio sobre la procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS, específicamente aquellos dirigidos a tratar los problemas de fertilidad, adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra facetas diferentes a la del derecho a la salud en

su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades. En efecto, el análisis 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 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-126/17, 2017).

Por último, para el año 2018 la Corte afirma que, además de mantener los criterios jurisprudenciales esbozados, es importante resaltar que las nuevas técnicas artificiales de concepción y la posibilidad de crear embriones por fuera del cuerpo humano plantean una serie de cuestiones legales, éticas y sociales que indudablemente requieren un escenario de discusión ampliamente democrático en cabeza del legislador y limitan la actividad discrecional del juez constitucional en virtud del principio de separación de poderes. No es dable pues, que en ejercicio del control concreto por vía de acción de tutela el juez expida órdenes que directa o indirectamente tengan efectos de carácter general, o constituyan un precedente de aplicación sistemática para casos con similitud fáctica, orientando por vía judicial la actividad de la administración pública y afectando aspectos de tan alta trascendencia como el valor de la vida en un Estado Social de Derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-316/18, 2018).

Hasta este momento se observa el manejo que la Corte Constitucional le había dado al tema en discusión; sin embargo, a partir de 2018 la Corporación se encarga de estudiar a fondo lo atinente a fecundación in vitro, unificando los diversos criterios existentes y fijando el paradigma actual, a través de dos sentencias esquemáticas que se desarrollaran a continuación. Es importante resaltar que, si bien estas sentencias han aportado valiosos avances en materia de tratamientos médicos de reproducción asistida, no han logrado contemplar los escenarios que desbordan el criterio unificado de infertilidad, como máximo argumento para conceder dicho procedimiento; tales como el libre desarrollo de los derechos a la familia y libertad reproductiva, en casos de parejas homoparentales.

La sentencia C-093 de 2018 será emblemática en tanto estudiará el proyecto de ley, que luego de insistentes solicitudes al Congreso de la

República, logró convertirse en la actual norma vigente (Ley 1953 de 2019) sobre reproducción médica asistida y tratamientos contra la infertilidad. La principal tarea de la Corte Constitucional en este caso, fue ponderar la posibilidad de reglamentar una política pública respecto Tratamientos de Reproducción Asistida en contraste a la presunta afectación a los principios de sostenibilidad fiscal y eficiencia. Aunque el debate sostuvo argumentos particulares, finalmente la Sala decidió que

Las cifras arrojadas por el estudio presentado por el IETS en 2015, no son susceptibles de soportar la violación del mentado criterio pues el universo de la población estudiado sobre el cual se hizo la estimación del gasto no es en modo alguno exacto, en razón a que no se tuvieron en cuenta las variables que tendrá que establecer el ente ministerial y por ende el posible costo solo será determinable cuando todo ello se incluya en los cálculos, para ser gestionado por dicho órgano en el presupuesto nacional. Esta Corporación consideró que las cuentas que se han efectuado, al no incorporar ninguna de las variables aquí anotadas, resulta no solo exacerbada sino además especulativa, lo cual reviste mayor trascendencia comoquiera que la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-093/18, 2018). (Subrayado fuera del texto).

En ese entendido, la Corte Constitucional decidió declarar infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional y, en consecuencia, declaró exequible el proyecto de ley en estudio, aunque se presentó un salvamento de voto, por parte de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, en donde se sostuvo, entre otras cosas, que la decisión de incluir en el PBS algún tipo de tratamiento, debe ser técnica y no jurídica; lo cierto es que a la fecha, la norma sigue en vigor.

Finalmente, la sentencia SU 074 de 2020 que, a juicio propio, se constituye en la sentencia hito sobre el tema suscitado, resuelve cinco acciones de tutela, en las cuales se solicita a las EPS autoricen tratamientos de fecundación in vitro. De los acápites más relevantes que permiten abordar con mayor entendimiento el tema de la referencia, se encuentra la recopilación jurisprudencial que realiza la Corte Constitucional, sobre tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción asistida; en ella, se recuerda que el acceso a este tipo de

procedimientos se ha ampliado de forma progresiva y que existen dos posturas jurisprudenciales, a saber:

Por una parte, la Corte ha negado por regla general el acceso a dichos procedimientos mediante la acción de tutela, pese a que ha admitido excepciones relacionadas con el principio de continuidad y la garantía del derecho a la salud. Por otra, esta Corporación ha garantizado, a partir de un enfoque basado en varios derechos fundamentales –igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía y derechos reproductivos–, la posibilidad de practicar estas intervenciones clínicas, siempre y cuando se cumplan estrictas exigencias (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

Bajo el mismo entendido, la Corte recuerda que

El derecho a superar la infertilidad y a las tecnologías de reproducción asistida, como una manifestación de los derechos reproductivos tiene una dimensión de realización inmediata y otra de carácter prestacional. Mientras que la primera se satisface mediante la ausencia de prohibición o interferencia por parte del Estado y la garantía de: (i) un diagnóstico adecuado de la infertilidad; y (ii) los tratamientos para superar esta condición que se encuentran incluidos en los planes obligatorios de salud. Por su parte, la segunda, que se refiere al acceso de las técnicas de reproducción asistidas de alta complejidad, se encuentra sujeta al principio de progresividad y no regresividad. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

En razón a los argumentos expuestos por la Sala, en la presente sentencia se definen y unifican los criterios que permitirán acceder de manera parcial y excepcional a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad, a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia (SU-074/20, 2020), los plantea así:

(i) Edad: la pareja debe encontrarse en rango de edad que permita hacer viable el tratamiento de fecundación in vitro.

(ii) Condiciones de salud de la pareja infértil: en primer lugar, el tratamiento debe ser prescrito por un médico especialista adscrito a la EPS, si el dictamen proviene de un médico particular, deberá conformarse

un grupo interdisciplinario de especialistas, que definan la viabilidad del caso; se deberán agotar los demás procedimientos y alternativas razonables para atender la infertilidad del paciente o de la pareja solicitante; se deberá justificar por el tratamiento de fertilización in vitro es la mejor alternativa, al igual que sus posibles consecuencias; por último, los medicamentos y exámenes prescritos por el médico tratante, que se encuentren incluidos en el PBS, deberán garantizarse con cargo a estos recursos (dado que el tratamiento en sí, realizará el recobro a otro fondo).

(iii) Número de ciclos que deban realizarse de conformidad la pertinencia médica y condición de salud: teniendo en cuenta que el máximo número de ciclos costeados parcialmente por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en aras de mantener la estabilidad financiera, es de tres; el médico tratante deberá fijar la cantidad y la frecuencia en cada caso.

(iv) Capacidad económica de la pareja: la pareja debe carecer de la suficiente capacidad económica para sufragar los gastos del tratamiento, teniendo en cuenta el criterio de gastos soportables. Se deja en claro al solicitante que, aún si la solicitud es aceptada, deberá financiar parcialmente los gastos del tratamiento, de conformidad con su capacidad de pago.

(v) Tipo de infertilidad: Será necesario que la persona que solicite el tratamiento, no haya tenido hijos previamente (infertilidad primaria) y que acredite la especial o excepcional afectación de sus derechos fundamentales.

El desarrollo jurisprudencial en este caso, evidentemente representa un avance significativo en aras de proteger los derechos de aquellas personas que solicitan el tratamiento de fecundación in vitro con cargo a recursos públicos; no obstante, es claro que los requisitos y la fijación de la línea jurisprudencial final omitió los eventos en los cuales, en razón al tipo de pareja, no se cumpla el criterio número cinco, atinente a la condición de infertilidad. Si bien esta conclusión se había expuesto con anterioridad, al tener el panorama general resuelto, es preciso señalar que la Corte Constitucional, pese a ser la guardiana y protectora de la Constitución, y pese representar la institución que más aboga por los derechos la comunidad LGBTIQ+, sobre este campo de acción, aún falta mucho por recorrer y reconocer en favor de quienes desean ejercer su

derecho a conformar una familia, entendida desde la perspectiva homoparental.

En el contexto interamericano, además de los instrumentos internacionalmente reconocidos que propenden por la protección de derechos humanos, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e incluso, la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, se distingue una sentencia hito, que representa el reconocimiento del tratamiento de fecundación in vitro, como un tratamiento perfectamente factible y en consonancia con los derechos humanos. Se trata del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*

El presente caso, que representó el motivo de estudio e inspiración del presente artículo, se puede resumir en los siguientes hechos: el tres de febrero de 1995 se profiere el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, que autoriza la práctica de fecundación in vitro; sin embargo, el siete de abril de 1995 se presenta acción de inconstitucionalidad por considerar que se vulnera el derecho a la vida, motivo por el cual la Corte Suprema de Costa Rica decide anular el Decreto Ejecutivo y prohibir la realización de este procedimiento en casos de parejas heterosexuales. En razón a lo expuesto, nueve parejas decidieron presentar petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solicitando se les permita acceder al tratamiento fecundación in vitro. Luego de analizar esta situación y llegar a instancias contenciosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del año 2000, que prohibió la fecundación in vitro (FIV), infringe el derecho humano a la vida privada y la vida familiar, el derecho humano a fundar y criar una familia, y el derecho humano a la no discriminación en base a discapacidad, situación económica, o género (Como se citó en Zegers Hochschild, Dickens, & Dughman Manzur, 2014).

Por tanto, prohibir el tratamiento de fecundación in vitro en Costa Rica se constituye en una proscripción infundada y desproporcionada, que tergiversa las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, al entender de manera errónea que los embriones son personas y, por tanto, tienen derecho a la vida (Zegers et al., 2014).

Así las cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como se citó en Zegers et al., 2014) aclara que son dos conceptos completamente diferentes la fecundación y la concepción, motivo por el cual dictamina que la fecundación in vitro “cumple un servicio en favor de los derechos humanos, los embriones in vitro no son “personas”, y no tienen derecho jurídico a la vida” (p. 229).

3. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO, RESPECTO EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO FECUNDACIÓN IN VITRO EN COLOMBIA

Aunque los diversos escenarios estudiados denotan un avance significativo respecto la regulación de la fecundación in vitro, es claro que el panorama de las parejas homoparentales aún se mantiene sin protección suficiente y equitativa en el Estado colombiano. Es necesario tener claro que, al hablar de tratamientos de reproducción asistida, de manera intrínseca se hace referencia al derecho de autodeterminación reproductiva, entendido como “el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como el acceso a los medios y a la información para hacerlo” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20) (Subrayado fuera de texto). Por tanto, la garantía de este tratamiento con recargo al Estado, en consonancia a lo expuesto, debe ampliar su campo de acción a la libre elección de la pareja, y no solo a su imposibilidad fisiológica, como ha delimitado exegéticamente la Corte.

Sin embargo y, a pesar de los importantes avances en el tema, puede observarse que los lineamientos para optar por estos tratamientos de infertilidad, excluyen de manera tácita la solicitud por parte de parejas homoparentales, que cuenten con los requisitos consagrados en el artículo 4, numeral 1 de la Ley 1953 de 2019; como son la edad, el estado de salud de la pareja infértil, la cantidad de ciclos de alta o baja complejidad, de conformidad con la pertinencia médica, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, clase o tipo de infertilidad, entre otros (Ley 1953 de 2019) (Subrayado fuera del texto).

Ello se puede afirmar, dado que únicamente se tuvo en consideración para solicitar este servicio, además de criterios socioeconómicos, la condición de infertilidad; circunstancia que evidentemente no se cumpliría en casos de parejas del mismo sexo, toda

vez que su impedimento deriva del tipo de pareja conformada y no de su condición biológica particular. Regular esta temática partiendo solo de esta condición, sería pasar por alto que “en Colombia, el uso de las TRHA, debe además de ayudar a superar problemas de fertilidad, propender por la libertad de procrear teniendo como premisa la autonomía y el derecho de formar una familia” (Vallejo, 2019, p. 2). (Subrayado fuera de texto).

CONCLUSIONES

El procedimiento de fecundación in vitro en Colombia, entendido como un mecanismo de reproducción asistida, se ha desarrollado bajo el esquema de una política pública en contra de la infertilidad, catalogada en la actualidad como una enfermedad, que propende por impedir el detrimento de los derechos fundamentales de las parejas que acrediten una serie de requisitos y condiciones jurisprudencialmente establecidas. Sin embargo, ésta directriz ha restringido exegéticamente los escenarios en los cuales las parejas del mismo sexo desean acceder a este procedimiento, pues no se contempla, dentro de las reglas de excepcionalidad, la posibilidad de desarrollar libremente el derecho a formar una familia, en el contexto homoparental, sin la condición *sine qua non* de padecer de infertilidad.

Lo anterior conlleva asumir que las parejas homoparentales que desean tener hijos o hijas, necesariamente deben costear la totalidad del tratamiento de fecundación in vitro, mientras las parejas heteroparentales gozan de la protección constitucional y legislativa que, las herramientas previstas en cada uno de los acápites resueltos en el presente artículo, les facilitan.

Aunque es claro que la regulación nacional del procedimiento de fecundación in vitro no ha sido ecuaníme, uniforme ni, mucho menos, afable, lo cual lleva a reconocer el gran trabajo que, en esa medida, la Corte Constitucional ha realizado al respecto; lo cierto es que, en la actualidad, las parejas heteroparentales pueden ejercer con un poco más de soporte, sus derechos a conformar una familia y a desarrollar libremente la libertad de reproducción. No se puede afirmar lo mismo en el caso de las parejas homoparentales que, además de las incontables restricciones que han tenido que sobrellevar con el paso de los años, encuentran en este tema, un nuevo obstáculo por asumir.

Si bien el presente artículo no pretende exacerbar y desahuciar a las parejas del mismo sexo, mostrando que existen restricciones e

impedimentos en el ejercicio de sus derechos, sí propende realizar una invitación a mantener la lucha perenne por alcanzar la igualdad social, económica, política y legal en el Estado Colombiano; pues, si bien es cierto aún no se logra equiparar al esquema *tradicional* de familia, en el presente caso, es un hecho que, a través del ejercicio de las acciones constitucionales a disposición, en pocos años se verán nuevas transformaciones en el paradigma legal actual.

REFERENCIAS

- Alzate, D. y Salazar, C. (2019). *Método Ropa: Maternidad sin Paternidad en el Contexto Sociocultural Colombiano* [Monografía de Pregrado, Universidad Autónoma Latinoamericana]. Repositorio UNAULA. http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/1302/1/unaula_rep_pre_der_2019_Maternidad_sin_paternidad_colombiano.pdf
- Bonilla, B. y Manosalva, C. (2019). *Regulación de la Fecundación in Vitro en Colombia y en el Derecho Comparado* [Tesis de Especialización, Universidad Libre]. Repositorio Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15690/Paper%20Especializaci%c3%b3n%20Derecho%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de la República de Colombia. (09 de enero de 2007). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1122 de 2007]. DO: 46.506
- Congreso de la República de Colombia. (19 de enero de 2011). Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1438 de 2011]. DO: 47.957
- Congreso de la República de Colombia. (20 de febrero de 2019). Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. [Ley 1953 de 2019]. DO: 50.873
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (19 de agosto de 2010). Sentencia T-644 [M.P: Vargas, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (21 de septiembre de 2007). Sentencia T-752 [M.P: Vargas, C.].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (28 de febrero de 2017). Sentencia T-126 [M.P: Vargas, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión (31 de octubre de 2002). Sentencia T-946 [M.P: Vargas, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (06 de julio de 2010). Sentencia T-550 [M.P: Sierra, H.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de octubre de 2018). Sentencia C-093 [M.P: Reyes, J. y Ortiz, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de febrero de 2020). Sentencia SU-074 [M.P: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (01 de agosto de 2016). Sentencia T-398 [M.P: Guerrero, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (23 de marzo de 2010). Sentencia T-226 [M.P: Gonzáles, M., Henao, J., Mendoza, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (02 de agosto de 2018). Sentencia T-316 [M.P: Pardo, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (26 de junio de 2009). Sentencia T-424 [M.P: Pretelt, J.].
- Díaz, A. (2014). Evolución de la Fecundacion in Vitro En el Marco Jurídico Colombiano. *Revista UIS Humanidades*, 42(1), 53-64. <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/5806/6100>
- Díaz, J. (2017). Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Desafíos en el Derecho Filiativo Chileno. *Revista Codex*, 3(5), 15-33. <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/4352>
- Kushner-Dávalos, L. (2010). La Fertilización in Vitro: Beneficios, Riesgos y Futuro. *Revista Científica Ciencia Médica*, 13(2), 77-80. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rccm/v13n2/a06.pdf>
- Londoño, M. (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Revista Opinión Jurídica, 11(22), 45-64.
<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a04.pdf>

- Maestre, M. y Mazeneth L. (2016). *Técnicas de reproducción humana asistida y su incidencia en la filiación en parejas del mismo sexo* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36637/MaestreArizaMariadelPilar2016..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martos, A., Barragán A., Molero M., Simón, M. y Gázquez, J. (Comps.). (2016). *Avances de Investigación en Salud a lo largo del Ciclo Vital: Nuevos Retos y Actualizaciones*. Dykinson.
- Vaca, M. C. (2018). *Maternidad Subrogada para Parejas del Mismo Sexo en Colombia Bajo una Perspectiva del Derecho Comparado* [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15908/1/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20PARA%20PAREJAS%20DEL%20MISMO%20SEXO%20EN%20COLOMBIA%20BAJO%20UNA%20PERSPECTIVA%20DEL%20DERECHO%20COMPARAD~1.pdf>
- Vallejo, V. M. (2019). *Análisis del Consentimiento Informado al Momento de Aplicar el Método Ropa en Parejas de Lesbianas en Colombia* [Tesis de Maestría, Universidad Externado de Colombia]. Biblioteca Digital Externadista. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/6102e500-5de0-4326-a647-4e44e9b3792d/content>
- Zegers, F., Dickens, B. y Dughman, S. (2014). El derecho humano a la fecundación in vitro. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 79(3), 229-235. <https://www.scielo.cl/pdf/rchog/v79n3/art12.pdf>