NOTA DE RELATORÍA: Mediante Auto de 26 de agosto de 2024 suscrito por la magistrada Natalia Ángel Cabo y comunicado en oficio C-397/2024 de 3 de septiembre de 2024 de la Secretaría General de la Corporación, se corrige el numeral cuarto resolutivo de la presente providencia, en el sentido de reemplazar la expresión “orden” por “exhorto”.

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-274/24

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA-Deber de analizar integralmente la oportunidad de cumplir proyecto parental, frente a la procedencia de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)

(…) para determinar si es la última oportunidad de la persona para ser madre o padre biológicos, se deben tener en cuenta los factores científicos, como la edad, o si existen enfermedades previas… también es necesario analizar de manera integral la situación individual en la que se encuentra quien quiere someterse a estos tratamientos.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA-Juicio de ponderación para resolver la tensión de derechos entre las partes de acuerdos sobre Técnicas Reproducción Asistida (TRA)

(…) el escenario que supone la menor afectación de derechos fundamentales es la orden de

no transferir los embriones. Con este escenario si bien hay un impacto para la accionante porque no puede usar los embriones con material genético del (accionado), lo cierto es que no se le cierra su posibilidad de ser madre gestante… En cambio, en el escenario opuesto, no habría mayores alternativas para el (accionado). Esta afectación persistiría incluso si, al ordenar la transferencia, no se establece que el (accionado) asuma la filiación… esta solución podría permitir que el (accionado) se exima de ciertas responsabilidades económicas y sociales asociadas con la filiación, pero el derecho a la autodeterminación genética, que le otorga el poder de decidir sobre el uso de su material genético y a no ser forzado a procrear, seguiría siendo afectado en un alto grado.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA-Perspectiva de género en acuerdos privados y consentimiento informado sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

(…) la clínica no adoptó un enfoque de género, pues la (accionante) no estuvo involucrada en todas las fases del procedimiento ni tampoco recibió la información detallada de los riesgos que se podían derivar de este procedimiento… (La Clínica accionada) contribuyó a la afectación de los derechos de la (accionante) pues no fue clara con el procedimiento, no contempló qué hacer en caso de que las partes se separaran, no le explicó al (accionante) cómo ejercer el derecho a la revocatoria y entregó el consentimiento Informado en un estado avanzado del tratamiento.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA)-Concepto

(…) las TRA son el conjunto de métodos biomédicos que permiten facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales que conducen a la procreación humana. Así mismo, estas técnicas se pueden definir como todas aquellas que sustituyen una o más fases del proceso de reproducción que se inicia a partir de las relaciones sexuales.

DERECHO A LA FILIACIÓN-Alcance y contenido

DERECHO A LA FILIACIÓN-Fuentes

(i) la procreación; (ii) la ley; (iii) la filiación de hecho y (iv) el consentimiento.

FILIACIÓN POR CONSENTIMIENTO-Concepto

(…) es aquella que se configura cuando las partes expresan su voluntad de querer asumir la filiación. Se diferencia de la filiación social pues en aquélla el paso del tiempo y el contexto en el que surge la relación es determinante para que se materialice. En cambio, en la filiación por voluntad, el hecho de que una persona haya asumido el cuidado de otra no resulta determinante, sino que lo relevante es el consentimiento explícito para asumir la filiación.

DERECHO A LA FILIACIÓN-Consecuencias jurídicas derivadas de emplear Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

(…) el derecho a la filiación en las TRA es el derecho: (i) de quienes aportan su material genético a tener la certeza de poder decidir si no quieren generar obligaciones propias del parentesco, y (ii) de quienes quieren emprender el proyecto parental a que se respete su voluntad de querer asumir las obligaciones propias de la filiación, así no hayan aportado su material genético.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA-Dimensiones

(i) el derecho a la autodeterminación genética, en virtud de la cual las personas tienen la posibilidad de decidir cómo se utiliza su material genético sin que entre en discusión el tema de la filiación; y (ii) el derecho de las mujeres de acceder a las TRA para postergar la decisión de la maternidad si así lo quieren.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA-Validez y alcance de los acuerdos privados celebrados por los aportantes de los gametos

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA-Consentimiento libre e informado

(…) el documento del consentimiento informado debe garantizar que el usuario conozca, como mínimo: (i) el alcance de las técnicas empleadas, (ii) sus riesgos más significativos, (iii) los objetivos específicos del acuerdo, (iv) los derechos y obligaciones que surgen, (v) los efectos derivados de su suscripción, (vi) el modo en que deben resolverse las disputas que puedan sobrevenir y (vii) las eventuales repercusiones emocionales, físicas y mentales de los procedimientos.

DERECHO A REVOCAR EL CONSENTIMIENTO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA)-Características

(i) el derecho a la revocatoria del consentimiento de la persona gestante prevalece sobre los derechos de las otras partes en el procedimiento de las TRA; (ii) la facultad de manifestar la

revocatoria sólo tiene eficacia hasta antes de la transferencia del embrión, pues después de ese momento la decisión de continuar o no con el embarazo recae exclusivamente sobre quien lo gesta, por ser una decisión sobre su cuerpo; (iii) en el ejercicio de la revocatoria pueden verse afectados derechos de otra persona y, por lo tanto, el juez está llamado a hacer una ponderación entre los diferentes intereses y efectos de la revocatoria en los derechos de las partes.

TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Existe un vacío normativo sobre los derechos involucrados en las prácticas de la reproducción asistida

(…) los principios de buena fe y confianza legítima pueden ser herramientas importantes para analizar la manera en cómo se ejerce el derecho a la revocatoria en las TRA… se deberá examinar. (i) en qué momento se ejerció el derecho a la revocatoria; (ii) la manera cómo se comunicó a la otra parte la retractación; y, (iii) en general, todas las circunstancias del caso que permitan ilustrar si se trató de una manifestación sorpresiva e intempestiva que afectó de manera desproporcionada unas expectativas legítimas del cumplimiento del acuerdo.

TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Evolución jurisprudencial

EXHORTO-Gobierno Nacional y Congreso de la República

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Primera de Revisión

Sentencia T- 274 DE 2024

Referencia: expediente T-9.287.678

Acción de tutela formulada por Camila contra el Instituto de Fertilidad Humana en Colombia, Inser, Nicolás y Andrés.

Magistrada ponente:

Natalia Ángel Cabo

Bogotá D.C., 10 de julio de 2024.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo (quien la preside) y Diana Fajardo Rivera, y por el magistrado Juan Carlos Cortés González, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en los artículos 32 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

La decisión se emite en el trámite de revisión del fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de San Juan de Pasto, el 7 de febrero de 2023. En dicha decisión se resolvió la acción de tutela instaurada por Camila en contra del Instituto de Fertilidad Humana en Colombia (Inser de ahora en adelante), Nicolás y Andrés.

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. En esta oportunidad se analizó el caso de una mujer que, cuando tenía 39 años, inició junto a su esposo un procedimiento de fertilización in vitro con óvulo donado en una clínica de reproducción asistida. Durante el desarrollo del tratamiento las partes firmaron un consentimiento informado en el que manifestaron su voluntad de realizar el proceso. Sin embargo, un mes después y por las fechas en las que estaba programada la transferencia del embrión al útero de la mujer, el esposo manifestó su voluntad de no continuar con el procedimiento porque la pareja se iba a divorciar. Ante el retiro del consentimiento la clínica decidió detener el tratamiento.

1. Por esta razón la mujer interpuso acción de tutela en la que manifestó que quiere continuar con el procedimiento porque es su última oportunidad de ser madre gestante. Además, indicó que firmó un contrato con la clínica, a la que le atribuyó ciertas falencias administrativas. Por su parte, el accionado señaló, en primer lugar, que nunca dio realmente su consentimiento porque la clínica no le explicó los alcances del procedimiento y, en segundo lugar, que tiene derecho a arrepentirse porque no se le puede obligar a ser padre.

1. En relación con estos hechos, la Corte planteó los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulnera un hombre los derechos fundamentales de su expareja al revocar su consentimiento antes de la transferencia de un embrión que se creó con su material genético y un óvulo donado?

1. Para responder a los problemas jurídicos planteados, en las consideraciones de la sentencia se abordaron los siguientes temas: (i) los conceptos esenciales de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA); (ii) el régimen de filiación en el contexto de las TRA; (iii) el contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva y sus diferentes facetas en las TRA; (iv) el estudio del consentimiento informado y el derecho a la revocatoria; (v) las controversias sobre embriones y cómo se han solucionado en el mundo.

1. En el caso concreto, la Corte aplicó una metodología que consistió en (i) examinar el contenido del acuerdo de consentimiento informado presentado por la clínica Inser; (ii) realizar un juicio de ponderación para analizar cómo se afectan los derechos de las partes y (iii) estudiar la responsabilidad de la clínica y del profesional de la salud.

1. Frente al primer punto, luego de analizar el contenido del documento de consentimiento informado presentado por la clínica, la Corte concluyó que no se proporcionó uno adecuado a las partes. La Corte encontró que la clínica omitió explicar varios aspectos esenciales del procedimiento, como el alcance de las técnicas empleadas y sus riesgos más significativos. Además, no indicó todos los derechos y las obligaciones que surgen del consentimiento informado ni la forma de resolver las disputas que eventualmente puedan surgir. En esa medida, la Corte estimó que no se trató de un consentimiento cualificado como el que se espera en procedimientos médicos novedosos en el que están en juego derechos fundamentales de los firmantes.

1. De todas maneras, la Corte evidenció que el mencionado documento de consentimiento informado incluía una cláusula que facultaba al señor Andrés a revocar su consentimiento. No obstante, también se constató que, además del alcance legal, era necesario en este caso determinar el impacto de esa decisión desde un punto de vista constitucional. Para ello, la Corte realizó un juicio de ponderación, en el que examinó la posible afectación de los derechos de las partes. Después de realizar este ejercicio, concluyó que el escenario que supone la menor afectación de derechos fundamentales es la orden de no transferir los embriones. La Corte reconoció que hay una afectación para la demandante, pues esa determinación supone una limitación del derecho a la autodeterminación reproductiva. No obstante, esa afectación no es definitiva porque la accionante todavía tiene la oportunidad de ser madre gestante con un donante de material genético distinto. Por el contrario, de ordenarse la transferencia, el señor Andrés no tiene otra alternativa que la de verse forzado a que se use su material genético con fines reproductivos en contra de su voluntad. La Corte enfatizó en que este caso es diferente al examinado en la sentencia T-357 de 2022, pues en aquella ocasión el embrión contaba con material genético de la demandante y ella no tenía otra posibilidad de ser madre gestante, circunstancias que no se presentaron en esta ocasión.

1. Por último, la Sala analizó la responsabilidad de la clínica y del profesional de la salud Nicolás. Aunque no evidenció que el médico hubiera incurrido en una conducta médica reprochable, la Corte estimó que la institución demandada sí incidió de manera importante en la vulneración de los derechos de la accionante. A ese respecto, además del problema de la ausencia de un consentimiento informado previamente mencionado, la clínica omitió adoptar una perspectiva de género y demostró una falta de planeación. Por esos motivos, la Sala ordenó que la clínica contribuya en la restitución de los derechos de la señora Camila y garantizara el inicio de un nuevo procedimiento FIV sin costo alguno, si así lo desea la accionante.

II. ANTECEDENTES

Asunto Previo: Reserva de la identidad de las partes.

En diferentes providencias1, la Corte Constitucional ha protegido la identidad de las personas que buscan obtener el amparo de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, para evitar que la publicación de las providencias dictadas en el marco de los procesos constitucionales afecte derechos fundamentales como la intimidad, la integridad moral y el sosiego familiar, entre otros.

De esta forma, como en el presente caso la materia objeto de tutela compromete derechos y libertades que comprometen la intimidad de las partes, la Sala Primera de Revisión adoptará como medida de protección suprimir de esta providencia el nombre de las partes, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación.

Hechos y pretensiones2

1. La señora Camila contrajo matrimonio civil con el señor Andrés en 20183. En el escrito de tutela, la señora Camila manifestó que quiere quedar embarazada de forma natural pero no lo ha logrado como consecuencia de unas intervenciones médicas anteriores. A sus 8 años fue sometida a una cirugía denominada cistectomía ovárica y a los 18 años tuvo que someterse a otros procedimientos médicos derivados de sus "diagnósticos de ectópico por adherencia y endometriosis"4.

1. Desde 2016, la señora Camila y el señor Andrés empezaron a indagar por las alternativas médicas para que la señora Camila quedara embarazada. En septiembre de ese año, la pareja acudió a los centros médicos Metrópoli y Axxis, ambos ubicados en la ciudad de Quito, Ecuador, para que les hicieran unos exámenes de fertilidad5.

1. En noviembre de 2018, la pareja asistió a la Clínica Imbanaco, en la ciudad de Cali, para averiguar por un procedimiento de fertilización in vitro6. En dicho centro se realizó una ecografía en la que se concluyó que la señora Camila tenía un diagnóstico de miomatosis uterina múltiple de pequeños elementos. Además, allí le hicieron varios exámenes hormonales y, en mayo de 2019, le realizaron un procedimiento denominado escisión y ablación de endometriosis, estados I y II, por laparoscopia. La accionante también anexó un comprobante de pago que hizo el 07 de mayo de 2019 por un valor $3.943.432 pesos por concepto de "[d]epósito cirugía ingreso"7. Igualmente, en julio de 2019, el señor Andrés acudió al laboratorio Clinizad en el que se le practicaron una serie de exámenes8.

1. Sin embargo, el primer procedimiento en la Clínica Imbanaco no tuvo éxito porque el embarazo de la señora Camila fue ectópico. El 22 de noviembre de 2019 el profesional médico dejó constancia de lo siguiente: "embarazo con evolución anormal- aborto espontáneo vs ectópico-subfertilidad"9. El 24 de noviembre de 2019, la pareja decidió intentar de nuevo un procedimiento de reproducción asistida en la Clínica Imbanaco.

1. Por esta razón, el 22 de febrero de 2020, la pareja firmó en el centro médico Imbanaco un documento denominado "[c]onsentimiento para congelación de embriones"10. En dicho documento se estableció que, si se presentaba un desacuerdo entre los firmantes mientras estos siguieran siendo pareja, ellos debían llegar a un arreglo para poder continuar con el proceso. También se dispuso que, en caso de la separación o divorcio de la pareja, el destino de los embriones crio preservados lo determinaría la madre.

1. Posterior a la firma del documento, el tratamiento de reproducción asistida tampoco fue exitoso, pues la estructura embrionaria de los 8 ovocitos no se desarrolló, motivo por el cual se cancelaron las demás etapas del proceso.

1. El 08 de marzo de 2021, la accionante presentó renuncia laboral ante el Hospital Universitario Departamental de Nariño, en donde trabajaba desde el 01 de junio de 2020 como jefe de la oficina jurídica. En el escrito de tutela la accionante señaló que la decisión fue tomada porque el señor Andrés le sugirió renunciar a su trabajo para contar con toda la dedicación y el tiempo para dar inicio a un nuevo proceso de fecundación in vitro. Frente a esto, el señor Andrés señaló que la decisión de renunciar de la accionante siempre fue libre11.

1. El 12 de junio de 2021, la señora Camila y el señor Andrés acudieron a consulta médica virtual en el Instituto de Fertilidad Humana Inser con el doctor Nicolás para preguntar por las posibilidades de iniciar de nuevo un procedimiento de fertilización in vitro en dicha institución12. Este médico les recomendó iniciar el programa Ovodon (es decir una técnica de reproducción asistida con una donante de óvulos).

1. Sin embargo, el 19 de enero de 2022, cuando la señora Camila tenía 39 años, la pareja manifestó querer iniciar en dicha institución un procedimiento de fertilización in vitro con los óvulos de la señora Camila. Por esta razón, el médico Nicolás les ordenó una serie de exámenes de laboratorio13.

1. En el escrito de tutela, la accionante manifestó que el día 30 de marzo de 2022 ella y su expareja cambiaron de opinión y decidieron realizar el procedimiento con óvulo donado. La señora Camila explicó que esto se hizo para evitar graves afectaciones físicas y psicológicas, ya que existía una alta probabilidad de que el proceso de fertilidad con óvulo propio no tuviera éxito.

1. El 31 de marzo de 2022, la Clínica Inser envió un mensaje a la señora Camila en el que se indicó las sumas de dinero necesarias para realizar el procedimiento de fertilización in vitro con óvulo donado. En dicho documento la Clínica Inser incluyó el cronograma del

procedimiento y también indicó lo siguiente: “[p]ara el inicio del procedimiento es necesario tener contrato y consentimiento diligenciados”14.

1. El 13 de junio de 2022, la Clínica Inser manifestó que empezaría el proceso de búsqueda de donante del óvulo15. El 9 de agosto de 2022 la Clínica Inser informó a la pareja que encontró una donante de óvulos16. Frente a eso, la clínica señaló que le envió a la accionante un mensaje de whatsapp en el que le comunicó lo siguiente: “la donante próximamente estará iniciando la estimulación, más o menos en unos 15 días, podría ser menos, todo depende del periodo de ella”17.

1. El 23 de agosto de 2022 la pareja pagó una factura18 de $6,200,000 por concepto de “[d]erechos de donante”. El 24 de agosto de 2022, el Instituto Inser le informó a la accionante que el 26 de agosto de 2022 sería la captación de óvulos de la donante y, por lo tanto, el señor Andrés debía desplazarse al Instituto Inser en Pereira, con el fin de proceder a tomar la muestra de su esperma.

1. El 26 de agosto de 2022, el señor Andrés se desplazó al Instituto Inser en Pereira y depositó su muestra de esperma.

1. El 26 de agosto de 2022, el señor Andrés firmó un documento denominado “Consentimiento informado para fertilización in vitro (FIV) con o sin inyección intracitoplasmática de óvulos (ICSI) y crio preservación de óvulos”19. Las cláusulas más importantes del documento de consentimiento informado firmado por el accionado establecieron lo siguiente:

– En el numeral 2 el documento señaló que “En este acto, de manera libre, consciente y

expresa Presto/ prestamos mi/nuestro consentimiento escrito para la utilización de técnicas de reproducción asistida”20.

– En el numeral 7 el CI dispuso que “Autorizo/ Autorizamos y consiento/consentimos la transferencia de un máximo de 2 embriones”.

* El numeral 5 del CI estableció lo siguiente “conocemos que en cualquier momento anterior a la transferencia embrionaria puedo/podemos pedir que se suspenda la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y que dicha petición deberá atenderse”.

1. El mismo día la clínica envió el consentimiento informado (en adelante CI) a la accionante vía whatsapp para que también lo firmara21 y ella lo firmó, de manera electrónica en esa misma fecha.

1. Además del CI, la Clínica Inser también le presentó al señor Andrés el 26 de agosto de 2022 un documento adicional denominado “Contrato para el programa de un ciclo de fertilización in vitro (FIV) con o sin inyección intracitoplasmática de ovocitos con ovocitos donados”22. Sin embargo, ese contrato no fue firmado por las partes ese día.

1. El 31 de agosto de 2022, la señora Camila pagó una factura de $16,920,000, por concepto de “OVODON primer ciclo”. La accionante señaló en la tutela que posteriormente también realizó otros pagos por el almacenamiento y congelación de 6 embriones por un lapso de 6 meses.

1. Tras la toma del semen del señor Andrés resultaron 4 embriones. Por ello, el 12 de septiembre de 2022, un miembro del personal del instituto Inser se comunicó con la accionante por whatsapp y le indicó que, para poder hacer la transferencia de los embriones,

debía comprar ciertos medicamentos e iniciar control ecográfico23. También le indicó que era posible hacer la transferencia entre el 27 y el 30 de septiembre de 2022.

1. Sin embargo, la accionante narró que, en la noche del 24 de septiembre de 2022, el señor Andrés decidió abandonar, sin justificación aparente, el hogar que compartían. Luego, el 27 de septiembre de 2022, el señor Andrés envió un mensaje de whatsapp al instituto Inser en el que señaló lo siguiente:

"los planes con Camila cambiaron, la relación se tornó muy mal y nos vamos a separar, pero ella me dijo que quiere seguir con el procedimiento sola. Yo no quiero así, entonces mi pregunta es: ella puede continuar sola, ¿aunque yo no quiera?" 24

En respuesta a este mensaje, un miembro del personal de Inser respondió lo siguiente:

"Buenas tardes Andrés, Siento mucho la situación actual con Camila espero puedan mejorar las cosas. Respondiendo a su pregunta le confirmo que para el proceso de transferencia deben estar de acuerdo los dos, es por ello que como requisito indispensable y en señal de autorización de ambos se firma un consentimiento previo a la transferencia. Sin este documento firmado por ambos no es posible proceder con la transferencia"25

1. Así mismo, se advierte que, el 29 de septiembre de 2022, el señor Andrés envió un mensaje por whatsapp al doctor Nicolás en el que manifestó que no quería continuar con el procedimiento:

"Doc buenas tardes, le cuento que las cosas ya no pueden ser con Camila ,me voy a separar,

y pues en realidad yo ya no quiero seguir con el procedimiento, he tratado de comunicarme con la sicóloga está semana, pero ha estado muy ocupada. Realmente yo no estoy en condiciones mentales óptimas. Doc tengo que mandar un oficio a Inser para comunicar lo sucedido?”26

1. Ante este mensaje, el profesional respondió lo siguiente:

“Hola Andrés, enterado de la situación, entonces por favor envía mañana a Marcela un correo electrónico en el cual nos dices la situación actual con Camila y que no autorizas la transferencia de los embriones de ustedes por ahora, también se la debes copiar a Camila “27.

1. Sin embargo, la señora Camila 28 y la Clínica Inser29 manifestaron que la revocatoria solo se dio por whatsapp, y en el expediente no hay prueba de que el señor Andrés hubiera enviado un correo electrónico en el que confirmara a la clínica o a su exesposa la decisión de revocar el consentimiento.

1. Tras estos eventos, el 23 de octubre de 2022, la accionante tuvo cita de seguimiento con especialista en psiquiatría30. En la constancia de dicha cita, el médico especialista señaló que la señora Camila tiene antecedentes de depresión y ansiedad ocasionados por la frustración que le causa la infertilidad. Frente a esto, ella sostuvo en la tutela que la situación de incertidumbre en torno a la transferencia de los embriones le generó una carga psicológica acompañada de ansiedad, depresión, tristeza, frustración y estrés.

1. El 23 de noviembre de 2022, el señor Andrés también fue valorado por un psicólogo y fue diagnosticado con un trastorno de ansiedad y preocupación excesiva ocasionado por las

discusiones con su expareja31.

1. Por lo expuesto, el 21 de noviembre de 2022, mediante apoderado, la señora Camila presentó acción de tutela para la protección de sus derechos a la salud en conexidad con la autodeterminación sexual y reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la familia y vida digna. En particular, solicitó que, por ser un caso análogo al examinado en la sentencia T-357 de 202232, se aplique el enfoque de género de la misma manera en que se aplicó en dicha decisión. Adicionalmente, pidió que la Corte adopte medida provisional para que el Instituto de Fertilidad Humana Inser conserve los embriones crio preservados. Las pretensiones de la tutela fueron las siguientes:

"PRIMERA: Que se tutele el derecho fundamental a la salud, en conexidad con los derechos a la autodeterminación sexual y reproductiva y los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la familia y a la vida digna de mi prohijada.

SEGUNDA: Que, en consecuencia, se ordene al Instituto de Fertilidad Humana Inser, que inmediatamente realice la transferencia de embriones, estipulado en el procedimiento y/o servicio denominado "Fecundación in vitro, Ciclo 1 Más Transferencia".

TERCERA: Que se ordene al Instituto de Fertilidad Humana Inser, tener como donante anónimo al señor Andrés, en vista de su retiro de consentimiento, frente al proceso de transferencia de embriones al que se someterá la señora Camila.

CUARTA: Que se ordene al Instituto de Fertilidad Humana Inser, otorgar a la señora Camila la decisión del destino de los embriones sobrantes y existentes que se encuentran crio preservados, después de que la transferencia de embrión sea exitosa, a fin de materializar su

proyecto de vida y ser madre.

QUINTA: Que se advierta a la entidad accionada que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que vulneraron los derechos fundamentales de la accionante, y que se abstenga de asumir conductas vejatorias de sus derechos en futuras solicitudes relacionadas con su proceso de gestación, requerimiento que se efectuará en concordancia con lo que manifiesta el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”33.

Actuación procesal en el trámite de tutela

1. El trámite le correspondió por reparto al Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto. Esta autoridad, mediante auto del 24 de noviembre de 2022, admitió la acción de tutela. En dicho auto, el juzgado decidió no decretar la medida provisional solicitada porque no evidenció motivos de urgencia por los cuales la protección de los derechos de la accionante no pudiera esperar al trámite ordinario de la acción de tutela para obtener una decisión definitiva sobre lo solicitado. Por último, decidió ordenar a los accionados que rindieran un informe sobre los hechos y las pretensiones de la demanda de tutela.

Contestaciones de la tutela

Instituto Antioqueño de Reproducción Humana Inser, Instituto de Fertilidad Humana Inser Eje Cafetero S.A.S. y el Instituto de Fertilidad Humana S.A.S.

1. El Instituto Inser señaló que, una vez se agotó esta etapa de planeación, el señor Andrés fue citado en agosto de 2022 para aportar la respectiva muestra de semen. Así, la clínica explicó que, como la pareja señaló no estar en Bogotá sino en Cartagena, se informó a la señora Camila que no era necesario trasladarse hasta Pereira, que era el lugar donde se tomaría la muestra.

1. La clínica manifestó que, como producto del procedimiento, se obtuvieron cuatro (4) embriones que fueron congelados. También resaltó que, en caso de haber transferido un embrión en fresco, habrían quedado tres (3) más para congelar. Por ello, la clínica explicó que, en cualquier caso, se requería la congelación y almacenamiento de embriones y que esa situación fue ampliamente explicada a la pareja en varias ocasiones. Por lo anterior, el instituto aclaró que los embriones se encuentran crio preservados y almacenados.

1. El Instituto accionado también señaló que, si bien el señor Andrés se presentó en las instalaciones de Inser Eje Cafetero el 26 de agosto de 2022 a dejar la muestra de semen requerida, ni él ni su cónyuge firmaron los contratos y consentimientos para la transferencia de embriones, pese a haberse entregado estos documentos en físico. En tal sentido, indicó que no era claro cuál programa de tratamiento tomarían, pues se habían entregado diferentes presupuestos que incluían varios ítems.

1. Así mismo, el Instituto señaló que solo a través de un contrato verbal se confirmó que la pareja tomaría el programa de un ciclo de fertilización in vitro con ovocitos donados. El 31 de agosto de 2022 se realizó el pago de un anticipo del 50% del valor de dicho tratamiento. También indicó que los días proyectados para cada etapa del tratamiento son una aproximación, ya que puede variar de acuerdo con la evolución del paciente, de ahí que no exista incumplimiento de su parte en términos de programación de los respectivos procedimientos.

1. Por último, la clínica indicó que, el día 29 de septiembre de 2022, el señor Andrés manifestó mediante mensaje escrito de whatsapp que no deseaba continuar con el tratamiento de reproducción asistida. El instituto explicó que lo anterior fue confirmado por la señora Camila en comunicación sostenida vía whatsapp con el Dr. Nicolás el día 5 de octubre de 2022. En tal sentido, el Instituto manifestó que el profesional médico le indicó a la señora Camila que existe la posibilidad de iniciar desde el principio el proceso, con donante de óvulos y semen, y le recomendó comunicarse con el área de presupuestos para actualizar los valores del programa a fin de dar celeridad a su proceso.

1. Con fundamento en lo anterior, el Instituto señaló que no vulneró los derechos fundamentales de la accionante, pues siempre le explicó que para la transferencia embrionaria los dos cónyuges debían firmar el consentimiento de del procedimiento el día de su realización. Pese a eso, señaló que ni la señora Camila ni el señor Andrés se presentaron para realizar dicho procedimiento.

1. Por último, el Instituto indicó que los embriones actualmente se encuentran crio preservados a la espera de la decisión que se adopte en el presente trámite constitucional. Mencionó que, si procedieran a la implantación solicitada por la actora por iniciativa propia, aún en contra de la voluntad del paciente que revocó su consentimiento, se incurriría en una vulneración de los derechos del señor Andrés. A juicio de esta entidad, el señor Andrés es el único facultado para decidir si realiza o no un procedimiento médico, en este caso de reproducción asistida, así como el uso que se dará a su material genético.

Andrés

1. El señor Andrés indicó que suscribió un consentimiento que autorizaba la recolección de

material genético necesario para la fertilización in vitro con ovocitos donados y crio preservación embrionaria, pero que esto no implicó una autorización para la transferencia de embriones ni el uso del material genético. El accionado resaltó que el procedimiento de fertilización in vitro se adelanta en diferentes fases y/o ciclos y que, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2300 de 2014 del Ministerio de Salud, debe firmarse un consentimiento informado en cada etapa. Por tanto, señaló que, en este evento, aunque se autorizó la recolección de material genético, no se consintió a la transferencia embrionaria, entendida esta como el depósito de los embriones en la cavidad uterina.

1. Adicionalmente, el accionado refirió que la decisión de no continuar con el proceso de fertilización in vitro no fue tomada a la ligera ni pretendía afectar los anhelos reproductivos de la señora Camila. Explicó que tomó dicha decisión por diferentes episodios de violencia verbal y psicológica ejercidos por la accionante en contra de él y de una hija que tiene con otra mujer.

1. Por lo demás, el señor Andrés afirmó que dicha decisión fue adoptada en el marco de su autonomía personal y en ejercicio legítimo de su derecho a la libertad individual, la que no puede ser desconocida, sobre todo si no existe un consentimiento informado firmado.

1. Finalmente, el accionado señaló que no afectó de ninguna manera los derechos de la accionante a ser madre porque: (i) eran muy pocas las probabilidades de éxito en el procedimiento de reproducción asistida, y (ii) la señora Camila cuenta con otras alternativas y métodos que le permitirían cumplir dicha finalidad, pero esta vez con óvulo y esperma donado, además de contar con el camino de la adopción.

Médico Nicolás

1. Pese a haber sido notificado en debida forma de la acción de tutela en su contra, no se pronunció.

Primera instancia

1. El 7 de diciembre de 2022, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Control de Garantías de Pasto negó el amparo. Esta autoridad judicial argumentó que el señor Andrés, al desistir de la intención de culminar el procedimiento de implantación, ejerció su derecho a la autodeterminación reproductiva. Además, en su análisis, el juez señaló que la accionante podría iniciar nuevamente el proceso de fecundación in vitro, con óvulo y espermatozoide donados, o constituir la familia deseada a través de otros vínculos como la adopción o la crianza. Por consiguiente, el fallo destacó que la implantación embrionaria reclamada no es la única alternativa viable con la que cuenta la accionante para conformar un hogar.

Impugnación

1. La accionante presentó un recurso de impugnación y solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia. Ella argumentó que esta implantación representa su última oportunidad de ser madre porque las alternativas planteadas son inviables por los impactos psicológicos. Para esto, aportó informes de valoración psicológica con un diagnóstico de trastorno mixto de estrés y ansiedad y estrés postraumático asociados a los procedimientos a los que se ha sometido para ser madre.

Segunda instancia

1. El 7 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de San Juan de Pasto confirmó la sentencia de primera instancia. La sentencia concluyó que existió un acuerdo de voluntades que fue aceptado por las partes involucradas en tanto desplegaron actos inequívocamente dirigidos a que se consumara su objeto. No obstante, para la etapa de la implantación del embrión, el juez observó que debía suscribirse un nuevo consentimiento informado, conforme al procedimiento del Instituto accionado. La autoridad judicial señaló que, como en esta fase el señor Andrés se negó a firmar el consentimiento, debía observarse lo pactado en un consentimiento suscrito para la etapa anterior, cuya cláusula 5ª dispuso que, en cualquier momento antes de la transferencia embrionaria, las partes podían suspender la aplicación de la técnica de reproducción asistida.

1. De otro lado, el fallo resaltó que esta implantación no constituía la última oportunidad de la accionante para ser madre. Además, para el juzgado no existieron indicios que permitieran afirmar que entre la accionante y las accionadas se hubiera generado alguna relación asimétrica que beneficiara al señor Andrés y situara a Camila en un plano inferior por el hecho de ser mujer.

I. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. El asunto llegó a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, que establece la obligación de remitir el expediente de tutela a esta Corporación para su eventual revisión. En auto del 28 de abril de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro escogió el expediente referido para su revisión y, por sorteo, le correspondió a la magistrada Natalia Ángel Cabo la elaboración de la ponencia. El 15 de mayo siguiente, la Secretaría remitió el expediente de la referencia al despacho de la magistrada ponente para el trámite correspondiente.

1. Mediante autos del 23 de junio, 15 de agosto de 2023 y 2 de noviembre de 2023 la magistrada, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decretó de oficio varias pruebas dirigidas a contar con los elementos suficientes para adoptar una decisión. Las respuestas a este auto fueron las siguientes:

Respuestas de Camila y Andrés

1. El 4 de julio de 2023, la señora Camila al auto del 23 de junio de 2023. En primer lugar, señaló que en la actualidad los cuatro embriones se encuentran en el centro Inser y que dicha institución, mediante escrito de 15 de marzo de 2023, le indicó que preservará los embriones hasta que haya un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional. Así mismo, agregó que realizó un pago para la prórroga de la crio conservación de los embriones que está soportado en la factura electrónica de venta FE- Nº 8167.

1. De acuerdo con la accionante, el señor Andrés nunca le dio un aviso personal de la revocatoria del consentimiento y fue notificada de tal decisión por el instituto Inser. Agregó que no sostiene ningún tipo de comunicación con su exesposo.

1. La señora Camila también afirmó que, el 26 de agosto de 2022, el Instituto Inser le entregó tres documentos al señor Andrés. De estos documentos, su exesposo y ella solo firmaron uno. En tal sentido, indicó que no entiende por qué, si desde el 26 de agosto de 2022 no había firma que diera el consentimiento al proceso, la clínica continuó con el procedimiento y la preparó física y psicológicamente para la transferencia de los embriones.

1. Sobre la posibilidad de adoptar, la accionante señaló que no ha contemplado dicha opción porque su sueño y realización como mujer es ser madre gestante. En tal sentido, manifestó que desea “de manera categórica ser quien sienta en [su] vientre el cómo se desarrolla una vida o vidas, el cómo se comparte por ese periodo aproximado de nueve (9) meses un

vínculo que para la mayoría de las mujeres es indisoluble”34. Además, agregó que ya tiene una conexión emocional con los 4 embriones y, por lo tanto, se siente vulnerable psicológica y emocionalmente por la situación de incertidumbre en torno al destino de estos.

1. Finalmente, la accionante mencionó que el 14 de abril del año 2023 presentó una solicitud ante la Superintendencia de Salud, con el fin de que adoptaran medidas provisionales para el cumplimiento del contrato de almacenamiento de los embriones.

1. El 5 de julio de 2023, el señor Andrés envió respuesta al auto del 23 de junio de 2023. En primer lugar, señaló que la relación sentimental que tuvo con la señora Camila estuvo marcada por episodios de violencia psicológica y verbal contra él y contra su hija menor de edad, por lo que tuvo que recurrir a acciones policivas en 2022.

1. El accionado también mencionó que gran parte del procedimiento fertilización in vitro realizado estuvo mediado por la presión de su exesposa. Afirmó que, el día en que realizó la toma de semen, no le explicaron el contenido del contrato ni le advirtieron sobre las eventuales consecuencias físicas, psicológicas, bioéticas o legales en caso de retractación, desistimiento, muerte o separación de las personas involucradas. De esta forma, el accionado sostuvo que el Instituto Inser no brindó un consentimiento informado completo.

1. El señor Andrés explicó que recibe unos honorarios promedio mensuales de tres millones novecientos noventa y dos mil pesos m/cte ($3.992.000), con los que sostiene a su hija y paga sus gastos de alimentación y colegiatura. Por otro lado, indicó que la señora Camila tiene otras fuentes de dinero que le permiten ser una persona solvente.

1. El 13 de julio de 2023, el señor Andrés complementó su respuesta. En primer lugar, explicó

que la accionante no puede referirse a los embriones como sus hijos o sus bebés, debido a que no aportó material genético, como sí lo hizo él. Así mismo, afirmó que la señora Camila le dijo que ya tenía otra persona que podía actuar como donante de esperma y que no usaría los embriones crio preservados si "ganaba" la tutela.

1. El accionado insistió en que la Clínica Inser no cumplió con su deber de informar, explicar y aclarar las dudas referentes a los procedimientos y los consentimientos. De esta forma, considera que la Clínica Inser fue negligente al definir los tiempos, los procesos y los consentimientos, por lo que es la llamada a reembolsar y pagar los daños y perjuicios a la señora Camila.

1. El 14 de julio de 2023, Camila envió un nuevo escrito en el que se pronunció sobre lo dicho por el señor Andrés y la Clínica Inser. En primer lugar, explicó que el accionado mintió, pues ella nunca ejerció violencia en contra de su exesposo y su hija. Afirmó que, por el contrario, fue el señor Andrés quien fue violento en contra de ella.

1. Así mismo, la accionante explicó sus pretensiones en este proceso de tutela. Primero, indicó que quiere que el señor Andrés tenga el estatus de un donante anónimo, lo que significa que en un futuro no buscará exigirle una cuota de alimentos o derechos herenciales o patrimoniales. Además, la señora Camila reiteró que, debido a su edad, esta es su última oportunidad para ser madre, pues la doctrina científica ha establecido que después de los 40 años existe una baja posibilidad de implantación de los embriones crio preservados.

1. La accionante también aclaró que la Clínica Inser incumplió con sus deberes, porque no brindó la información verbal y escrita de los documentos relativos al consentimiento. Además, explicó que el consentimiento informado que les presentaron no corresponde al consentimiento que se debe firmar en este tipo de situaciones. Por otro lado, manifestó que la clínica incumplió con lo que se había pactado inicialmente, esto es, una fertilización en

fresco y no una crio preservación, acuerdo que se reflejó en el único consentimiento firmado por el accionado y la accionante.

1. Por último, la señora Camila mencionó que, el 23 de enero de 2023, suscribió un contrato adicional de prórroga por un año para el almacenamiento de los embriones. Sin embargo, el 15 de marzo de 2023, la Clínica Inser le comunicó la terminación de la relación contractual debido a la revocatoria del consentimiento del señor Andrés, pero no le devolvió lo que había pagado por concepto de la prórroga de la preservación de los embriones.

1. El señor Andrés nuevamente respondió al auto del 15 de agosto de 2023 por medio de escritos enviados el 25 de agosto y el 03 de septiembre de 2023. En sus escritos, anexó las acciones policivas que inició en contra de su exesposa. Por otro lado, el accionado manifestó que el Instituto Inser se contradijo en sus respuestas, pues afirmó que hubo consentimiento sobre el procedimiento, pero, al tiempo, explicó que no es claro cuál era el procedimiento que habían contratado las partes.

1. La señora Camila también envió nuevos escritos el 25 de agosto y 4 de septiembre de 2023. Con los documentos, anexó las pruebas del examen psicológico que le fue realizado y de la forma en que le comunicaron la revocatoria del consentimiento del accionado. De igual forma, la actora manifestó que su firma sí es la que está en el acuerdo, que su exesposo no logró probar la supuesta violencia que ella ejerció en contra de él y que la Clínica Inser incurrió en varias inconsistencias administrativas.

1. El 20 de noviembre de 2023, el accionado envió un escrito en el que se pronunció sobre la intervención de la Red de Estudios para la Sociedad y el Derecho “SinEncierro”. Señaló que dicha institución no tiene las capacidades técnicas o científicas para poder hablar de daño psicológico por violencia reproductiva. Además, reiteró que la señora Camila tiene otras posibilidades para iniciar el procedimiento y que nunca firmó el consentimiento. La señora

Camila también envió escrito en la misma fecha en el que señaló que volver a iniciar un procedimiento de reproducción asistida es muy costoso e implica muchos desgastes en términos de tiempo y esfuerzos. También indicó que, a su juicio, la revocatoria del consentimiento del señor Andrés fue una retaliación porque ella no lo quiso acompañar en un negocio.

1. El 7 de diciembre de 2023, la accionante envió escrito, en el que informó que actualmente cursa ante el Juzgado Primero de Familia de Pasto un proceso de divorcio en el que el demandante es el señor Andrés y la demandada la señora Camila. Por esta razón solicitó que el despacho remita al juez de divorcio el expediente en el que se explique el trámite dado en sede de revisión a la tutela.

1. El 12 de julio de 2023, el médico Nicolás y el Instituto de Fertilidad Humana en Colombia Inser enviaron, por separado, sus respectivas respuestas. En primer lugar, explicaron que los embriones actualmente están crio preservados y almacenados y que pueden estar en ese estado por muchos años.

1. En segundo lugar, tanto la Clínica Inser como el Dr. Nicolás desarrollaron la forma en la que se dieron los hechos. Así, aclararon que el personal administrativo de la clínica se enteró de la retractación del señor Andrés el 29 de septiembre de 2022, y que el accionado se comunicó con el médico tratante vía whatsapp.

1. Particularmente, el médico Nicolás indicó que no es cierto, como afirma la accionante, que la transferencia de los embriones estuviera programada para el día 27 o 30 de septiembre de 2022, pues el 28 de septiembre se realizó una ecografía y por lo tanto la accionante sabía que todavía no se podían transferir. Además, señaló que, en este caso, se obtuvieron 4

embriones que fueron congelados y que los pacientes tenían amplio conocimiento que la posibilidad de éxito con cada transferencia es de un 60% en promedio. Por último, el médico señaló que le informó a la accionante que es posible iniciar desde el principio otro tratamiento, pero le aconsejó que, para dar celeridad al proceso, intentara con la misma donante de óvulos.

1. Por otro lado, la Clínica Inser sostuvo que actuó con la debida diligencia administrativa y que mantiene una posición neutral en este caso. Específicamente, mencionó que todo su personal está capacitado en materia de consentimiento informado y cumplió con todos los requisitos aplicables. De igual forma, explicó que, por regla general, la comunicación y la entrega de información sobre los procedimientos se hace a la pareja, pero que es válido entregar la información solo a uno de los miembros porque ambos conforman para el instituto una sola parte dentro del proceso adelantado. Por lo tanto, indicó que, al entregar la información o documentación al señor Andrés, para entonces pareja de la señora Camila se entendió que ambos tenían conocimiento del contenido de los documentos.

1. Finalmente, el Instituto explicó que la señora Camila contactó a su personal de facturación para realizar el pago de un año de almacenamiento adicional de los embriones, pero que dicho personal no estaba al tanto de que la situación de dicha paciente estuviera resolviéndose en sede judicial. Señaló que el personal no estaba enterado porque querían garantizar la confidencialidad de los datos de las partes involucradas en este caso. En relación con el proceso ante la Superintendencia de Salud, el Instituto Inser señaló que esta se pronunció el 30 de mayo de 2023, respuesta que está publicada en la página de la entidad.

1. En escrito del 03 de septiembre de 2023, el Instituto de Fertilidad Humana Inser Eje Cafetero S.A. explicó las razones por las cuales le fue realizada una ecografía a la señora Camila el 28 de septiembre. Además, reiteró que la revocatoria del consentimiento es un derecho y su ejercicio no requiere ninguna formalidad. Así mismo, en escrito de 10 de

noviembre de 2023, la Institución envió un escrito en el que explicó en detalle qué debería hacer la accionante si vuelve a empezar el procedimiento de reproducción asistida y señaló específicamente cuál fue el servicio contratado. El 20 de noviembre el Instituto Inser envió un nuevo escrito en el que se pronunció sobre lo manifestado por la Red de Estudios para la Sociedad y el Derecho “SinEncierro”. Señaló que la accionante no fue víctima de violencia reproductiva porque también es necesario analizar los derechos del señor Andrés. Además, añadió que no hubo mal manejo administrativo porque la decisión de no continuar con el procedimiento fue consecuencia de la revocatoria del consentimiento y de la ausencia de suscripción del documento de consentimiento informado para la transferencia embrionaria.

1. A continuación, en la siguiente tabla, se presentan las otras intervenciones que fueron allegadas a la Corte en sede de revisión. Por cuestiones de extensión, las intervenciones fueron agrupadas de acuerdo con la naturaleza de la entidad o institución:

Entidades o instituciones

Concepto

Respuestas del Consejo Nacional de Bioética, Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología (FECOLSOG), universidades Externado, del Rosario, de Caldas, del Bosque, de La Sabana y Red de Estudios para la Sociedad y el Derecho “SinEncierro”.

En primer lugar, la Universidad Externado y la Universidad del Rosario señalaron que existe una necesidad de regular el estatus jurídico de los embriones, debido a que hay un vacío legal sobre el tema.

Por su parte, la Universidad del Bosque sostuvo que en la doctrina existen dos posturas. La primera es personalista y afirma que el embrión es vida humana, es persona, y es sujeto de cuidados, derechos y dignidad desde la concepción (desde la fertilización). La otra es gradualista y mantiene que el embrión adquiere un valor moral diferencial en la medida en que completa diferentes etapas críticas en su desarrollo embrionario y fetal y en la adquisición de funciones neurológicas.

El Consejo Nacional y las universidades del Rosario y del Externado señalaron que el embrión tiene una protección jurídica atípica, en la medida en que no se le puede dar la condición de persona, pero tampoco se puede regular por el régimen de protección de los bienes. De esta forma, se impiden prácticas como la manipulación genética, la clonación, la comercialización de embriones, sin que esto implique una equiparación a un sujeto de derechos.

A diferencia de las anteriores instituciones, la Universidad de la Sabana sostuvo que el embrión debe ser considerado como vida humana y, en ese sentido, debe evitarse cualquier manipulación que suponga una contravención a los derechos de la persona. Por consiguiente, explicó que, debido a que el señor Andrés donó su esperma para la creación de unos embriones que deben ser protegidos, estos deben ser transferidos a la señora Camila .En caso de no ser posible, deberán ser transferidos a una madre subrogada.

Las universidades Externado y del Rosario hicieron particular énfasis en los intereses generados alrededor de la autodeterminación reproductiva, discusión que incluye asuntos como la decisión de ser o no padre o madre, la constitución familiar y la estabilidad económica de las partes. La Universidad del Rosario explicó que esta decisión tendrá un importante efecto sobre los derechos de otras parejas infértiles.

El Consejo Nacional y las universidades del Rosario y del Externado también se refirieron a la necesidad de hacer un ejercicio de ponderación, debido a las tensiones entre los derechos

involucrados. La Universidad Externado sostuvo que, en este ejercicio, es importante preguntarse si la accionante tiene otras opciones para ser madre biológica, de forma que pueda gozar de la faceta positiva de su derecho a la reproducción sin afectar la faceta negativa del derecho a la reproducción del señor Andrés. Además, agregó que es importante considerar que la accionante no aportó material genético y que no existe claridad en los hechos sobre el contenido del consentimiento informado, su existencia y la previsión de la disposición sobre los embriones ante posibles conflictos o incluso separación de la pareja. En todo caso, el Consejo recomendó que, si se decide la eliminación de los embriones, debe haber un acompañamiento psicosocial a la accionante; mientras que, si son concedidas las pretensiones de la señora Camila, deberán garantizarse las condiciones para proteger al señor Andrés de las consecuencias de los lazos de paternidad sociales.

Como última consideración jurídica, el Consejo Nacional y las universidades Externado, de Caldas, del Bosque y del Rosario llamaron la atención acerca de la importancia de garantizar el consentimiento informado y de que las partes tengan la posibilidad de ratificarlo en cada etapa de la reproducción asistida. En este punto, es importante mencionar que la Universidad Externado sostuvo que el derecho de revocatoria del consentimiento para la implantación de embriones merece especial atención y tiene limitaciones, las cuales obedecen al respeto por los principios de la buena fe y el abuso del derecho.

Por otro lado, en relación con el aspecto médico, las universidades del Rosario y de Caldas explicaron que, en general, se recomienda transferir embriones antes de los 40 años, ya que por encima de esa edad la mujer tiene mayor riesgo de desarrollar patologías asociadas al embarazo, como son la preeclampsia, la eclampsia, la diabetes gestacional y el retardo del crecimiento intrauterino. Así mismo, después de los 40 años la tasa de implantación de un embrión desciende.

Por otra parte, la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología y las universidades del Rosario y de Caldas explicaron el proceso de obtención de óvulos y fecundación in vitro.

La Federación explicó que la transferencia embrionaria puede realizarse bajo 2 contextos. El primero, como parte del proceso de una fertilización in vitro directa, en el que se transfieren directamente los embriones. El segundo como parte de una transferencia embrionaria diferida, cuando, una vez realizado el proceso de extracción y fertilización, los embriones son congelados (criopreservados) para que posteriormente se prepare a la mujer para la transferencia embrionaria.

En relación con la conservación de los preembriones, la Universidad del Rosario y la Federación señalaron que esta puede darse de forma indefinida, siempre que los preembriones se preserven en condiciones óptimas. Sin embargo, la universidad precisó que es importante tener en cuenta el tiempo de exposición del embrión al crio preservante por el nivel de toxicidad de éste. También, la universidad y la Federación explicaron que, frente a los embriones remanentes, se pueden tomar las siguientes decisiones: (i) conservarlos para futuros procesos de fertilización en la propia paciente o la pareja, (ii) donarlos para procesos de fertilización de otras mujeres, (iii) donarlos para procesos de investigación o (iv) destruirlos mediante su congelación. De acuerdo con la Universidad del Bosque, las personas parte del proceso ostentan la propiedad para la disposición o transferencia consentida de dichos embriones.

La Red de Estudios para la Sociedad y el Derecho “SinEncierro” envió un escrito mediante el cual señaló que permitir la trasmisión del embrión “criopreservado” al vientre de la señora Camila, permitirá destruir las relaciones asimétricas de poder y la violencia reproductiva a la que ha sido sometida la accionante.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social, y de la Superintendencia Nacional de Salud

Por un lado, el 11 de julio de 2023, la Superintendencia Nacional de Salud presentó un escrito en el que respondió a las preguntas planteadas por el despacho. Por otro lado, el 17 de julio

de 2023, el Ministerio de Salud y Protección Social presentó su escrito.

En primer lugar, el Ministerio y la Superintendencia se refirieron a la Resolución 228 de 2020, por medio de la cual se adoptó la política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad, dirigida a fortalecer la calidad en la atención de la infertilidad. En virtud de esta, los prestadores de servicios de salud que realicen intervenciones para la prevención, diagnóstico y tratamiento de la infertilidad, deben cumplir los procedimientos y condiciones de inscripción de los prestadores y habilitación de servicios de salud35.

En segundo lugar, la Superintendencia explicó que, de acuerdo con el Registro Especial de Prestadores, hay 5.287 prestadores que tienen inscrita la habilitación de servicios de Ginecoobstetricia, Obstetricia y Ginecología Oncológica, por lo que podrían realizar los procedimientos de fecundación in vitro y crio preservación de embriones. El Ministerio de Salud aclaró que no existe una norma que determine específicamente las condiciones que rigen la autorización y el funcionamiento de las instituciones dedicadas al desarrollo de tratamientos de reproducción asistida. Por esta razón, debe acudirse a la Resolución 3100 del 25 de noviembre de 2019, que define los procedimientos y las condiciones de inscripción de los prestadores de servicios de salud y de habilitación de los servicios de salud.

Por último, la Superintendencia Nacional de Salud señaló que la realización de los procedimientos de fertilización in vitro está sujeta a la adopción de guías de práctica clínica basadas en la evidencia científica. Señaló que el Sistema Único de Habilitación contiene las condiciones para que los servicios de salud ofertados y prestados cumplan con los requisitos mínimos para brindar seguridad a los usuarios en el proceso de la atención en salud.

Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y Profamilia

El ICBF envió su respuesta el 4 de julio de 2023. En su escrito explicó los requisitos básicos

para adoptar. Según la Ley 1098 de 2006, son: (i) ser plenamente capaz; (ii) tener mínimo 25 años cumplidos; (iii) demostrar la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecerle una familia adecuada y estable a un menor de 18 años; y (iv) tener al menos 15 años más que el adoptable. Así mismo, explicó que pueden adoptar las personas solteras, los cónyuges conjuntamente, los compañeros permanentes conjuntamente (siempre que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años), el guardador al pupilo o ex-pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración, y el cónyuge o compañero permanente al hijo de su cónyuge o compañero (siempre que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años).

Igualmente, el ICBF señaló que las mujeres solteras mayores de 40 años no tienen ninguna restricción para adoptar. Sin embargo, precisó que la recepción de solicitudes nacionales se debe enmarcar dentro de los rangos de edad que establece el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, aprobado mediante Resolución No. 0239 del 19 de enero de 2021. En dicho lineamiento se establece que, dependiendo de la edad del niño, los padres deben tener cierta edad, pero en cualquier caso no se podrá superar la diferencia de 45 años de edad entre el menor y la persona adoptante.

Profamilia manifestó en su respuesta enviada el 20 de noviembre de 2023 que los centros de reproducción asistida tienen el deber de presentar los consentimientos informados antes de que empiece el procedimiento. También señaló que estos documentos deben incluir una cláusula en la que se señale qué hacer en caso de separación. Así mismo, señaló cuál es la diferencia entre fertilización in vitro en fresco y crio preservación, cómo funciona el proceso de búsqueda de donantes y la diferencia entre las nociones de madre genética y madre biológica.

III. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

1. En esta oportunidad, la Sala analiza el caso de la señora Camila, una mujer de 41 años quien, tras no poder quedar en embarazo de forma natural, inició junto a su entonces esposo, el señor Andrés, un procedimiento de fertilización in vitro con óvulo donado en la clínica de reproducción asistida Inser. El proceso inició en enero de 2022. El 26 de agosto del mismo año el señor Andrés aportó su semen para desarrollar el embrión a partir de la fecundación de un óvulo donado. Ese mismo día, la pareja firmó un documento de consentimiento informado en el que ambas partes manifestaron su voluntad de realizar el proceso. Sin embargo, un mes después – es decir el 27 de septiembre de 2022- el señor Andrés manifestó que no deseaba continuar con el procedimiento. Ante la retractación del señor Andrés, la Clínica Inser decidió detener el tratamiento.

1. A partir de las circunstancias descritas, y en caso de que se concluya que la tutela es procedente, le corresponde a la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

En el marco de una fertilización in vitro, ¿vulnera un hombre los derechos fundamentales de su expareja al revocar su consentimiento antes de la transferencia de un embrión que se creó con su material genético y un óvulo donado?

¿Vulnera una clínica de tratamientos de reproducción asistida los derechos fundamentales de una de sus pacientes cuando decide no continuar con el tratamiento de reproducción asistida

antes de la transferencia porque una de las partes no está de acuerdo con dicho procedimiento?

1. Para dar respuesta a estos cuestionamientos, la Corte iniciará con el estudio de aptitud. Luego, y si hay lugar a un estudio de fondo, se analizarán varios temas. En primer lugar, se hará una introducción al concepto de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) y se explicarán de manera general los términos técnicos y las fases de estos procedimientos. En segundo lugar, se estudiará el régimen de filiación, para entender cómo opera el parentesco en las TRA y cuáles son las novedades que aportan estos tratamientos a este concepto. En tercer lugar, se estudiará el derecho a la autodeterminación reproductiva y sus facetas en las TRA, pues es el derecho que ambas partes reivindicaron en esta discusión. En cuarto lugar, y en vista de que el accionado revocó su consentimiento, se abordará el estudio del consentimiento informado, se explicarán cuáles son las características de ese concepto y en qué consiste el derecho a la revocatoria del consentimiento. En quinto lugar, se hará referencia a las controversias judiciales que se han presentado sobre embriones, cuáles son las soluciones que se han dado en el mundo para resolverlas y cuál ha sido hasta el momento la aproximación de la Corte Constitucional colombiana sobre la materia. Finalmente, se abordará el caso concreto.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

1. La Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61 del Acuerdo 02 de 2015.

1. En el presente asunto se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos por la jurisprudencia constitucional por las razones que se explican a continuación. Por un lado, se

cumple con el requisito de legitimación por activa36, pues la señora Camila es la titular de los derechos presuntamente afectados y es quien interpuso la acción de tutela, inicialmente por medio de apoderado judicial -al que otorgó un poder de representación-37.

1. Por otro lado, se cumple con la legitimación en la causa por pasiva. Como se expuso en los antecedentes, la acción de tutela está dirigida en contra del (i) Instituto Antioqueño de Reproducción Humana Inser S.A.S., (ii) el Instituto de Fertilidad Humana Inser Eje Cafetero S.A.S., (iii) el Instituto de Fertilidad Humana S.A.S., (iv) el profesional de la salud Nicolás y contra (v) el señor Andrés. Las personas jurídicas y naturales mencionadas se encuentran legitimadas por pasiva por las razones que se exponen a continuación:

1. Primero, el señor Andrés fue quien manifestó que no daba su consentimiento para continuar con el proceso de transferencia de los embriones y el Instituto de Fertilidad Humana S.A.S. fue quien se negó a continuar con el proceso a raíz de la manifestación hecha por el señor Andrés. Además, esa entidad es una persona jurídica particular que presta actividades vinculadas al servicio público de salud, y la controversia planteada surge por la aplicación de tratamientos de reproducción asistida. En sentido similar, el profesional Nicolás fue quien siguió el procedimiento en el que participaron las partes y a quien la accionante le atribuye varias omisiones en torno a la prestación del servicio médico.

1. Segundo, en caso de prosperar las pretensiones planteadas en la tutela, los tres accionados estarían en la posibilidad de ejercer las acciones dirigidas a restablecer los derechos de la accionante y/o se verían afectados por las órdenes a proferir. Sobre este punto, se advierte que, aunque la acción de tutela está dirigida en contra del Instituto Antioqueño de Reproducción Humana Inser S.A.S. y el Instituto de Fertilidad Humana Inser Eje Cafetero S.A.S., en realidad se trata de una misma accionada pues ambas son sucursales de la misma persona jurídica: el Instituto de Fertilidad Humana S.A.S. (Inser), entidad representada jurídicamente por el señor Carlos Andrés González Vásquez. Así, las tres accionadas constituyen un solo centro de imputación jurídica y, por tanto, de ahora en

adelante se hará referencia general solamente a la actuación del Instituto Inser.

1. En tercer lugar, la demandante se encuentra en una situación de indefensión frente a los accionados. La revocación del consentimiento por parte del señor Andrés y las actuaciones de la Clínica Inser y del doctor Nicolás dejaron a la señora Camila sin la oportunidad de expresar su desacuerdo con la revocatoria. En efecto, la clínica simplemente informó a la accionante sobre la decisión tomada por el accionado, y no le garantizó ninguna posibilidad efectiva de participar en ese proceso de revocación del consentimiento, el cual afectaba directamente sus derechos y su bienestar personal.

1. En cuanto al requisito de inmediatez, la Corte observa que también se cumple. En efecto, al analizar el expediente, se observa que el primer hecho que generó la presunta vulneración de los derechos de la accionante, esto es, la revocatoria del consentimiento del señor Andrés, tuvo lugar el 27 de septiembre de 2022 y la tutela fue presentada el 21 de noviembre de 2022, es decir, menos de dos meses después.

1. Finalmente, se cumple con el requisito de subsidiariedad porque la señora Camila no cuenta con un medio eficaz para plantear sus pretensiones. Aunque la accionante podría acudir a un medio judicial ordinario para solicitar la transferencia del embrión – como un proceso civil declarativo, por ejemplo- lo cierto es que dicho medio no sería eficaz pues, en este caso, tiene vital importancia que la decisión definitiva se tome en un periodo de tiempo corto. En efecto, como lo sostiene la jurisprudencia de la Corte38, en los escenarios de tratamientos de reproducción asistida, esperar a que se resuelva un proceso ordinario podría generar en un perjuicio irremediable en los derechos reproductivos de la accionante.

1. Además de lo anterior, se observa que: (i) la accionante elevó una petición ante la Superintendencia de Salud, pero en dicha entidad solo le enviaron una respuesta formal; y (ii) el presente caso suscita una controversia relevante para los derechos fundamentales -especialmente los derechos asociados a la autodeterminación reproductiva-, lo que justifica

un pronunciamiento por parte de la Corte en esta materia.

1. Una vez establecida la competencia de la Sala para resolver de fondo el presente asunto, se procede al análisis de la presente acción de tutela.

3. Análisis de Fondo

3.1 Las TRA y sus conceptos esenciales

1. Para poder abordar con más claridad los problemas jurídicos que plantea el presente caso, en este acápite se explicarán, en términos generales, las diferentes modalidades de las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA) y se harán algunas precisiones necesarias para entender su funcionamiento. Esto es importante, pues ayuda a comprender mejor las repercusiones físicas y las problemáticas asociadas a la aplicación de estas técnicas, cuestión que es relevante para el análisis del presente caso.

1. En sentido estricto, las TRA son el conjunto de métodos biomédicos que permiten facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales que conducen a la procreación humana39. Así mismo, estas técnicas se pueden definir como todas aquellas que sustituyen una o más fases del proceso de reproducción que se inicia a partir de las relaciones sexuales40. En Colombia, las TRA están definidas en el artículo 2 de la Ley 1953 de 2019, en el que se establece que son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

1. Las TRA pueden ser intracorpóreas o extracorpóreas41. Los tratamientos intracorpóreos

son aquellos en los que la fecundación del óvulo por el espermatozoide se da en el aparato reproductor femenino42 y están clasificados en: la inseminación artificial (IA)43, la inseminación intrauterina directa44 (IIUD); la inseminación intraperitoneal45 (IIP), y la transferencia intratubárica de gametos46 (Gamete Intra- Fallopian Transfert, GIFT por sus siglas en inglés).

1. Las TRA extracorpóreas, por su parte, son aquellas en las que la fecundación se da por fuera del aparato femenino47. En estos métodos se obtiene un embrión que después es transferido al útero de la mujer y, por lo tanto, existe la posibilidad de que esta transferencia no se lleve a cabo en el útero de quien donó el óvulo sino en el de otra mujer. Estas TRA están clasificadas en la fecundación in vitro (FIV), y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (Intra-Cytoplasmatic Sperm Injection, ICSI por sus siglas en inglés).

1. Tanto en las TRA intracorpóreas como en las extracorpóreas el procedimiento puede ser autólogo o heterólogo48:

– Autólogo: es aquel en el que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la TRA. Es decir, se da cuando quienes desean ser padres son los donantes del material genético utilizado en el procedimiento.

– Heterólogo: es aquel en el que cualquiera de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja. Así, en los procedimientos heterólogos, quien aporta el material genético no es necesariamente quien tiene la voluntad de emprender el proyecto parental.

1. En Colombia, el artículo 2º del Decreto 1546 de 1998 definió al donante heterólogo como

la persona -anónima o conocida- que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción. Así mismo, definió al donante homólogo49 como la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.

1. La fertilización in vitro es la técnica más utilizada en la actualidad50 y es el tratamiento que representa, por regla general, a los procedimientos extracorpóreos. Esta TRA se puede definir como aquella que sucede por fuera del cuerpo de la mujer y que consiste en unir espermatozoides y ovocitos para producir la fecundación de los gametos51. Para entender las repercusiones de este procedimiento y cómo afecta a quienes participan en él, se explicarán de manera sucinta sus etapas y desarrollo52:

a. Primera etapa: hiperestimulación ovárica o superovulación. En este punto la mujer que va a aportar el óvulo toma medicamentos para estimular sus ovarios y producir muchos óvulos maduros a la vez. Estos medicamentos se administran mediante una inyección durante 8 a 14 días. Cuando los óvulos llegan a un tamaño determinado se inicia el proceso de maduración con una inyección de la hormona hCG. La extracción de óvulos sucede 36 horas después de la inyección.

a. Segunda etapa: extracción de óvulos (aspiración folicular). Este es el proceso quirúrgico utilizado para extraer los óvulos de los ovarios para que puedan ser fecundados. Este procedimiento ambulatorio se realiza bajo anestesia (sedación) y normalmente involucra: (i) insertar una sonda de ecografía por la vagina para ver los ovarios; (ii) insertar una aguja a través de la pared de la vagina hasta los ovarios; (iii) realizar una succión para extraer los óvulos de los ovarios a través de la aguja.

a. Tercera etapa: fertilización. En este punto, se hace uso de la muestra de semen (de la pareja o del donante) en el laboratorio. Si los espermatozoides están sanos53, se colocan en una cubeta junto con el óvulo y se dejan en una incubadora (fertilización in vitro) o, en el

caso de que estén alterados se procederá a inyectarlos directamente dentro del óvulo (ICSI). Se observa el desarrollo embrionario en el laboratorio y los embriones obtenidos se transfieren al útero (generalmente 3 a 5 días después de la extracción).

a. Cuarta etapa: transferencia embrionaria. Proceso en el cual se inserta un catéter largo y fino a través de la vagina hasta el útero y se inyecta el embrión dentro de la cavidad uterina. Después de 10-12 días de la transferencia se solicita la prueba de embarazo para determinar si hubo implantación (es decir, si el embrión se inserta en la membrana que recubre el útero y se logra el embarazo).

1. Los procedimientos de FIV pueden ser de transferencia en fresco, es decir, que se transfieren pocos días después de la fecundación, pero también es posible congelar los embriones para hacer la transferencia del embrión en una fecha posterior (criopreservación). Esto suele hacerse cuando los embriones frescos no se implantan o cuando una mujer quiere conservarlos para quedar embarazada en el futuro. La implantación de los embriones vitrificados se programa según el ciclo de ovulación de la mujer o persona que los va a gestar (en ciclo natural), o, también, dicha persona puede recibir medicamentos con estrógeno y progesterona para preparar el endometrio (la membrana que recubre el útero) para la implantación. A este último se le llama ciclo de preparación endometrial artificial o sustituido.

1. Durante los 7 primeros días de fecundación y antes de que se dé la implantación se habla de preembrión. Después del proceso de implantación y la formación del disco embrionario se habla de embrión54 (esta distinción, sin embargo, no se adoptará a lo largo de esta sentencia, pues se utilizará indistintamente el término de embrión para referirse a los óvulos fecundados).

1. Por último, resulta conveniente abordar el término de madre o padre biológico, que

también es empleado en estos contextos. En cuanto a los hombres, por regla general se puede decir que el padre biológico será aquel que donó los gametos y padre civil será quien decide asumir la filiación55. En lo relativo a las mujeres, la distinción es menos evidente. Un sector de la doctrina56 distingue entre la maternidad genética (que se define por la aportación del óvulo); la biológica (que se caracteriza por adelantar en su propio útero el proceso de gestación) y la maternidad legal (en la que se asumen los derechos y obligaciones propios de la filiación materna de acuerdo con la ley). Sin embargo, hay otras posturas que establecen que la madre biológica es la donante del gameto femenino. En esta sentencia, para efectos de claridad, se acogerá la distinción entre mujer gestante (quien adelanta el proceso de gestación), madre genética (aportante de gameto femenino) y madre civil (quien quiere asumir los efectos derivados de la filiación).

1. Con las precisiones anteriores se puede entender mejor cuáles son las repercusiones de las TRA en el cuerpo de las personas, cuánto tiempo pueden tardar y cuáles son las diferentes modalidades y conceptos relevantes. Con estas ideas ya aclaradas, la Sala procederá a estudiar algunas de las problemáticas jurídicas que plantea el presente caso.

3.2 La filiación en el contexto de las TRA

1. En este caso, la accionante mencionó que quiere asumir sola la filiación de las personas que eventualmente nazcan de los embriones. El accionado, por su parte, manifestó que no desea ser padre y que tiene el derecho a que no se utilice su material genético para fines de procreación. En ambas posiciones están en juego los derechos de poder asumir o no el parentesco, pero las partes tienen nociones diferentes de lo que tal relación implica. Por esta razón, en el siguiente apartado, se examinará la definición del derecho a la filiación, las formas cómo surge la filiación (fuentes de filiación) y cómo se ejerce la filiación en el marco de las TRA.

1. Desde un punto de vista gramatical, la filiación se define como la procedencia de los hijos o hijas respecto de sus padres57. La Corte Constitucional la ha definido como "el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo(a) y otra el padre o la madre del mismo"58 o "la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado"59. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la filiación es un vínculo jurídico y, por lo tanto, la ha definido como un reconocimiento legal "en virtud del cual a una persona se le tiene como madre o padre de otra, debido al parentesco que bien puede tener origen biológico o no"60. En el mismo sentido, de acuerdo con la doctrina, la filiación es "un estado jurídico, un estado social, y un estado civil"61, y también puede ser definida como:

"un vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, y que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida"62 .

1. La Corte ha establecido que la filiación es un derecho fundamental, en la medida que se relaciona con "el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros"63. En ese sentido, esta corporación ha señalado que este derecho está ligado a la protección de otros derechos como la dignidad64, el libre desarrollo de la personalidad65 y el estado civil66.

"[m]iradas las cosas a la inversa, también es de interés de los progenitores establecer jurídicamente que en efecto gozan de esa condición respecto de determinada persona, no solamente para los fines de cumplir con sus propias obligaciones sino por la natural inclinación a brindar a sus hijos cariño y apoyo, y aun para definir igualmente los derechos

que la ley les otorga sobre la persona y el patrimonio de aquellos, tales como la patria potestad67".

1. Entonces la filiación es un derecho relacionado con la certeza jurídica, en la medida que pretende garantizar que, tanto hijos como padres, tengan seguridad sobre sus relaciones de parentesco y puedan ejercer los deberes y derechos derivados de estos vínculos. El derecho de filiación para el hijo es el derecho a establecer su estado civil y definir si puede o no exigir los derechos que se derivan de esta condición. En el caso de los padres, el derecho a la filiación es la garantía de establecer con certeza si le son o no exigibles las obligaciones o derechos propios del parentesco.

1. De hecho, para efectos de proporcionar certeza sobre el parentesco, la legislación colombiana previó una serie de presunciones, acciones y medios de prueba. Así, por ejemplo, según el artículo 213 del Código Civil, el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad68. De la misma manera, el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el marco de dicho vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes69. Sin embargo, es importante destacar que el Código Civil reguló realidades familiares y sociales de hace mucho tiempo, y por lo tanto en la actualidad sus disposiciones no permiten dar respuestas a muchas de las dudas y discusiones que surgen sobre la filiación.

1. Ahora bien, además del contenido de este derecho, y de las presunciones anotadas, es importante entender cómo, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, surge la filiación o, en otros términos, cuáles son las fuentes de filiación reconocidas por la ley. Esto es relevante porque permite entender que el vínculo biológico no es el único y es necesario para entender los diferentes contextos en los que se puede generar el vínculo de parentesco.

1. Originalmente, la Corte Constitucional estableció que la filiación podía clasificarse entre matrimonial, extramatrimonial o adoptiva70. Sin embargo, a partir de lo propuesto por un sector de la doctrina71 y del análisis de la jurisprudencia de la Corte, se puede decir que en la actualidad hay nuevas fuentes de filiación y que el ordenamiento jurídico colombiano hoy reconoce las siguientes: (i) la procreación; (ii) la ley; (iii) la filiación "de hecho" y (iv) el consentimiento.

1. La primera fuente de filiación es la procreación. La filiación por procreación es aquella que surge por la procreación entre humanos. Según este concepto, la filiación surge por el vínculo genético y, por lo tanto, el elemento biológico es el determinante. Es la manera tradicional de concebir la filiación y el ordenamiento colombiano da cierta preponderancia a este factor72.

1. Sin embargo, desde hace varios años la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que lo genético no puede ser un elemento definitivo para entender la filiación73. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia mencionó, en una sentencia en la que se declaró que un hijo extramatrimonial tenía derechos patrimoniales en la sucesión de su padre, que "no puede olvidarse que los conceptos de padre, madre e hijo, hunden sus raíces en definiciones eminentemente culturales, antes que biológicas"74 .

1. La segunda fuente de filiación es la ley, y se presenta, por ejemplo, en los casos de adopción. Así, el artículo 61 del Código de la Infancia y Adolescencia establece que la adopción es una medida de protección a través de la cual, bajo la estricta vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paternofilial entre personas que no la tienen por naturaleza. Sobre esta posibilidad, la Corte Constitucional ha señalado que la adopción permite que personas que no quieren o pueden ser padres biológicos logren serlo de manera civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una

familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc.75.

1. La tercera forma de filiación es la que se establece de hecho. Esta forma de filiación se refiere a la figura de los hijos de crianza, es decir, a los casos en los que la filiación surge a partir del reconocimiento de una relación de solidaridad, cuidado y cariño que se desarrolló con el tiempo.

1. Este fenómeno no es reconocido por la ley en Colombia, pero la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto. En efecto, en sede de tutela, la Corte, al analizar los derechos fundamentales de las familias de crianza en casos particulares, ha aceptado estos modelos como fuente de parentesco a partir del concepto de "filiación social"76.

1. Del recuento anterior se puede concluir que, en efecto, la filiación no es una estructura monolítica, estática e inalterable, sino que, por el contrario, evoluciona con las dinámicas sociales y la cultura. Figuras como el parentesco y la filiación se va formando a medida que se van construyendo nuevos modelos de familia.

1. Por tanto, para analizar el derecho a la filiación, se debe tener en cuenta que el parentesco puede estar fundamentado en varios criterios que se deben analizar en conjunto para justificar el eventual surgimiento de deberes y obligaciones. A partir de estas consideraciones se analizará cómo surge la filiación en el contexto de la reproducción asistida.

La filiación el contexto de las TRA

1. La filiación por consentimiento es aquella que predomina en el contexto de la reproducción asistida. Como su nombre lo expresa, es aquella que se configura cuando las partes expresan su voluntad de querer asumir la filiación. Se diferencia de la filiación social pues en aquélla el paso del tiempo y el contexto en el que surge la relación es determinante para que se materialice. En cambio, en la filiación por voluntad, el hecho de que una persona haya asumido el cuidado de otra no resulta determinante, sino que lo relevante es el consentimiento explícito para asumir la filiación.

1. Esta forma de filiación fue reconocida en el ordenamiento jurídico colombiano desde hace varios años. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "el consentimiento es uno de los factores que la ley toma en consideración para efectos de fijar la filiación"77 y que el artículo 239 del Código Civil -que somete a la voluntad de los padres y los hijos la legitimación de estos cuando el matrimonio no los ha legitimado ipso iure- es una muestra del papel que juega el consentimiento en la figura de la filiación78.

1. La Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado sobre la relevancia de la filiación por consentimiento en las TRA. Así, por ejemplo, en un caso sobre el reconocimiento de un hijo extramatrimonial en una sucesión, afirmó que "en la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolucionan y se popularizan los avances de la reproducción asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación (…)"79.

1. En la mencionada decisión, la Corte Suprema de Justicia señaló que el principio de la responsabilidad en la procreación es el deseo de asumir la responsabilidad derivada del nacimiento de una persona. En ese sentido sostuvo que es un fenómeno que merece tutela jurídica, pues supone una noción de la filiación en la que el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil80.

1. La Corte Constitucional también ha resaltado la relevancia del consentimiento en el contexto de las TRA. Así, por ejemplo, en la sentencia T- 357 de 2022 -que es la primera decisión de esta Corporación que aborda una disputa por el destino de los embriones en Colombia y cuyo contenido se recogerá más adelante en esta providencia-, la Corte señaló que la voluntad de ser padre o madre en las TRA es la que define la filiación, incluso cuando no existe duda alguna de que la relación genética se establece con otra persona. En la mencionada sentencia, la Corte indicó que "se superpone entonces el deseo de ser padre o madre mediante el uso de técnicas de reproducción asistida a la relación consanguínea con el donante que no tiene voluntad alguna de emprender un proyecto parental"81.

1. En suma, se puede decir que la filiación por consentimiento es esencial para entender el parentesco en las TRA. Sin embargo, la Sala considera necesario analizar la filiación por consentimiento en un escenario particular de la reproducción asistida: en los casos de inseminación heteróloga (en los que el embrión no tiene vínculo genético con uno o ambos padres). Es esencial hacer esta consideración especial, no sólo porque es la hipótesis en el presente caso, sino también porque permite entender el valor que se le debe dar a la voluntad en las disputas por el destino de los embriones.

1. En efecto, en los casos en los que hay un donante el vínculo de filiación no solo está asociado al factor genético sino a la voluntad de emprender un proyecto parental. Entonces, aunque por regla general la fuente de filiación en las TRA es la voluntad, en las inseminaciones heterólogas esto cobra aún más relevancia. La filiación adquiere un matiz particular, pues el parentesco surge de la voluntad de iniciar un proceso que permite, así sea parcialmente, experimentar algunas de las sensaciones propias de la procreación natural.

1. Se puede entonces decir que estas técnicas son un mecanismo que permite ampliar la posibilidad de procreación a las personas que, por razones de diferente tipo, se les dificulta tener hijos (como, por ejemplo, personas con infertilidad, personas sin pareja, mujeres de edad avanzada, parejas del mismo sexo). De hecho, la Corte, frente a esto, mencionó que

“los TRA permiten disociar la procreación y la sexualidad y, por esa vía, ofrecen mayores alternativas para aquellas personas cuyas relaciones sexuales no pueden conducir a un embarazo”82.

1. De hecho, la prevalencia del criterio genético como factor determinante en estas disputas sobre filiación ha tenido varias críticas. Por ejemplo, el Comité Director del Consejo de Europa sobre Bioética recomendó que la decisión final sobre el destino de los embriones recayera en las dos personas que iniciaron el proyecto parental, incluso si el embrión no había sido creado con sus propios gametos83. En el mismo sentido, desde una perspectiva doctrinaria se señaló que:

“la desvinculación entre filiación jurídica y genética que las TRA hacen posible, debe permitir priorizar el consentimiento a la disposición de los preembriones prestado por las personas que autorizaron su generación en el marco de un proyecto parental común, con independencia de su aportación genética”84.

1. Por tanto, en los casos en los que las partes que participaron en el procedimiento de reproducción asistida heteróloga no estén de acuerdo sobre una decisión concerniente al tratamiento, se deberá realizar un análisis de los derechos de las partes en juego que vaya más allá del vínculo genético que existe con el embrión. Dicho examen deberá partir de un análisis ponderado y global que tenga en cuenta, entre otras cuestiones, el estado del proceso y la situación social, cultural, psicológica y física en la que se encuentran quienes intervienen en él.

1. Con lo anterior se concluye entonces que la fuente de filiación en las TRA – sobre todo en la inseminación heteróloga- es el consentimiento o la voluntad. Como ya se señaló,

tradicionalmente el derecho a la filiación en los padres o madres se concibe como la garantía que estos tienen de poder establecer con certeza si le son o no exigibles las obligaciones o los derechos propios del parentesco. Por tanto, el derecho a la filiación en las TRA es el derecho: (i) de quienes aportan su material genético a tener la certeza de poder decidir si no quieren generar obligaciones propias del parentesco, y (ii) de quienes quieren emprender el proyecto parental a que se respete su voluntad de querer asumir las obligaciones propias de la filiación, así no hayan aportado su material genético.

3.3 Las dimensiones de la autodeterminación reproductiva en las TRA

1. En este caso la discusión surgió porque, por un lado, la accionante reclamó su derecho a ser madre gestante y, por el otro, el accionado reivindicó su derecho a no ser forzado a procrear. En ambos casos el derecho que está en juego es la autodeterminación reproductiva. Por esta razón, en este apartado se analizará el contenido de este derecho y las dimensiones que adquiere en el marco de las TRA.

1. Según la Corte Constitucional, la autodeterminación reproductiva es un derecho fundamental85 que consiste en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como el acceso a los medios y a la información para hacerlo86.

1. La Corte señaló en varias ocasiones que el derecho a la autodeterminación reproductiva está fundamentado en el artículo 42 de la Constitución Política que consagra el derecho a la familia y el derecho de los individuos y las parejas a decidir libremente el número de sus hijos87. Es decir, la jurisprudencia constitucional estableció que el derecho a la autodeterminación reproductiva se funda en la libertad para poder decidir cómo se quiere configurar una familia y si una persona quiere o no tener hijos. Por esta razón, la Corte consideró que se vulnera este derecho cuando, por ejemplo, se recurre a la coacción para

obtener una decisión respecto del desarrollo de la progenitura88, o cuando se ejerce presión para que una determinada persona tome una decisión relacionada con la posibilidad de procrear.

1. La titularidad de este derecho recae en todos los individuos, sin importar el género o el sexo. Por tanto, la autodeterminación reproductiva "reconoce y protege la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción"89. Sin embargo, la Corte también señaló que los derechos reproductivos tienen una protección reforzada en relación con las mujeres, pues el desarrollo y alcance de estos derechos se definió, en gran medida, gracias a los debates y las reivindicaciones que plantearon las mujeres en torno a la autonomía sobre su cuerpo y a la manera en la que quieren llevar los procesos de reproducción y de gestación90.

1. El derecho a la autodeterminación reproductiva está ligado a otros derechos, como el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, el derecho a fundar una familia91. En efecto, quien decide tener o no hijos toma una decisión en la que determina cómo quiere vivir su vida, sus lazos familiares y su proyección frente al mundo en general. Por lo tanto, este derecho busca garantizar que, en la medida de lo posible, la decisión de tener o no hijos sea la consecuencia de una reflexión interior y la expresión del proyecto de vida de cada persona.

1. A pesar de esto, es necesario precisar que la autodeterminación reproductiva también está relacionada con la salud mental, en la medida que afecta de manera particular las emociones y la situación psicológica de las personas. Esto cobra particular relevancia en las TRA92, pues está demostrado que estos procedimientos pueden generar situaciones de estrés, ansiedad, depresión y conflictos de pareja. En efecto, las repercusiones psicológicas son una preocupación creciente en las TRA y aplican tanto en hombres como mujeres. Así, por

ejemplo, en un estudio realizado por investigadores de la Revista Iberoamericana de Fertilidad en el que entrevistaron alrededor de 197 pacientes se observó que existe:

“una asociación entre el proceso de FIV y la aparición de síntomas como la depresión, hipersensibilidad y hostilidad, así como la utilización de mecanismos de afrontamiento basados en la evitación. En mujeres, especialmente la religión, y una menor búsqueda de apoyo social, en los hombres”93.

1. Entonces, hasta el momento, se puede decir que el derecho a la autodeterminación reproductiva está relacionado con la noción de familia, el libre desarrollo de la personalidad, la filiación y la salud de las personas. Sin embargo, con las TRA han surgido nuevas nociones de familia y filiación, y, con ellas, nuevas dimensiones del derecho a la autodeterminación reproductiva.

1. Una primera faceta de la autodeterminación reproductiva surgida con las TRA es la noción de autodeterminación genética, es decir, el derecho de los y las donantes a decidir cómo se utiliza el material genético propio. En efecto, como ya se señaló en esta sentencia, con la reproducción asistida nació la posibilidad de disociar la procreación biológica del concepto de filiación. Por esta razón, también ha surgido la necesidad de reflexionar sobre el derecho de los donantes de los gametos a decidir si quieren que su material genético se destine a procrear, sin que necesariamente haya un debate sobre la filiación.

1. Dicho de otro modo, en el marco de las TRA, la autodeterminación reproductiva no consiste solo en la decisión de tener o no hijos (en el sentido de querer asumir la filiación), sino también se abre la posibilidad de decidir solamente por el aspecto biológico, esto es, si el material genético propio puede o no ser utilizado para procrear. Así, un donante en un proceso de reproducción asistida -que desde un principio no tenía la voluntad de asumir el parentesco- puede tener el derecho a determinar, en virtud del derecho a la

autodeterminación genética, que no quiere que se utilice su material genético para fines reproductivos.

1. Otra nueva perspectiva al derecho a la autodeterminación reproductiva que se hace evidente con las TRA es el derecho de las mujeres a poder acceder a la reproducción asistida para decidir el momento en el que quieren ser madres.

1. Sobre esto, la Corte ya señaló que, por un lado, el transcurso del tiempo reduce la probabilidad del éxito de los tratamientos de reproducción asistida para las mujeres94 y que, por el otro, hay una tendencia que permite ver que las mujeres están postergando la edad en la que deciden ser madres95. En ese sentido, esta corporación ha señalado que la longevidad reproductiva es un avance relevante para los derechos de las mujeres porque les permite posicionarse con autonomía en su proyecto de vida y en la decisión de ser o no madres. Al respecto, la sentencia T-370 de 2023 señaló lo siguiente:

"En efecto, la disminución en la presión que tienen las mujeres para reproducirse a cierta edad ha permitido que: (i) adquieran mayor autonomía sobre sus cuerpos y su derechos sexuales y reproductivos porque pueden decidir con más libertad en qué momento pueden plantearse la posibilidad de ser madres; y (ii) tener una ventana de tiempo más amplia para desarrollarse, si así lo desean, desde el punto de vista académico, o para ingresar y establecerse en el mercado laboral y, en general posicionarse de la forma que quieren en la sociedad antes de ser madres"96.

1. Por lo tanto, cuando se trata de una mujer que, por su edad o por una condición física particular, cuenta con una menor probabilidad de quedar embarazada, la garantía de poder acceder a las TRA se convierte en un aspecto importante de la autodeterminación reproductiva. Por eso, en algunos casos en los que se resolvieron disputas sobre el destino de los embriones, el elemento determinante para ordenar la implantación del embrión fue el

hecho de que la mujer tuviera una edad en la que ya no tuviera la posibilidad de ser madre biológica97. Por tanto, en el contexto de las TRA, el paso del tiempo y el efecto que este tiene en la posibilidad de que las mujeres puedan aplazar la maternidad debe ser analizado desde una perspectiva de género.

1. En síntesis, este apartado abordó el contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva porque es un punto esencial en las disputas sobre el destino de los embriones. Así, se señaló que es un derecho amparado por la Constitución, incluyendo por el artículo 42 de la Constitución, que protege el derecho de las personas a la familia y a decidir si quieren o no tener hijos. Sin embargo, con las TRA han surgido nuevas facetas de este derecho, tales como: (i) el derecho a la autodeterminación genética, en virtud de la cual las personas tienen la posibilidad de decidir cómo se utiliza su material genético sin que entre en discusión el tema de la filiación; y (ii) el derecho de las mujeres de acceder a las TRA para postergar la decisión de la maternidad si así lo quieren.

3.4 La expresión del consentimiento y su revocatoria en el contexto de la TRA

1. Como quedó expuesto en los antecedentes, el caso que ocupa a la Corte surge de una disputa en donde un hombre manifestó su voluntad de revocar el consentimiento para continuar con el tratamiento de fertilización in vitro, a pesar de que su exesposa sí quería continuar con el procedimiento. Uno de los argumentos del accionado para retractarse fue que, en estricto sentido, él no dio su consentimiento, pues la clínica de reproducción asistida no le informó sobre el alcance y los riesgos de las técnicas empleadas. Por estas razones, en el siguiente punto se analizará la naturaleza del consentimiento en el escenario de las TRA. Así, se examinarán: primero, las características del consentimiento informado en el contexto de las TRA y, segundo, el derecho a la revocatoria del consentimiento en los acuerdos sobre las TRA.

1. El consentimiento, por regla general, es una manifestación en la que se acepta o se niega establecer un vínculo con alguien o algo. En el ámbito jurídico, el consentimiento es un presupuesto de validez del acto jurídico98 y un sector de la doctrina lo entiende como el acuerdo de voluntades para crear obligaciones99. El consentimiento es un requisito para que pueda surgir un acuerdo y lo que determina que a una persona se le pueda exigir el cumplimiento de dicho acuerdo.

1. En algunos casos, la manifestación de consentimiento requiere unas condiciones especiales. Esto sucede, por regla general, cuando la persona que manifiesta su consentimiento decide sobre una situación que implica la afectación de derechos fundamentales propios o ajenos. En este sentido, se requiere un consentimiento especial "en los casos en los cuales, por algún determinado aspecto, se ha de proteger especialmente la autonomía y la libertad del consentimiento que otorga una persona en un evento específico"100. De manera que se puede exigir un consentimiento más riguroso en materias como las intervenciones de la salud, la prestación del servicio militar, la autorización de los padres para dar a un menor de edad en adopción, y también en temas que involucran los derechos a la intimidad y a la propia imagen101.

1. En el contexto de los tratamientos médicos existe el concepto del consentimiento informado, El consentimiento informado es una declaración, comúnmente escrita, mediante la que una persona acepta, de manera libre e informada, someterse a cierto procedimiento médico102. En Colombia la obtención del consentimiento informado, como una obligación médica, se encuentra expresamente consagrada en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 que dispone que:

"[e]l médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que

puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente".

1. En línea con ello, el artículo 2º de la Resolución 13437 de 1991 prevé que el paciente tiene derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que tiene.

1. La Corte definió al consentimiento informado como una garantía, derivada del derecho a la autonomía y a la información, que permite a los pacientes ser informados de manera clara objetiva, idónea y oportuna de aquellos procedimientos médicos a los que se van a someter103. En ese sentido, esta corporación estableció que, en materia de salud, el consentimiento debe ser:

"(i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción; (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos; (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento. Así, en los casos de mayor complejidad también pueden exigirse formalidades adicionales para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito para los eventos en los que la intervención o el tratamiento son altamente invasivos"104.

1. La Sentencia C- 182 de 2016 estudió a profundidad el concepto de consentimiento informado en intervenciones médicas. En dicho pronunciamiento la Corte señaló que (i) la obligación de informar al paciente en todos los casos tiene rango constitucional y (ii) reconoce que el consentimiento informado tiene carácter de principio autónomo. Al respecto la providencia indicó lo siguiente:

“El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que este tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana”105.

1. En ese sentido, la Corte Constitucional indicó que el ejercicio del consentimiento informado también promueve el principio de pluralismo reconocido en los artículos 1 y 7 superiores en la medida “que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico”106.

1. En el marco de las TRA, el consentimiento informado adquiere una relevancia particular porque es la fuente directa de la decisión de adquirir un vínculo de filiación y, por lo tanto, supone la garantía de otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación reproductiva107. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

“La decisión de tener hijos biológicos a través de las técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar, además de cómo se construye dicha decisión es parte de la autonomía de la identidad de la persona tanto en su dimensión individual como de pareja”108.

1. En Colombia no existe un marco normativo que regule los elementos específicos que debe

tener un consentimiento informado en materia de reproducción asistida, pero sí se definió y reconoció que dicho marco es necesario. Así, el Decreto 2493 de 2004109, en su artículo 2, estableció que el consentimiento informado es "la manifestación de voluntad de aquella persona que tiene la calidad de donante o receptor de un componente anatómico, que ha sido emitida en forma libre y expresa, luego de haber recibido y entendido la información relativa al procedimiento que deba practicarse"110. En el mismo sentido, los artículos 16 y 27 de dicho decreto dispusieron que, para el trasplante o implantación de los componentes anatómicos, es necesario que exista consentimiento informado expreso. Ante la falta de regulación, el contenido preciso del formato del consentimiento informado que utilizan los centros de reproducción asistida en Colombia se ha desarrollado a partir de las dinámicas de la autonomía privada y de los pronunciamientos de la jurisprudencia111.

1. En la Sentencia T-357 de 2022 ya citada, la Corte determinó que el consentimiento informado en las TRA, además de ser libre, debe ser cualificado, es decir, se debe basar en una información detallada acerca de la complejidad del tratamiento. La Corte precisó que los acuerdos que se firman al iniciar estos procesos son de doble dimensión- porque son firmados entre las partes y con las clínicas- y recaen sobre materias particularmente sensibles, que tienen la aptitud de incidir en la vida, la intimidad, la libertad, la salud y la familia de las personas. Por tanto, indicó que "en decisiones tan trascendentales en el futuro del ser humano, debe asegurarse que el proceso de toma de decisión se realice con el soporte más informado y detallado posible"112.

1. En concreto, la Corte determinó que el consentimiento informado en las TRA solo es válido cuando los partícipes pueden conocer: (i) el alcance de las técnicas empleadas, (ii) sus riesgos más significativos, (iii) los objetivos específicos del acuerdo, (iv) los derechos y obligaciones que surgen, (v) los efectos derivados de su suscripción y (vi) el modo en que deben resolverse las disputas que puedan sobrevenir.

1. Además de los anteriores requisitos que la Corte estableció en la Sentencia T-357 de 2022,

la Sala enunciará algunas condiciones adicionales que también son necesarias para que el consentimiento informado cumpla su propósito, esto es, informar de manera completa los alcances y los riesgos derivados de las TRA.

1. En primer lugar, se debe señalar que el consentimiento en las TRA, además de informado y calificado, debe ser continuo. Esto se traduce en una obligación para los centros médicos de reproducción asistida de ratificar el consentimiento de los usuarios en las diferentes etapas del tratamiento.

1. En efecto, el consentimiento informado en las TRA no es solamente la firma de un documento en el que los usuarios asumen de antemano todos los riesgos derivados de estos procedimientos. Estos tratamientos suponen la afectación de diferentes factores emocionales, sociales y psicológicos que pueden variar a lo largo del proceso y, por tanto, es equivocado pensar que, desde un principio, las partes entienden y asumen todas las consecuencias y riesgos derivados de los tratamientos.

1. De modo que no se puede entender el consentimiento como un momento único en el que las partes aceptan o descartan todos los riesgos. El consentimiento, sobre todo en contextos como los de las TRA, es un acuerdo que se manifiesta poco a poco, que se expresa de diversas formas, y que solo puede consolidarse cuando los centros médicos comparten la información suficiente para que los pacientes puedan reflexionar sobre su decisión. Dicho de otro modo: en el consentimiento en las TRA la lógica del "todo o nada" debe ceder a la lógica de lo gradual y entenderse, ante todo, como un proceso.

1. El carácter continuo del consentimiento informado no tiene un fundamento normativo, pero sí hay antecedentes jurisprudenciales que permiten concluir que, en algunos procedimientos médicos, es necesario ratificar de manera constante el consentimiento informado. En efecto, la Corte Constitucional colombiana ya ha indicado que en algunos

casos es necesario que el consentimiento informado en materia médica sea persistente. Por ejemplo, en la Sentencia SU-337 de 1999, esta corporación señaló que, cuando los tratamientos médicos se extienden en periodos en el tiempo, existe la "obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión"113. Este concepto fue aplicado en asuntos relacionados con el consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones de asignación o afirmación de sexo y remodelación genital en niños y niñas de corta edad. Frente a esto, la Corte señaló que "el consentimiento debe ser persistente, es decir, reiterado y debidamente reflexionado, y no debe obedecer a meras presiones sociales y de estigmatización sobre los padres"114.

1. En el mismo sentido, la Corte señaló, en un caso relacionado con el derecho a la muerte digna115, que el consentimiento en los procedimientos médicos puede variar según el momento en el que se otorgue.

1. De este modo se puede entender que, si un proceso médico es extendido en el tiempo y tiene la potencialidad de afectar de manera directa los derechos fundamentales de las personas – como en el caso de las TRA-, es necesario que se confirme o renueve de manera continua la expresión de la voluntad. Esto, en concreto, significa que el personal médico está en la obligación de corroborar constantemente que las partes están seguras de sus decisiones y que tienen la información suficiente para determinar con autonomía si quieren o no continuar con el tratamiento. Finalmente, en el marco de las TRA las diferentes etapas que suponen estos procedimientos permiten una verificación persistente del consentimiento.

1. En segundo lugar, es importante señalar que el consentimiento informado también debe advertir sobre las repercusiones psicológicas y emocionales que involucran las TRA.

1. En efecto, las TRA son procedimientos que tienen una importante incidencia en la

existencia y el ánimo de las personas en la medida en que: (i) en muchos casos comportan tratamientos de tipo hormonal; (ii) aluden a una decisión que involucra diferentes dimensiones del ser humano; (iii) presentan porcentajes de éxito, lo que puede suponer la frustración de expectativas de las personas sobre sus proyectos de vida. Por lo tanto, los centros de reproducción asistida deben comunicar a las partes cuáles son los riesgos emocionales, mentales, o incluso relacionales116 que se pueden derivar de un resultado positivo o negativo de estos tratamientos. Como lo señala la doctrina, la necesidad de tomar en consideración la salud emocional de las parejas que recurren a las TRA se convirtió en uno de los grandes retos de estos procedimientos117.

1. De hecho, varios ordenamientos internacionales incluyeron el aspecto psicológico en los consentimientos informados con el fin de garantizar que las personas entendieran verdaderamente las repercusiones de las TRA. Así, por ejemplo, en Suiza, la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée118 (LPMA) establece que antes de la aplicación de una TRA el médico responsable deberá informar a los miembros de la pareja sus implicaciones físicas y emocionales, y ofrecerles asistencia psicológica durante las fases del tratamiento. De la misma manera, en Bélgica119, el Reino Unido120 y los Estados Unidos121, la legislación prevé mecanismos para que las clínicas ofrezcan un asesoramiento psicológico en las TRA. En España, los formularios de consentimiento informado de la Sociedad Española de Fertilidad, al advertir de los riesgos de los tratamientos, señalan lo siguiente:

"Pueden aparecer trastornos psicológicos como síntomas de ansiedad y síntomas depresivos, tanto en el hombre como en la mujer. En algunos casos, pueden surgir dificultades en la relación de pareja (sexual y emocional) y niveles elevados de ansiedad en el periodo de espera entre la aplicación de la técnica y la confirmación de la consecución o no del embarazo, así como ante los fallos repetidos de la técnica"122.

1. Ahora bien, la información de este tipo de riesgos no se limita a la redacción de una cláusula adicional en el documento del consentimiento informado. La Sala reitera que el aspecto psicológico supone un acompañamiento, continuo y pedagógico, que permita a las partes prepararse para las eventualidades de estos procedimientos.

1. En cuarto lugar, se debe precisar un aspecto adicional sobre el consentimiento informado en las TRA: su carácter relacional. Esto significa que, en estos tratamientos, el consentimiento informado no es un documento unilateral en el cual un médico informa al paciente los riesgos del procedimiento. En las TRA el consentimiento es un verdadero acuerdo con derechos y obligaciones para las partes, pues trasciende la esfera individual del paciente e involucra los derechos de los otros participantes en el tratamiento. En ese sentido la doctrina señala:

"el alcance del consentimiento informado en las TRA, cuando este no atiende a la estricta integridad personal, no puede valorarse de manera unilateral sino de manera relacional, esto es, en consideración de los intereses de la otra parte del proyecto parental frustrado"123.

1. De hecho, en la Sentencia T-357 de 2022, la Corte asimiló el concepto del consentimiento informado a un acuerdo contractual. En dicha decisión, señaló que era importante analizar el contenido del consentimiento informado para establecer hasta dónde se debían aplicar los acuerdos pactados. Así mismo, algunas de las disputas por el destino de los embriones a nivel comparado se resolvieron a partir de esta postura contractual (la cual se explicará en detalle en el párrafo 191 de esta sentencia), que le da mayor peso a lo pactado por las partes cuando firmaron el consentimiento informado. Por tanto, en muchos casos, los términos en los que se planteó el consentimiento podrán ayudar a establecer el contenido de las obligaciones de las partes y sus eventuales incumplimientos.

1. A partir de todo lo anterior se puede concluir que el consentimiento informado, en el contexto de las TRA, debe cumplir unos requisitos particulares pues debe ser libre, calificado y continuo. Para adquirir validez, el documento del consentimiento informado debe garantizar que el usuario conozca, como mínimo: (i) el alcance de las técnicas empleadas, (ii) sus riesgos más significativos, (iii) los objetivos específicos del acuerdo, (iv) los derechos y

obligaciones que surgen, (v) los efectos derivados de su suscripción, (vi) el modo en que deben resolverse las disputas que puedan sobrevenir y (vii) las eventuales repercusiones emocionales, físicas y mentales de los procedimientos. Así mismo, para analizar el consentimiento se deberá tener en cuenta que se trata de una manifestación de la voluntad que es de carácter relacional y supone un acuerdo que genera obligaciones para las partes.

b. El derecho a la revocatoria del consentimiento en las TRA

1. El derecho a la revocatoria del consentimiento en las TRA es aquel que faculta a la persona que participa en un proceso de reproducción asistida a decidir que no quiere continuar con el tratamiento. Este derecho permite la retractación y, por tanto, supone la garantía de que a nadie se le puede imponer la continuación del tratamiento y las consecuencias que se pueden derivar de su desarrollo.

1. Como ya se señaló, en materia de TRA en Colombia no hay realmente un marco normativo que regule el consentimiento y, por tanto, no es claro cómo debe operar el derecho a la revocatoria del consentimiento en estos procedimientos. Hasta el momento, solo el Decreto 2493 de 2004 reconoce en su artículo 2º el consentimiento informado en las TRA, y en su artículo 16 la validez de la revocatoria en la donación. Dicha disposición establece lo siguiente:

“la voluntad manifestada por la persona donante en la forma señalada en el presente artículo, prevalecerá sobre la de sus deudos. El donante podrá revocar en cualquier tiempo, en forma total o parcial, antes de la ablación, la donación de órganos o componentes anatómicos, utilizando el mismo procedimiento que utilizó para la donación”124.

1. En consecuencia, en Colombia el derecho a la revocatoria del consentimiento en materia de TRA sí está reconocido, pero sólo para los donantes. En efecto, en la norma no hay regulación sobre la revocación del consentimiento de las partes que quieren emprender el proyecto parental. Sin embargo, de la lectura de la norma citada se puede entender que el ordenamiento reconoce que la revocatoria del consentimiento en estos contextos tiene relevancia.

1. En el ámbito internacional, también se consagró el derecho a la revocatoria de las partes en las TRA. Por ejemplo, el artículo 6 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos establece que, en las intervenciones médicas, el consentimiento debe ser expreso y el usuario podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe una desventaja o perjuicio alguno. Así mismo, el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina establece que se requiere el consentimiento informado de la persona interesada para cualquier intervención en su salud, consentimiento que se puede revocar libremente en cualquier momento.

1. En la jurisprudencia comparada también se ha hecho énfasis particular en la importancia del derecho a revocar el consentimiento en el escenario de la disputa sobre el destino de los embriones. Así, por ejemplo, en Estados Unidos (país en el que se han presentado la mayoría de las sentencias sobre disputas por el destino de los embriones en el mundo125) la mayor parte de la jurisprudencia126 ha decidido no ordenar la transferencia, y el fundamento ha sido el derecho que tienen todos los seres humanos – tanto hombres como mujeres- a no ser forzados a procrear. Así, como ilustración, en el caso Davis vs Davis127 (primer caso por la disputa de los embriones en Estados Unidos), la Corte Suprema de Tennessee dio la razón a la parte que se opuso a la transferencia bajo el argumento de que ninguna persona, en virtud de la autodeterminación reproductiva, debe ser forzada a tener hijos.

1. La revocatoria del consentimiento en las TRA es entonces un derecho reconocido a nivel internacional que opera no solamente para los donantes sino para todas las partes que

intervienen en el proceso de reproducción asistida. Este derecho consiste en la garantía que tiene cada persona de manifestar su voluntad de no continuar con el procedimiento de reproducción asistida y, en esa medida, permite decidir sobre la posibilidad de autorizar el uso del propio material genético, o asumir las consecuencias derivadas de la filiación.

1. La revocatoria del consentimiento guarda una estrecha relación con los derechos a la autodeterminación reproductiva -al que ya se hizo alusión en esta sentencia- y al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el consentimiento en las TRA es determinante y por tanto es necesario protegerlo en las dos formas en las que se expresa: el derecho positivo a procrear y el derecho negativo a no ser forzado a la procreación. La decisión de no tener hijos, ni por la filiación jurídica ni por un vínculo genético, es válida y también debe ser protegida como una manifestación del derecho a la autodeterminación reproductiva.

1. No obstante, también es importante resaltar que este derecho no se puede concebir en abstracto ni de manera absoluta y, por lo tanto, también tiene límites y matices. Por eso, a continuación, se harán algunas precisiones sobre el alcance y los límites del derecho a la revocatoria del consentimiento.

b.1 Precisiones sobre los límites a la revocatoria del consentimiento

1. Como se indicó el derecho a la revocatoria del consentimiento está reconocido y consagrado por el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, no es un derecho absoluto, ajeno a la posibilidad de establecer límites. Por ende, y como una manera de facilitar la resolución de casos en los que estén involucrado este derecho, a continuación, se harán una serie de precisiones sobre la materia.

1. Primera precisión: el derecho a la revocatoria del consentimiento en las TRA prevalece completamente cuando quien se arrepiente de continuar en el procedimiento es la persona que va a resultar embarazada, es decir, la persona gestante128 (que es diferente de la donante de óvulo, en quien la intervención en el cuerpo termina con el momento de la donación y por lo tanto no se encuentra en la misma situación129). En efecto, las TRA para el caso de las personas que asumen la gestación comportan una injerencia directa en su cuerpo y por tanto no hay posibilidad que nadie, diferente a esa persona, decida sobre la continuación del proceso.

1. En otros términos, en los casos de las personas que van a gestar, la decisión sobre continuar o no con el procedimiento recae exclusivamente sobre ellas, pues no se puede forzar a alguien a quedar embarazada. En los casos en los cuales quien se arrepiente es quien donó el material genético (hombre donante de esperma o mujer donante de óvulo), el derecho a la revocatoria del consentimiento no es absoluto y, en dichos casos, sí se debe tener en cuenta la posición de ambas partes y se deberá hacer un análisis ponderado de sus derechos.

1. Segunda precisión: el derecho a la revocatoria del consentimiento sólo se puede ejercer hasta el momento de la transferencia del embrión en el útero de la mujer. En efecto, en el mundo no hay una posición pacífica al respecto y los diferentes ordenamientos han adoptado soluciones distintas sobre el momento hasta el cual se puede ejercer la revocatoria del consentimiento. En Francia130, por ejemplo, se reconoce que cualquiera de las partes involucradas en el TRA puede revocar su consentimiento en cualquier momento anterior a la transferencia del embrión en el útero de la mujer. Por el contrario, en Italia, el consentimiento solo se puede revocar con anterioridad a la fecundación (es decir antes de que se unan los gametos masculinos y femeninos)131, y en Argentina se estableció que el consentimiento informado es un acto esencialmente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión132.

1. En el caso de Colombia, no existe una posición expresamente definida sobre el asunto. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que la importancia del consentimiento en las TRA radica en “la posibilidad fáctica de diferenciar las etapas y el transcurso del tiempo a veces extendido antes de que se produzca la implantación”133. Dicha afirmación se traduce en que el consentimiento de las partes tiene relevancia en las TRA porque se pueden diferenciar las etapas de la fecundación, hasta el momento de la implantación. Como ya se indicó, a partir del momento de la transferencia134 ya no hay relevancia del consentimiento porque en ese momento solo la mujer puede tomar decisiones sobre la gestación, pero en etapas anteriores el análisis es distinto.

1. Se puede entonces concluir que la regla aplicable en Colombia es la siguiente: el ejercicio legítimo del derecho a la revocatoria del consentimiento en las TRA depende del momento en el que este se ejerza. Por un lado, una vez se haya hecho la transferencia de los embriones al útero de la mujer, la decisión de continuar o no con el tratamiento, dependerá exclusivamente de ella. Por otro lado, cuando todavía no se ha hecho la transferencia de los embriones, el ejercicio legítimo del derecho a la revocatoria dependerá de las circunstancias específicas de cada caso. Cuando se presenten controversias en sede judicial, el juez deberá hacer un análisis de la situación fáctica y ponderar los derechos en juego.

1. Tercera precisión: la revocación del consentimiento en las TRA no solo afecta a quien se arrepiente, también afecta a todas las partes involucradas en el procedimiento de reproducción asistida. En efecto, como se señaló anteriormente, el consentimiento informado que se firma en las TRA tiene un carácter contractual o relacional, porque no sólo involucra a la parte individualmente considerada, sino que también afecta de manera indirecta los derechos de las otras partes involucradas en el procedimiento. Por tanto, cuando alguien decide retirarse del tratamiento afecta con dicha decisión los derechos de los demás, y eso debe tenerse en cuenta.

1. Para determinar si la revocatoria del consentimiento en las TRA fue ejercida de manera adecuada, la doctrina y la jurisprudencia internacional proponen acudir a los principios de buena fe y la confianza legítima. En efecto, desde la doctrina colombiana se señaló que uno de los posibles límites del derecho a la revocatoria del consentimiento es la protección de la RESUELVEconfianza que la otra parte ha podido depositar en la invariabilidad del consentimiento de quien luego se opone a la transferencia135.

1. En el mismo sentido, en el conocido caso israelí Nahmani vs Nahmani136 – uno de los primeros en el mundo en el que un juez ordenó la transferencia del embrión- el Tribunal Supremo de Israel tuvo en cuenta el principio de buena fe para resolver el caso concreto. En efecto, la autoridad judicial hizo referencia al principio de promisory stoppel (principio de buena fe en el sistema colombiano) para destacar que el comportamiento del esposo durante años había generado una confianza razonable en la mujer y por lo tanto era legítimo que ella esperara que el acuerdo se cumpliera. En ese sentido, el Tribunal concluyó que la retractación intempestiva del esposo afectó los derechos de la mujer. Es decir, para el juez, en dicho caso, el derecho a la revocatoria del consentimiento no era absoluto, en la medida que el hombre también debía asumir las consecuencias derivadas de la forma en cómo ejerció su derecho.

1. Entonces, los principios de buena fe y confianza legítima pueden ser herramientas importantes para analizar la manera en cómo se ejerce el derecho a la revocatoria en las TRA. Aunque se trata de principios que por lo general se aplican en el ámbito contractual, lo cierto es que también adquieren relevancia constitucional cuando se relacionan con el cumplimiento de acuerdos que afectan derechos fundamentales (como es el caso de los acuerdos en las TRA)137.

1. Así, al analizar estos principios, se deberá examinar. (i) en qué momento se ejerció el derecho a la revocatoria; (ii) la manera cómo se comunicó a la otra parte la retractación; y, (iii) en general, todas las circunstancias del caso que permitan ilustrar si se trató de una

manifestación sorpresiva e intempestiva que afectó de manera desproporcionada unas expectativas legítimas del cumplimiento del acuerdo.

1. Es importante aclarar que los principios mencionados no imponen un límite absoluto al derecho de revocar el consentimiento y, por lo tanto, no determinan automáticamente la orden de la transferencia del embrión. Lo que se quiere resaltar es que la buena fe y la confianza legítima son principios que permiten evaluar si la manera en la que se revocó el consentimiento afectó los derechos de la otra parte involucrada en el acuerdo. De hecho, al analizar estos principios, se abre la posibilidad de que, incluso si no se ordena la transferencia del embrión al útero de la mujer gestante, la persona que no actuó de buena fe y no respetó la confianza legítima al ejercer su derecho de retractación, pueda tomar medidas para reparar los derechos afectados en la otra parte del acuerdo.

En síntesis, este apartado analizó el contenido y alcance del derecho a la revocatoria del consentimiento. En primer lugar, se concluyó que la posibilidad de la revocatoria del consentimiento en las TRA es un derecho reconocido y de suma importancia en el contexto de estos procedimientos, pues está vinculado a otros derechos como la autodeterminación reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, en segundo lugar, se indicó que para determinar el alcance de este derecho se deben tener en consideración diferentes asuntos, a saber: (i) el derecho a la revocatoria del consentimiento de la persona gestante prevalece sobre los derechos de las otras partes en el procedimiento de las TRA; (ii) la facultad de manifestar la revocatoria sólo tiene eficacia hasta antes de la transferencia del embrión, pues después de ese momento la decisión de continuar o no con el embarazo recae exclusivamente sobre quien lo gesta, por ser una decisión sobre su cuerpo; (iii) en el ejercicio de la revocatoria pueden verse afectados derechos de otra persona y, por lo tanto, el juez está llamado a hacer una ponderación entre los diferentes intereses y efectos de la revocatoria en los derechos de las partes.

3.5 Soluciones a las disputas de embriones: la ponderación de los derechos de las partes

1. En el contexto de las TRA la regla general es que quien participa en estos procedimientos puede revocar su consentimiento y decidir no continuar con él. Sin embargo, la decisión de retirar el consentimiento, en muchos casos, puede reñir con la decisión de quien sí quiere seguir con el procedimiento de reproducción asistida o con lo pactado en el contrato o en el consentimiento informado. En estos casos surge la disputa sobre el destino de los embriones en la que se discute si se debe o no proceder a su implantación. A manera de ilustración, y para mostrar los retos que presenta esta materia, en este apartado se recogerán las soluciones que se han propuesto en otros países para resolver estas discusiones y que ya fueron advertidas por la Corte en la Sentencia T-357 de 2022. Por último, se hará referencia a lo establecido por esta corporación en la mencionada sentencia, en la que se ponderaron los derechos de las partes involucradas en un caso de TRA.

3.5.1 Soluciones en derecho comparado

1. En la Sentencia T-357 de 2022 la Corte hizo un recuento de las soluciones que se han presentado en el derecho comparado en materia de las disputas en torno al destino de los embriones. Allí mostró que la jurisprudencia comparada ha propuesto una solución i) contractual, ii) en torno a los intereses de las partes y iii) consensual. A continuación, se hace una breve explicación de cada una de ellas.

1. La solución contractual: una primera aproximación a estos casos implica que, en caso de desacuerdo sobre la destinación de los embriones, luego de la ruptura de la relación de la pareja, deben aplicarse las estipulaciones contractuales, de modo que no es posible que las partes modifiquen unilateralmente su alcance. De acuerdo con esta aproximación, ninguno de los integrantes de la pareja, si el contrato fue claro, puede invocar su derecho a no procrear con el fin de dejarlo sin efecto. Por ejemplo, esta fue la aproximación que aplicó el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso Evans v. the United Kingdom138. En ese

caso, una mujer acudió con su esposo a una clínica de reproducción asistida para realizar un tratamiento de fertilización in vitro. Durante el tratamiento la mujer fue diagnosticada de cáncer y, por tal razón, la pareja decidió fecundar unos embriones con sus óvulos antes de que ambos ovarios les fueran extirpados. Sin embargo, la pareja se separó poco después, el hombre revocó su consentimiento para continuar con el tratamiento y solicitó que los embriones fueran destruidos. Por esta razón la mujer interpuso una demanda para que la clínica le permitiera conservar los embriones. Para resolver el caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que el hombre que se oponía a la implantación tenía el derecho a hacerlo porque las partes lo habían previsto en el consentimiento informado, cuyas estipulaciones eran acordes a la legislación del Reino Unido.

1. En un sentido similar se resolvió el caso Kass v. Kass139, en Estados Unidos. En dicho caso, una pareja de esposos crio preservó cinco embriones fecundados con su material genético. Al hacerlo firmaron un formulario de consentimiento informado en la clínica en el que se indicó que los embriones no podrían ser descongelados sin el mutuo acuerdo de las partes. Para resolver el caso, la Corte de Apelaciones de Nueva York dictaminó que, en los casos de disputas por el destino de los embriones, los consentimientos informados son válidos, vinculantes y aplicables y por tanto sus cláusulas deben mantenerse. En ese sentido, concluyó que no era posible descongelarlos sin que ambas partes estuvieran de acuerdo.

1. La solución a partir de los intereses de las partes: otra aproximación en la que se ha avanzado para resolver los casos de controversias sobre el destino de los embriones ante un desacuerdo de la pareja es la de considerar las condiciones en las que se encuentran ambas partes a efectos de poder ponderar sus derechos. Esto implica reconocer que los acuerdos previos no ofrecen siempre todos los elementos relevantes para la resolución del conflicto y, en algunas ocasiones, es posible no aplicar sus cláusulas cuando se presenta una variación de las circunstancias iniciales. Esta fue la teoría utilizada en el ya mencionado caso Nahmani v. Nahmani en el que el Tribunal Superior de Israel ponderó la afectación de los derechos de ambas partes y concluyó que la afectación en el caso analizado era mayor para los derechos de la mujer porque era su última posibilidad de ser madre biológica. En esa medida, el Tribunal concluyó que era procedente la orden de transferencia del embrión siempre y cuando no se generara una relación de filiación con el hombre de la pareja 140. En el mismo

sentido, en el caso Rebber v. Reiss141, la Corte Suprema de Pennsylvania tuvo en cuenta que la mujer que pretendía la transferencia de los embriones se había sometido a un tratamiento de quimioterapia que la dejó estéril y, por lo tanto, le era imposible volver a fecundar un embrión. En tal sentido, el Tribunal señaló que, hasta que no hubiera una legislación precisa en dicho Estado sobre el tema, se debía considerar la situación de las partes en cada caso.

1. La solución consensual: una aproximación adicional que ha exhibido la jurisprudencia de otros tribunales, es la que exige el consentimiento mutuo para que se pueda ordenar la transferencia de los embriones. Por tanto, una vez producida la ruptura del proyecto parental, esta solución otorga preferencia al acuerdo al que lleguen las partes en el momento de la transferencia de los embriones. Así, si una persona manifiesta no querer continuar con el procedimiento, se le debe dar prevalencia a dicha decisión. Esta aproximación se basa en fundamentos distintos, como el principio según el cual nadie puede ser forzado a procrear y la asunción según la cual los individuos que recurren a las TRA son más proclives a tomar decisiones basadas en sentimientos e instintos que en deliberaciones racionales142. Esta solución fue aplicada, por ejemplo, en la decisión In re Marriage of Witten. En este caso, un matrimonio empezó un procedimiento de fertilización in vitro y logró fecundar unos embriones con el material genético de los dos miembros de la pareja. Sin embargo, se separaron antes de que el tratamiento culminara: la mujer solicitó que le fueran transferidos los embriones y el hombre se opuso a dicha petición. Para resolver el caso, el Tribunal Supremo de Iowa decidió que ninguna de las partes podía utilizar o destruir los embriones crio preservados a menos que la expareja pudiera llegar a un acuerdo mutuo. La decisión de dejar la elección en manos de ambas partes se fundamentó en el hecho de que, para el Tribunal, los dos compartían la misma autoridad para tomar decisiones sobre los embriones.

1. A partir de la exposición de estas soluciones, se puede ver que no existe una sola fórmula para resolver las disputas sobre el destino de los embriones. Lo cierto es que, en la mayoría de los casos, estas disputas no son resueltas a partir de la aplicación estricta y formal de una

sola aproximación, sino por la interpretación en conjunto de todas las soluciones posibles. Así, en general se hace un análisis del contenido de los acuerdos firmados y se le da cierto peso en la solución, pero este análisis también se complementa con el estudio de la situación de las partes y los derechos fundamentales que se pueden ver afectados.

1. De hecho, en Colombia, la Corte Constitucional señaló explícitamente en la Sentencia T-357 de 2022, la cual se pasará a explicar, que para resolver este tipo de casos, es necesario hacer un análisis que combine la solución contractual con la ponderación de los derechos de las partes. En efecto, la Corte, en esa única sentencia que hasta ahora ha abordado específicamente el tema de las disputas sobre embriones, indicó que la teoría contractual era relevante pero no suficiente para abordar estos asuntos, en la medida en que estas situaciones pueden afectar de manera importante los derechos fundamentales de los involucrados y, por lo tanto, era indispensable aplicar un enfoque constitucional. En consecuencia, como se mostrará más adelante, la Corte decidió hacer un análisis que denominó "sui generis" en el que analizó el contenido de los derechos de las partes involucradas y los contenidos de la cláusula contractual143.

1. Esa aproximación que combina un análisis contractual del consentimiento, pero también el análisis de los derechos y la situación en la que se encuentran las partes involucradas es la que, a juicio de esta Sala, y como bien lo señaló la Sentencia T-357 de 2022, debe prevalecer.

1. Esta perspectiva se justifica porque se trata de situaciones en las que median acuerdos que se rigen por la autonomía de la voluntad, pero que también afectan los derechos fundamentales de las partes. En otros términos, es necesario combinar una perspectiva contractual, que tenga en consideración la manifestación del consentimiento y los efectos de la revocatoria, pero también una perspectiva constitucional, que permita entender el alcance que tienen las TRA en los derechos fundamentales de las personas.

1. De hecho, con anterioridad, y en otro contexto, la Corte Constitucional colombiana había ya señalado que, aunque la regla general es que los asuntos contractuales no deben ser decididos por el juez constitucional, es necesario hacer una excepción cuando estos acuerdos involucran directamente la afectación de derechos fundamentales144. En estos casos, el análisis de estos pactos debe también hacerse desde una perspectiva constitucional, esto es, desde una visión que permita examinar la situación en la que se encuentran las partes y evitar que se presenten asimetrías injustas que puedan afectar los derechos fundamentales. En este caso, es claro que los acuerdos de las TRA tienen la potencialidad de afectar derechos fundamentales145 y, por tanto, también se debe hacer un estudio de la situación en la que las partes se encuentran y los derechos fundamentales que están involucrados en los acuerdos.

1. En conclusión, se puede decir que las diferentes soluciones que se han propuesto en el mundo centran su análisis en lo que las partes que se someten a las TRA manifiestan y necesitan. Aunque en algunos casos se le dio prioridad a lo pactado previamente por las partes, en otros se le dio mayor peso a la necesidad de un consentimiento actual de ambas partes y en otros se optó por hacer una ponderación de los derechos e intereses, lo cierto es que todos los criterios son relevantes para poder entender y responder a estos casos en su complejidad. Por tanto, se concluye, a partir del análisis del derecho comparado, que la solución de estos casos debe efectuarse a través de una ponderación que incluya todos los aspectos relevantes en juego: por un lado, los derechos que permiten comprender los componentes sociales, físicos y económicos de la situación en la que se encuentran las partes, pero también los elementos contractuales y los que involucran la manifestación de la voluntad de las partes.

3.5.2 La ponderación de los derechos y la Sentencia T-357 de 2022

1. Ahora bien, como se ha indicado, esta corporación se ha pronunciado en una oportunidad anterior sobre disputas en materia del destino de los embriones ante un desacuerdo de la pareja. En efecto, en la decisión T-357 de 2022 la Corte estudió el caso de una pareja que se había sometido a un proceso de fertilización in vitro, pero, antes de la transferencia del embrión, y luego de que la mujer se había sometido a varios tratamientos en el marco de ese procedimiento, el hombre se arrepintió y revocó su consentimiento. Por lo tanto, a continuación, se hará un resumen de dicha decisión y después se precisarán los aspectos que difieren entre ese caso y el que hoy examina la Corte.

1. En dicha oportunidad, una pareja decidió iniciar un procedimiento de fertilización in vitro a partir del cual resultó un embrión fecundado con el material genético de los dos miembros de la pareja. Sin embargo, la pareja se separó antes de que culminara el procedimiento: el hombre manifestó su deseo de no querer continuar con el procedimiento porque ya había conformado otra familia y la mujer manifestó su deseo de que el embrión fuera transferido a su cuerpo. Sin embargo, la clínica se negó a proceder a la transferencia pues consideró que la retractación del hombre era válida. Es relevante mencionar que las partes habían firmado un acuerdo en el que se dispuso que, en caso de presentarse cambios en la relación de la pareja -separación o divorcio- que originaran un desacuerdo acerca de la destinación de los embriones, la decisión sería tomada por la “madre”.

1. Para solucionar el caso, la Sala Séptima de Revisión indicó en ese entonces que se presentaba una tensión entre, por un lado, el deber de cumplimiento de un contrato que otorgó a la mujer la facultad para decidir sobre el destino de los embriones en caso de separación y, por otro lado, el derecho a la libertad reproductiva de quien se opuso a la transferencia. En ese sentido, la Corte señaló que era una tensión entre dos posturas que se fundamentan en el derecho a decidir sobre la procreación. Sin embargo, también indicó que, en principio, el nivel de afectación del derecho si se llega a obligar a la parte que retiró su consentimiento a procrear es más intenso pues tiene efectos definitivos y permanentes, mientras que, para quien exige que se cumpla el contrato se puede tratar de una afectación tan solo temporal, pues puede intentar ser madre o padre en otra ocasión.

1. Sin embargo, la sentencia también precisó que esa premisa no es absoluta y, para solucionar el caso, se debían tener en cuenta las circunstancias concretas de quien busca continuar con el tratamiento. En ese sentido, frente al caso concreto, destacó que para la accionante la transferencia de los embriones representaba su última oportunidad para ser madre biológica.

1. Así, la sentencia recalcó que, dadas esas circunstancias específicas, la afectación de no seguir con el tratamiento sería también permanente para la mujer como para el hombre. La sentencia también señaló que es necesario adoptar una perspectiva de género que permita identificar el impacto diferenciado que el desarrollo de las TRA supone para las mujeres y, en esa medida, la importancia de conferir un peso especial a sus intereses. Por esta razón indicó que la intensidad en la afectación del derecho a la autodeterminación reproductiva "podrá considerarse mayor si la persona que lo solicita para implantarlo se enfrenta a dificultades para emprender nuevos tratamientos debido a su edad o a las condiciones de salud"146.

1. Con base en la identificación del escenario anterior, el fallo determinó que lo que hacía prevalecer el derecho de la mujer era (i) el hecho de que fuera su última oportunidad de ser madre biológica147, (ii) la existencia de un acuerdo entre las partes en donde se indicaba que, en caso de separación, ella podría decidir sobre la disposición de los embriones, y (iii) la adopción de un enfoque de género en el que se tuvieron en cuenta las repercusiones físicas148 y psicológicas que tienen este tipo de tratamientos en las mujeres.

1. A partir de dicho análisis, la Corte planteó la siguiente premisa para la resolución del caso:

"constituye una restricción grave de la autonomía reproductiva, en su manifestación del derecho a procrear, la interrupción del proceso de fecundación in vitro de naturaleza homóloga cuando la persona que reclama su continuación (i) apoya su pretensión en el

contenido explícito de un acuerdo respecto del cual no se ha indicado ni probado algún hecho que afecte su existencia o validez y que representan la expresión -en varios momentos- de un consentimiento inequívoco y, adicionalmente, (ii) se encuentra en condiciones etarias y de salud que, en la práctica, implican que no tiene más opciones para ser madre biológica".

1. En consecuencia, al desarrollar la anterior premisa, la Corte determinó que la afectación del derecho a la autodeterminación reproductiva de quien busca la transferencia es de alta intensidad, si se tiene en cuenta que: (i) se firmó previamente un consentimiento informado explícito y (ii) que es la última oportunidad de la mujer, en términos de salud, de ser madre biológica.

1. Ese caso, no obstante, tiene algunos supuestos fácticos que difieren del que ahora estudia la Corte, por las siguientes razones:

(i) en esa ocasión, se trataba de un proceso homólogo, es decir que no había un donante porque el embrión fue creado con el óvulo y espermatozoide de la pareja.

(ii) la mujer que interpuso la tutela fue quien aportó los óvulos con los que se fecundó el embrión y por lo tanto su solicitud estaba dirigida a poder ser madre biológica.

(iii) en ese caso, la pareja había firmado un consentimiento informado en el que se indicaba expresamente que, en caso de divorcio o separación, sería la mujer quien decidiría sobre el futuro de los embriones.

1. El caso que ahora se estudia presenta entonces unas condiciones diferentes que las

examinadas por la Corte en aquella oportunidad. En tanto se trata todavía de un tema novedoso y los casos son diferentes, es preciso en esta oportunidad hacer algunas precisiones adicionales a las establecidas en la Sentencia T-357 de 2022, para abordar los casos en los que existan disputas por el destino de los embriones.

3.5.3 Elementos adicionales para abordar las disputas por el destino de los embriones

3.5.3.1. Sobre el análisis para determinar si es la última oportunidad de lograr el proyecto reproductivo.

1. En la Sentencia T-357 de 2022, la Corte indicó que para determinar si es la última oportunidad de la persona para ser madre o padre biológicos, se deben tener en cuenta los factores científicos, como la edad, o si existen enfermedades previas. Si bien esto es esencial, el presente caso muestra que otros elementos, además del científico, son relevantes para determinar si es la última oportunidad de una persona de cumplir su proyecto reproductivo por medio de las TRA. Lo que ilustra el presente caso, es que también es necesario analizar de manera integral la situación individual en la que se encuentra quien quiere someterse a estos tratamientos. Esto implica identificar, en primer lugar, los objetivos que persigue la persona al recurrir a los TRA, ya que el proyecto parental puede variar de un caso a otro149. Además de esto, se debe examinar su historial médico, analizar su capacidad emocional para enfrentar nuevamente los procedimientos, e incluso su situación económica, ya que los mismos pueden traer impactos complejos en la persona. Esto significa, en otros términos, que para determinar si es la última oportunidad de una persona de cumplir su proyecto parental por medio de las TRA no es suficiente considerar la edad o el criterio médico; también se requiere un análisis de otras circunstancias de la persona.

3.5.3.2. Sobre el criterio genético

1. En la sentencia T-357 de 2022 la Corte se enfrentó a un caso de disputa de embriones, en el cual se concedió la transferencia por diferentes razones, pero, en especial, por el hecho de que el embrión tenía material genético de la mujer y era su última oportunidad de ser madre biológica. El caso que hoy analiza la Corte es distinto. Una de las diferencias es que se trata de una inseminación heteróloga, con una donante de óvulo. Es decir que en este contexto, el criterio genético que tuvo en consideración la Corte en la sentencia T- 357 de 2022 no es aplicable a este caso.

1. En consecuencia, como lo deja en claro este caso y como se explicó en las consideraciones de esta sentencia, se puede concluir que el criterio genético no es suficiente para entender la complejidad de la filiación en las TRA, sobre todo en los casos de inseminación heteróloga. Esto lleva a precisar que, en el escenario de la disputa por el destino de los embriones, no es posible basar una decisión exclusivamente en el criterio genético. Por el contrario, es necesario hacer una análisis integral de la situación fáctica, y hacer un ejercicio de ponderación sobre la afectación de los derechos de las partes.

IV. Caso concreto

4.1 Metodología para resolver el presente caso

1. En esta oportunidad, la señora Camila interpuso una acción de tutela en la que manifestó que quiere continuar con el procedimiento de TRA porque es su última oportunidad de ser madre gestante, y debido a que firmó un contrato con la Clínica Inser, a la que atribuye ciertas falencias administrativas. Por su parte, el señor Andrés, ex pareja de la accionante, señaló que nunca dio realmente su consentimiento para que se transfirieran los embriones porque la clínica no le explicó los alcances del procedimiento, y alegó que tiene derecho a

cambiar de parecer en la medida en que no se le puede obligar a ser padre. Se trata, entonces, de un conflicto en el que están en juego los derechos de la señora Camila, que quiere ser madre gestante, y los derechos del señor Andrés, que manifiesta que no quiere que sus gametos sean utilizados para procrear.

1. Ante la complejidad del presente caso, la Sala considera que es necesario integrar los elementos ya expuestos en las consideraciones generales de esta sentencia y proponer una metodología para resolver el problema jurídico. Para ello, en primer lugar, la Sala analizará el contenido del documento de consentimiento informado firmado por las partes en la Clínica Inser. En este punto se verificará si el centro de reproducción asistida presentó un documento explícito de consentimiento informado a las partes que participaron en el tratamiento. En caso de que el documento sí exista, se examinará: (i) si las partes asumieron de manera expresa lo contenido en las cláusulas del consentimiento informado; (ii) si las cláusulas del documento informan de manera suficiente los elementos determinantes del procedimiento; y (iii) si existió una cláusula de retractación del consentimiento, cuál es su alcance y cómo fue ejercida por el señor Andrés.

1. En segundo lugar, se deberá evaluar cómo se afectan los derechos de las partes por la aplicación de las cláusulas del consentimiento informado. En efecto, como se explicó anteriormente, aunque estos conflictos tienen origen contractual, no pueden ser ajenos al examen desde una perspectiva constitucional. Para realizar dicho análisis, la Sala examinará la afectación de los derechos de las partes. Por lo tanto, se hará una ponderación de los derechos de las partes para analizar cuál es el escenario en el que menos se ven afectados derechos fundamentales. En tercer lugar, se estudiará la responsabilidad de la Clínica Inser y del profesional de la salud Nicolás. A partir de este análisis, la Sala determinará si la institución contribuyó, de alguna manera, a la afectación de los derechos de las partes.

1. Así, definida la metodología de análisis, se procede a resolver el caso concreto, en atención a las consideraciones que se plantearon en los apartados anteriores.

4.2 Contenido del acuerdo de consentimiento informado firmado por las partes

1. En este caso, una de las primeras cosas que se observa, y que difiere de lo señalado por el accionado en la contestación de la tutela, es que en este caso la Clínica Inser sí le presentó a las partes un documento de consentimiento informado. Como consta en el expediente, la clínica facilitó un documento denominado "Consentimiento informado para fertilización in vitro (FIV) con o sin inyección intracitoplasmática de óvulos (ICSI) y crio preservación de óvulos"150, en el cual la pareja manifestó que, de manera libre, consciente y expresa prestaba su consentimiento para la utilización de técnicas de reproducción asistida.

1. Como también queda claro en dicho documento, en él consta la firma de ambas partes. Sobre esto el señor Andrés manifestó en la contestación de la tutela que "no existe ni contrato ni consentimiento informado al respecto, ni autorización al uso de su material genético"151. Sin embargo, mediante auto de 15 de agosto de 2023, la Corte le preguntó a él y a la señora Camila si las firmas que aparecen en el documento del consentimiento informado les pertenecían. Ambas partes confirmaron en sus respuestas que, en efecto, cada uno había firmado dicho consentimiento.

1. Ahora bien, el señor Andrés indicó en su respuesta al auto de pruebas enviada el 25 de agosto de 2023 que él no dio su consentimiento porque, aunque sí firmó el documento, no tenía la información suficiente y el documento estaba en blanco152. Es decir, el argumento del señor Andrés es que él no dio su consentimiento para la transferencia de los embriones ya que en realidad no fue debidamente informado. Además, señaló que ese consentimiento era válido solo para la donación del material genético, pero no para la transferencia de los embriones. En vista de lo anterior, la Sala debe establecer si en este caso las partes dieron realmente su consentimiento informado.

1. Como quedó expuesto en esta sentencia, para concluir que hubo un consentimiento

informado de las partes se debe demostrar que estas tenían claridad sobre: (i) el alcance de las técnicas empleadas; (ii) sus riesgos y (iii) los derechos y las obligaciones derivadas del tratamiento. Si bien más adelante se profundizará en el análisis sobre el comportamiento de la clínica sobre la presentación del consentimiento informado, por ahora se examinará simplemente lo relativo al consentimiento de las partes.

1. Así, en relación con la información sobre el alcance de las técnicas empleadas, se observa que en el documento de consentimiento informado sí se incluyó una descripción del procedimiento que se iba a seguir y de sus etapas. Por ejemplo, en la cláusula segunda del documento se explicó que el consentimiento se prestaba para la utilización de técnicas de reproducción asistida con semen de la pareja y con óvulos de donante. En la cláusula cuarta también se señaló que la técnica empleada sería la inyección intracitoplasmática de óvulos (ICSI).

1. Igualmente, se observa que algunas cláusulas del consentimiento informado son explícitas sobre el hecho de que la autorización incluía la transferencia de los embriones. Prueba de ello es que el artículo 7 de dicho documento establece claramente lo siguiente: "[a]utorizo/ Autorizamos y consiento/consentimos la transferencia de un máximo de 2 embriones"153. Así mismo, en un apartado posterior, justo antes de las firmas, se dispone lo siguiente: "AUTORIZO/ AUTORIZAMOS: a la aplicación de los procedimientos de tratamiento y control necesarios para el tratamiento de la Fecundación in Vitro (FIV)/ Microinyección Espermática (ICSI), transferencia de embriones y congelación embrionaria si procede"154.

1. De acuerdo con lo anterior, no tiene cabida el argumento del señor Andrés en virtud del cual no se le informó sobre la naturaleza del procedimiento. En efecto, además de lo consignado en el documento escrito, existen varios indicios que permiten deducir que el accionado tenía la intención inicial de dar su consentimiento, al menos sobre la ejecución del procedimiento. En ese sentido, por ejemplo, el señor Andrés no sólo se desplazó hasta el Instituto Inser en Pereira (cuando se encontraba en Cartagena) para firmar el documento,

sino que, además, accedió a entregar una muestra de su material genético.

1. Por todo lo anterior, se puede constatar que sí existía claridad entre Camila y Andrés sobre elementos esenciales del procedimiento, tales como su naturaleza, las fases que este cubría y la posibilidad de retirar el consentimiento para su realización. En efecto, tanto la Señora Camila como el señor Andrés alcanzaron ciertos acuerdos relevantes relacionados con la recolección de la muestra de semen para el tratamiento, la fecundación de los óvulos con ese material genético y las condiciones de transferencia de los embriones. Sin embargo, como se demostrará a continuación, el documento no incluye varias cláusulas necesarias para considerarse un consentimiento informado suficiente y adecuado.

1. Por ejemplo, en relación con la información sobre los riesgos más significativos, se observa que en el documento no se incluyeron disposiciones precisas sobre los posibles riesgos del tratamiento ni se expusieron los eventuales conflictos que se podían derivar del procedimiento. El documento solo presenta cláusulas en las que se afirma de manera genérica que las partes fueron informadas de todos los riesgos de las TRA. En la cláusula 6, por ejemplo, se indica que "el equipo médico nos ha informado también de los riesgos relacionados con nuestras circunstancias personales"155. Así mismo, en la cláusula 3 consta un numeral en el que se indica que las partes recibieron información sobre "los posibles riesgos que se pueden derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada"156. Dichas cláusulas anuncian de manera general los riesgos, pero no de manera específica o detallada. Además, tampoco está acreditado que lo enunciado en dichas cláusulas sea cierto, pues no hay pruebas de que la clínica efectivamente hubiera informado a las partes sobre dichos riesgos a lo largo del proceso.

1. Otro aspecto que se destaca es que el documento presentado a las partes no contiene disposiciones para resolver disputas por el destino de los embriones entre las partes en caso de separación o fallecimiento de ellas. Es decir, el consentimiento informado no aborda qué sucedería en tales situaciones ni hay evidencia de que la clínica haya informado

completamente a las partes sobre esta posibilidad. Es más, se advierte que la Clínica Inser hizo firmar a las partes el consentimiento informado el 26 de agosto de 2022 y no cuando empezó el procedimiento formalmente, es decir, el 13 de junio de 2022157. Por lo tanto, pareciera que durante dos meses la clínica no informó sobre ninguno de los riesgos derivados del tratamiento a las partes.

1. A partir de las anteriores consideraciones, se puede concluir que el documento de consentimiento informado no contiene suficiente información ni, a lo largo del procedimiento, la clínica le detalló a las partes con precisión los posibles escenarios riesgosos que podrían surgir del tratamiento. Es decir, las partes no estaban completamente informadas sobre la verdadera naturaleza y extensión de los riesgos derivados del procedimiento cuando lo aceptaron.

1. En cuanto a la información sobre el alcance de los derechos de las partes, la Corte constata que, si bien en el documento firmado se enuncian algunos de los derechos y obligaciones que tenían las partes, la Clínica Inser no dio una explicación detallada sobre la manera cómo se debían ejercer. Así, por ejemplo, en lo referente al derecho de revocatoria de las partes, en el consentimiento informado hay una cláusula en virtud de la cual las partes podían suspender, en cualquier momento, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. En términos precisos, el numeral 5 del consentimiento informado establece lo siguiente: "conocemos que en cualquier momento anterior a la transferencia embrionaria puedo/podemos pedir que se suspenda la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y que dicha petición deberá atenderse"158.

1. Es decir que, si bien el documento indica que las partes tienen la opción de revocar su consentimiento, no proporciona ninguna explicación adicional sobre cómo ejercer esa facultad y sobre cuáles eran los derechos asociados o las posibles consecuencias de realizarlo. Además, no se observa que la clínica haya detallado esta información en el documento o en algún otro momento posterior a su entrega.

1. En suma, sobre este primer punto del análisis, la Sala concluye que el centro de reproducción asistida no presentó un documento explícito de consentimiento informado a las partes que participaron en el tratamiento. El consentimiento informado entregado no contiene información suficiente, pues el documento omite requisitos esenciales como el alcance de las técnicas empleadas, sus riesgos más significativos, la totalidad de derechos y obligaciones que surgen, el modo en que deben resolverse las disputas que puedan sobrevenir y las eventuales repercusiones emocionales, físicas y mentales de los procedimientos. En otras palabras, no se trató de un consentimiento cualificado como el que se espera en procedimientos médicos novedosos que involucran la efectividad de diversos derechos fundamentales para los firmantes.

“los planes con Camila cambiaron, la relación se tornó muy mal y nos vamos a separar, pero ella me dijo que quiere seguir con el procedimiento sola. Yo no quiero así, entonces mi pregunta es: ella puede continuar sola, ¿aunque yo no quiera?” 159

1. Así mismo, el 29 de septiembre de 2022, el accionado envió un mensaje por whatsapp al doctor Nicolás en el que manifestó que no quería continuar con el procedimiento. Según sus propias palabras:

“Doc buenas tardes, le cuento que las cosas ya no pueden ser con Camila, me voy a separar, y pues en realidad yo ya no quiero seguir con el procedimiento, he tratado de comunicarme con la sicóloga está semana, pero ha estado muy ocupada. Realmente yo no estoy en condiciones mentales óptimas. Doc tengo que mandar un oficio a inser para comunicar lo sucedido?”160

1. Ante este mensaje, el profesional respondió lo siguiente:

“Hola Andrés, enterado de la situación, entonces por favor envía mañana a Marcela un correo electrónico en el cual nos dices la situación actual con Camila y que no autorizas la transferencia de los embriones de ustedes por ahora, también se la debes copiar a Camila.”161

1. En el expediente no obra ninguna prueba en la que se acredite que el señor Andrés envió un correo oficial para confirmar la revocatoria de su consentimiento. La única manifestación fue entonces el mensaje por whatsapp enviado al doctor Nicolás. Es decir, la señora Camila se enteró de la decisión de revocatoria directamente por la clínica. De hecho, la señora Camila expresó, en respuesta enviada el 04 de julio de 2023, que para esa fecha no había recibido un aviso de la retractación por parte de su expareja.

1. De esta manera el señor Andrés: (i) expresó su decisión en una etapa del procedimiento avanzada; (ii) manifestó la revocatoria de su consentimiento en los días en los que estaba programada la transferencia de los embriones en el útero de su exesposa; y (iii) no informó a la señora Camila directamente sobre dicha decisión, pues sólo se la manifestó a la clínica.

1. Sin embargo, el accionado no tenía ningún deber de seguir un protocolo para ejercer su derecho a la revocatoria y la clínica nunca le explicó el alcance de este. A pesar de esto, la situación de desinformación e incertidumbre implicó la afectación de los principios de buena fe y confianza legítima de la señora Camila. En efecto, la accionante no sólo generó unas expectativas alrededor de un proyecto de maternidad, sino que también firmó con la clínica un contrato que significó para ella mucho dinero162.

1. Sin embargo, esto no significa que el ejercicio de la cláusula de revocatoria del consentimiento del señor Andrés no sea válida o no tenga efectos jurídicos vinculantes. Aunque es cierto que la decisión no fue comunicada directamente a la accionante, como ya se señaló, el señor Andrés no había sido debidamente informado por parte de la Clínica Inser sobre cómo ejercer el derecho de revocatoria.

1. En efecto, la Clínica Inser no informó al señor Andrés ningún protocolo para expresar su voluntad de revocar el consentimiento o una forma de comunicar formalmente su decisión a la señora Camila. En otras palabras, el señor Andrés carecía de los elementos necesarios para determinar cómo ejercer su derecho, y por lo tanto no le eran exigibles requisitos previos que lo obligaran a manifestar su retractación de una manera específica. Así, se puede concluir que el accionado ejerció válidamente una prerrogativa que le concedía el documento de consentimiento informado. Se evidencia, por lo tanto, que se dio la revocación del consentimiento por parte del accionado, al menos en lo que respecta a los aspectos sobre los que sí había manifestado su acuerdo y de los que tenía conocimiento.

1. Más allá de las circunstancias específicas que se presentaron en este caso, la Corte evidencia que en los procesos de reproducción asistida sí es necesario que la revocatoria del consentimiento se ejerza de forma adecuada, en consideración con los derechos de la otra parte y de los principios de buena fe y confianza legítima. Por esta razón en la parte resolutiva de la presente sentencia se insistirá en el exhorto que planteó la sentencia T-357 de 2022, que ordenó al Congreso regular lo relativo a las TRA. En dicha insistencia se ordenará que, en la regulación que eventualmente se profiera sobre la reproducción asistida, se incluya una indicación para que los centros establezcan protocolos que clarifiquen el proceso de revocatoria del consentimiento. Este protocolo deberá definir cómo se debe retractar el consentimiento y deberá tener en cuenta los criterios establecidos en las consideraciones generales de esta sentencia, esto es: (i) que el derecho a la revocatoria del consentimiento de la persona gestante prevalece sobre los derechos de las otras partes en el procedimiento de las TRA; (ii) la facultad de manifestar la revocatoria sólo tiene eficacia hasta antes de la transferencia del embrión, pues después de ese momento la decisión de

continuar o no con el embarazo recae exclusivamente sobre quien lo gesta, por ser una decisión sobre su cuerpo y (iii) en el ejercicio de la revocatoria pueden verse afectados derechos de otra persona y, por lo tanto, el juez está llamado a hacer una ponderación entre los diferentes intereses y verificar cuáles son los efectos de la revocatoria de las partes.

1. Así pues, se puede concluir que el señor Andrés ejerció de manera válida el derecho conferido por la cláusula 5 del consentimiento informado y, por lo tanto, tiene el derecho a revocar su consentimiento para que no se transfieran los embriones. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para resolver el presente caso, pues como se explicó a lo largo de esta providencia en estos casos es necesario, además del estudio contractual, hacer un análisis desde la perspectiva constitucional.

4.3 Ponderación de los derechos de las partes

1. En este caso hay dos intereses en juego. Por un lado, la señora Camila manifestó su deseo de que le transfieran los embriones que fueron fecundados con el material genético de una donante y su exesposo. Por otro lado, el señor Andrés señaló que no desea continuar con el procedimiento de reproducción asistida ni que se haga uso de su material genético. Este escenario pone de manifiesto un conflicto en relación con los derechos a la autodeterminación reproductiva de ambas partes. Sin embargo, el conflicto no se limita únicamente a este derecho, ya que ambas partes manifestaron que la decisión de ordenar o no la transferencia afectará, además de sus derechos reproductivos, sus perspectivas de vida, su salud emocional y psicológica.

1. Para abordar la tensión entre los intereses en juego, la Sala llevará a cabo un juicio de ponderación en el que se evaluará el grado de afectación de los derechos de ambas partes. Se considerarán las afectaciones de los derechos de la accionante y el accionado en los dos escenarios posibles: el de transferir los embriones y el de no hacerlo. A partir de ese análisis

se establecerá qué opción supone una menor afectación de derechos fundamentales. Para realizar este estudio, se examinará, en primer lugar, el derecho a la autodeterminación reproductiva de ambas partes; en segundo lugar, se estudiará cómo se ven afectados los derechos a la salud psicológica y emocional, teniendo en cuenta entre otros asuntos la situación económica del accionado y la accionante.

4.3.1 Primer paso: análisis de la autodeterminación reproductiva

1. Según la Corte Constitucional, la autodeterminación reproductiva es un derecho fundamental que consiste en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como el acceso a los medios y a la información para hacerlo. Este derecho comprende diversos aspectos, como la autodeterminación genética y la decisión de la persona sobre si desea, cómo y cuándo iniciar un proyecto parental. A continuación, la Corte examinará cómo este derecho se ve afectado en relación con las dos partes involucradas en el presente caso.

1. En el caso del señor Andrés, la decisión de transferir los embriones al útero de la señora Camila implica una limitación de la autodeterminación reproductiva, en su faceta genética. El señor Andrés manifestó que tiene derecho a decidir sobre el "uso y destinación de su material genético"163. En particular, señaló que: "no se me puede obligar, ni puede el juez reemplazar mi consentimiento en el uso de mi material genético, si ya no tengo un vínculo afectivo, ni puedo ser obligado a donar un esperma"164. En tal sentido, manifestó que no quiere ser padre legal ni genético y que para él es importante saber que no tiene un hijo que nació de sus gametos. Por lo tanto, si se ordena la transferencia, hay una afectación significativa a la autodeterminación genética del señor Andrés, en la medida que se le forzaría a emplear su material genético para fines reproductivos, incluso cuando manifestó categóricamente estar en desacuerdo con esta opción.

1. En el mismo sentido se puede ver que hay una afectación en el derecho a la autodeterminación reproductiva del señor Andrés en su faceta de decidir cómo y cuándo ser padre. En efecto, él indicó que ya tiene una hija de 11 años165 y señaló que en su proyecto de vida no está volver a tener un hijo porque quiere dedicar su tiempo a fortalecer la relación con la que ya tiene166. Así mismo, manifestó que no quiere tener otro hijo porque para él es importante que haya unidad familiar en su proceso de paternidad y, por eso, la ruptura con su exesposa fue determinante para arrepentirse de continuar con el proceso de reproducción asistida167.

1. Dichas manifestaciones demuestran que el accionado expresó su voluntad de no querer emprender un nuevo proyecto parental porque va en contra de sus proyecciones de vida. Por lo tanto, si se le obliga a asumir la paternidad se afectaría, como se indicó, de manera severa el derecho a la autodeterminación reproductiva -en la faceta de poder decidir cómo se emprende un proyecto parental-, pues se desconocería su voluntad de no querer tener más hijos. Incluso si se decide transferir el embrión sin imponerle la paternidad, esta decisión también afectaría su plan de vida, ya que expresó que sería difícil para él saber que tiene un hijo que nació por sus gametos y no tener relación con él.

1. En esa medida, tras analizar el contexto particular en el que se encuentra el señor Andrés, se puede concluir que la decisión de implantar los embriones tendría consecuencias definitivas y permanentes para él pues se le estaría forzando a emplear su material genético con fines reproductivos en contra de su voluntad y se estaría modificando su proyecto familiar. Por estas razones se puede concluir que la orden de transferencia supone una afectación alta del derecho a la autodeterminación reproductiva del accionado.

1. Dicho lo anterior, se procede a analizar cómo se afectaría el derecho a la autodeterminación reproductiva de la señora Camila en caso de no ordenar la transferencia.

1. En el caso de la accionante, la afectación a la autodeterminación genética es inexistente porque, en este caso, los embriones fueron fecundados con los óvulos de una donante. En esa medida, no se evidencia que la orden de transferencia implique alguna manipulación del material genético de la señora Camila y, por lo tanto, se puede concluir que la actora no verá afectado este aspecto de su derecho a la autodeterminación reproductiva.

1. Sin embargo, como se explicó en las consideraciones de esta sentencia, en los casos de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), la fuente de la filiación no se limita únicamente a los lazos genéticos, sino que también incluye la voluntad y el consentimiento de las partes involucradas. Por lo tanto, es crucial examinar el derecho a la autodeterminación reproductiva considerando no solo la genética, sino también la voluntad de la persona que busca estos procedimientos. Esto implica analizar el proyecto parental de la persona y su capacidad para lograrlo mediante estas técnicas.

1. En este caso, la señora Camila solicitó que le transfieran los embriones, aunque hayan sido fecundados con un óvulo donado porque para ella lo importante es tener la posibilidad de gestar los embriones. Es decir, lo que la actora principalmente quiere es poder vivir la experiencia del embarazo, más allá del criterio genético . En ese sentido, en su respuesta al auto de pruebas del 23 de junio de 2023, la peticionaria indicó lo siguiente:

“No he contemplado cumplir mi deseo o sueño de ser madre por un camino diferente que no sea el de ser madre gestante. Es mi sueño de realización como mujer ya que para mí el concepto de madre proviene de ese periodo de gestación y cada uno de los síntomas, malestares y experiencias que sólo las mujeres en embarazo pueden conocer”168.

1. Esto resulta determinante para el análisis que hará la Corte pues, con el fin de determinar

el grado de afectación de su derecho a la autodeterminación reproductiva, es necesario establecer qué tanto la orden de no transferir el embrión afecta su proyecto parental inicial, que en este caso es ser madre gestante. Lo primero que se concluye es que sí hay una afectación a este derecho porque, si no se transfieren los embriones inmediatamente, las posibilidades de que haya una implantación en el útero y que la señora Camila cuan pueda quedar embarazada disminuyen. En efecto, como se señaló en esta sentencia, el tiempo es un elemento clave para las mujeres en las TRA y se debe entender esta problemática desde una perspectiva de género. En este caso, no solo la señora Camila ha llevado a cabo varios intentos de procedimientos de reproducción asistida que la han afectado física y psicológicamente, sino que también es claro que sus posibilidades de quedar embarazada y dar a luz disminuyen ahora, porque tiene 41 años. Esto afecta las proyecciones de ser madre gestante, supone una limitación de su derecho a la autodeterminación reproductiva y le impone una carga injustificada por ser mujer.

1. Sin embargo, la Corte considera que la afectación del derecho a la autodeterminación reproductiva en el caso de la señora Camila es medio y no alto por las siguientes razones:

1. En primer lugar, al analizar la situación clínica específica de la señora Camila, se observa que no existe un diagnóstico médico que permita afirmar que ésta es la última oportunidad de la accionante de ser madre gestante. En efecto, en la cita médica que tuvo la señora Camila el 12 de junio de 2021, el profesional Nicolás señaló que la paciente tiene “baja reserva ovárica por edad” y en esa medida le recomendó a la accionante iniciar el programa Ovodon (es decir la técnica de reproducción asistida con una donante de óvulos).

1. Por lo tanto, el diagnóstico médico de la accionante no excluye la posibilidad de intentar ser madre gestante nuevamente. Lo que la historia clínica de la señora Camila sugiere es que es poco probable que pueda ser madre genética (donante de óvulos) mediante las técnicas de reproducción asistida. A esto se suma que, cuando la accionante le preguntó al profesional Nicolás por la posibilidad de iniciar de nuevo el procedimiento, este manifestó

que esto era “perfectamente posible”169. Es decir, la señora Camila tiene la posibilidad de iniciar de nuevo el procedimiento con otro donante, sin que esto suponga dificultades excesivas para realizar su proyecto de ser madre gestante.

1. Además, la edad de 41 años de la demandante no constituye una limitación absoluta de convertirse en madre gestante, como ella lo manifiesta. En general, se puede afirmar que, aunque a los 40 años empieza una etapa en la que se dificulta el éxito de estos procesos, lo cierto es que eso no significa que sea imposible. Sobre esto, por ejemplo, la intervención remitida por la Facultad de Medicina y Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario señaló que, aunque es recomendable hacer la transferencia de los embriones antes de los 40 años, no existe un límite objetivo para que la implantación del embrión sea posible170. En esa medida, aunque las probabilidades de éxito disminuyen a partir de los 40 años, la implantación del embrión sigue siendo una posibilidad realizable después de esa edad.

1. En suma, se observa que no hay elementos que permitan afirmar que esta es la última oportunidad de la accionante para ser madre gestante. En efecto, la señora Camila tiene la posibilidad física de volver a ser madre gestante y, en esa medida, puede volver a iniciar un procedimiento de reproducción asistida. Como las repercusiones de la decisión de no ordenar la transferencia no son definitivas y permanentes en el proyecto parental de la señora Camila, para la Corte la orden de no transferencia supone una afectación media al derecho a la autodeterminación reproductiva de la accionante.

4.3.2 Segundo paso: análisis del derecho a la salud psicológica, emocional y situación económica de las partes

1. En esta sentencia se señaló que los procedimientos de reproducción asistida no solo deben ser analizados desde una perspectiva médica o científica, pues también afectan otros aspectos de la vida de las personas que participan en estos procesos. En consecuencia, para

analizar la afectación de los derechos de las partes, también es necesario examinar aspectos como la situación psicológica, emocional y económica de quienes acuden a estos procedimientos. Por esta razón, en este punto, se examinará cómo se afectan estos aspectos en el caso del señor Andrés y la señora Camila.

1. En el caso del señor Andrés, y según él lo indicó, la orden de transferencia de los embriones afecta su situación emocional y psicológica. En ese sentido, él señaló que la posibilidad de tener otro hijo en contra de su voluntad lo tiene "inmerso en una gran desesperación y ansiedad"171, razón por la cual quiere retirarse del procedimiento de reproducción asistida para encontrar algo de bienestar psicológico. Así mismo el señor Andrés presentó en la contestación al escrito de tutela una valoración realizada por un psicólogo en la cual se demostró que desde en noviembre de 2022 fue diagnosticado con un trastorno de ansiedad ocasionado por las discusiones con su expareja172. A pesar de esto, no existe una prueba que demuestre que el señor Andrés tiene un diagnóstico médico o psicológico particular que no le permita seguir con su vida de manera normal.

1. Así mismo, si además de ordenar la transferencia de los embriones se ordenara que el accionado asuma la paternidad, se vería afectada la situación económica del accionante. En efecto, en los anexos enviados por el señor Andrés, se adjuntó el contrato en el que consta que recibe honorarios por un promedio mensual de tres millones novecientos noventa y dos mil pesos m/cte ($3.992.000) y que, además, tiene que sostener a su hija y cubrir sus gastos de alimentos y educación173. Aunque el accionado no se encuentra en una situación apremiante, sí es claro que asumir la filiación de un nuevo hijo implicaría un cambio determinante en las expectativas que tiene de su proyecto de vida. Claro está, la afectación económica sólo se presentaría en el caso de que se asumiera la filiación. Si se ordenara la transferencia del embrión sin atribuirle al señor Andrés las responsabilidades de la paternidad, no existiría tal impacto económico.

1. En síntesis, se puede afirmar que, en caso de ordenar la transferencia de los embriones, se

presenta una afectación media de los derechos a la salud mental y emocional del señor Andrés. No se trata de una afectación severa porque, aunque la situación actual le genera angustia e intranquilidad, no hay evidencia concluyente de que no pueda llevar una vida normal o tenga un diagnóstico especialmente delicado. También se concluye que, si se ordenara que el señor Andrés, además de otorgar su material genético asumiera la filiación, se presentaría una carga financiera adicional significativa.

1. La señora Camila también presenta afectaciones en su salud emocional y psicológica. En efecto, la accionante sostuvo en la tutela que la situación de incertidumbre en torno a la transferencia de los embriones le generó una carga psicológica acompañada de ansiedad, depresión, tristeza, frustración y estrés. También señaló en diversas ocasiones que desarrolló un vínculo emocional con los embriones y que, por lo tanto, se ha visto muy afectada por la suspensión del tratamiento. Además, aportó un diagnóstico realizado por un psiquiatra en el que este determinó que la actora tiene antecedentes de depresión y ansiedad ocasionados por la frustración que le causa su infertilidad174.

1. En el mismo sentido, la Corte no estima que existan elementos de índole económico que permitan concluir que para la accionante es imposible volver a acceder a las TRA. Ciertamente, la señora Camila no alegó que tuviera dificultades económicas para empezar de nuevo un procedimiento y, de hecho, en respuesta del 4 de julio de 2023, manifestó que su estado económico es solvente. Sin embargo, es importante señalar que, aunque la señora Camila se encuentra en una buena situación económica, es innegable que los tratamientos de reproducción asistida son muy costosos. Es decir, la Corte reconoce que empezar uno de estos tratamientos desde el inicio representa un esfuerzo económico importante para la accionante y, por lo tanto, este será un aspecto que se tendrá en cuenta cuando se analice la responsabilidad de la Clínica Inser.

1. A partir del anterior análisis se concluye que, en el caso de la señora Camila, la orden de no transferencia de los embriones presenta una afectación media a sus derechos a la salud mental y emocional. Aunque la demandante ha experimentado angustia y estrés significativos, no se identificó ningún factor objetivo que indique que iniciar nuevamente un procedimiento de reproducción asistida resultaría particularmente difícil o imposible de lograr desde un punto de vista psicológico. En lo relativo a la situación económica, tampoco es posible afirmar que, más allá del esfuerzo económico que normalmente suponen este tipo de tratamientos, para la accionante sea completamente imposible volver a acceder a un procedimiento de este tipo. Por esta razón se considera que la orden de no transferencia de los embriones no supone una afectación significativa a la situación económica de la accionante porque no afecta su proyecto de vida.

1. Después de analizar la situación emocional y psicológica en la que se encuentran las partes, conviene hacer una precisión adicional en torno a las acusaciones mutuas que se hicieron sobre el ejercicio de supuestos maltratos y violencia psicológica. La Corte constata que ambas partes tienen una percepción diferente sobre el trato que ejerció el uno hacia el otro y no hay un incidente específico o evidencia concreta que demuestre de manera objetiva que ha ocurrido algún tipo de maltrato que justifique una intervención judicial. Tampoco encuentra sustento la acusación de violencia de género alegada por la señora Camila. En efecto, para la Corte la retractación del señor Andrés no constituye este tipo de violencia, ya que, como se indicó en el análisis del documento de consentimiento informado, el señor Andrés hizo uso de una prerrogativa que le otorgaba dicho documento. Por lo tanto, se concluye que las acusaciones presentadas por ambas partes a este respecto no pueden ser consideradas en el ejercicio de ponderación para evaluar la afectación de sus derechos.

4.3.3 Análisis de las afectaciones

1. Después de examinar tanto el escenario de transferencia de los embriones como el de no

transferencia, se observa que en ambos casos los derechos de ambas partes pueden resultar afectados, independientemente de la decisión tomada. Por ende, para llegar a una conclusión sobre los remedios a adoptar, la Corte analizará cuál es el escenario en el que hay una menor afectación de derechos fundamentales.

1. Al ponderar el grado de afectación de los derechos de las partes se puede concluir que, en caso de no ordenar la transferencia si bien hay un impacto en los derechos a la autodeterminación reproductiva de la accionante, este no es determinante en su posibilidad de gestación. Para llegar a esta conclusión, se observa que el deseo de la accionante de ser madre gestante se puede lograr si ella vuelve a iniciar un procedimiento con un donante de esperma diferente a su exmarido. Por lo tanto, una orden de no transferencia supone una limitación que no es permanente o definitiva. Así mismo, con base en el material probatorio con el que cuenta la Corte, se observa que no hay una afectación significativa en la situación económica de la señora Camila en caso de no ordenarse la transferencia.

1. Por el contrario, en este particular caso, se observa que si se ordenara la transferencia del embrión la afectación al derecho a la autodeterminación reproductiva del señor Andrés sí habría para él un impacto severo. En efecto, la orden de transferencia implicaría obligar al señor Andrés a hacer uso de su material genético y a que este sea empleado para procrear. En esa medida, dicha orden tendría consecuencias definitivas y permanentes, lo cual supone una afectación alta del derecho a la autodeterminación reproductiva del accionado. De igual manera, si además de ordenar la transferencia, se ordenara que el accionado asumiera la filiación, habría un impacto considerable en otros aspectos de su vida, incluyendo el económico.

1. En cuanto a la afectación psicológica, se observa que en ambas partes también hay un impacto. En efecto, tanto la accionante como el accionado presentaron diagnósticos psicológicos que señalaban que la disputa en torno a los embriones les generó cuadros de ansiedad y depresión. En esa medida, es claro que ambas partes han tenido que vivir

situaciones muy difíciles que los han afectado psicológicamente y además tienen un relacionamiento diferente con los embriones. Ambas personas se han visto afectadas psicológicamente, y no hay nada en el expediente que sugiera que una situación sea más apremiante que otra.

1. En suma, tras realizar el juicio de ponderación, se puede ver que el escenario que supone la menor afectación de derechos fundamentales es la orden de no transferir los embriones. Con este escenario si bien hay un impacto para la accionante porque no puede usar los embriones con material genético del señor Andrés, lo cierto es que no se le cierra su posibilidad de ser madre gestante. Como se indicó, ella aun cuenta con la alternativa de ser madre gestante con un donante de material genético distinto. En cambio, en el escenario opuesto, no habría mayores alternativas para el señor Andrés.

1. Esta afectación persistiría incluso si, al ordenar la transferencia, no se establece que el señor Andrés asuma la filiación (tal como se estableció en la Sentencia T-357 de 2022). En efecto, esta solución podría permitir que el señor Andrés se exima de ciertas responsabilidades económicas y sociales asociadas con la filiación, pero el derecho a la autodeterminación genética, que le otorga el poder de decidir sobre el uso de su material genético y a no ser forzado a procrear, seguiría siendo afectado en un alto grado.

1. En esa medida, se reitera, el elemento preponderante que permite decidir en este caso es que la señora Camila tiene otras alternativas para cumplir su proyecto reproductivo de ser madre gestante, ya que no se evidenciaron elementos que le impidan de manera definitiva volver a iniciar un procedimiento de reproducción asistida.

1. Nótese que, como arriba se indicó, este caso es diferente al analizado por la Corte, en la Sentencia T-357 de 2022, en la que se aceptó la transferencia. En esa oportunidad, el embrión contaba con material genético de la accionante, era su última oportunidad de

gestación y se dio una revocatoria tardía del consentimiento. Aquí, como se ha explicado, la situación es sustancialmente distinta.

1. Una vez definido que no se ordenará la transferencia, es necesario establecer qué debe hacer la clínica con los embriones que actualmente están criopreservados. La Corte destaca que el señor Andrés solicitó en la contestación de la tutela que el juez se abstenga de hacer uso de su material genético, pero no se refirió específicamente a qué hacer con los embriones en caso de no ordenar su transferencia. Sin embargo, se observa que el numeral 10) del documento denominado consentimiento informado que fue firmado por las partes dispone lo siguiente:

"de no utilizarlos [los embriones] en el futuro para mi/nuestro proyecto reproductivo, el destino que desea para los posibles embriones/ óvulos congelados sobrantes es: cese de su conservación y no utilización al finalizar el plazo de conservación"175.

1. Por todo lo anterior, la Corte concluye que, en el presente caso, no es procedente ordenar la transferencia de los embriones que se encuentran criopreservados en la Clínica Inser. Como los embriones remanentes no serán utilizados se dará aplicación al documento de consentimiento informado y, por lo tanto, se ordenará que sean descartados por dicha institución.

1. Dicho lo anterior, es necesario examinar cuál fue el papel de la Clínica Inser en la afectación de los derechos de las partes y las consecuencias que se pueden derivar de su actuación.

4.4 La responsabilidad de la Clínica Inser

1. En este punto las partes coincidieron: en el escrito de tutela la accionante mencionó que la Clínica Inser incurrió en omisiones administrativas porque no fue clara en explicar a las partes los procedimientos que se iban a realizar. Por su parte, el accionado manifestó que la Clínica Inser nunca le explicó el alcance de los procedimientos ni el contenido del CI que les hicieron firmar. Por esta razón, la Sala analizará si, en efecto, la institución incurrió en omisiones administrativas que contribuyeron a la afectación de los derechos de las partes.

1. Como se señaló en esta providencia, cuando se analizó el contenido del consentimiento informado, lo primero que hay que indicar es que la Clínica Inser incurrió en varias omisiones en torno a la información que otorgó a las partes sobre los riesgos derivados del tratamiento y el alcance de los derechos que tenían a su disposición. Así, se constató que la clínica, a pesar de que incluyó el derecho a la revocatoria del consentimiento informado, no informó al señor Andrés de ningún protocolo para expresar su voluntad de revocar el consentimiento ni proporcionó una forma de comunicar formalmente su decisión a la señora Camila. Además, también se comprobó que, a pesar de anunciar de manera global los riesgos en el consentimiento informado, la clínica en ningún momento hizo un real acompañamiento a las partes, en las que les informara de los eventuales peligros o situaciones que se podían derivar de este tipo de tratamiento.

1. Además de esto, la Sala identificó que el consentimiento presentado el 26 de agosto de 2022 por la Clínica Inser previó algunos aspectos sobre el procedimiento, pero no incluyó una cláusula que era de vital importancia para abordar la situación que ahora suscita la actual controversia: los protocolos y procedimientos aplicables en caso de separación de la pareja.

1. En efecto, los centros de reproducción asistida deben incluir cláusulas en las que se contemple cómo solucionar las eventuales disputas que surjan en torno a los embriones.

Aunque estas cláusulas deben ser interpretadas en conjunto con los derechos y las situaciones sobrevinientes de las partes, lo cierto es que son una herramienta importante para que estas puedan entender los alcances y riesgos de estos procedimientos.

1. En el concepto enviado por la facultad de medicina de la Universidad del Rosario, también se indicó que los consentimientos informados presentados por los centros de reproducción asistida deben contemplar la hipótesis de qué hacer en caso de separación de las partes. En el mismo sentido, el concepto enviado por Profamilia señaló que los consentimientos informados presentados por los centros deben incluir criterios para que la pareja defina qué hacer con los embriones congelados en caso de separación o muerte de uno de los miembros de la pareja.

1. Esta obligación se fundamenta en los intereses especialísimos que están de por medio en las TRA. En el marco de esos tratamiento, el consentimiento adquiere una relevancia particular porque es la fuente directa de la decisión de adquirir un vínculo de filiación y, por lo tanto, supone la garantía de otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación reproductiva. Por tanto, el documento de consentimiento informado en estas situaciones debe ser particularmente riguroso en informar a los pacientes de las eventuales consecuencias que se pueden derivar del tratamiento. Por eso, aunque no existe una normatividad en el país que regule el contenido que deben tener los consentimientos en el marco de las TRA, lo cierto es que la Corte sí estableció unos mínimos exigibles a tener en cuenta a la hora de analizar estos documentos mientras se expide la regulación correspondiente. Así, en la Sentencia T-357 de 2022, esta corporación indicó que los requisitos que deben tener los consentimientos informados que presentan los centros de reproducción asistida deben incluir los siguientes criterios:

(i) el alcance de las técnicas empleadas, (ii) sus riesgos más significativos, (iii) los objetivos específicos del acuerdo, (iv) los derechos y obligaciones que surgen, (v) los efectos derivados de su suscripción y (vi) el modo en que deben resolverse las disputas que puedan

sobrevenir.

1. De hecho, incluir esta cláusula es una práctica reiterada en los centros de reproducción asistida. Así, por ejemplo, se evidencia que en el consentimiento informado que las partes firmaron en la Clínica Imbanaco176 en 2020 -en donde realizaron el primer procedimiento de FIV- se incluyó una cláusula en la que se señaló expresamente que en caso de separación sería la señora Camila quien decidiría el destino de los embriones. Así mismo, en el consentimiento informado que se analizó en la Sentencia T-357 de 2022, la clínica también se aseguró de incluir una cláusula sobre la hipótesis de separación de las partes.

1. A diferencia de otras instituciones, la Clínica Inser no incluyó en el consentimiento informado dicha cláusula. Aunque el consentimiento informado que presentó a las partes incluía los riesgos físicos y psicológicos del procedimiento, el número de embriones que se iban a transferir y el destino de los embriones sobrantes, entre otros, nunca incluyó las consecuencias en caso de separación de las partes o las formas de solucionar las disputas. Es decir que las partes no fueron informadas sobre todos los riesgos que se podían derivar del tratamiento, lo que supone una limitación de sus derechos como usuarios del servicio. Dicha omisión tuvo una incidencia muy importante en sus derechos fundamentales, en la medida que dejó al señor Andrés y a la señora Camila en una situación de incertidumbre que hoy es el origen de la presente disputa.

1. Pero, además, se presentaron otras irregularidades en torno a la firma del consentimiento. En efecto, no queda claro por qué la Clínica Inser hizo firmar a las partes el consentimiento informado el 26 de agosto de 2022 y no cuando empezó el procedimiento formalmente, es decir, el 13 de junio de 2022177. De hecho, el 31 de marzo de 2022, la clínica envió a la accionante un cronograma en el que indicó lo siguiente: “[p]ara el inicio del procedimiento es necesario tener contrato y consentimiento diligenciados”178. Es decir, la clínica misma señaló que desde el principio del procedimiento era necesario que las partes firmaran el consentimiento informado y el contrato. Sin embargo, solo en agosto de 2022, cuando ya se había encontrado la donante y se procedió a la captación de esperma, la clínica presentó el consentimiento informado y el contrato.

1. En esas circunstancias, las etapas del procedimiento previas al 26 de agosto de 2022 se desarrollaron sin que las partes hubieran firmado el consentimiento y, por tanto, sin que tuvieran claros los alcances y riesgos derivados del procedimiento FIV. Para la Corte es claro que antes de dar inicio al tratamiento, las instituciones de reproducción asistida deben suministrar un consentimiento informado específico y suficiente, y este debe ser firmado por las partes. Como lo indica Profamilia, de hecho se deben firmar dos consentimientos informados: uno para el proceso de fertilización del óvulo y otro para la transferencia.

1. Por lo tanto, para la Sala es evidente que la Clínica Inser no cumplió con los requisitos para que las partes pudieran otorgar un consentimiento informado específico y suficiente. Como se señaló en las consideraciones de esta sentencia, este tipo de tratamientos requieren de un consentimiento cualificado179 en virtud del cual las instituciones deben proveer la información más precisa posible en el caso de tratamientos particularmente complejos para la salud de los pacientes180. La Clínica Inser tenía entonces la responsabilidad de proporcionar una comprensión clara de las obligaciones y responsabilidades de todas las partes involucradas, así como de anticipar reglas para situaciones futuras, como la separación de la pareja. Es deber incluía establecer políticas y protocolos que abordaran estas contingencias.

1. Pero además de las omisiones en torno al consentimiento informado, se presentó otra irregularidad por parte de la Clínica Inser: la falta de precisión sobre el procedimiento que se iba a llevar a cabo. En efecto, tras analizar el expediente, no queda claro por qué, a pesar de que la accionante pagó el procedimiento denominado “Fecundación In Vitro, Ciclo 1 más transferencia”181 (que suponía la transferencia del embrión en fresco), los embriones se criopreservaron y no fueron transferidos inmediatamente. De hecho, en un pantallazo de WhatsApp que se adjuntó como prueba al escrito de tutela, la accionante preguntó a la clínica lo siguiente:

“quería consultarte por qué no se me informó de la preparación de mi endometrio simultaneo con la de la donante ya que se había hablado de transferencia en fresco”182.

1. El argumento de la clínica ante esto es que “en cualquier caso se requería la congelación y almacenamiento de embriones, situación también ampliamente explicada a la pareja en varias ocasiones”183. Además, señaló que “la transferencia en fresco no se logró hacer por cuanto la preparación de la señora Camila dependió de los tiempos de la llegada de su periodo menstrual, de manera que no coincidieron los tiempos con la formación y disposición de los embriones”184.

1. Frente a estas circunstancias conviene destacar que, como se señaló en esta sentencia, en la fertilización in vitro existe un ciclo de preparación endometrial y, por tanto, la transferencia de los embriones, por regla general, se programa según el ciclo de ovulación de la mujer o persona que los va a gestar (en ciclo natural) o, también, dicha persona puede recibir medicamentos con estrógeno y progesterona para preparar el endometrio para la implantación. Así mismo, como lo explico Profamilia, en el procedimiento de fertilización in vitro, mientras se estimulan los ovarios de la donante, a la receptora se le realiza la preparación endometrial para que reciba los embriones.

1. Por lo tanto, era obligación de la clínica hacer una preparación endometrial y coordinar los ciclos de la señora Camila para poder hacer la transferencia a tiempo. Además, tampoco se entiende por qué, si la crio preservación era necesaria, no se advirtió desde el principio y, por el contrario, se cobró otro procedimiento.

1. En conclusión, la Sala encuentra que las irregularidades de la clínica en torno a la información y a la autonomía en que se funda el consentimiento informado incidieron en la afectación de los derechos de las partes. En concreto, la institución permitió que las partes avanzaran en el proceso sin antes haberles informado sus repercusiones y alcances. Además,

tampoco les indicó qué hacer en caso de revocatoria del consentimiento ni tampoco fue clara en definir cuál era el tipo de tratamiento prestado.

1. Estas omisiones contribuyeron particularmente en los derechos de la señora Camila. En efecto, aunque la clínica debía suspender el tratamiento cuando el señor Andrés se arrepintió, lo cierto es que la institución nunca le informó o explicó a la accionante sobre la posibilidad de que esto sucediera ni tampoco realizó un acompañamiento para mitigar el impacto psicológico o económico de este riesgo.

1. Es preciso mencionar que Clínica Inser tenía la responsabilidad especial de informar completamente a la señora Camila sobre su tratamiento, ya que, al ser ella mujer, este podría tener consecuencias particularmente significativas en su salud física y mental. Como se mencionó en las consideraciones de esta sentencia, es necesario considerar el género en este tipo de procedimientos. En ese sentido, la Sentencia T-357 de 2022 estableció las siguientes obligaciones que surgen al adoptar una perspectiva de género en las TRA:

“Primero, existe una obligación de asegurar la participación plena y permanente de la mujer en todas las etapas del proceso. Segundo, debe proveerse información completa y detallada respecto de cada uno de los procedimientos, las alternativas existentes, así como sus efectos y riesgos. Tercero, se impone establecer mecanismos eficientes de comunicación y respuesta frente a cualquier vicisitud que surja en el curso de los tratamientos. Cuarto, requiere que se ofrezca asesoría suficiente cuando ella es requerida en cada una de las etapas del procedimiento, a efectos de que la mujer pueda comprender los efectos jurídicos y económicos de los acuerdos o consentimientos que se suscriben. Esta perspectiva reconoce que si bien el desarrollo de las TRHA puede tener impactos emocionales para quienes participan en ellas con la expectativa de ser padre o madre, es fundamental resaltar el impacto diferenciado que tiene para las mujeres. Se trata de un hecho importante para la valoración de todos los aspectos que se encuentran en juego”185.

1. De esta manera, la clínica no adoptó un enfoque de género, pues la señora Camila no estuvo involucrada en todas las fases del procedimiento ni tampoco recibió la información detallada de los riesgos que se podían derivar de este procedimiento.

1. En conclusión, la Sala considera que la Clínica Inser sí contribuyó a la afectación de los derechos de la señora Camila pues no fue clara con el procedimiento, no contempló qué hacer en caso de que las partes se separaran, no le explicó al señor Andrés cómo ejercer el derecho a la revocatoria y entregó el consentimiento Informado en un estado avanzado del tratamiento.

1. Ahora bien, en vista de que la clínica contribuyó de manera importante en la afectación de los derechos de la accionante por las omisiones que se explicaron en los párrafos anteriores, la Corte considera que dicha institución deberá restaurar en lo posible dicha situación. Por ende, se ordenará iniciar un nuevo tratamiento de fertilización in vitro con la accionante y se le asignará a la Clínica Inser la responsabilidad de cubrir el costo del nuevo tratamiento. Si la señora Camila está de acuerdo con comenzar nuevamente el proceso de FIV, la clínica debe asegurar que este se realice de manera rápida y eficiente para evitar vulneraciones de sus derechos.

1. Adicionalmente, se instará a la Clínica Inser para que, en los servicios futuros que preste relacionados con la reproducción asistida, se asegure de presentar a las partes un consentimiento informado que incluya todos los requisitos planteados en la presente sentencia y establezca un protocolo para el retiro del consentimiento.

1. Ahora, en la acción de tutela la señora Camila también señaló que el profesional Nicolás fue negligente porque para el momento de la extracción de los óvulos de la donante, no había preparado su endometrio para la transferencia. En particular, señaló que el profesional: "no planeó ni hizo el procedimiento de preparación de mi endometrio para la transmisión de mi/mis embrión/embriones de manera planeada entre los ciclos menstruales de la donante y la receptora"186.

1. Sin embargo, al analizar el historial clínico, no se evidencia que el señor Nicolás hubiera incurrido en una conducta médica reprochable. En efecto, esta corporación ha señalado que se puede hablar de una omisión del médico cuando este no realiza el análisis que debería serle exigido por su condición de profesional187.

1. En este caso la vulneración de los derechos de la accionante no se debió a un error médico o a una negligencia profesional por parte de la salud Nicolás. Las omisiones a las que se refiere la accionante en su acción de tutela se relacionan con los tiempos establecidos para el tratamiento de reproducción asistida y su eventual dilación. Estas cuestiones son responsabilidad de la gestión administrativa de la Clínica Inser y, por lo tanto, es la institución la que puede ser responsabilizada por la falta de planificación que afectó los derechos de la accionante.

1. Por tal razón, no se adjudicará al profesional de la salud ninguna carga para reparar la vulneración de los derechos de la accionante, es decir, no se le incluirá en la carga que tiene la clínica de contribuir en la iniciación de un nuevo procedimiento de fertilización in vitro para la señora Camila.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de San Juan de Pasto, que confirmó el fallo emitido el 7 de diciembre de 2022 por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto, y, por lo tanto, NEGAR el amparo invocado por la ciudadana Camila en contra del señor Andrés por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia. En esa medida no se ordenará la transferencia de los embriones que actualmente están criopreservados en la Clínica Inser y estos deberán ser descartados por la institución.

SEGUNDO. ORDENAR a la Clínica Inser que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta decisión, garantice el inicio de un nuevo procedimiento FIV sin costo alguno en los términos que se explicó en esta sentencia y si así lo desea la accionante.

TERCERO. INSTAR a la Superintendencia de Salud para que haga un seguimiento del nuevo procedimiento de TRA prestado a la señora Camila por la Clínica Inser y verifique que el tratamiento se desarrolle de manera célere y eficaz. Así mismo, se instará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría para que brinden un acompañamiento a la accionante durante el procedimiento.

CUARTO. REITERAR el exhorto impartido en la sentencia T-357 de 2022 por parte de la Corte Constitucional al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que adelanten todas

las gestiones para presentar y tramitar un proyecto que regule integralmente la materia relativa a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Dicha regulación deberá incorporar, además de los lineamientos planteados en dicha providencia, unos protocolos para ejercer de manera adecuada el derecho a la revocatoria del consentimiento en las TRA que tenga en cuenta los criterios establecidos en esta sentencia.

QUINTO. LIBRAR por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Sentencias SU-082 de 1995, T-477 de 1995, T-618 de 2000, T-220 de 2004, T-539 de 2004, T-436 de 2004 y T-810 de 2004.

2 La información sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela es complementada con los elementos de prueba que obran en el expediente.

3 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 88.

4 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 10.

5 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 95.

6 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 124.

7 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 144.

8 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 150.

9 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 168.

10 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 241.

11 Expediente digital. Documento: 0RESPUESTA ACCION DE TUTELA RADICADO No. 202200162. .pdf. Página 4.

12 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 263.

13Ibid.

14 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 280.

15 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 263.

16 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 263. (Hecho confirmado por la Clínica Inser y el médico Nicolás).

17 Expediente digital. Documento: 0RESPUESTA ACCION DE TUTELA RADICADO No. 202200162. .pdf. Página 5.

18 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 304.

19 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 300.

20 Ibid.

21 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 316.

22 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 285.

23 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 317.

24 Expediente digital. Documento: 0RESPUESTA ACCION DE TUTELA RADICADO No. 202200162. .pdf. Página 15.

25 Expediente digital. Documento: 0RESPUESTA ACCION DE TUTELA RADICADO No. 202200162. .pdf. Página 5.

26 Expediente digital. Documento: 0RESPUESTA ACCION DE TUTELA RADICADO No. 202200162. .pdf. Página 15.

27 Expediente digital. Documento:0RESPUESTA ACCION DE TUTELA RADICADO No. 202200162. .pdf. Página 5.

28 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 21.

29 Expediente digital. Documento:0RESPUESTA ACCION DE TUTELA RADICADO No. 202200162. .pdf. Página 15.

30 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf.Página 313.

31 Expediente digital. CONTESTACION TUTELA REPRODUCCION IN VITRO ANEXOS.pdf. Pág 40.

32 En esta decisión, la Corte decidió el único caso que se ha presentado en Colombia sobre disputa por el destino de los embriones. En dicho caso, fue una mujer de 47 años quien solicitó la implantación, pero su ex esposo reivindicó su derecho a no ser forzado a procrear. Además, existía un acuerdo informado que señalaba explícitamente que en caso de disputa sería la mujer quien decidiría. La Corte le dio la razón a la mujer pues, aunque reconoció que el hombre tenía derecho a retractarse, era la última posibilidad de la mujer de ser madre biológica y por lo tanto su derecho debía prevalecer.

33 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf.Página 36.

34 Respuesta al auto de pruebas de 23 de junio de 2023 enviada por la señora Camila el 04 de julio de 2023.

35 De acuerdo con el Ministerio de Salud y Protección social, en la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad" se plantean los siguientes enfoques: a. Enfoque de derechos; b. Enfoque diferencial; c. Enfoque de género; d. Dignidad humana; e. Autonomía reproductiva; f. Justicia distributiva.

36 Sentencia T-511 de 2017.

37 Expediente digital. Documento: 01 ACCION DE TUTELA 2022-00277.pdf. Página 55.

38 En tal sentido, ver Sentencia T-357 de 2022.

39 Santamaría Solis, Luis. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. Cuadernos de bioética, 41, 37-47. Obtenido en: http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf

40 Weldon Havins, James Dalessio. The ever- widening gap between the science of artificial reproductive technology and the laws which govern that technology. Citado en: Farnós Amorós E, Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Atelier, Barcelona, 2011. Pág. 35.

41 Vidal Erika.(2021) Problemática actual de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): avance tecnológico y atraso normativo.Obtenido de: https://ius360.com/wp-content/uploads/2022/05/3.pdf

43 La lA consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal.

44 En la IIUD los espermatozoides se depositan directamente en el útero, evitando su tránsito por la vagina.

45 En la IIP, los gametos masculinos se introducen mediante una sonda guiada por ecografía en el interior de la cavidad peritoneal de la mujer haciéndolos llegar a la región de la trompa uterina más próxima al ovario.

46 En la GIFT la transferencia se hace mediante un catéter que se lleva hasta la porción ampular de la trompa por vía vaginal, del óvulo y los espermatozoides. En la zona ampular se liberan para que se produzca la fecundación de modo espontáneo en su lugar fisiológico.

47Vidal Erika.(2021) Problemática actual de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS): avance tecnológico y atraso normativo. Obtenido de: https://ius360.com/wp-content/uploads/2022/05/3.pdf.

48 Definición construida con base en la definición propuesta en: Santamaría Solis, Luis. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. Cuadernos de bioética, 41, 37-47. Obtenido en: http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf

49 No utilizó el término autólogo pero son términos equiparables.

50 Farnós Amorós Esther (2011). Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Atelier, Barcelona. Pág. 35.

51 Santamaría Solis, Luis. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. Cuadernos de bioética, 41, 37-47. Obtenido en: http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf

52 La descripción del desarrollo de las etapas se obtuvo a partir de las intervenciones de las facultades de medicina y en: National Institutes of Health.Técnicas de Reproducción asistida. Obtenida en: https://espanol.nichd.nih.gov/salud/temas/infertility/informacion/tratamientos-art

53 Las condiciones mínimas del semen del donante para ser usado en programas de fertilización están establecidas en el artículo 5 de la Resolución 1628 de 2004.

54 Corella D, Ordovas JM. (2017) Conceptos básicos en biología molecular relacionados con la genética y la epigenética. Disponible en: http://www.revespcardiol.org/es/conceptos-basicos-biologia-molecular-relacionados/articulo/90461342/

55 Aunque le regla general es que no es posible la gestación en el cuerpo masculino, para la Corte es claro que esta regla tiene excepciones, como, por ejemplo, el caso de los hombres trans.

56 González de Cancino, Emilssen. (2003) Seminario sobre "Filiación y prueba genéticas de ADN". Centro de Estudios sobre genética y derecho. Universidad Externado de Colombia. ISSN 1692-6495. Obtenido en: https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2019/11/Boletin-DER-Y-VID-23.pdf. En su intervención, Profamilia acompañó esta distinción.

57 Diccionario de la lengua española, Real Academia española. Vigésima segunda edición, Espasa Calpe. Madrid 2001.

58Sentencia T-071 de 2016.

59 Sentencia T-488 de 1999.

60 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 2 de junio de 2022. Ref.: SC1225-2022.

61 Suárez Franco, Roberto. Derecho de Familia. 3 edición. Bogotá 1999. Editorial Temis. Página 4.

62 Abello Juliana. Programa de formación judicial especializada para el área de familia: Filiación en el derecho de familia. Bogotá D.C.: Grafi-Impacto Ltda., 2007. P. 25.

63 Sentencia C-258 de 2015.

64 Sentencia T-090 de 1995.

65 Sentencia T-090 de 1995.

66 En la Sentencia T-997 de 2003, la Corte señaló que “uno de los más importantes atributos de la personalidad consiste en el reconocimiento del estado civil, a través del cual las personas logran su ubicación jurídica en su núcleo familiar y social”. Y es allí donde se encuentra el derecho a la filiación, es decir, a establecer una relación jurídica entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, de la cual se derivan ciertas prerrogativas y surgen simultáneamente algunas obligaciones en sentido recíproco.

67 Sentencia T- 329 de 1996.

68 Artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006.

69 Artículo 214 del Código Civil, modificado por el artículo 2º de la Ley 1060 de 2006. Allí se contemplan dos excepciones: 1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre. 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

70 Sentencia T-488 de 2009. En esa misma dirección se encuentran, por ejemplo, las sentencias T-997 de 2003, T-609 de 2004 y T-584 de 2008. Según explicó este Tribunal en la Sentencia C-131 de 2018, desde el punto de vista conceptual la filiación puede clasificarse de

tres formas. La matrimonial “es aquella que se genera del nacimiento de un niño luego de celebrado el matrimonio o inclusive 300 días después de disuelto” así como la que se predica del “hijo nacido después de la declaración de la unión marital de hecho”. La extramatrimonial “hace referencia al vínculo que se contrae por fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho, es decir, que los hijos (…) hubieren sido procreados por fuera de alguna de estas dos figuras”. A su vez la adoptiva “es aquella que se adquiere en virtud de la adopción, es decir, que una vez se haya surtido todo el trámite de la adopción entre adoptantes y adoptado, estos adquieren un vínculo filial”.

71 Torres Eraso, L. (2022). La sentencia de plano en procesos de investigación de la paternidad desde una perspectiva constitucional de la filiación. Universidad Externado de Colombia.

72 En la Sentencia T-357 de 2022 la Corte afirmó lo siguiente: “Así pues, en materia de filiación el vínculo genético ha ocupado un lugar de significativa relevancia y, de hecho, una porción amplia del ordenamiento ha reconocido que la familia se conforma por vínculos de esa naturaleza”.

73 Sobre esto la Corte indicó en la Sentencia T-207 de 2017 lo siguiente: “la filiación tiene un fundamento que no necesariamente atiende a las evidencias científicas, es así como la familia está construida bajo la égida de valores como la solidaridad, el afecto y la dependencia”.

74 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2006. Ref.: 0024-01

75 Sentencia C-814 de 2001.

76 Ver sentencias: T- 606 de 2013, T – 279 de 2020, T- 285 de 2023.

78 Ibid.

79 Ibid.

80 Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 21 de mayo de 2010. Ref. No. 52001 3110 001 2004 00072 01.

81 Sentencia T- 357 de 2022.

82 Ibid.

83 Steering Committee on bioethics CDBI), The protection of the human embryo “in vitro, Report by the Working Party on Protection of the Human Embryo and Fetus. Estrasburgo, Consejo de Europa, 19 de junio de 2003, pp1-42.

84 Farnós Amorós E, Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Atelier, Barcelona, 2011. Pág. 166.

85 Sentencia C-355 de 2006.

86 Sentencia SU-074 de 2020.

87 Sentencias C-123 de 2020, T-627 de 2012.

88 Sentencia SU 096 de 2018.

89 Sentencia T-732 de 2009.

90 Ibid.

91 Sentencia T- 528 de 201.

92 Aunque la Sentencia T-357 de 2022 señaló que la implantación del embrión no constituye una afectación al derecho a la salud para el hombre porque no supone una injerencia en su cuerpo, lo es cierto que, la salud debe ser considerada de manera amplia, es decir como salud mental y social.

93 García Jiménez, Valero Arroyo, Gómez Manzorro, Casla Martín, Tirado Carrillo, Mantrana Bermejo. Revista Iberoamericana de Fertilidad y Reproducción Humana .Vol. 36 nº 2 Abril-Mayo-Junio 2019.

94 Sentencia T-357 de 2022.

95 Sentencia T-370 de 2023.

96 Ibid.

97 En ese sentido se pueden ver las decisiones Nahmani vs. Nahmani y la Sentencia T- 357 de 2022.

98 Artículo 1502 del Código Civil.

99 Cardozo Isaza, Jorge. Obligaciones, Tomo 1: sus fuentes y su clasificación. Bogotá, 1981. Editorial Temis. Página 26.

100 Sentencia T-407A de 2018. En este caso una ciudadana interpuso acción de tutela en contra de los propietarios de dos páginas web por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la propia imagen, a la intimidad y al buen nombre, toda vez que los accionantes divulgaron sin su autorización un video pornográfico que ella había grabado con ellos. La Corte en dicho caso concedió los derechos de la accionante y señaló que el consentimiento informado a las personas que autorizan la utilización de su imagen debe garantizar que la persona comprende cabalmente los alcances y las consecuencias de su decisión, por lo que resulta de gran importancia la manera en que se otorga la información.

102 Serrano-Franco, Francisco J. (2022). El consentimiento informado como un continuo narrativo. Revista de Bioética y Derecho, (54), 83-102. Epub 12 de diciembre de 2022. Disponible en: https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.54.36542

103 Sentencia T-303 de 2016.

104 Sentencia T-622 de 2014.

105 Sentencia C- 182 de 2016.

106 Sentencia SU-337 de 1999.

107 Salgado Catalina. “Disputas sobre “embriones” y abuso en el ejercicio del derecho de revocatoria a su implantación: consideraciones para el derecho colombiana”, en Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas, Petrucci, Aldo y Santamaría Enrique Eds.), Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 173-195.

108 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica. 28 de noviembre de 2012.

109 Por medio del cual se regula la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante o implante de los mismos en seres humanos.

110 Artículo 2º del Decreto 2493 de 2004.

111 Salgado, Catalina, "Disputas sobre "embriones" y abuso en el ejercicio del derecho de revocatoria a su implantación: consideraciones para el derecho colombiana", en Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas, Petrucci, Aldo y Santamaría Enrique Eds.), Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 173-195.

112 Sentencia T- 357 de 2022.

113 Sentencia SU-337 de 1999.

114 Sentencia T-622 de 2014.

115 Sentencia T-544 de 2017.

116 Un artículo publicado en el periódico El País, de España, señaló que, según un estudio realizado por Human Reproduction,"el 65% de las parejas que abandonan el tratamiento de reproducción asistida antes de lograr el embarazo lo dejan por cansancio psicológico". EMBROJO Joan Carles. (2009) El 'síndrome de infertilidad' acaba en el diván. Diario El País. Enlace disponible en: https://elpais.com/diario/2009/01/07/sociedad/1231282802_850215.html

117 Farnós Amorós, Esther (2011). Consentimiento a la reproducción asistida. Atelier. Página 85. Sobre este tema, la autora hizo referencia al artículo denominado "Fertility clinics begin to address mental health" publicado en 2008 en el New York times en el que se señaló que en Estados Unidos, entre 2000 y 2002 casi la mitad de las clínicas de infertilidad mejoraron su servicio de asesoramiento psicológico. De acuerdo con los datos aportados por estos centros, la angustia, la soledad, problemas de sueño, dolor, estrés conyugal y problemas sexuales son los más comunes entre las mujeres infértiles. Aunque con menos

frecuencia, estos problemas también se observan en los hombres.

118 Ley federal sobre la procreación medicamente asisitida.

119 Artículo 6 de la loi du 6 juillet de 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

120 El código de práctica de la Autoridad británica establece que ninguna pareja deberá recibir tratamiento sin la oportunidad de recibir asesoramiento.

121 Artículo 3 de la Model Act Governing Assisted Reproductive Technologies.

122 Citado en Farnós Amorós, Esther (2011).Consentimiento a la reproducción asistida. Atelier. Página 87.

123 Ibid.

124 Artículo 16 del Decreto 2493 de 2004.

125 Farnós Amorós E, Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Atelier, Barcelona, 2011. Pág. 35.

126 Algunos de los casos en Estados Unidos que se resolvieron con este criterio fueron A.z vs B.z, J.B vs M.B, y In re marriage of Witten.

127 Davis vs. Davis, 842 S.W. 2d. 588, Jun 1, 1992.

128Sobre la distinción entre madre genética y madre gestante ver párrafo 96 de esta sentencia.

129 Sobre esta distinción resulta ilustrativo el caso Vergara vs Loeb. En este caso Sofía Vergara y su esposo decidieron preservar unos embriones, pero, tras la ruptura de la pareja, ella decidió que no quería que se hiciera uso de estos. Él, sin embargo, insistía en que quería que se hiciera una implantación de dichos embriones, así fuera en vientre subrogado. Se trata de un caso en el que había una clara distinción entre la madre genética (donante de óvulos) y madre biológica (vientre subrogado).

130 El artículo 2141-2 de la Loi nº 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique (JORF 7.8.2004) niega efectos al consentimiento en caso de muerte de una de las partes, divorcio, separación judicial o cesación de la comunidad de vida anterior a la realización de la procreación asistida, así como cuando el hombre o la mujer lo revoque por escrito antes de la realización de la transferencia embrionaria.

131 El artículo 6.3 de la ley italiana de procreación asistida, Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004), establece que la voluntad de los dos sujetos de acceder a las técnicas de reproducción asistida debe manifestarse conjuntamente y por escrito al médico responsable del centro donde estas técnicas se van a llevar a cabo. Así mismo, entre la manifestación de esta voluntad y la aplicación de las técnicas deben transcurrir, como mínimo, siete días, y cualquiera de los dos sujetos puede revocar su consentimiento hasta al momento de la fecundación del óvulo.

132 El artículo 7 de la Ley n.° 26.862 en Argentina prevé la posibilidad de revocación del consentimiento informado, hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

133 Sentencia T-357 de 2022.

134 Vale la pena señalar que en la sentencia T-357 de 2022 se mencionó que la revocatoria no procede cuando la decisión termina afectando el cuerpo de la persona gestante, que en la sentencia se determinó en el momento de la implantación. Sin embargo, también precisó que la interferencia en el cuerpo de la mujer sucede a partir de la transferencia, pues, así no esté comprobada la implantación del embrión, el proceso ocurre dentro del cuerpo de la mujer.

135 Salgado Catalina. “Disputas sobre “embriones” y abuso en el ejercicio del derecho de revocatoria a su implantación: consideraciones para el derecho colombiana”, en Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas, Petrucci, Aldo y Santamaría Enrique Eds.), Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 173-195.

136 En este caso, una pareja de esposos habían criopreservado unos embriones. Después, como consecuencia de un cáncer en el útero de la mujer, la pareja accedió a la FIV para que

los embriones fueran implantados a una madre subrogada. Sin embargo, el esposo se arrepintió porque la pareja se divorció. El Tribunal Superior de Israel decidió a favor de la mujer por la falta de alternativas que tenía para tener un hijo biológico. El Tribunal sin embargo condicionó su decisión a que la mujer no reclamara nada al hombre respecto de los hijos que pudieran nacer.

137 La Corte en diversas ocasiones se ha pronunciado sobre la relevancia constitucional de los principios a la buena fe y la confianza legítima. Así, por ejemplo, en el contexto de los acuerdos entre la Administración y los vendedores ambulantes la Corte reiteró en la Sentencia T 940 de 2011 que "las relaciones con la comunidad han de ceñirse al principio de confianza legítima, lo que implica, de una parte, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas y, de otra, el derecho a esperar que los demás obren de la misma forma".

138 Evans v. The United Kingdom (II) (Gran Sala, 10.4.2007 JUR 2007/101309).

139 Kass v. Kass, 673 N.Y.S 2d 350 (N.Y. 1998).

140 Así mismo, este razonamiento se aplicó en la decisión adoptada en el año 2001 por la Corte Suprema de New Jersey en el caso J.B v. B.M, se sostuvo que debía mantenerse protegida la posibilidad de cambiar la decisión por parte de cualquiera de las partes y que, en todo caso, deberían considerarse los intereses de las personas involucradas.

142 Farnós Amorós E, Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Atelier, Barcelona, 2011. Pág. 187.

143 Sobre este punto la Corte estableció que no se podía decidir exclusivamente con fundamento en la teoría contractual pero tampoco se podía desechar. En ese sentido mencionó que en las controversias contractuales también se debe hacer un análisis constitucional de los derechos fundamentales afectados a partir del "efecto de irradiación" y en la dimensión objetiva de los derechos.

144 Sentencia T-229 de 2016.

145 Para ver con más profundidad cuáles son los derechos involucrados en estas situaciones ver el numeral 3.2 de esta sentencia.

146 Sentencia T-357 de 2022.

147 Para determinar si se trataba de la última oportunidad de la mujer para procrear, la Corte analizó lo siguiente: (i) que al momento de la disputa sólo exi