

Popayán, 2 de julio de 2017

La necesidad de la protección jurídica del embrión humano: regulación de la FIV como técnica de reproducción humana asistida y su discusión jurídica en Chile y Colombia

The necessity of the legal protection of the human embryo: regulation of IVF as an assisted human reproduction technique and its legal discussion in Chile and Colombia

María Camila Alzate Castrillón⁷¹

Abstract

Assisted human reproduction techniques arise from biomedical and technological development with embryos, an issue that raises various philosophical and legal debates about its application. At present, it is a reality that merits deepening, as well as attention by the State. The purpose of this article is to contrast the normative scenario of Chile with the Colombian one to suggest and encourage the research of these subjects which have made it possible to guide legislative policies on assisted human reproduction and to regulate the application of their procedures.

Keywords: assisted human reproduction technique, in vitro fertilization, embryo, pre-embryons, biotechnology, bioethics, infertility, human dignity

Resumen

Las técnicas de reproducción humana asistida surgen del desarrollo biomédico y tecnológico con embriones, cuestión que suscita diversos debates filosóficos y jurídicos sobre su aplicación. En la actualidad, constituye una realidad que amerita profundización, así como atención por parte del Estado. El propósito de este artículo es contrastar el escenario normativo de Chile con el de Colombia para sugerir e incentivar la investigación de estos temas que han permitido orientar las políticas legislativas relativas a la reproducción humana asistida y regular la aplicación de sus procedimientos.

Palabras clave: técnica de reproducción humana asistida, fecundación in vitro, embrión, pre-embryones, biotecnología, bioética, infertilidad, dignidad humana

Recibido: 8 de abril de 2017

Aceptado: 18 de junio de 2017

⁷¹ Estudiante de Pregrado de Derecho de la Universidad del Cauca, Popayán. Correo electrónico: mcalzate@unicauca.edu.co

I. Introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son prácticas que, en muchos países del mundo, se han desarrollado gracias al avance inexorable de las tecnologías y la ciencia. Este trabajo se enfocará en una de ellas, conocida como fecundación *in vitro* (FIV), que según la enciclopedia médica Medline Plus, “(...) es la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio. In vitro, significa por fuera del cuerpo. Fecundación, significa que el espermatozoide se ha fijado y ha ingresado al óvulo.”⁷² Esta condición no natural, en la que se lleva a cabo la fecundación, genera discusiones de carácter moral, así como inquietudes acerca de sus restricciones y límites legales.

Para empezar, se definirán las nociones generales sobre la tecnología *in vitro*; luego se abordará el concepto de embrión como sujeto de derecho; posteriormente se expondrán de manera breve algunas discusiones éticas que se suscitan alrededor del tema; y, a renglón seguido, se hará una aproximación a los aspectos más relevantes y contrastantes del desarrollo legal de la FIV en el contexto chileno y el colombiano.

El análisis comparativo entre ambos países permitirá advertir que, en Colombia, el tema no ha sido regulado exhaustivamente y que existen vacíos jurídicos en el desarrollo de estos procedimientos, por una parte, debido al desinterés del legislador en tratar el tema, por otra, la reiterada posición de la Corte Constitucional en restringir la autorización de los procedimientos; valga resaltar que recientemente dicho precedente ha ido tomando otros matices que incentivan el desarrollo progresivo de esta materia en Colombia.

II. Nociones generales sobre la TRHA y la FIV

Las técnicas de reproducción humana asistida son descritas por Nascentis, institución especializada en fertilidad, como todas aquellas prácticas donde se busca el acercamiento del gameto femenino (óvulo) con el gameto masculino (espermatozoide) con el objetivo de favorecer el embarazo; usualmente, se llevan a cabo cuando otros procedimientos o tratamientos para la infertilidad no han dado resultado.⁷³

Nascentis, por ejemplo, clasifica los tipos de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las de baja complejidad, como el coito programado y la inseminación intrauterina, y las de alta complejidad, como lo son la fecundación *in vitro* y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI).⁷⁴

⁷² Medline plus, Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm> (visitada por última vez el 20 de marzo del 2017).

⁷³ Nascentis, Especialistas en Fertilidad, http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida (visitada por última vez el 21 de abril del 2017).

⁷⁴ *Id.*

La técnica de fecundación *in vitro* (FIV) es una de las técnicas más representativas y, en ella, la fertilización del óvulo por el espermatozoide se lleva a cabo en un laboratorio. La fertilización puede realizarse por inseminación, donde se colocan espermatozoides móviles junto a los ovocitos (proceso que es más natural, pues el óvulo es penetrado naturalmente por alguno de ellos) incubándose de la noche a la mañana. La otra alternativa es por medio de inyección intracitoplasmática (ICSI), en la cual, a través de una inyección, se introducen los espermatozoides al ovocito; técnica que culmina así, con la transferencia de embriones al útero de la mujer, lugar donde podrán desarrollarse.⁷⁵

Al visualizar claramente en el microscopio los núcleos de los gametos femenino y masculino (pronúcleos), podrá confirmarse la fertilización del óvulo. Tras pasar unos días en cultivo, las células de los embriones van aumentando y es en ese momento cuando se realiza la transferencia de los embriones a la cavidad uterina por medio de un catéter. Previa a esta transferencia, puede realizarse, si se quiere, un diagnóstico genético preimplantacional, el cual se emplea en estas técnicas para detectar alguna alteración genética; así, los embriones cuyos genes no resultan afectados con alguna enfermedad son seleccionados para su implantación en el útero.⁷⁶

Esta técnica de FIV se desarrolló, en principio, para el tratamiento de la infertilidad causada por la obstrucción en las trompas de Falopio y, progresivamente, fue ampliándose a otros casos en los que se presentara infertilidad.⁷⁷ Así, de la mano de estas técnicas, se han desarrollado también procedimientos como la criopreservación, que es el almacenamiento o congelamiento de embriones, el diagnóstico genético preimplantacional para predecir si el embrión sufre de alguna alteración o disfuncionalidad genética, entre otros. Ahora bien, la fecundación *in vitro* se efectúa mediante un procedimiento que, *grosso modo*, implica realizar una hiperestimulación ovárica controlada y monitoreo ecográfico de la ovulación con el fin de obtener un número determinado de ovocitos (óvulos) y/o embriones, para luego proceder a su fertilización o cultivo que culminará en su transferencia al útero.⁷⁸

III. Embrión como sujeto de derecho

Existen diversas discusiones filosóficas acerca del momento preciso en el que se puede llamar persona a esa “vida humana en potencia”.⁷⁹ Es relevante para efectos de protección establecer

⁷⁵ American Society For Reproductive Medicine, Tecnologías de reproducción asistida. Guía para pacientes, 2012, http://www.sart.org/globalassets/rf/news-and-publications/bookletsfact-sheets/spanish-fact-sheets-and-info-booklets/embarazo_ectopico_booklet_spanish.pdf

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Nascentis, Especialistas en Fertilidad, http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida (visitada por última vez el 21 de abril del 2017).

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Comp. Peter Strawson, *Individuals: An Essay In Descriptive Metaphysics* (Londres: Routledge, 1959); Esther Forós Amorós, *Consentimiento a la reproducción asistida 134* (Barcelona: Altelier,D.L, 2011); y Nicolas Jouve de Barreda, *La Genética Y La Dignidad del Ser Humano*, 24 *Cuadernos de Bioética* 91, 96 (2013); para efectos de explicar la noción de persona que propone Strawson, se ha revisado el texto de María Teresa Muñoz Sanchez: “*El concepto de persona. Una relectura de la propuesta de*

un momento (así sea en teoría) en que puede llamarse al embrión titular de derechos: ¿acaso es en el momento mismo de la fecundación? o ¿no tiene derechos sino hasta el nacimiento? Si bien es un tema discutible, para efectos del desarrollo de este artículo, se planteará la tesis sobre la cual el embrión es una entidad titular de derechos de acuerdo a su nivel de desarrollo, lo que supone consideraciones morales y jurídicas específicas y diferenciadas.⁸⁰ Así entonces, se puede agregar en el mismo sentido que el embrión tiene un valor ético dado. Como lo dice la profesora Andrea Muñoz Sánchez, en el contexto del Tercer Encuentro Latinoamericano de Derecho, Bioética y Genoma Humano⁸¹ “(...) al ser una pequeña célula iniciadora del proceso embriológico viene dado el **valor ético** del cigoto” (negrilla fuera de texto),⁸² que por sí mismo, expone Muñoz Sánchez, es una entidad biológica generadora de un proceso humano. Así, el embrión humano supone la expectativa de llegar a ser persona en algún momento.

En el Tercer Encuentro Latinoamericano sobre Derecho, Bioética y Genoma Humano, celebrado en Santiago de Chile, el profesor Gonzalo Figueroa Yañez propuso junto con los demás organizadores abordar el concepto de embrión humano, teniendo en cuenta una distinción necesaria entre la situación jurídica del embrión (o blastocito) que no se encuentra implantado en las paredes del útero y aquel que ya se encuentra implantado, denominado propiamente embrión. Tanto el embrión preimplantatorio como el embrión implantado tienen diferencias conceptuales que se describirán para efectos de dilucidar los elementos de protección jurídica de uno y otro. El embrión preimplantatorio se emplea en los diagnósticos preanidatorios, “una vez obtenidos los embriones *in vitro* y antes de proceder a su transferencia para la procreación de la mujer con el fin de comprobar previamente si son portadores de alguna anomalía genética o cromosómica causante de alguna enfermedad o malformación que podría padecer el futuro hijo.”⁸³ Así es como

P.F. Strawson, 32 *Revista de Filosofía*, n.º 2, 73-87 (2007). Así, en este último, Muñoz Sánchez explica el planteamiento de Strawson, quien define a la persona como aquella entidad a la cual se le adscriben tanto estados de conciencia como características corpóreas, situaciones físicas etc. Con base a tal definición, no es posible atribuirle un estado de conciencia a un embrión (a menos que llegara a comprobarse científicamente) y, en ese sentido, no cabe en el concepto de persona de Strawson. Por el contrario, Jouve de Barreda considera que la persona es determinada desde el momento de la fecundación y que esta condición le es aplicable por igual a todos y cada uno de los individuos de la especie y en cualquier etapa de la vida. De otra manera, Forós Amorós considera que, más allá de cualquier desacuerdo para definir su estatus y determinar el momento exacto en el cual se puede hablar de persona en estricto rigor, existe un consenso relativo sobre la necesidad de protección del embrión *in vitro* independientemente de que sea persona o no.

⁸⁰ Paulina Veloso Valenzuela, Comentario a la Exposición de Carlos María Romeo sobre el diagnóstico preimplantatorio y prenatal, el consejo genético y la terapia génica: límites éticos y jurídicos, IV Concepción de persona y Estatuto del embrión, en *Derecho, Bioética y Genoma Humano* 113-114 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).

⁸¹ Véase en *Derecho, Bioética y Genoma Humano* (2001). Este evento fue celebrado entre los días 27 y 29 de agosto de 2010, en Santiago de Chile, lugar donde se reunieron connotados especialistas del Derecho, Biólogos y Genetistas para debatir temas relacionados con la genómica. El encuentro tenía como fin establecer los fundamentos éticos y jurídicos de algunas de las más importantes innovaciones sobre genética.

⁸² Andrea Sánchez Muñoz, Comentario a la exposición de la Dra. María Casado sobre “Estatuto Jurídico del Embrión preimplantatorio”, en *Derecho, Bioética y Genoma Humano* 36-37 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).

⁸³ Carlos María Romeo Casabona, El diagnóstico preimplantatorio y prenatal el consejo genético y la terapia génica: límites éticos y jurídicos, en *Derecho, Bioética y Genoma Humano* 80-81 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).

se emplean en las TRHA, para practicar diagnósticos previos que permitan descartar posibles enfermedades en el embrión.

Frente al diagnóstico preimplantatorio o preanidatorio, se suscitan diversos reproches jurídicos, debido a que este diagnóstico comprende que, aquellos embriones que sean portadores de alguna enfermedad sean descartados para la procreación, tienen dos posibles destinos: ser destruidos, o empleados para la investigación.⁸⁴ En el primer caso que contempla la destrucción, si se considera el carácter especial del embrión, no resulta aceptable y más desde una perspectiva puramente ética, incluso religiosa. En todo caso, tanto el diagnóstico con embriones *in vitro* (embriones no implantados) como el destino de los embriones preimplantatorios, están supeditados a las disposiciones del ordenamiento jurídico al que pertenezcan. En algunos países, el diagnóstico está permitido expresamente, como en España; en otros, en cambio, la legislación es más restrictiva como en Francia e Italia.⁸⁵

Si bien existen críticas en torno al trato distinto entre las dos clasificaciones de embriones, pues algunos consideran determinantemente discriminatoria tal diferenciación, es de extrema relevancia su distinción conceptual para efectos de analizar las implicaciones jurídicas y la protección al embrión en los dos momentos de la FIV: cuando se encuentra en el vientre de la madre (embrión implantado) y al momento de su manipulación en el laboratorio, antes de implantarse (embrión preimplantatorio).

El embrión, en todo caso, al considerarse como vida humana en fase inicial hacia el desarrollo, amerita reconocimiento, luego sería lógico aceptar la existencia de obligaciones tendientes a su protección en ambas instancias, fuera del útero materno, y una vez en él. Así pues, “[c]omo el embrión humano es una entidad, de la cual se espera llegue a ser persona en un futuro, existen obligaciones de protección, así como las hay con las generaciones futuras.”⁸⁶ Se puede afirmar, sin temor, que el embrión humano es, en todo caso, digno de reconocimiento en el ámbito biomédico y jurídico.

IV. El embrión en el Derecho chileno

Para efectos de abordar el desarrollo de la FIV en Chile, se hará especial énfasis sobre el embrión implantado, el cual ha tenido amplio reconocimiento en ámbitos civiles, penales y constitucionales. De acuerdo a lo estipulado en la Carta política chilena, “[e]l embrión implantado constituye aquel que en la Constitución Política de la República de Chile y el Código Civil chileno se denomina el que está por nacer. De él, se predicen todos los resguardos, derechos y garantías que la Carta Fundamental y las leyes penales, civiles y laborales han ideado.”⁸⁷ La Constitución de Chile

⁸⁴ *Id.* en 81.

⁸⁵ *Id.* en 85.

⁸⁶ Juan Pablo Beca, Conferencia 3: El embrión humano: estatuto moral y criopreservación, en informe seminario académico 2012 los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida, 50.

⁸⁷ Gonzalo Figueroa Yáñez, Estatuto Jurídico del Embrión ya Implantado, en Derecho, Bioética y Genoma Humano, 43 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).

consagra el derecho a la vida, así como la protección a quien no ha nacido aún.⁸⁸ El Código Civil chileno, en su artículo 75, reitera la protección judicial a la existencia del no nacido.⁸⁹

El embrión implantado posee derechos, aunque son evidentemente inferiores en número a los de una persona ya nacida.⁹⁰ Aun así, el embrión mantiene su naturaleza humana en estricto rigor.⁹¹ De acuerdo al Estatuto Jurídico del embrión ya implantado, expuesto por Gonzalo Figueroa Yáñez, se reconoce que “[l]a carencia de algunos derechos fundamentales en una persona recién nacida no constituye mengua alguna a su condición de sujeto de derechos. Lo mismo puede decirse del embrión: la circunstancia de que sea titular del derecho a la vida y del derecho a la integridad física, del derecho a la tutela penal y de algunos atributos de la personalidad (y quizás, de algún otro derecho) permite sostener que tiene la categoría de sujeto de derechos.”⁹² En este sentido, aunque se trate de otra dimensión de derechos, el embrión, por su característica ontológica, es digno de protección legal, cuestión que se distingue, claramente, atendiendo al tenor del Estatuto del Embrión antes citado.

V. Desarrollo legal de la FIV en Chile vs el desarrollo en Colombia

En Chile, a través de la Ley 20.120 del 2006, se crea la Comisión Nacional de Bioética, que se encarga de asesorar al Estado en materia de avances científicos y de investigación. La disposición dice así: “[l]a Comisión Nacional de Bioética tendrá, entre sus funciones, asesorar a los distintos Poderes del Estado en los asuntos éticos que se presenten como producto de los avances científicos y tecnológicos en biomedicina, así, como en las materias relacionadas con la investigación científica biomédica en seres humanos, recomendando la dictación, modificación y supresión de las normas que la regulen.”⁹³ En el mismo sentido, el Decreto 114 del 2013 en sus artículos 19 al 22, aprueba el reglamento de la Ley 20.120 del 2006 y establece el número de integrantes del comité, los informes que debe rendir y, en general, consagra lo relacionado a la organización de estos para su buen funcionamiento.

Es valioso anotar que la normativa chilena sobre las TRHA se ha desarrollado en un contexto de cooperación y colaboración interdisciplinaria y académica. El Observatorio de Bioética y Derecho (OB&D),⁹⁴ creado a mediados del 2012 a partir de una propuesta para desarrollar el programa de

⁸⁸ Véase Const.Pol.Chile, art. 19 n1 inc.2: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

⁸⁹ Véase Cód.Civil.Chile, art. 75: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”.

⁹⁰ Carlos María Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana* 78 (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 1994).

⁹¹ *Id.*

⁹² Gonzalo Figueroa Yáñez, Estatuto Jurídico del Embrión ya Implantado, en *Derecho, Bioética y Genoma Humano* 47 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).

⁹³ Ley 20.120 del 2006, art. 16.

⁹⁴ Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad del Desarrollo (UDD), Chile. <http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/sobre-el-centro/descripcion/>

investigación interfacultades (Facultad de Medicina y Facultad de Derecho) de la Universidad del Desarrollo, es un ejemplo de ello. Este Observatorio se dedica al estudio del impacto ético, jurídico, social y político de la normativa jurídica sobre asuntos bioéticos en Chile.⁹⁵

En el año 2013, el Observatorio centró sus bases sobre tres líneas de investigación, “[r]egulación de la reproducción humana asistida: regulación de las técnicas de fecundación in vitro (FIV), estatuto jurídico del embrión, criopreservación embrionaria, donación de gametos y embriones, acceso e indicaciones de las técnicas de reproducción humana asistida, entre otras materias; regulación de la investigación científica biomédica en seres humanos: propuesta de modificación de la normativa reglamentaria en investigación biomédica y actualización de la norma técnica en ensayos clínicos con productos farmacéuticos; regulación de la biotecnología vegetal: transgénicos, patentes biotecnológicas, regulación de las obtenciones vegetales, bioseguridad, entre otras materias.”⁹⁶ Estas son, por mencionar un ejemplo, investigaciones que corroboran la importante labor que tiene la academia y los centros de investigación en la profundización de los temas biotecnológicos y científicos para orientar la creación y apoyo de políticas legislativas.

La Ley 20.120 del año 2006 suscitó diversas discusiones entre los parlamentarios chilenos que, en el empeño de impulsar una política legislativa, convocaron a regular las técnicas de reproducción humana asistida, en principio, sin efecto alguno. En 1998, el senador chileno Mariano Ruiz Esquide presentó un proyecto de ley sobre reproducción humana asistida⁹⁷ que no resultó y fue archivado, pero luego, en 2006, al presentar una moción, el proyecto fue desarchivado para ser estudiado junto con otro que abordaba el tema de los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y sus sanciones, del senador Sebastián Piñera Echenique.⁹⁸ A lo largo de estos proyectos que pretendían regular las prácticas de reproducción asistida, se reiteraba la prohibición de fecundar óvulos con fines distintos de la procreación, así como la prohibición de la criopreservación (sin excepciones) y destrucción de embriones, sancionando la experimentación y la manipulación con fines distintos al terapéutico.⁹⁹

Desde el 2006, no se ha creado ninguna ley especial que regule el tema de reproducción asistida; sin embargo, existe regulación administrativa aplicable a los centros públicos del sistema de salud;¹⁰⁰ por fortuna, tales centros cuentan con el apoyo de la academia y del Ministerio de Salud para impulsar la investigación en estos temas que potencian la protección y reconocimiento de la autonomía y salud sexual y reproductiva de las personas.

⁹⁵ Observatorio de Bioética y Derecho Universidad del Desarrollo, (UDD), Chile. <http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/sobre-el-centro/mision/>

⁹⁶ Observatorio de Bioética y Derecho Universidad del Desarrollo, Memoria anual 2013. <http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/files/2014/06/MEMORIA-OB-2013.pdf> (visitada por última vez el 25 de marzo del 2017).

⁹⁷ Proyecto de Ley Num.4346-11.

⁹⁸ Proyecto de Ley Num.1026-07.

⁹⁹ Alberto Lecaros, Conferencia 6: Panorama del derecho comparado en materia de reproducción humana asistida, en Informe seminario académico 2012, los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida, 90.

¹⁰⁰ Resolución Exenta Num.1072 de 1985, [Min. Salud de Chile].

En el año 1991, se implementó un programa nacional de fertilización *in vitro* en Chile, a iniciativa del sector público-académico, con el propósito de solucionar los problemas reproductivos de los sectores de la población con recursos económicos más limitados. Dicho programa fue dirigido por la planta académica y profesional del Instituto de investigaciones Materno Infantil (IDIMI) y se desarrolló gracias a la cooperación de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile y el Ministerio de Salud con el Hospital San Borja; el proyecto pudo surgir en virtud de un comodato celebrado entre la Universidad de Chile y el Ministerio de Salud.¹⁰¹ En la Conferencia sobre problemas de justicia distributiva en el acceso a la medicina reproductiva, recopilada en el informe del seminario académico de la UDD del año 2012, el profesor Luigi Devoto explica que el proyecto denominado “Programa Nacional de Fertilización Asistida” apuntaba a la necesidad del país de introducir un signo de equidad en esta área de la Medicina, dado que no existía ningún centro del sector público que ofreciera dichas atenciones de alta complejidad en reproducción humana.¹⁰²

En cuanto al Programa Nacional de Fertilización Asistida, cabe resaltar que se inició en el año 1992 con un programa piloto de 20 matrimonios del área central de Santiago, legalmente constituidos. También, años después, en 1996, se realizaron avances sobre los derechos reproductivos del hombre cuando FONASA (Fondo Nacional de Salud de Chile) acepta el uso de las TRHA para tratar la infertilidad masculina. Hubo avances igualmente relevantes en materia de criopreservación de pronúcleos y embriones en casos justificados. El Ministerio de Salud, también en el 2004, aceptó el cambio de matrimonio legalmente constituido por el de pareja estable de al menos dos años como requisito para realizar las TRHA y en el 2011 el Comité de Ética aceptó la criopreservación de embriones.¹⁰³

El Fondo Nacional de Salud “FONASA”, que es el régimen de salud público en Chile, diseñó unos criterios administrativos y médicos para delimitar la inclusión de las personas en el programa de FIV, así como unos limitantes para su prestación: “(...) i) Los pacientes tienen derecho a un solo ciclo, es decir no hay ciclos repetitivos. Siendo la tasa de embarazo 30-35% (un embarazo cada tres parejas) es evidente que resulta bastante poco equitativo el que los pacientes tengan acceso a un solo ciclo[;] ii) Hasta el momento la prioridad son mujeres hasta los 37 años, no se admiten mujeres sobre 37 años[;] iii) Se aceptan pacientes con hijos, pero no son prioridad[;] iv) La ovodonación no es considerada tratamiento por lo que no está financiada por el programa, aunque no está prohibida[;] v) La criopreservación es pagada por las parejas, es decir, no está incluida en los beneficios de FONASA. En muchos casos la Universidad subvenciona este procedimiento[;] vi) Los pacientes azoospermicos deben comprar espermios porque no son financiados por FONASA[;] vii) La lista de espera, aunque depende de la región que los remite, es de aproximadamente seis meses a un año.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Luigi Devoto Canessa, Conferencia 2: Problemas de justicia distributiva en el acceso a la medicina reproductiva: Programa Nacional de Fertilización In Vitro MINSAL/FONASA del IDIMI, en Informe seminario académico 2012 los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida, 38 (2012).

¹⁰² *Id.* en 38.

¹⁰³ *Id.* en 39.

¹⁰⁴ *Id.* en 45-46.

En Chile, aunque si bien no se ha promulgado una ley especial sobre reproducción humana asistida, existen regulaciones administrativas como la Resolución Exenta N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud,¹⁰⁵ que cumple la función de tal. Dicha resolución contiene las normas aplicables a los procedimientos de fertilización *in vitro* y la transferencia embrionaria que se desarrollan en los centros pertenecientes al régimen público de salud, pues los centros privados se rigen por sus propias disposiciones.

Ahora bien, en cuanto al contexto colombiano, el legislador ha demostrado poco interés en regular el tema. La Corte Constitucional, en sus precedentes, se ha pronunciado de manera restrictiva sobre la ampliación de las técnicas de reproducción asistida en el servicio de salud, por diversas razones que veremos más adelante. Mientras que, en países latinoamericanos como Chile, el desarrollo tecnológico y legal ha sido más amplio, al igual que el debate ético y jurídico.

En Colombia, el tema de las TRHA se asocia con los problemas de infertilidad. Sin embargo, el Estado Colombiano no ha reconocido oficialmente a la infertilidad como una enfermedad y, con base a este desconocimiento, se han esgrimido los argumentos empleados por las entidades que prestan el servicio público de salud para negar medicamentos y tratamientos dirigidos a aquellas personas, hombres y mujeres que padecen infertilidad por no encontrarse dentro de lo que se denominaba plan obligatorio de salud (POS).¹⁰⁶ Recientemente, la Corte Constitucional ha dicho que la cuestión de que en Colombia no se le haya dado la connotación de enfermedad a la infertilidad “supone una barrera para el acceso a los servicios de salud reproductiva, e incluso limita el alcance de otros derechos fundamentales como la igualdad y la integridad personal, física, psíquica y social.”¹⁰⁷

La Organización Mundial de la Salud define a la infertilidad como una enfermedad; en ese sentido, esta Organización internacional apoya la noción de la infertilidad como un tipo de enfermedad del sistema reproductivo. Otros instrumentos internacionales, por ejemplo, consideran a la infertilidad como una forma de incapacidad que permite a aquellos sujetos que padecen esta patología solicitar los tratamientos tendientes a mejorar su salud en virtud de reconocerse como titulares de un derecho emanado de fuentes internacionales, como lo es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicha convención, en su artículo 25, dispone el acceso de las personas con discapacidad a las técnicas necesarias para resolver sus problemas,¹⁰⁸ incluso si se trata de salud sexual y reproductiva, pues de ella se desprende el derecho a la autonomía reproductiva que amerita especial atención.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Resolución Exenta Num.1072 de 1985, [Min. Salud de Chile].

¹⁰⁶ *Sent. T-274 del 2015*, C. Const.

¹⁰⁷ *Sent. T-274 del 2015*, C. Const.

¹⁰⁸ Véase Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 25.1: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.”

¹⁰⁹ *Sent. T-274 del 2015*, C. Const.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho que los tratamientos de reproducción asistida como la FIV son el último recurso al que acceden las personas con discapacidad reproductiva¹¹⁰ y, justamente por esto, negar, o incluso prohibir estas prácticas, como se hizo en Costa Rica hasta el año 2012, impidiendo la realización de derechos como la autonomía reproductiva, va en contra de los Derechos Humanos. En el caso de Costa Rica, “[l]a Corte, observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afecta con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV.”¹¹¹ Así, la Corte Interamericana ordenó al Estado de Costa Rica acatar las medidas pertinentes para dejar sin efectos la prohibición de practicar la FIV, permitiendo a las personas que quisieran hacer uso de esta técnica de reproducción, el acceso a las mismas, sin ver impedido el ejercicio de sus derechos.

Al realizar el análisis respecto al tema de autonomía reproductiva, la Corte Constitucional colombiana encuentra que instrumentos internacionales como la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing de 1995, Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo del 2013, entre otros, reconocen el derecho de salud reproductiva y el acceso al mecanismo para ello. Luego, aunque la Corte, en su jurisprudencia, por regla general solía negar las tutelas donde se solicitaba la aprobación de los tratamientos contra la infertilidad, en sede de sentencia T-274 del 2015, se destacan varias novedades y observaciones de la Corte sobre el tema. En dicha sentencia, las entidades promotoras de salud (EPS) accionadas niegan la práctica de la fertilización *in vitro* sosteniendo que “por regla general, la tutela no resulta procedente dado el alto costo de esa clase de procedimientos y a que su efectividad supone la disminución del cubrimiento de otras prestaciones que se consideran prioritarias.”¹¹²

El enfoque sostenido por la Corte hasta ahora para negar la tutela (regla general) está amparado en el derecho a la salud y, sobre todo, en el principio de autonomía configurativa del legislador, que, en las disposiciones, no contempla a las técnicas de reproducción asistida como tratamiento incluido en el plan obligatorio de salud.¹¹³

La Corte Constitucional, en la sentencia T-274 del 2015, se remite a la sentencia T-528 del 2014, para referirse a la aplicación de las TRHA en el contexto actual y en los siguientes términos: “[v]arios países de América Latina con una situación económica, social y política similar a la de Colombia han 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. Además, concluyó que no era aceptable que para el año 2014, esto es, pasados más de veinte años desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y más de cinco años de haberse proferido la

¹¹⁰ Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H, (ser. C) No. 257 P 281 (28 de noviembre del 2012).

¹¹¹ Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte I.D.H, (ser. C) No. 257 P 281 (28 de noviembre del 2012).

¹¹² *Sent. T-274 del 2015*, C. Const.

¹¹³ Ley 100 de 1993.

sentencia T-760 de 2008, el Estado continúe dando la misma respuesta a las personas que padecen infertilidad, a sabiendas que el sistema de seguridad social en salud debe ser progresivo.”¹¹⁴ Por ejemplo, Chile es uno de esos países.

A renglón seguido, la Corte reconoce que, si bien existe un argumento razonable en relación al gasto fiscal que se suscita con estos procedimientos, las EPS se han fundamentado, siempre, en razones de índole económico para negar los procedimientos y dicha negativa, en algunos casos, resalta la Corte, puede llevar a la vulneración de algunos derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política.

Así, por ejemplo, según la Corte, el derecho a la igualdad se ve afectado en tres sentidos:

- i) Discriminación en cuanto al género en la medida en que los procedimientos se realizan sobre el cuerpo de la mujer.
- ii) Trato discriminatorio para aquellas personas que sufren de infertilidad.
- iii) Al no existir “una debida reglamentación sobre el asunto” se obliga a las parejas que sufren esta dificultad a asumir los altos costos de un tratamiento de reproducción asistida.¹¹⁵

Entonces, ¿qué sucede con el reconocimiento de estos procedimientos que están avalados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que incluso se vinculan con derechos como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a constituir una familia consagrado en el artículo 42 de la Carta Política, así como el derecho a la salud, el cual ya se encuentra regulado en la Ley Estatutaria 1751 del 2015? La Corte se percató de esta desatención y, en la sentencia T-274 del 2015, realiza un estudio sobre la perspectiva de los procedimientos de FIV en relación con la afectación de otros derechos fundamentales para dar un sentido distinto y más amplio a su precedente.

La Corte aborda cuatro casos en los que las accionantes interponen acción de tutela para solicitar a sus correspondientes entidades promotoras de salud el tratamiento de FIV, el cual, debido a la reiterada negativa en su aprobación, llega a instancia del Tribunal Constitucional. Así es como mediante Auto, la Corte, decide acumular los expedientes al presentar unidad de materia.

Para resolver los casos, la Corte aplica cuatro criterios de procedencia establecidos en su jurisprudencia, a saber:

- I) Que la falta de medicamento o tratamiento excluido por la normativa del plan de beneficios ponga en riesgo o vulnere la vida o integridad personal.

¹¹⁴ Sent. T-274 del 2015, C. Const.

¹¹⁵ Sent. T-274 del 2015, C. Const.

- II) Que se trate de un tratamiento que no tenga sustitutos en el “POS” o que el sustituto no tenga la misma efectividad que el excluido del plan de salud. (Este punto debe cambiar debido a que la figura del POS fue sustituida por el nuevo plan de beneficios).
- III) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del procedimiento requerido.
- IV) Que el tratamiento haya sido prescrito por un médico de la EPS a la cual se encuentre adscrito el demandante o que, de ser otro médico particular, la entidad conozca de la historia clínica de la persona y no la descarte en base a criterios médico-científicos.

Para efectos de hacer hincapié en el procedimiento de fecundación *in vitro*, se ha llamado “procedimientos y/o tratamientos” al contenido referente en los cuatro puntos expuestos; sin embargo, esta denominación originalmente incluye también medicamentos y exámenes diagnósticos.

Con ánimo de explicar la aplicación de los cuatro criterios que empleó la Corte para orientar el sentido de su fallo, se expondrán sólo los elementos relevantes que se encuentran en cada punto del análisis concreto. Así, se observará por qué la Corte resolvió favorablemente tres de los cuatro casos.

La accionante, en el primer caso, es diagnosticada con “linfoma no Hodgkin” sometiéndose a tratamiento de quimioterapia, el cual, considera la Corte, pudo haberle causado la infertilidad que alude. A su vez, la falta del medicamento o tratamiento de fertilización *in vitro* que se encuentra excluido del POS (valga aclarar que desde el 2016 se habla de plan de beneficios)¹¹⁶ podría haber llegado a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Además, el tratamiento de FIV no tiene otro sustituto en el POS que sea igual de efectivo. Luego de evaluar todas las pruebas, la Corte constata que la accionante tiene capacidad económica para sufragar el costo del procedimiento. Si bien el tratamiento fue prescrito por un médico particular, la entidad de salud conoció la historia de la accionante y la prescripción de su médico, autorizando un primer tratamiento que había solicitado la accionante. La Corte, en este caso, reafirma la posición de los jueces de instancia, negando el procedimiento, pues no se cumple el criterio tres y cuatro.

En la segunda situación que se suscita, la accionante cumple con todas las condiciones, luego la Corte procede a autorizar el procedimiento haciendo sólo dos observaciones: la primera es que si bien el médico que ordenó el procedimiento de FIV consideró aspectos de salud general y otras enfermedades que padece la accionante, “no se especificaron otras condiciones como la viabilidad del tratamiento por la edad de la paciente, así como el número de ciclos a los que debería ser sometida.”¹¹⁷ En ese sentido, la autorización del procedimiento debe estar sujeta a la consideración de tales aspectos; y la segunda observación es que, si bien la accionante y su esposo están bajo el régimen subsidiario de salud, deben hacer un aporte al tratamiento

¹¹⁶ Resolución 6408 de 2016.

¹¹⁷ *Sent. T-274 del 2015, C. Const.*

económico de manera proporcional a su capacidad económica, sin que por ello se vea afectado su mínimo vital.

La Corte, en el siguiente caso, autoriza el tratamiento; sin embargo, observa que no hay claridad sobre la causa de la infertilidad, además precisa que la orden del tratamiento fue emitida por un médico particular, lo cual implica que la entidad de salud debe conformar un equipo para evaluar la viabilidad del procedimiento. Por otra parte, considera que la accionante debe hacer un aporte económico mínimo en proporción a su capacidad económica, igual que el caso anterior. La Corte, en tal sentido, revoca las decisiones de instancia y concede, en su lugar, la protección de los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la vida privada y familiar, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

Finalmente, en la cuarta y última situación abordada por la Corte, se autoriza el tratamiento como en los dos casos anteriores. La Corte, en sus observaciones, sólo señala que como la orden fue emitida por un médico que no tenía convenio con la EPS, la entidad debe examinar la viabilidad científica del procedimiento. También, la Corte reconoce el aporte económico que debe hacer la accionante a su tratamiento.

En todo caso, como se observa, la Corte aprueba los procedimientos siempre que estén bajo los cuatro criterios establecidos en su precedente, que recientemente se encuentran vinculados con los derechos fundamentales como la salud reproductiva, la libertad de expresión y la igualdad, los cuales refuerzan la dignidad humana y permiten, para efectos de interpretación, distinguir, en cada caso concreto que se presente, la necesidad de los procedimientos. Así mismo, la Corte considera que cada una de las accionantes, “deberá realizar cierto aporte para financiar, así sea en una mínima parte, los tratamientos de fertilidad que eventualmente sean autorizados, pues debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia;”¹¹⁸ cuestión razonable y que avanza en conjunto con el desarrollo progresivo de las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano.

VI. Conclusiones

Frente a la necesidad del derecho sobre el reconocimiento del embrión humano y su protección en relación con las TRHA, es importante anotar que, partiendo de las diversas discusiones sobre su naturaleza, se han reforzado las nociones sobre su protección y conocimiento que, de la mano del avance tecnológico, la ciencia y la medicina, crean nuevas relaciones y situaciones complejas, como el reconocimiento de nuevos derechos. Estas nuevas situaciones jurídicas se vinculan con el campo de la ética y la práctica médica, así es como el derecho se ve en necesaria interacción con las TRHA que, por constituir un ámbito inexplorado en Colombia, implican profundización de diversa índole, tanto jurídica como ética. En tal sentido, el análisis de las técnicas de reproducción humana asistida en el contraste Chile-Colombia a manera de derecho comparado, quiso sugerir

¹¹⁸ *Sent. T-274 del 2015, C. Const.*

e incentivar las futuras regulaciones a los procedimientos de FIV en Colombia que, por todo lo demás, constituyen hoy una suerte de realidad biomédica y social que amerita de investigación interdisciplinaria y generación de espacios de discusión constitucional y ciudadana para así, afrontar los nuevos supuestos con los que se enfrentará la humanidad a lo largo del siglo XXI.