



El interés superior del niño como pilar para regular las técnicas de reproducción asistida

Mariana Osorio Chica

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogada

Asesora

Lina Marcela Estrada Jaramillo, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

Cita	(Osorio Chica, 2023)
Referencia	Osorio Chica, M. (2023). <i>El interés superior del niño como pilar para regular las técnicas de reproducción asistida</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

RESUMEN

En la presente investigación se realiza un estudio y análisis desde diferentes fuentes normativas, investigativas y científicas para determinar la definición de la familia conforme las sentencias de la Corte Constitucional que regula el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), entre el año 2010 al 2020. A partir de esta definición, se encontró que la Corte no percibe el interés superior de los niños como la brújula que direcciona su actuar frente a este tema, toda vez que al materializar dichas técnicas nacen los niños y las niñas, por lo que, se deben proteger desde el acceso y, dependiendo de la regulación, tendrán diferentes consecuencias para ellos. Además, se encontró que a partir de dicha definición y regulación se presentan diferentes problemas que los niños tendrán que enfrentar; como la filiación o el derecho al origen genético, la idoneidad de los futuros padres, la protección ante cualquier tipo de abandono y el estereotipo de que los niños no pueden crecer con una familia homoparental.

Palabras clave: Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), interés superior de los niños y las niñas, derechos fundamentales, Corte Constitucional Colombiana, filiación, idoneidad de los padres.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tratará el tema de la reproducción asistida en Colombia y su regulación mediante acciones de tutela. Asimismo, como tema principal, se determinó el papel de los niños y la protección al interés superior de ellos. Para determinar esto, es necesario evaluar la definición de la familia que concede la Corte Constitucional, en las sentencias sobre el acceso a estas técnicas. Aunque la Corte ha reconocido diferentes formas de concebir a la familia, se debe analizar cómo se entiende este concepto en las sentencias, para determinar si verdaderamente regula este tema tan importante para la familia, teniendo en cuenta todas las formas de conformarla, sin discriminar a nadie.

De este modo, para desarrollar la investigación, es necesario comprender, en primer lugar, que en Colombia el derecho a la reproducción asistida se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS), según el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994; en este sentido, no se puede obligar al Estado a suministrar este tratamiento de manera gratuita. Una de las razones principales para excluir a las TRA del POS y de negar la procedencia de la tutela para solicitarlo, es debido a su elevado costo y aparentemente no hay un riesgo de derechos fundamentales. Sin embargo, en la presente investigación se encontró que la Corte Constitucional tuvo un cambio en su juicio, en primer lugar, consideró que no existía vulneración a los derechos fundamentales al no acceder a las TRA y, posteriormente, tuvo un cambio jurisprudencial al decir que si vulneraba diferentes derechos fundamentales.

De no ser por las sentencias de la Corte Constitucional, no existiría una regulación sobre el acceso a las TRA, de igual forma no existe una amplia legislación acerca de la reproducción asistida; incluso por años no se tenía una ley regulatoria clara y existía un gran vacío legal sobre este tema hasta la Ley 1953 de 2019, que establece los lineamientos para el desarrollo de la política pública

para el tratamiento y prevención de la infertilidad y la cual estableció que el Ministerio de Salud y Protección Social debe establecer una política pública con “miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas” (Ley 1953 de 2019, art. 3). Aun así, no se tiene una ley que verdaderamente regule su acceso, desde entonces la Corte ha venido regulando este tema.

Por otra parte, la definición de la familia en el ordenamiento colombiano ha ido evolucionando a través de los años, mediante diferentes fallos de la Corte Constitucional, permitiendo que varios tipos de familias puedan acceder a sus derechos y sean protegidas por la sociedad y el Estado. Esto es importante, dado que a partir de la concepción que se tenga de la familia es como se va a legislar, se podría decir que la Corte reguló el acceso a las TRA de forma incluyente, pensando en todas las formas de conformar una familia y, sobre todo, teniendo como guía el interés superior del niño, niña o nasciturus, toda vez que al nacer puede que se vean afectados. Sin embargo, en la presente investigación se determinará si esta hipótesis es acertada o no.

Como se mencionó anteriormente, el presente trabajo tiene como finalidad determinar la definición de la familia en las sentencias de la Corte Constitucional sobre el acceso a las TRA, si se protege el interés superior del niño como sujeto importante en el núcleo familiar, en vista de que, en Colombia la única regulación que se tiene frente a esos temas es mediante una sentencia (SU – 074 de 2020) y dependiendo de cómo sea la concepción de la familia, será la regulación más, o menos excluyente.

La metodología usada en el presente artículo es la cualitativa, dado que esta investigación se basó en el estudio y análisis de diferentes documentos, investigaciones, artículos científicos, sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y demás textos informativos acerca del acceso a las TRA; permitiendo un mayor nivel de control e inferencia, siendo posible el análisis y permitiendo encontrar la definición de la familia conforme la Corte Constitucional en las sentencias sobre el acceso a las familias y la protección del interés superior del niño como sujeto importante de la familia.

Es importante resaltar que el segundo capítulo, fue producto del trabajo final de la profundización la conformación de la familia en Colombia. Los otros capítulos fueron producto del curso de la profundización los niños como objeto o sujeto de derechos, en el cual se usó una metodología de trabajo colaborativo, donde se debía buscar en las bases de datos académicas como Redalyc, Scielo, Dialnet, Scopus, Google Académico y en los repositorios de las Universidades, sobre las diferentes investigaciones de cada uno de los estudiantes integrantes de la profundización, posteriormente, en las sesiones de clase se socializaba los artículos de tres investigaciones y se debatía sobre el tema, con el fin de contribuir con el trabajo de todos los estudiantes del curso. Gracias a esta metodología de enseñanza y del trabajo colaborativo, se utilizaron cinco artículos compartidos por compañeros de ese curso, también es importante mencionar que muchos de los aprendizajes que se llegaron en las sesiones de clase, mediante la participación de los estudiantes y la guía de la profesora Lina Marcela Estrada Jaramillo, se logró concluir este artículo.

Finalmente, para determinar la concepción de la familia en las sentencias de la Corte Constitucional sobre el acceso a las TRA, se realizó una búsqueda entre los años 2010 y 2020,

dado que, a partir del 2011 la Corte reconoció que existen diferentes tipos de familia, generando un cambio significativo en la concepción de la familia y un avance para sus derechos.

1. CONTEXTO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Si bien este trabajo tiene una naturaleza jurídica, es importante recurrir al lenguaje médico y científico para explicar algunos conceptos importantes para el trabajo de investigación y para dar un breve contexto sobre las TRA, con el objetivo de que se pueda entender tanto los términos jurídicos como científicos.

Las TRA, según Monroy (2013), han sido documentados desde los antiguos egipcios y los Aztecas, puesto que estos usaban varios tipos de plantas, las cuales creían que lograban la fertilidad en las mujeres no aptas para procrear. También se documentó en la biblia, cuando Abraham y Sara realizaron la primera maternidad subrogada con la ayuda de Agar. El mismo autor expone que hasta 1978 la ciencia desarrollo de forma más eficiente dichas técnicas y nació el primer bebe mediante la fecundación in vitro, Louis Brown o más conocida como la “bebe probeta”. A partir de ese instante “las técnicas han evolucionado y cada vez son más eficientes, desde ese entonces no es fácil establecer el número exacto de bebes que han nacido por las TRA en el mundo.” (Monroy. 2013. P. 137)

Según Iribar (2019) las TRA se desarrollaron inicialmente para tratar la infertilidad causada por la obstrucción de las trompas de Falopio, pero con el paso del tiempo se incorporaron todos los casos en los que se presentan dificultad en el encuentro entre espermatozoides y el óvulo. Las TRA han evolucionado tanto que, según Bernal (2013), hoy en día se conservan los embriones por mucho tiempo e incluso se da la fecundación post-mortem, esto es, cuando se le implanta un embrión con material genético de la pareja o compañero permanente que ya falleció.

En la doctrina, Monroy (2013) define a las TRA como aquellos pasos y procedimientos biológicos desarrollados de forma médico científica, con el fin de alcanzar la concepción humana, es decir, un profesional de la salud, mediante un proceso de fertilización ya establecido, consigue el embarazo de aquellas parejas que padecen infertilidad, esterilidad o alguna enfermedad crónica del sistema reproductor de la pareja que limita la capacidad de concebir. En la misma línea Iribar (2019) define las TRA como aquel proceso de manipulación científica, en los cuales se produce un embrión humano, facilitando los procesos biológicos naturales que permite la procreación humana. Es decir, las TRA

permiten acceder a la maternidad/paternidad a quienes no podían serlo de manera natural, ya sea por razones de infertilidad médica o social. Las personas que puedan acceder a estas técnicas podrán satisfacer sus deseos de formar una familia ya que acceden a estas técnicas en su mayoría como último recurso frente a embarazos no exitosos. (Iribar. 2019 p. 10)

Por parte del legislador colombiano, definió las TRA en el artículo 2° de la Ley 1953 de 2019, como aquellos tratamientos o procedimientos que incluyan la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. La Corte Constitucional señala que la infertilidad puede ser tratada por medio de tres mecanismos:

medicamentos, intervenciones quirúrgicas y tratamientos de reproducción asistida (Corte Constitucional SU - 074 de 2020).

En cuanto al acceso a las TRA, conforme Monroy (2013), las personas acuden a dichas técnicas cuando existen situaciones genéricas y biológicas que impiden la concepción, destacando la esterilidad, enfermedades propias de los sistemas reproductores que limitan la capacidad de concebir o padecen alguna enfermedad crónica. La OMS, en el informe del 4 de abril de 2023, expuso que se debe aumentar el acceso a las TRA de forma asequible, segura, eficaz y de calidad para cualquiera que lo necesite, dado que alrededor de una de cada seis personas presentan alguna infertilidad. Además, advierte que se deben incluir en las políticas públicas, en la financiación pública y en los estudios sobre la salud, dado que, las TRA siguen sin recibir una financiación adecuada y resulta poco accesible para muchas personas, pues su costo es elevado y hay poca disponibilidad.

Valdés (2017) expone que las personas no solo acuden a estas técnicas por una enfermedad que les impida tener hijos, sino también cuando son portadores de graves enfermedades transmisibles. Por ejemplo, el caso Costa y Pavan vs. Italia,

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció, en su sentencia de 28 de agosto de 2012, a favor de las técnicas de reproducción humana asistida para realizar diagnóstico preimplantatorio. A dos cónyuges italianos, portadores sanos de fibrosis quística, después de haber generado naturalmente un hijo enfermo y de haberse sometido la mujer a un aborto terapéutico (con ocasión de otro embarazo en el cual se detectó que el feto padecía la enfermedad) (Valdés, 2017, p. 22)

En cuanto al acceso de las TRA en Colombia, según el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, las TRA no se encuentran incluidas dentro del POS. Sin embargo, el Ministerio de Salud y Protección Social ha precisado que, para que las TRA puedan ser financiados con recursos públicos asignados a la salud, deben estar relacionados a una condición de salud; para que así no incurra en los criterios de exclusión definidos por la Ley.

Sobre esto, cabe recalcar que, precisamente una de las razones por las cuales las TRA no se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud es por el valor de estas. En la sentencia SU - 074 de 2020, las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) expusieron los valores de estas técnicas para dicha época. Profamilia indicó que el costo promedio de un tratamiento de fertilización in vitro es de \$16.500.000; CECOLFES (Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad) estimó que el valor se encuentra entre \$14.300.000 y \$19.117.000; el Centro de Fertilidad Reprotec señaló que el precio de estos tratamientos asciende a \$18.000.000; la Clínica Eugén reportó que el valor de estos procedimientos es de aproximadamente \$11.440.000; y la Unidad de Fertilidad de la Clínica de Marly (PMA) determinó que el costo aproximado es de \$9.000.000. Por tanto, se tiene que estos procedimientos pueden ir desde \$9.000.000 hasta \$19.000.000, dependiendo de varios factores, como los exámenes solicitados, qué tan “sencillo sea el procedimiento, entre otros, lo que es una gran cantidad, y que es tenida en cuenta a la hora de no incluir estas técnicas en el Plan de Obligatorio de Salud.

Para el 2020, época en que la sentencia reguló las TRA, estos tratamientos tenían un valor alto, el cual una familia de estrato 1, 2 y 3 no podían acceder por sus propios medios. En la actualidad, dicha situación no ha cambiado, dado que, cada año incrementa su valor; por ejemplo, la Clínica Eugin tiene procedimientos entre \$30.000.000 y \$38.000.000, por lo que, su precio incrementó el triple en solo 3 años, en comparación con los \$11.440.000 que reportó en la sentencia SU- 074 de 2020.

En cuanto al acceso de las TRA de forma internacional, no existe ningún tipo de ratificación por parte de Colombia. Sin embargo, sí se encuentra un pronunciamiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que profirió sentencia sobre un grupo de 18 personas de Costa Rica, ellos acudieron a la Corte Suprema de ese país para acceder a las TRA, dado que, no tenían capacidad de embarazarse y el sistema de salud les negaban estos tratamientos. La Corte Suprema de Costa Rica prohibió la utilización de las TRA, aunque eso afecte el derecho fundamental a la familia.

Los peticionarios exponían que dicho país violaba varios derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, como: la obligación de respetar los derechos, el derecho a la honra y dignidad, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la igualdad ante la ley, la protección judicial, la protección a la familia, el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, a la libertad personal y las garantías judiciales.

La Corte Interamericana, en su análisis, señaló que “la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a TRA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar” (CIDH Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 2012) Asimismo, estableció que esta decisión hace parte de la autonomía y de la identidad de las parejas. También, señaló que el gobierno de Costa Rica no realizó un ejercicio de ponderación entre la protección del embrión y los otros derechos en conflicto, lo que provocó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Igualmente, la corte sostuvo que la interferencia tuvo efectos discriminatorios.

En esta sentencia se decretó que los derechos a la vida privada, la autonomía reproductiva, a fundar una familia y a beneficiarse del progreso científico, se ven vulnerados al no permitir que las personas puedan acceder a las técnicas de asistencia reproductiva. Finalmente, la Corte Interamericana declaró que no se pueden imponer restricciones al acceso a las TRA, es decir, que esta sentencia es un precedente y existe un marco normativo internacional de derechos humanos que reconoce el acceso a procedimiento de reproducción asistida como parte de los derechos reproductivos. Esto es importante porque Colombia hace parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que esto genera un precedente en cuanto a este tema que se debería tener en cuenta.

Ahora bien ¿por qué es importante regular las TRA? Cada día son más usadas, con resultados más efectivos, generando diferentes discusiones en todos los ámbitos de la vida, pero muy poco o casi nada se ha debatido en el derecho, pues en muchos países como Colombia, no se le ha dado la importancia que requiere y, por tanto, no se ha regulado de forma adecuada; haciendo que diferentes situaciones queden a la deriva sin saber cómo resolverse. Por ejemplo, la mercantilización del cuerpo de los bebés, de las mujeres y de los embriones, asimismo, genera

problemas en la filiación de los niños, en la explotación de los cuerpos de las mujeres e incluso en la definición de la familia.

Monroy (2013) advierte que el uso de las TRA ha generado alarma sobre la mercantilización del cuerpo y la genética del hombre,

pues la falta de límites legales a estas prácticas han convertido a países en paraísos para las TRA donde no existe limitante alguna, solo lo que la ética de las personas que intervienen en el proceso le quieran poner. (Monroy. 2013 p. 137)

Según Iribar (2019) en Estados Unidos clasifican los óvulos según la apariencia, etnia, inteligencia e incluso las enfermedades de esos embriones y pagan hasta 50.000 dólares para seleccionar los óvulos que ellos deseen. Como resultado, en un futuro se podría llegar a ser un bien transable, importándolos y exportándolos.

Por otro lado, Bernal (2013) expone otro problema importante en las TRA, la fecundación post-mortem, dado que, no existe una legislación que “prohíba o permita que una cónyuge o compañera permanente sea inseminada con el semen de su esposo o compañero ya fallecido o le sea implantado un embrión de la pareja” (p. 140), dejando un vacío legal inmenso sobre la filiación y sucesión del nasciturus que va a nacer.

Por consiguiente, la Corte Constitucional ha tenido que regular los requisitos para que las personas puedan acceder a las TRA, por ejemplo, la edad, la condición de la salud de la pareja infértil, la capacidad económica, entre otras; lo anterior debido a que las TRA no se encuentran en el POS, vulnerando los derechos sexuales y reproductivos, los derechos fundamentales a la salud, a la familia, a la autonomía y a la libertad. Además, al no estar integrado en el POS, el tratamiento no será de forma gratuita, generando que el Estado no cumpla con sus deberes de velar por el bienestar, integridad, supervivencia y conservación de varios derechos fundamentales. Lo anterior se fundamenta en Colmenares, M. A. F., Meza, J. P. P., y Silva, R. K. M. (2015), quienes plantean la importancia de las nuevas técnicas de reproducción humana, como lo es la fertilidad asistida, para proteger derechos fundamentales. Estos llegan a la conclusión de que existen “vacíos jurídicos para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las parejas que se encuentran en situación de infertilidad” (p. 165).

Frente a esto, el Estado no ha adoptado verdaderas políticas públicas para asegurar la igualdad al acceso y el mejoramiento de la salud, en especial de los grupos más vulnerables, por tanto, se le vulnera el derecho a la igualdad, en vista de que, solo pueden acceder las personas con una alta capacidad económica. El Estado debe crear normas que faciliten el acceso gratuito de este tratamiento, en pro de cumplir sus deberes de protección de la Familia. Si bien, frente a este procedimiento si existen normas, son provisionales y no son suficientes, por lo que, el Estado ha hecho poco o nada por regular el acceso a este derecho, aun cuando la Corte Constitucional le ordenó al legislador que regule dicha problemática.

Sin embargo, ya se están observando avances, la Ley 1953 de 2019 busca establecer políticas públicas que garanticen el acceso a las TRA. Asimismo, desde la Corte Constitucional, también representa un avance, con la sentencia SU - 074 de 2020 en el sentido en que quedó claro que sí

es posible acceder a las TRA mediante la acción constitucional de tutela, siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos provisionales.

No obstante, se debe cuestionar la sentencia SU - 074 de 2020, dado que, al ser el único que regula dichas técnicas y está relacionada con la familia, su definición será el punto de partida para legislar, donde se determinará los requisitos para poder acceder a estas, las técnicas que se podrán usar y si todas las formas de conformar una familia pueden acceder. Asimismo, se debe cuestionar en cuanto al hablar de los niños y las niñas, pues es deber del Estado y de la sociedad velar por sus intereses y por su protección.

2. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1. Legislación nacional

En primer lugar, se debe comprender la definición de la familia en el ordenamiento jurídico colombiano, desde la Constitución Política, la cual define a la familia en el artículo 49 de la siguiente forma:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La Constitución Política se ha encargado de disponer a la familia como un núcleo fundamental de la sociedad, por lo que, el Estado y la sociedad tienen el deber de garantizar la protección integral de la familia. En cuanto al legislador, no se ha tomado el tiempo para definir a la familia, si bien ha creado leyes para proteger a la familia, no ha desarrollado el artículo 42 de la Constitución, dado que, en cada ley, norma o decreto que trata a la familia, transcriben el proporcionado por el constituyente.

Lo anterior es problemático, ya que solo se estaría protegiendo a las familias tradicionales, es decir, aquellas conformadas por un hombre y una mujer. Según Ortega (2017) este conflicto se da porque fue escrita en una época diferente, por lo tanto, es complejo revisar a la familia desde un punto de vista actual. Si bien es cierto que la Constitución define a la familia tradicional en su artículo 42,

en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana este concepto ha tenido diversas interpretaciones, y la tendencia actual es ampliarlo con el fin de que otras formas de vida en común puedan derivar derechos reservados a la institución familiar (Camargo, 2009, p. 77).

En efecto, por vía jurisprudencial se protege a las familias biológicas, de crianza, monoparentales, ensambladas y homoparentales. (Corte Constitucional C – 577 de 2011), se reconoció que existe igualdad de todas las familias independiente de su origen, pues de no hacerlo resultaría contrario a los fines estatales (Corte Constitucional T – 292 de 2016), además, los hijos procreados

naturalmente o con asistencia científica tienen los mismos derechos y deberes (Corte Constitucional T – 070 de 2015).

2.2. La definición de la familia en los fallos de la Corte Constitucional de Colombia sobre las TRA entre el 2010 hasta el 2020

Gracias al vacío normativo frente al acceso a los TRA, la Corte Constitucional, desde sus primeros años, ha estudiado los casos que involucran la garantía de los derechos reproductivos a través de los tratamientos de fertilidad. Como resultado, el acceso a este tipo de tratamientos se ha desarrollado de forma progresiva, dado que, en primer lugar, la Corte negaba su acceso mediante la acción de tutela, a excepción de aquellas que estuvieran relacionadas con el principio de continuidad y la garantía del derecho a la salud; al considerar que no existe ningún riesgo en los derechos fundamentales, dado que, no está incluido en el POS y, fue considerado como una “restricción constitucionalmente admisible, atendiendo al principio de universalidad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud” (Pabón et al., 2017, p. 179). En estas sentencias, se encontró muy poco sobre la definición de la familia, en vista de que no fue considerado como un aspecto fundamental.

Posteriormente, la Corte cambió de posición ya que empezó a inaplicar el Plan Obligatorio de Salud y permitir que las personas o parejas pudieran acceder a estos tratamientos de forma gratuita, pues al no hacerlo se verían vulnerados los derechos reproductivos, la libertad, la autonomía, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, además, revisaron la posibilidad de practicar estas intervenciones clínicas, siempre y cuando se cumplan con estrictas exigencias. Asimismo, se logró la Ley 1953 de 2019, la cual establece la regulación al acceso a los TRA. No obstante, no es suficiente, pues el vacío normativo persistía y la Corte Constitucional se vio en la obligación de ampliar dicha ley, para que las personas que no tuvieran suficientes recursos económicos pudieran acceder a esta mediante la acción de tutela, previo el cumplimiento de rigurosos requisitos (Corte Constitucional SU - 074 de 2020).

Por último, cabe resaltar que, para determinar la concepción de la familia en las sentencias de la Corte Constitucional sobre el acceso a las TRA, se realizó una búsqueda entre los años 2010 y 2020, dado que, a partir del 2011 la Corte reconoció que existen diferentes tipos de familia, generando un cambio significativo en las familias y un avance para los derechos.

1. Fallos que no garantizaron el acceso a los tratamientos de reproducción asistida, salvo que se vulnera el principio de continuidad y la garantía del derecho a la salud.

Las primeras sentencias entre 2010 y 2020 sobre el acceso a los tratamientos de reproducción asistida, son la T – 550 de 2010 y la T – 935 de 2010, las cuales solicitaban la fertilización *in vitro* con técnica ICSI y un examen de laparoscopia, este último iba a determinar si la actora padecía alguna enfermedad de infertilidad.

En ambas sentencias la Corte Constitucional no hace referencia a la familia y utiliza los mismos argumentos para negar el acceso, dado que el magistrado ponente era el mismo y se escudó en que los tratamientos no se encontraban en el POS, por tanto, no se vulneraba ningún derecho fundamental. Asimismo, reiteró que estos no son encaminados a proteger la salud, la vida, la

dignidad o la integridad, porque no son de vital importancia para tratar una enfermedad que atente con la vida de los accionantes, así pues, no se podía obligar a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico no le permite su goce.

La sentencia T – 644 de 2010 hizo una excepción en cuanto al acceso a los TRA y permitió la fertilización *in vitro*; en razón de la protección del derecho a la salud y el principio de continuidad, dado que ya lo había iniciado en un centro médico particular. Sin embargo, la Corte aclaró que la negativa a los TRA no compromete los derechos fundamentales y aún menos con el deseo de conformar una familia, ya que se puede acudir al proceso de adopción.

La sentencia T – 099 de 2014 sigue la misma línea y define a la familia como aquella que está compuesta por uno o dos adultos de diferente sexo con hijos, ya sean biológicos o no, dado que la Corte afirmó que “si una mujer, o la pareja, desea integrar una familia y proyectarse vitalmente a través de su descendencia, existe otra opción” (Corte Constitucional T – 099 de 2014). Además, esta misma sentencia manifestó que

es plausible y merecedora de respeto la aspiración de mujeres y hombres de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos 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 amor.

Igualmente, la Corte aseguró que al optar por dicha alternativa se satisface el derecho constitucional que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella. Es decir, que los niños que no tienen padres, no cuentan con una familia y, en este mismo sentido, tampoco lo son aquellos padres que no tienen hijos.

La Corte concluyó que no es obligación del Estado garantizar los tratamientos de reproducción asistida, pues existen otras opciones para conformar la familia y, en consecuencia, negó el tratamiento de fertilización *in vitro* a la accionante.

Ahora bien, en cuanto al concepto de familia, se evidencia que la definen como aquella que está conformada por padres e hijos, dado que la Corte Constitucional menciona que la familia es conforma por medio de los TRA o con el proceso de adopción, es decir, con hijos, ya sean biológicos o no y, antes de procrear o adoptar no se ha constituido la familia. Lo que evidencia que los hijos es el eje fundamental de la familia y su presencia es el factor determinante para decir si existe una familia o no.

Por otro lado, la sentencia T – 398 de 2016 reiteró su negativa al garantizar el tratamiento de fertilización *in vitro* porque los TRA se encuentran excluidos del POS y quien tenía el deber de regular este tema es el legislador. No obstante, la Corte planteó una excepción cuando se vean afectados los derechos fundamentales a la salud reproductiva, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia.

En cuanto al concepto, se encontró que la Corte no siguió con la misma definición, sino que estableció que la familia no necesariamente está constituida por descendencia, dado que argumentó

que al no autorizar el TRA no se le vulnera su derecho a la familia y no se invocó a la adopción como alternativa para conformar a la familia. En palabras de la Corte “la EPS accionada no vulneró los derechos fundamentales del actor a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad” (Corte Constitucional T – 398 de 2016).

2. *Fallos que garantizaron el acceso a los tratamientos de reproducción asistida debido a la vulneración de los derechos fundamentales, siempre y cuando se cumplan con estrictas exigencias.*

La Corte Constitucional a partir del 2015 empezó a permitir el acceso a los Tratamientos de Reproducción Asistida de forma gratuita para las personas que cumplieran con estrictos requisitos, dado que, de no hacerlo se verían gravemente vulnerados diferentes derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la familia y a conformar una familia.

En primer lugar, se debe tener en cuenta la sentencia T – 528 del 2014, si bien no autorizó el tratamiento de fertilización *in vitro*, toda vez que no se desconoció los derechos fundamentales, porque el tratamiento se encuentra excluido del POS y no es necesario para salvaguardar la vida y la salud; si ordenó el acompañamiento, información y guía en el ejercicio a la salud de los accionantes. Además, es importante, porque la Corte intenta llenar los vacíos normativos y subsanar la insuficiencia de la regulación en los tratamientos de infertilidad a través de requisitos para inaplicar el POS cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad. Por dicha razón las sentencias posteriores la citan con el fin de argumentar el por qué se debe permitir o no el acceso a estos tratamientos.

En cuanto al concepto de familia, la Corte en esta sentencia citó al Comité de Derechos Humanos, en el que se establece que “la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (Corte Constitucional T - 528 de 2014). También, citó a la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la que menciona

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 (CIDH Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 2012)

Además, uno de los requisitos que la Corte establece para acceder a dichos tratamientos es que la pareja o las personas no tengan hijos, dado que

No es lo mismo, que el tratamiento de fertilidad lo requiera una pareja que ya tiene hijos, al menos uno, y ha materializado su derecho a la reproducción humana y a fundar una familia, a que sea solicitado por una pareja en edad reproductiva que no ha logrado hacer realidad su deseo de ser padre biológico/madre biológica, debido a la infertilidad que afecta su salud reproductiva. Es claro que en el segundo evento descrito, las personas se encuentran en un nivel de afectación mayor al que se enfrenta en el primero y que la negativa de acceso al servicio de salud supone una carga desproporcionada, toda vez que implica una restricción para hacer efectivos los derechos a la reproducción humana, la

libertad y la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y a la libertad para fundar una familia. (Corte Constitucional T - 528 de 2014)

En efecto, dichos tratamientos se les debe dar prioridad a aquellas parejas que no tienen hijos, dado que no han materializado su derecho a fundar una familia y la negación del acceso al servicio de salud supone una restricción a este derecho.

De lo anterior, se infiere que la Corte Constitucional delimita a la familia basándose en normas del bloque de constitucionalidad, la cual sugiere que es la constituida por hombre y mujer, con hijos biológicos, puesto que afirman que la procreación hace parte del derecho a fundar familia. Apoyando lo anterior, la Corte manifiesta que las parejas que no tienen hijos tienen prioridad para acceder a estos tratamientos, dado que, no han materializado su derecho a fundar una familia, mientras que las parejas que tienen hijos biológicos ya lo han hecho. Por esta razón, se demuestra que continua con la misma definición anterior, aunque se haya cambiado de posición frente al acceso a las TRA, poniendo a los hijos o niños como un factor determinante para decidir si existe una familia o no. Además, solo mencionan a las parejas conformadas por hombre y mujer, generando una exclusión tajante y evidente a las parejas del mismo sexo.

Por otro lado, la sentencia T – 274 de 2015 fue la primera que ordenó la práctica de tratamientos de fertilización *in vitro* y proporcionó un precedente constitucional. Esto se logró gracias a que la Corte advirtió que la jurisprudencia constitucional había abordado dicho tema sólo desde el derecho a la salud, entendido únicamente como ausencia de enfermedad y, al mismo tiempo, garantizó el acceso a los tratamientos de reproducción asistida sólo en casos especiales y, empezó a observar el problema desde otros derechos fundamentales, incluido a la familia.

En lo referente a la concepción de la familia, la Corte Constitucional expuso que las personas tienen derecho a decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo, con qué frecuencia y la posibilidad de decidir el número de hijos.

La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia. (Corte Constitucional T – 274 de 2015)

En esta misma línea, la doctrina que ha estudiado dichas sentencias, establece que “al no poseer la capacidad económica para asumir los altos costos de las técnicas, las personas de escasos recursos ven limitadas las posibilidades de fundar una familia a una única opción” (Pabón et al., 2017, p. 181)

Conjuntamente, la Corte Constitucional, distintos organismos internacionales y la doctrina han señalado que, al no poder acceder a las TRA, la única posibilidad que les queda para conformar una familia es mediante la maternidad o paternidad adoptiva. De lo anterior, se puede decir que se vuelve a definir a la familia como aquella que está conformada por hijos, ya sean biológicos o no; pues al afirmar que, si se limitan los derechos reproductivos, también se limitará el ejercicio y materialización del derecho a conformar una familia. Es decir, sin la reproducción, descendencia y niños, no hay familia.

Por otro lado, las sentencias T – 375 de 2016 y T – 126 de 2017 autorizaron las fertilizaciones *in vitro con lavado previo de semen* y con técnica ICSI, respectivamente. En cuanto a la concepción de la familia, dan la misma definición de la sentencia T – 274 de 2015, dado que, citan esta sentencia y se basaron en los mismos argumentos para motivar el fallo.

Finalmente, en cuanto a la sentencia SU – 074 de 2020, la Corte expresa que las personas y las parejas que no cuentan con suficientes recursos económicos para pagar los tratamientos, enfrentan una barrera insuperable para acceder a dichos procedimientos.

De ahí que el Estado deba intervenir para evitar las consecuencias desproporcionadas que se generarían si sólo las familias con mayores recursos económicos pudieran tener hijos biológicos producto de la intervención médica especializada o la asistencia científica (Corte Constitucional SU – 074 de 2020)

Además, en cada uno de los argumentos de esta sentencia, se expone que las personas o parejas que no accedan a las TRA, cuando son diagnosticadas con infertilidad y cumplen con los requisitos para acceder a estas, se les vulnera sus

derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud. (Corte Constitucional SU – 074 de 2020)

Es decir, a pesar de que este fallo contiene diferentes sentencias respecto al tema, en primer lugar, no continua con la misma definición, dado que, se puede inferir que la familia se puede materializar sin los hijos o niños, en vista de que, al afirmar que el Estado debe intervenir con el fin de proteger a las familias que no cuentan con recursos económicos para acceder a las TRA. En segundo lugar, la Corte continúa condicionando a la familia con la presencia de los hijos, toda vez que considera que uno de los derechos que se vulnera, es el derecho a conformar una familia; contradiciéndose con el punto anterior. De igual modo, omite el precepto constitucional consagrado en el artículo 42, el cual establece que la familia se constituye por vínculos jurídicos, decisiones libres o por la voluntad responsable de conformarla, más no por el hecho de concebir o adoptar hijos. Lo que evidencia que la Corte no es clara en cuanto a si los hijos son los actores que determinan si hay familia o no.

En tercer lugar, no mencionan que las familias son conformadas por padre y madre, sino que se limitan a decir personas o parejas; nueve años después de que la Corte reconociera las diferentes formas de conformar una familia, en la sentencia C – 577 de 2011, y se les diera la misma protección, en la sentencia T – 292 de 2016, se interiorizó dicho concepto y, se podría decir que la Corte regulo el acceso a las TRA de forma incluyente. Por lo anterior, se puede afirmar que una definición que no limite, garantizará que todos sean incluidos en la familia, sin ningún tipo de discriminación o exclusión.

Lo anterior demuestra en los requisitos para acceder a dichos tratamientos, que la Corte Constitucional desarrollo en la SU – 074 de 2020, son inclusivos, dado que se refieren a los

solicitantes como personas o parejas. Por ejemplo, en lo referente a la capacidad económica, la Corte ordena que “Las personas o parejas deben carecer de la capacidad económica suficiente para sufragar el costo del tratamiento fertilización in vitro requerido y que no puedan acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud” (Corte Constitucional SU – 074 de 2020) De la misma forma se refieren los demás requisitos que deben cumplir los solicitantes para acceder a estas técnicas y que sean financiadas por el Estado. Cabe mencionar que los otros requisitos son la edad, la condición de la salud de la pareja infértil, los números de ciclos de alta y baja complejidad, condición de salud, la frecuencia del número de ciclos y el tipo de infertilidad.

Así pues, como la definición no especifico el género de los padres, tampoco lo hizo su regulación. No obstante, en la práctica y a la hora de estudiar los casos de las personas que interpusieron las acciones de tutelas, solo seleccionaron aquellos que solicitaban fertilizaciones *in vitro*, la cual solo puede ser usada en parejas heterosexuales.

Por lo anterior, se encontraron dos definiciones de la familia en las sentencias de la Corte Constitucional sobre el acceso a las TRA, mediante la acción de tutela, entre los años 2010 al 2020. En primer lugar, la familia “tradicional” conformada por un hombre, una mujer e hijos, ya sean biológicos o no. En segundo lugar, la concepción de la familia fue ambigua y poco clara, por un lado, favoreció a todos los tipos de conformar una familia, al no mencionar la combinación de dos géneros, sino haciendo referencia a ellas como parejas o personas. Por otro lado, la Corte no fue clara al establecer si los niños condicionaban la existencia de la familia o no, dado que, en la mayoría de sus argumentos ellos son el factor determinante para que se configure la familia y solo en un argumento no.

Es claro que, en todos los argumentos, a excepción de uno, la familia es condicionada por los hijos, dado que, el requisito necesario e indispensable para que se materialice o exista la familia son dichos actores, de modo que son el eje fundamental de la familia y los ponen en un lugar importante dentro del núcleo. Sin embargo, solo se hace una mención, no se toman en cuenta como verdaderos actores y muchos menos se preocupan por sus derechos, toda vez que en los requisitos que se exigen para acceder a las TRA, no se busca su protección. Si bien es cierto que al momento de decidir si las personas quieren acceder o no a las TRA no existen los niños, cuando es exitosa, el fruto serán los niños. Entonces, ¿Qué sucede con ellos? ¿Afectan a los niños la regulación de las TRA? ¿Cómo se comprende su filiación? Y la más importante ¿se está ponderando el interés superior de los niños?

3. INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, los niños gozan de derechos fundamentales, gozan de protección ante cualquier circunstancia, igualmente la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral, además sus derechos prevalecerán sobre los derechos de los demás. Por otra parte, en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 8º, define el interés superior del niño, niña y adolescente como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Conforme Polo y Pérez (2021)

implica que las medidas que se adopten para proteger integralmente a una niña o a un niño, deben basarse en la legislación que le otorga efectividad y exigibilidad a sus derechos. En este sentido bajo el enfoque de derechos humanos se requiere de la generación de garantías a la sociedad, en especial a aquellas personas que por su condición especial merecen un tratamiento diferente que el resto de la sociedad (p.70)

Los niños por su condición de vulnerabilidad, requieren que protejan sus derechos e intereses por encima de cualquier otra cosa, mediante normas y políticas públicas que amparen sus derechos, esto se evidencia en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la misma Constitución Política y en el código penal. En consecuencia, el interés superior de los niños toma el carácter de norma fundamental, proyectado en el ordenamiento jurídico, en las políticas públicas e incluso en el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todos los individuos de la sociedad. (Polo y Pérez. 2021)

En este mismo sentido, la sentencia T – 051 de 2022 de la Corte Constitucional reiteró que el principio del interés superior de los niños requiere que se les reconozca un trato especial y superior por parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice su desarrollo armónico e integral. Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de los niños establece que, el interés superior del niño son todas las medidas respecto del niño tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, permitiéndoles el máximo bienestar y, le corresponde al Estado tomar dichas medidas cuando los padres y las madres, no tengan la capacidad de hacerlo.

El principio del interés superior del niño garantiza el reconocimiento de los derechos humanos de las niñas y los niños, protegiendo y promoviendo sus derechos antes de tomar una medida respecto a ellos, evitando así, el autoritarismo, abuso de poder o paternalismo. (Valdés. 2017) Además, se debe tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos y se le aplican las mismas leyes de los mayores de edad. Sin embargo, la sociedad los ve con ojos de inferiores o de seres pequeños que siempre buscan y necesitan protección, por tal motivo los dejan por fuera de todas las decisiones que les competen.

En cuanto a los niños como eje fundamental de la familia y las TRA, no existe una discusión frente a ellos, dado que, se plantea que los únicos actores son los padres. Como se mencionó anteriormente, para la Corte Constitucional los hijos determinan cuando existe una familia y los sitúan como eje central del núcleo familiar, es más, afirman que dos personas sin hijos no constituyen una familia. A pesar de esto, no se les tienen en consideración y, mucho menos revisan si esta regulación puede afectar o no, de forma positiva o negativa, en sus vidas.

Si bien es cierto, que las parejas acuden a los centros especializados sin niños o niñas, cuando logren su objetivo tendrán un hijo o una hija y, por tanto, se debe prever el interés superior de los menores de edad desde antes de concebirlo, considerarlos como sujeto relevante en la discusión y sus derechos deben prevalecer por encima de los demás. Para González (2012) el acceso a las TRA no se puede analizar únicamente desde la autonomía de la mujer o de la pareja que desea procrear, en vista de que entran en juego los derechos del hijo o hija.

Asimismo, desde que fue posibles las TRA se generaron diferentes tipos de maternidad y paternidad, haciendo que un solo niño tenga varios padres o madres; ocasionando dificultades legales que desvían la atención de la verdadera cuestión, los niños y las niñas. Aunque la Constitución, las normas nacionales e internacionales le indiquen al Estado, a la sociedad y a los ciudadanos que su brújula para tomar decisiones sea el interés superior de los niños y las niñas, no lo están haciendo. Igualmente, la Corte Constitucional en sus sentencias sobre el acceso a las TRA expone que la familia solo existe cuando hay presencia de hijos, pero son invisibles ante sus ojos.

Se debe empezar a revisar las TRA en función del interés superior del niño a tener un padre y una madre, no desde el deseo que tienen los hombres y mujeres a tener un hijo o, desde su derecho a tener hijos, porque se puede llegar a tratar al niño o niña como un bien comercial, como un servicio que el Estado debe garantizar, pero no como un sujeto de derechos con dignidad humana. De manera que, se debe tener precaución a la hora de interpretar el derecho a conformar una familia, analizándolo desde la decisión libre, el vínculo jurídico y la voluntad responsable, más no desde la concepción de los hijos.

De modo que, quien regula las normas sobre el acceso a las TRA, ya sea que la Corte Constitucional vuelva a regularlos de otra forma o el legislador se tome el tiempo de cumplir sus deberes, se debe observar el problema desde los niños, desde su interés superior, para garantizar las condiciones adecuadas, para que en cada supuesto que la niña o el niño quiera hacer valer o ejercer sus derechos de una forma u otra. Lo anterior se sustenta en González (2012) cuando expone que el niño si se ve afectado por cualquier decisión que tomen sobre el derecho a conocer su origen genético y gestacional. No obstante, se encontró que este no es el único problema que puede afectar a los niños y las niñas si no se regula adecuadamente las TRA, posicionando a los niños como eje fundamental de la familia.

Filiación, el derecho a la identidad o el origen genético y gestacional

Conforme Polo y Pérez (2021), la filiación permite que los derechos y deberes adquiridos se puedan materializar, generando el vínculo entre los padres y los hijos, el cual puede de forma biológica o mediante la adopción, gracias a la Constitución y la jurisprudencia hay igualdad de derechos, sin importar su origen genético. Ahora bien, la problemática sobre filiación, el derecho a la identidad o el origen genético y gestacional

radica en que, al momento de tomarse la decisión, no existe un titular de derechos, es decir, todavía no existe el producto de esa reproducción. Sin embargo, de tener éxito la técnica de reproducción, habrá una niña o niño que será titular de derechos y, eventualmente, podrá exigir su cumplimiento. (González, 2012, p. 123)

En otras palabras, ¿Qué prevalece primero, el derecho del niño a conocer su origen o el del donante a permanecer anónimo? Es importante comenzar a cuestionar dicha pregunta porque, Conforme Correia et al. (2021), existe una gran cantidad de literatura que demuestra que muchas personas concebidas por donantes están muy interesadas en encontrar a sus hermanos donantes o, por razones médicas, por ejemplo, para encontrar un donante o evitar algunas donaciones si el niño tiene una enfermedad hereditaria. Además, al privar a las personas que nacen por medio de las

TRA de dicha información, se les trasgrede su derecho a la autonomía y su derecho a la libertad, toda vez, que el derecho al conocimiento de su origen es inherente a estos. (Muñoz y Vítola, 2017)

Para González (2012) la ponderación de estos derechos debe ser discutida ampliamente “a la luz de los principios de no discriminación, derecho a la vida a la supervivencia y al desarrollo, participación e interés superior del niño.” (p. 124); considerando siempre las circunstancias de la concepción, la gestación y las consecuencias en la vida del niño o la niña. Por el contrario, para las autoras Rodríguez y Fernández (2022) la solución es considerarlo como en la adopción; eliminar el anonimato de los donantes de células para contribuir al reconocimiento del derecho del niño a reconocer sus orígenes. En esta misma línea, Bernal (2013) expone que, así como funciona la adopción, el niño debería tener el derecho a solicitar el levantamiento de la reserva y acceder a la información, de acuerdo con el artículo 75 del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el fin de proteger los derechos del niño a tener una familia y a su identidad.

De acuerdo con Correia et al. (2021), las naciones que divulgan la información de identificación del donante se basan en los derechos de los niños, específicamente el artículo 7 de la Convención sobre los derechos de los niños, la cual establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres. Asimismo, estos autores advierten que dicha norma no se redactó pensando en los donantes anónimos de células, pero se interpreta como un derecho humano básico del niño o niña a conocer sus antecedentes genéticos o biológicos.

Para Muñoz y Vítola (2017) los niños y niñas, producto de las TRA, son los más vulnerables de esas relaciones humanas, puesto que, puede verse privada algunos elementos de su identidad, por voluntad de otras personas. Igualmente, no se puede reemplazar la decisión o el deseo de una persona, sobre todo la de un niño o niña, a conocer sus orígenes, argumentando que los padres tienen el derecho a decidir cómo criar a sus hijos. Sin embargo, algunos padres no les comentan a sus hijos que nacieron mediante TRA con donante, por lo que, no pueden ejercer su derecho a conocer su origen.

En Europa el anonimato de los donantes de gametos ya no es una regla unánime, Suecia fue el primer país de Europa en abolir el principio de anonimato, después se le sumó Austria, Suiza, Holanda, Reino Unido, Alemania, Finlandia, Islandia y recientemente Portugal; así lo expone, Correia et al. (2021). Incluso, estos autores mencionan que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa invita a que los países que hacen parte, levanten el anonimato para las futuras donaciones y deben prohibir el uso de espermatozoides y ovocitos donados de forma anónima, aun así, en España y Francia persiste la confidencialidad.

De acuerdo con Regalado (2020), en Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, del año 2015, reconoció el derecho de la persona que nació mediante TRA a saber cómo fue concebido, sin embargo, el acceso a la identidad del donante se realiza bajo una excepción y se deben cumplir ciertos requisitos; como ser solicitado únicamente por el nacido en un proceso judicial. De ser favorable, el centro de salud debe revelar los datos que identifican a la persona que donó, más no significa que va a generar ningún vínculo legal con la persona que nació, garantizándoles que no se origine ninguna responsabilidad sobre el futuro de sus donaciones, en consecuencia, se evitan reclamos de filiación.

En Colombia, prima el anonimato sobre la verdad del origen genético y prevalece la confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica, así lo ordenó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC6359 – 2017 (2009-00585-01), además expone que los otros Estados que han regulado la materia niegan la posibilidad de crear relaciones de filiación entre el donante y el hijo o hija procreados mediante la inseminación. En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T – 357 de 2022, resolvió el caso de Sara y Carlos, los cuales fueron esposos y comenzaron un proceso de fertilización *in vitro*, pero antes de hacerse efectivo el tratamiento, ellos decidieron separarse. No obstante, Sara continuó con el proceso,

con base en una de las cláusulas contenida en el documento denominado “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones” conforme a la cual, en caso de separación o divorcio de la pareja, el destino de los embriones criopreservados será determinado por “la madre” (Corte Constitucional T – 357 de 2022)

La Corte señaló que el aportante del gameto es un donante anónimo, por lo que, no es padre de la persona que eventualmente puede nacer y no genera ningún vínculo jurídico. En consecuencia, resolvió que Carlos no tendrá ninguna relación filial con la persona que pueda nacer.

Lo anterior no sucede solo en Colombia, conforme Muñoz y Vítola (2017), países latinoamericanos como Brasil, el anonimato del donante y de los receptores es obligatorio, a excepción de razones médicas que así lo requieran y solo se les brindará la información únicamente a los médicos tratantes. En Uruguay, la donación es de forma anónima y altruista, garantizándoles la confidencialidad a los donantes. Según, Correia et al. (2021) Estados Unidos no tiene ninguna regulación al respecto, sino que lo dejan en manos de cada contrato o del centro de salud.

Para Muñoz y Vítola (2017) el Estado tiene el deber de levantar la reserva del anonimato, con el fin de posibilitar el acceso a la historia de vida de las personas, una sociedad basada en la verdad, el respeto por el otro y la transparencia, por lo tanto, el Estado debe registrar y guardar dicha información para que se pueda acceder cuando el interesado invoque razones que lo justifiquen, equilibrando el derecho a conocer los orígenes y el derecho a la intimidad personal de otras personas involucradas.

No obstante, si se pretende permitir el acceso a la información de los donantes, se debe procurar no vulnerar los derechos de ambas partes, tanto de los niños y las niñas que desean conocer su origen genético y biológico, como el de los donadores. En vista de que, Correia et al. (2021) advierte que en los países que levantan el anonimato, permiten que los niños accedan a dicha información cuando son mayores de edad, es decir, dicho derecho no es de los niños y no permiten que ellos puedan ejercerlo.

En cuanto a la regulación del acceso a las TRA, en las sentencias analizadas en este trabajo, se puede evidenciar que la Corte Constitucional, no pensó en los niños y mucho menos tuvo en cuenta su interés superior, dado que, ni siquiera mencionó el tema, lo discutió o lo planteo en algún requisito o argumento. En consecuencia, no estudió las diferentes problemáticas que se pueden presentar, relacionados con los derechos de los niños y los derechos de los donadores; evidenciando que, aunque para la Corte los niños determinan cuando existe una familia, no son

tenidos en cuenta como otro actor fundamental y no protegió sus derechos, ni prevé los posibles problemas que pueden enfrentar.

La Corte Constitucional, para resolver esta problemática, tiene que hacer una ponderación entre los derechos de los niños y las niñas que desean saber su origen genético y gestacional y, los derechos de los donantes anónimos, para determinar la posibilidad de levantar la reserva o, por el contrario, mantener el anonimato. Sumado a esto, se debe tener en cuenta que el artículo 44, párrafo 3, establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. También, la Corte Constitucional, en la sentencia T – 731 de 2017, manifestó que “los menores de edad son sujetos de especial protección, motivo por el cual sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Además, en la sentencia T – 033 de 2020, la Corte Constitucional les ordenó a las autoridades judiciales que es su deber darles prelación a los intereses de los niños y niñas, con el fin de salvaguardar su bienestar y su condición de sujeto de especial protección, lo anterior siguiendo diferentes reglas que la misma Corte estableció; por ejemplo, en primer lugar, se deben contrastar las circunstancias individuales de cada niño con los criterios del ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil; en segundo lugar, los operadores jurídicos cuentan con discrecionalidad para tomar acciones idóneas con el fin de satisfacer el interés de los niños y niñas; en tercer lugar, las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio, las valoraciones de los profesionales, aplicando los conocimientos científicos del caso, para garantizar lo más conveniente para el menor y, si las decisiones son susceptibles de afectar a los niños, deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo anterior, a simple vista, la balanza se inclina a favor de los niños y en un futuro la Corte tendrá que volver a estudiar dicha cuestión, primando los derechos de los niños y niñas. No obstante, los donadores anónimos deben tener garantías; tales como, no crear ningún vínculo jurídico entre el donador y el futuro niño o niña que va a nacer, puesto que, la donación se realiza por una voluntad altruista y desinteresada, y en el mismo sentido, el donador no puede reclamar la paternidad o maternidad.

Finalmente, a la hora de decidir, siempre se debe tener en cuenta la opinión de los niños y las niñas, considerándolos como un sujeto autónomo que tiene opiniones propias y puede hacer elecciones sobre su vida, posibilitándoles tomar la decisión de si quiere conocer su origen genético o no. Lo anterior se sustenta, conforme la sentencia T – 033 de 2020, los niños, las niñas y los adolescentes tienen como garantías el derecho a ser escuchados, a formar su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten, igualmente, la corte expone que lo anterior tiene sustento “en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la Constitución Política y en varios instrumentos internacionales, todos dirigidos a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos” (Corte Constitucional T – 033 de 2020)

Idoneidad de los futuros padres y madres

Así como en la adopción se revisa y se analiza la idoneidad de la pareja para ser padres, ¿Por qué no se hace lo mismo con las TRA? Para Rodríguez y Fernández (2022) la filiación de los niños nacidos con TRA no puede determinarse por la mera intención de procrear, manifestada en una

declaración de voluntad, consentimientos o contratos, sobre todo cuando la identidad biológica y genética del recién nacido no coincide con la de los padres intencionales. Estas autoras exponen que de ser así se debería reconocer un valor jurídico que determine únicamente la intención, sin embargo, no es posible desde el punto de vista de la integridad, dignidad humana, identidad personal e interés superior del hijo. En palabras de ellas “Si atendemos al interés superior del niño, ni la sola voluntad ni el afecto pueden ser suficiente base para determinar una filiación no biológica.” (Rodríguez y Fernández, 2022, p. 28)

Si por la sola intención se pueden acceder a los TRA y tener un hijo, entonces en ese mismo sentido también se debería adoptar por la mera intención, dado el principio de igualdad. No obstante, esto no sucede porque se deben cumplir ciertos requisitos y tramites, con el objetivo de primar el interés superior del niño o niña, además se hace un control previo para evaluar las habilidades parentales de los padres solicitantes. Se puede presumir que, si una pareja acude a las TRA, es porque desean con todo su cuerpo, alma y mente tener hijos o hijas y, lo cuidaran con todo el amor que puedan dar. De la misma forma, se puede presumir con la adopción, pero en algunos casos las noticias son poco alentadoras, con las condiciones en las que viven los niños o en los trabajos a los que son sometidos. Incluso esta situación la padecen algunos niños con padres biológicos, aunque su idoneidad se presume, se les hace un control judicial posterior de sus habilidades parentales, con el fin de decidir la separación de los niños y sus padres biológicos, cuando sea necesario. Lo anterior, tanto el control previo como posterior, se realiza por el interés superior de los niños (Rodríguez y Fernández, 2022). Igualmente, no está demás que se prevengan estas situaciones, puesto que, es deber del derecho realizar esta tarea y regular las conductas de las personas.

Por tal motivo, el Código de la Infancia y la Adolescencia exigen el examen de idoneidad en el proceso de adopción. De acuerdo con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), este examen es configurado por un

conjunto de elementos objetivos y valoraciones legales, sociales, culturales, psicológicas y médicas, basadas en criterios científicos y técnicos, que permiten determinar si una persona o pareja cuenta con las condiciones personales y familiares para brindar un ambiente protector que garantice el pleno desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes en situación de adoptabilidad, en el seno de una familia y de la comunidad. (ICBF, 2021, pp. 75 - 76)

Además, comprende (i) la idoneidad mental, conformado por la salud mental, la capacidad para establecer vínculos emocionales, el ambiente familiar y las condiciones psicosociales propicias para el acogimiento; (ii) idoneidad física; (iii) la idoneidad social, en la que estudian la historia de vida personal, la relación de pareja cuando lo aplique, las motivaciones, las redes de apoyo, las condiciones económicas, habitacionales y del entorno familias, entre otras.

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 2018, presentó un informe en el cual manifestó que los hijos son seres humanos titulares de derechos y no son bienes o servicios que el Estado pueda garantizar o suministrar, por esto, el derecho a tener un hijo va en contra vía de los derechos humanos del niño. De modo que, al regular el acceso a las TRA siempre se debe tener en cuenta el interés superior del niño como eje fundamental, puesto que, los niños y niñas “no pueden ser objeto de declaraciones, consentimientos, convenciones o contratos relativos a una intención

de procrear concebida como expresión de autodeterminación reproductiva de uno o más adultos” (Rodríguez y Fernández, 2022, p. 28)

Como solución Rodríguez y Fernández (2022) plantean que el interés superior del niño o niña exige que la filiación sea determinada por la idoneidad de los padres intencionales e igualmente sea sometida a controles análogos a los de la adopción, es decir, sentencia judicial. No obstante, ¿Qué tan viable puede ser dicha propuesta en Colombia? Donde los trámites judiciales y las adopciones se demoran varios años, además se debe tener en cuenta que las TRA tiene como condición cumplir con cierta edad. No obstante, desde la regulación a las TRA se debe plantear como requisito, que la pareja demuestre su idoneidad, de forma eficiente, eficaz y rápida, con el fin de proteger, educar y criar a un hijo, así como se hace con la adopción y, realizar el mismo control judicial que se le hace a los padres biológicos en casos que justifiquen la separación del niño del cuidado de su familia de origen, con el objetivo darle importancia al interés superior del niño o niña. Del mismo modo, no se debe olvidar que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que “La ley reglamentará la progenitura responsable”.

Igualmente, Rodríguez y Fernández (2022) pone de precedente al Reino Unido, debido a que en sus centros de salud autorizados para practicar las TRA están obligados a documentar la evolución de los pacientes en la prevención de cualquier riesgo de daño o negligencia, para el futuro del niño o niña que puede nacer a partir del tratamiento y, deben cumplir con otros requisitos como la edad, la situación económica, el compromiso para criar uno o más hijos, la salud física y mental del paciente, sus antecedentes médicos y penales, entre otros. También, las autoras exponen el caso de Suecia, en la que las TRA deben ofrecerse solo si puede preverse que el niño crecerá en buenas circunstancias psicológicas y sociales con los futuros padres, por lo que les hacen una evaluación a los candidatos. Por otro lado, en Estados Unidos, la legislación cambia de un estado a otro y el uso de las TRA está sujeta a la autorregulación de los centros de fertilidad, no obstante, existen normas para la evaluación de idoneidad de los candidatos. Además, los obligan a recibir asesoramiento cuando el material genético proviene de terceras personas y evalúan si tienen una enfermedad psiquiátrica no tratada, el abuso de sustancias y los antecedentes de abuso físico o emocional.

Las TRA deben ser reguladas de forma íntegra, pensando en los niños y las niñas, incluso cuando todavía no existen, Rodríguez y Fernández (2022) advierten que la filiación no se puede constituir por medio de un contrato, porque los niños o los hijos no pueden ser objeto de un contrato, toda vez que son personas, sujetos de derechos y no objetos del derecho. Las Naciones Unidas (2018) advirtió que no existe el derecho a procrear, toda vez que los niños no pueden ser objeto de derechos, ni de contratos. También, antes de acceder a las TRA los futuros padres o los candidatos se les debe hacer un examen de idoneidad para determinar sus habilidades parentales y velar por el interés superior de los niños. Asimismo, tanto a las familias biológicas, adoptivas como a las que nacen por las TRA, se les debe hacer un control posterior, de acuerdo a las circunstancias o en caso de que se necesite, con el objetivo de proteger a los niños y determinar si se deben proteger sus derechos o deben ser separados de sus padres por una causa proporcionada.

Para Múrtula (2020) el examen de idoneidad se debe realizar por un equipo multidisciplinar, en el que se debe tener en cuenta la salud física y psíquica de los futuros padres, sus principios, la intención de satisfacer las necesidades básicas del menor, tanto materiales, educativas, físicas,

emocionales y afectivas, además, se debe verificar que la vida de los niños y niñas se desarrolle en un entorno familiar y libre de violencia. Igualmente, deben atender a la familia y a las personas que van a estar en su entorno.

Una vez más, se evidencia que la Corte Constitucional no tuvo en cuenta a los niños, ni su interés superior cuando reguló el acceso a las TRA, puesto que, cuando estableció los requisitos para su acceso solo tiene en cuenta factores como la edad, la enfermedad de infertilidad, la capacidad económica de la pareja; más no sus habilidades parentales o las condiciones y el entorno que le pueden proporcionar a los niños y a las niñas que van a nacer. Lo anterior, es preocupante, toda vez que no tuvieron en cuenta a estos sujetos de derechos para regularlo, pero si los tienen en cuenta para decir cuando existe una familia, es decir, ellos son visibles para los ojos de los adultos en ciertas ocasiones y muy pocas veces cuando deben protegerlos.

Protección ante algún abandono

Otro problema que genera el acceso a las TRA al no considerar a los niños, es que, así como la ciencia permite tener la seguridad de definir la paternidad genética mediante pruebas de ADN, también se puede tener incertidumbre sobre la filiación, con el empleo de las TRA, así lo exponen Rodríguez y Fernández (2022). En efecto, por un lado, se le garantizan los derechos del niño con respecto del padre, pero por otro se arriesgan los derechos de filiación, “debido a la existencia de diversos tipos de “maternidades” y “paternidades”.” (González, 2012, p. 110).

El problema se agrava cuando hay donación de células germinales, es decir, el padre o madre del hijo no comparten material genético, por lo que, no hay forma de probar la filiación y, en consecuencia, no se pueden exigir los derechos vinculados. Por lo anterior, es importante que el Estado regule el acceso a las TRA conforme la idoneidad de los futuros padres y no por el simple hecho de desearlo o por la mera intensión, con el objetivo de que los niños y las niñas no sean sometidos a abandonos por parte de sus padres, sin la posibilidad de demostrar la paternidad o maternidad. Además, desde las Naciones Unidas (2018) sugieren un examen de idoneidad, no discriminatorio, para los futuros padres no biológicos y biológicos, para evitar el riesgo de cosificación de los niños, la venta y explotación sexual de los niños, la prostitución infantil y demás material que muestre abusos hacia los niños.

Aunque este problema afecta considerablemente la salud física y mental de los niños y niñas, la doctrina no la ha estudiado, puesto que se presume que las parejas que acuden a las TRA con el fin de tener sus hijos, no los van a abandonar, toda vez que se cree que ellos desean a esos niños con su vida entera y acuden a estas técnicas cuando no los pueden tener, con el fin de materializar su deseo. Por tal motivo y como se trató en la problemática anterior, se le debe hacer un examen de idoneidad a los futuros padres o madres, para evitar cualquier tipo de abandono de los niños. Además, se vuelve a reiterar que, aunque la Corte Constitucional en las sentencias sobre el acceso a las TRA, señala que los niños y niñas son los que determinan cuando existe una familia; verdaderamente no se preocupan o atienden a sus necesidades a la hora de regular el acceso a estos tratamientos, aun cuando estas impliquen que su resultado y éxito sean los niños.

En este mismo sentido, si se continúa con una definición de la familia “tradicional”, como se hizo en las sentencias del 2010 al 2019 de la Corte Constitucional, sobre el acceso a las TRA, ¿Cómo

se defiende un niño ante el abandono de sus dos padres o sus dos madres? Existirá un vacío, el juez no sabrá cómo actuar y el niño quedará en la deriva. Por tal motivo y como se ha reiterado, se debe procurar por continuar con una definición de la familia más incluyente, dado que, este es el punto de partida de la creación de normas o regulación de aspectos importantes para la familia. Igualmente, siempre se debe tomar acciones desde el interés superior del niño, para que, en menor medida, la posibilidad de abandono, sufrimiento o cualquier otra circunstancia pueda ser evitada o prevista por la ley.

Como solución a esta problemática, se propone realizar el examen de idoneidad antes de acceder a las TRA y al tener éxito, se haga un seguimiento a la pareja y a sus hijos, con el fin de determinar y asegurarse que el niño o la niña, viven en condiciones dignas, sin ningún tipo de maltrato o violencia.

Familias no “tradicionales”

La regulación pudo haber sido excluyente toda vez que, durante nueve años, incluso después de haber reconocido la igualdad entre todas las formas de conformar una familia y, sumado a esto, no se analiza desde el interés superior del niño como sujeto central del núcleo familiar, se puede generar un daño significativo tanto para los integrantes de la familia, como para los niños y las niñas. Este es el caso de Zárate Y Celis (2015) que afirman que

la procreación homoparental se está convirtiendo en mera reproducción, donde se soslaya el parentesco de las relaciones biológicas, transformándolas en unas no biológicas, y pasando por encima de los lazos de sangre que determinan genéticamente aspectos preponderantes del inicio, desarrollo y final del ciclo vital del ser humano. Además, se pone como barricada a los hijos de estas parejas para que forzosamente sea aceptado el matrimonio homosexual, con el pretexto de defender el bien superior del niño sin que tenga la posibilidad de escoger el tipo de familia en la que nace (p. 50)

Estos autores exponen que las TRA y las familias homoparentales contravía el interés superior del niño, debido a que no es propicio para el desarrollo de la personalidad del niño o niña, en vista de la ausencia de la figura de un padre o una madre. Por otro lado, se escudan diciendo que el niño no tiene la posibilidad de escoger el tipo de familia en el que nace, cuando en realidad, nadie puede elegir dónde va a nacer, así sean hijos biológicos o no. Si llegado el caso, a partir de esta posición se regulen las TRA, las familias homoparentales no podrían acceder a estos procedimientos y no sería inclusiva. Así pues, es necesario partir de una concepción de la familia incluyente, en la que no se determine por los miembros de la familia, sino por los valores, el amor, la seguridad y el bienestar que puedan brindar las personas que la integran.

En múltiples estudios e investigaciones se ha demostrado que los niños que crecen en una familia homoparental, monoparental o cualquiera que no encaje en una familia “tradicional”, no se les vulnera su interés superior, dado que, el hijo es fruto del deseo que asumen con amor y responsabilidad, más no una obligación inherente al matrimonio. (Valdés. 2017) Además, la maternidad y paternidad va más allá de los genes, puesto que es una serie de responsabilidades hacia los hijos, son actos materiales que generan amor incondicional y una elevación de responsabilidades para su bienestar. (Polo y Pérez. 2021)

Por otro lado, las familias homoparentales no representan ninguna diferencia en la crianza y crecimiento de los niños y las niñas, con respecto a las familias heterosexuales, toda vez que poseen las mismas características en sus aspectos psicológico, físico y emocional. (Duque, 2020) Este mismo autor, expone que, en cuanto a la sexualidad de los padres, esta no es relevante para determinar el desarrollo de los niños y las niñas, en vista de que existe una influencia directa en el entorno social. Del mismo modo, Bajales (2013) descubrió que la familia homoparental favorece a los niños y en las niñas, permitiéndoles

I) Adquirir un mayor aprecio por la diversidad humana; II) Tener una visión más amplia de los roles de género; III) Adquirir una mayor sensación de ser queridos, por las barreras que sus padres debieron superar; IV) Apreciar la división igualitaria del trabajo entre padres / madres, ya que las parejas gays / lesbianas no dividen el cuidado de los niños y tareas del hogar sobre la base de roles de género. (p. 49)

También, los hijos de las parejas homoparentales muestran mayor resiliencia en su salud psicológica, sexual y social, debido a las dificultades que puedan experimentar las familias; así lo expuso el Colegio Colombiano de Psicólogos en un estudio que realizó para el ICBF sobre los efectos en el desarrollo de los niños y las niñas que son adoptados por una pareja homosexual. Los únicos riesgos que encontraron se originan a causa de la sociedad; por ejemplo, la discriminación y los estigmas, más no la orientación de los padres.

En relación con los roles que cada uno de los integrantes de la familia debe ejercer, estas son construcciones sociales, toda vez que no existe una labor del hogar o de la familia que se deba realizar únicamente por una mujer o por un hombre, es más un trabajo en equipo por todos los miembros. En otras palabras, “Las funciones que cada uno de los padres ejerce en la familia no debe ser designada por el sexo, en cuyo caso los hijos/as deben comprenderlo, puesto que deben ser expuestas a partir del concepto de género” (Duque, 2020, p. 12)

Conforme lo anterior, se podría decir que un niño o una niña que crece en una familia homoparental, no se ven afectados sus derechos, su interés superior, su desarrollo o su salud física y psicológica. Además, partiendo desde una familia “tradicional”, como lo hizo en su momento la Corte Constitucional para regular las TRA, excluye a las otras familias que no encajan en su definición, lo que puede generar una exclusión frente a su acceso.

Siempre se debe tener en cuenta a los niños en todas las decisiones que los afecten, en este caso, antes de que ellos lleguen al mundo se les debe proteger sus derechos y velar para que estén en una familia que lo ame, lo respete y procure su bienestar y desarrollo. Por el contrario, no se puede poner los derechos, expectativas o aspiraciones de los adultos, por encima de los derechos de los niños y las niñas (Bajales, 2013)

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, en Colombia se debe regular nuevamente el acceso a las TRA, dado que no se encuentran en el POS y la Corte Constitucional ha establecido unos requisitos provisionales para acceder a esta, mientras el legislador lo hace. Asimismo, este último debe preocuparse por

solucionar las problemáticas frente al acceso a las TRA y dejar de preocuparse por un número de votos a su favor.

En segundo lugar, si se regula nuevamente las TRA, se debe procurar que las personas que van a realizar dicho trabajo tengan interiorizado una definición de familia incluyente, en el cual sea determinado por valores, responsabilidades, afecto, cuidado y amor, antes que un determinado grupo de personas. Debido a que, la concepción de la familia ha evolucionado en la sociedad y en la jurisprudencia a través de los años, permitiendo la protección de diferentes tipos de familias, sin embargo, al unir a la familia y las TRA se echan para atrás.

La Corte Constitucional en sus sentencias del 2010 al 2020, en las que reguló el acceso a las TRA mediante la acción de tutela, definió a la familia de dos formas diferentes, (i) la familia “tradicional” conformada por un hombre, una mujer e hijos, ya sean biológicos o no, (ii) aquella que está constituida por varias personas, sin distinguir géneros. Sin embargo, esta última no fue clara al establecer si los niños condicionaban la existencia de la familia o no, dado que, en la mayoría de sus argumentos ellos son el factor determinante para que se configure la familia y solo en un argumento no.

En tercer lugar, los niños y las niñas en la definición de la familia, que plantea la Corte Constitucional en las sentencias para acceder a las TRA, si los tuvo en cuenta, porque ellos son quienes determinan cuando existe una familia. Sin embargo, no se preocupó por los efectos que puedan tener, puesto que se encontró que no son considerados como un actor principal en las TRA, si bien es cierto que, al acceder a estas técnicas los niños no existen, al materializar el tratamiento si estarán presentes y, por tanto, el legislador, la Corte Constitucional y el Estado deben regular las TRA conforme el interés superior de los niños, sus derechos y previniendo los problemas que puedan surgir. Igualmente, la Constitución Política ordena que los niños nacidos con asistencia científica tienen derecho a ser protegidos de la misma forma que aquellos que nacen de forma natural.

El interés superior de los niños debe ser la brújula que guíe la regulación de todo lo que atañe a los niños y a las niñas, incluida las TRA, por lo que, en los casos donde exista un donante anónimo, se debe analizar el caso a la luz los principios de no discriminación, derecho a la vida y al desarrollo, considerando, no solo las circunstancias, sino también el derecho a la identidad, el origen genético y gestacional, para que se decida en armonía, tomando la mejor decisión para el niño o la niña y, así levantando el anonimato o no. Además, se le debe garantizar a los donadores que no existirá ningún vínculo jurídico con la persona que va a nacer y, en este mismo sentido, los donadores no podrán reclamar la paternidad o maternidad de estos.

En el caso de la idoneidad de los futuros padres y madres, que acuden a los centros especializados para acceder a estas Técnicas, con el fin de convertirse en padres, se les debe hacer un estudio, tal como se hace en la adopción, para evitar la comercialización de los niños y cualquier tipo de violencia que puedan sufrir, también, se debe plantear hacer un seguimiento a los pacientes para prevenir cualquier riesgo. Además, dicho estudio se debe realizar con el fin de proteger a los niños y a las niñas ante algún tipo de abandono, en especial cuando no comparte ningún material genético entre los padres y los hijos.

También, se encontró que, los niños y niñas que crecen en una familia no “tradicional” no se les vulnera su interés superior, su desarrollo o sus derechos, puesto que la maternidad y paternidad va más allá de los genes, son actos de amor incondicional que garantizan su bienestar. Igualmente, no existe una diferencia entre el desarrollo y crecimiento de los niños que tienen una familia “tradicional”, con respecto a aquellos que tienen una familia homoparental, incluso esta última permite que los niños adquieran diferentes habilidades para apreciar la diversidad, no tendrán que cargar con el estigma de que ciertos trabajos son determinadas por el género y adquieren una mayor sensación de que son queridos.

Finalmente, cuando los niños y las niñas estén presentes en las familias, deben ser considerados como sujetos de derechos, como personas con dignidad humana, los cuales pueden expresarse y tomar decisiones sobre ellos mismo. Tanto el Estado, la sociedad y la misma familia deben velar por su integridad física, psicológica y desarrollo, conforme la Constitución Política, el ordenamiento jurídico colombiano, las normas internacionales y la Corte Constitucional. Además, en todas las decisiones relacionadas con los niños, se debe buscar la protección a su interés superior, por lo que, el acceso a las TRA debe ser compatibles y responder con la dignidad humana de los niños y las niñas, más no con los intereses de los adultos, toda vez que puede generar que ellos sean tratados como objetos de derecho y no como debe ser, es decir, como sujetos de derechos.

Bibliografía:

Bajales, Mayra Evelyn (2013) Adopción homoparental y su incidencia en el interés superior del niño. <http://repositorio.unne.edu.ar/handle/123456789/49388>

Bernal Crespo, Julia Sandra (2013) Reproducción asistida y filiación. Tres casos. Universidad de Medellín. Opinión Jurídica, Vol. 12, N° 24, pp. 135 – 150. ISSN 1692-2530. Medellín, Colombia.

Camargo, R. E. G. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Studiositas*, 4(3), 65-81.

Colegio Colombiano de psicólogos (COLPSIC) (2014). Efectos de la adopción homoparental sobre el desarrollo integral del niño, niña o adolescente en Colombia conceptualización realizada por el colegio colombiano de psicólogos (COLPSIC) para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Bogotá, 20 de octubre de 2014. <https://wilmerubianoblog.files.wordpress.com/2015/02/concepto-colegio-colombiano-de-psicologia.pdf>

Colmenares, M. A. F., Meza, J. P. P., & Silva, R. K. M. (2015). La fertilidad asistida en el POS como mecanismo de protección al derecho fundamental a conformar una familia. *Justicia*, 20(28).

Congreso de Colombia (20 de febrero de 2019) Ley 1953 de 2019. Do: 50.873.

Congreso de la Republica de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la adolescencia. [Ley 7098 de 2006]. Do: 46.446

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991).

Correia, M., Rego, G., & Nunes, R. (2021). The Right to Be Forgotten versus the Right to Disclosure of Gamete Donors' ID: Ethical and Legal Considerations. [El derecho al olvido frente al derecho a revelar la identificación de los donantes de gametos: consideraciones éticas y jurídicas] *Acta Bioethica*, 27(1), 69-78.

Corte Constitucional. (2010). Sentencia T - 550 de 2010. MP Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional. (2010). Sentencia T - 644 de 2010. MP Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional. (2010). Sentencia T - 935 de 2010. MP Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C – 577 de 2011. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T - 099 de 2014. MP Nelson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T - 528 de 2014. MP María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional. (2015). Sentencia T – 070 de 2015. MP Martha Victorio Sáchica Méndez

Corte Constitucional. (2015). Sentencia T - 274 de 2015. MP Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T – 292 de 2016. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T – 375 de 2016. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T – 398 de 2016. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional. (2017). Sentencia T – 126 de 2017. MP Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T – 731 de 2017. MP José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional. (2020). Sentencia SU - 074 de 2020. MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T – 033 de 2020. MP José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T – 051 de 2022. MP José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T – 357 de 2022. MP José Fernando Reyes Cuartas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2012). Sentencia Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/artaviaturillo.pdf>

Corte Suprema de Justicia (2017) SC6359-2107, 2017. MP Ariel Salazar Ramírez

Duque Rodríguez, D. (2021). Familias homoparentales y pautas de crianza en niños de 0 a 5 años. <http://hdl.handle.net/20.500.12237/2163>

EUGIN (2023). Nuestros precios. EUGIN. <https://www.eugin.com.co/precios/>

González, M. (2012). Los derechos del niño en la reproducción asistida. México DF: Universidad Autónoma de México.

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (2021) Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción. Aprobado mediante Resolución No. 0239 del 19 de enero de 2021. Versión 4. Bogotá. Enero 2021.

Iribar, Guillermo (2019). El vacío legal en la regulación de los embriones humanos no implantados. Universidad siglo 21. Matrícula: VABG36546. DNI: 32978078

Ministerio de Salud. (27 de diciembre de 2013). Resolución número 5521 de 2013.

Ministro de Salud. (5 de agosto de 1995). Resolución número 5261 de 1994.

Monroy, Juan Pablo (2013). Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia. Grupo de investigaciones CIFAD – CONADI Universidad Cooperativa de Colombia, sede Bogotá.

Muñoz Genestoux, Rosalía, & Vítola, Leonardo Raúl. (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. Revista IUS, 11(39)

Múrtula Lafuente, V. (2020). El bienestar del menor por nacer: ¿un interés a ponderar en el acceso a las técnicas de reproducción asistida? Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 930-959

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos: Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niño, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, A/HRC/37/60 (15/1/2018).

Naciones Unidas Convención sobre los Derechos de los niños, noviembre 20, 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Organización Mundial de la Salud (2023) La OMS alerta de que una de cada seis personas padece infertilidad. <https://www.paho.org/es/noticias/4-4-2023-oms-alerta-que-cada-seis-personas-padece-infertilidad> Ginebra, 4 de abril de 2023

Ortega, V. M. (2017). El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida (TRA) en Colombia. *Revista Vis Iuris*, 4(7), 129-152.

Pabón Mantilla, A. P., Upegui Toledo, Ó. A., Archila Julio, J. J., & Otero González, M. A. (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Justicia*, (31), 171-187.

Polo Noriega, W. A., & Pérez Fortich, Y. P. (2021). Análisis sobre efectos de la reproducción humana asistida en la filiación en Colombia periodo 2009-2019.

Regalado, Pilar. (2020). La identidad en la donación de gametos. En L. Jurkowski, N. S. Lima y M. Rossi (coordinadoras), *La producción del parentesco. Una mirada interdisciplinaria de la donación de óvulos y espermatozoides*. Teseo. Buenos Aires. <https://www.teseopress.com/gametos/>

RODRÍGUEZ PINTO, M. S., & FERNÁNDEZ-ARROJO, M. A. R. Í. A. (2022). La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida. *Revista chilena de derecho*, 49(1), 27-53.

Valdés Díaz, C. D. C. (2017). El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada". *Revista IUS*, 11(39).

Zárate-Cuello, Amparo y Celis, Luis Gustavo, "Implicaciones bioéticas derivadas del acceso de las parejas del mismo sexo a las tecnologías provenientes de la biomedicina y la biotecnología, para la conformación de familias homoparentales", *Revista Persona y Bioética*, vol. 19, No. 1, 2015 p. 48.