

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-357/22

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

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección de la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva

TRATAMIENTOS DE INFERTILIDAD Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA-Evolución jurisprudencial

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

PERSPECTIVA DE GENERO EN SALUD-Servicios en materia de salud de la mujer deben permitir y facilitar el ejercicio de sus derechos, especialmente los sexuales y reproductivos

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Derecho a la autonomía reproductiva

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

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA-Consentimiento libre e informado

(...), antes de iniciar los diferentes procedimientos, los partícipes pudieron 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. La libertad, presupuesto del carácter vinculante de los contratos, exige que las partes dispongan de información suficiente que permita tomar la decisión que juzguen adecuada según sus intereses actuales y futuros. La fuerza del consentimiento otorgado depende, en un grado importante, del cumplimiento de esta exigencia.

DERECHO A LA FILIACIÓN-Alcance y contenido

EXHORTO-Congreso de la República

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

Sentencia T-357/22

Referencia: Expediente T-8.436.289

Acción de tutela instaurada por Sara en contra de La Clínica, El Médico y Carlos.

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo, Diana Fajardo Rivera y el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos adoptados por los juzgados de instancia con ocasión de la acción de tutela presentada por Sara en contra de La Clínica, El Médico y Carlos.

I. I. ACLARACIÓN PRELIMINAR

1. 1. Considerando la naturaleza del asunto planteado en la acción de tutela y la solicitud formulada en el escrito que le dio inicio, la Corte dispondrá reservar la identidad de la parte accionante, de las personas accionadas y de las vinculadas al trámite de tutela, siempre y cuando no se trate de entidades públicas. Para ello se sustituirán sus nombres reales.

Para el efecto se suscriben dos providencias. Una de ellas, para ser comunicada a las partes del proceso, así como a los vinculados, incluirá los nombres reales. La otra, para ser comunicada a las organizaciones y entidades públicas, tendrá los nombres ficticios. La anonimización de los datos se deberá reflejar en los documentos e información que se divulgue en la página web de la Corte Constitucional, tales como boletines, comunicados de prensa, información sobre el estado del proceso disponible en los buscadores de acceso abierto al público, entre otros.

Esta reserva no comprende el nombre de las personas naturales, las organizaciones privadas y las entidades públicas que en algún sentido han expresado a la Corte su opinión respecto del asunto sometido a su consideración.

. ANTECEDENTES

Síntesis de los hechos: acción de tutela, respuesta de las accionadas y pruebas recaudadas en sede de revisión

2. Sara, nacida el 6 de noviembre de 1974, tiene en la actualidad 47 años de edad. En el año 2018 fue diagnosticada con pólipo endometrial. Posteriormente se le diagnosticó obstrucción tubárica bilateral, lo que le impide quedar embarazada de forma natural.

3. En el mes de septiembre de 2020 Sara y Carlos decidieron iniciar un proceso de fertilización in vitro (en adelante FIV) en La Clínica. El Médico les indicó la importancia de iniciar el procedimiento lo antes posible “debido a [la] edad y las implicaciones propias del proceso”. El día 23 de septiembre de 2020 fueron suscritos dos documentos por Carlos, Sara y el representante legal de La Clínica. El primero denominado “Consentimiento informado para la fecundación in vitro/ICSI propio-semen propio”. El segundo identificado como “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones”.

4. El 23 de octubre de 2020 realizaron un examen de PSG no invasivo cada embrión, el cual determinó la viabilidad del embrión para ser transferido. Según el registro del procedimiento médico aportado por la accionante del procedimiento que inició con 6 óvulos resultó únicamente un embrión.

5. En este mismo mes, la relación entre Sara y Carlos terminó. Pese a ello, Sara decidió continuar con el tratamiento de fecundación in vitro con base en una de las cláusulas contenida en el documento denominado “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones” conforme a la cual, en caso de separación o divorcio de la pareja, el destino de los embriones criopreservados será determinado por “la madre”. Sin embargo, La Clínica y el Médico se negaron a continuar el proceso asegurando que Carlos retiró su consentimiento con el fin de evitar la implantación del embrión. En consecuencia, el 1 de marzo de 2021 la Clínica le solicitó llegar a un acuerdo o conciliación con Carlos, para poder continuar con el proceso de FIV.

6. Al respecto, Carlos confirmó que a mediados del mes de octubre de 2020 se comunicó vía

WhatsApp y mediante correos electrónicos con el Médico para solicitarle interrumpir el proceso. Afirmó que tomó esta determinación por “el comportamiento poco decoroso de la accionante, toda vez que ella tenía pleno conocimiento (siempre lo supo, nunca le oculté nada) que [él] viajaba a USA, porque [se] iba a casar con mi novia” y aseguró que Sara “por todos los medios trató de dañar [su] matrimonio”. También, relató que no ha sido posible establecer un diálogo con Sara por ser “una amenaza para la paz y sosiego doméstico de [su] hogar”.

7. Por su parte, el Médico afirmó que la implantación no se ha realizado debido a que Carlos revocó el consentimiento otorgado; hecho que fue confirmado por Carlos. Al respecto, adujo que de acuerdo con el artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, el consentimiento es revocable en todo momento. Asimismo, confirmó que el 21 de enero de 2021 recibió un correo electrónico de Carlos en el cual solicitó información sobre el estado de su petición de revocatoria del consentimiento. En respuesta, el Médico le indicó a Carlos que, de acuerdo con el consentimiento por él firmado, la decisión respecto del embrión en caso de separación y/o divorcio, estaría en cabeza de Sara, por lo que se le recomendó llegar a un arreglo. Esta recomendación se reiteró en correo del 6 de febrero de 2021.

8. El 10 de febrero de 2021 Carlos remitió un nuevo correo electrónico en el cual reiteró su solicitud a La Clínica de suspender el tratamiento hasta que no se llegara a un acuerdo con Sara. Sin embargo, dicho acuerdo no fue remitido a La Clínica.

9. Sara afirmó que ha realizado varios pagos a la Clínica desde el año 2020, estando cubierta la totalidad del proceso de FIV. Sin embargo, el Médico afirmó que esto es parcialmente cierto pues está pendiente el pago del saldo por año adicional de criopreservación. Frente a este punto, la apoderada de Sara indicó que el 27 de octubre de 2021 pagó la suma de dos millones de pesos.

10. Finalmente, Sara sostuvo que en enero de 2021 se sometió a una cirugía denominada miomectomía por laparoscopia, con la finalidad de “tratar la miomatosis que me fue diagnosticada y en búsqueda de la adecuación de [su] cuerpo para el proceso de fertilización in vitro”. Refirió además que intentó comunicarse de buena fe con Carlos el día 7 de julio de 2021 vía correo electrónico en el que le habría manifestado: “Dame la única oportunidad que tengo de ser mamá desde mi vientre, yo desde siempre te absuelvo de todas las responsabilidades que te corresponden, te puedo firmar un documento donde me comprometo a nunca reclamarte nada”.

11. Sara solicitó (i) declarar que La Clínica ha vulnerado sus derechos a la salud sexual y reproductiva, la autodeterminación, la dignidad humana, la familia, la libertad constitucional y el “derecho-interés constitucional a la vida de [su] hijo” y (iii) ordenar a la Clínica implantar el embrión de acuerdo con los términos establecidos en el consentimiento informado.

Trámite de las instancias y sentencias objeto de revisión

12. Mediante Auto del 3 de mayo de 2021, el juzgado de primera instancia dispuso admitir la acción de tutela, accedió a la solicitud de reserva de identidad y vinculó al trámite a Coomeva Medicina Prepagada, a la Fundación Santa Fe, a Genetix -Centro de Diagnóstico en Genética Humana y Reproductiva-, a la Secretaría Distrital de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia de Salud y a la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Seguridad Social en Salud “Adres”. Posteriormente, mediante providencia del 4 de mayo dispuso la vinculación de Carlos al proceso.

13. La Clínica y Carlos guardaron silencio en esta etapa. El Ministerio de Salud y la Protección Social, la Secretaría Distrital de Salud, la Superintendencia de Salud, la Administradora de los

Recursos del Sistema General del Sistema de Seguridad Social en Salud “Adres” , Coomeva Medicina Prepagada y la Fundación Santa Fe solicitaron, en general, que se declarará la ausencia de legitimación en la causa por pasiva debido a que los hechos planteados por la accionante no tienen relación con su comportamiento.

Sentencia de primera instancia

14. El 7 de mayo de 2021 el juzgado de primera instancia negó el amparo solicitado. En síntesis indicó que (i) la no realización del procedimiento de fertilización in vitro por infertilidad primaria por obstrucción tubárica bilateral no pone en peligro el derecho a la salud, a la vida o a la integridad de la paciente; (ii) Sara puede acudir a la adopción como un instrumento jurídico para conformar la familia que desea constituir; (iii) a pesar de que Carlos había autorizado disponer del embrión criopreservado, debía tenerse en cuenta que retiró su consentimiento, de modo que La Clínica no podría contrariar esa decisión; (iv) el vínculo entre Sara, Carlos y La Clínica es de naturaleza contractual y ello escapa a la competencia del juez de tutela; y (v) acceder a las pretensiones de Sara supondría la violación del derecho de Carlos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, según lo prescrito en el artículo 42 de la Constitución.

Impugnación

15. Mediante apoderado Sara impugnó el fallo reiterando sus pretensiones. Destacó que la autoridad judicial, de una parte, adoptó un fallo infra-petita debido a que no se pronunció sobre todos los derechos invocados y, de otra, incurrió en errores interpretativos en sus argumentos, discriminando a Sara e interfiriendo con su vida privada. Precisó que “sobreponer los deseos subjetivos de Carlos, por sobre los de la mujer y la vida del no nacido resulta por completo desproporcionado constitucionalmente, ya que sus deseos anulan por completo los derechos de dos sujetos especialmente protegidos por su situación de

indefensión: la madre y el que está por nacer”.

16. El 15 de junio de 2021 el juzgado de segunda instancia confirmó la decisión de primera instancia. Presentó varios argumentos para fundamentar su decisión.

17. Primero, Sara cuenta con instrumentos ante la justicia ordinaria para reclamar el cumplimiento del acuerdo suscrito. Segundo, con independencia de la discusión acerca de si el embrión es objeto/sujeto de protección constitucional, lo cierto es que se encuentra en estado de criopreservación y, según los documentos del proceso se cuenta con dos años para disponer del mismo, de modo que no existe un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta además la incertidumbre sobre el resultado de la transferencia del embrión. Tercero, la sentencia de primera instancia no es discriminatoria dado que garantiza la igualdad de Sara y Carlos en atención a que el embrión es resultado del material genético de ambos. Cuarto, no se encuentran solo en juego los derechos de Sara sino también de Carlos y, si bien este consintió llevar a cabo la fertilización, de los documentos aportados se desprende que las partes involucradas tenían la posibilidad o el “derecho a suspender el tratamiento en cualquiera de sus etapas”. Quinto, es necesario considerar que la situación tiene origen en la voluntad de las partes de manera que, más allá de las alternativas con que cuente Sara para formar una familia y de las proyecciones que pudo hacer por razón del contrato de fertilización asistida, se requiere del estudio integral del acto contractual de modo que, adoptar decisiones prematuras por vía constitucional, puede devenir en situaciones irreversibles.

Actuaciones en sede de revisión

18. Mediante Auto del 29 de noviembre de 2021 la Sala de Selección No. Once de la Corte

Constitucional seleccionó y repartió a este despacho el expediente correspondiente al radicado T-8.436.289. En trámite de revisión el Magistrado sustanciador profirió dos autos de pruebas, vinculación y suspensión de términos.

19. El primer auto fue proferido el 31 de enero de 2022. En esta providencia se vinculó al Médico y se practicaron pruebas dirigidas a precisar, entre otras cosas, las condiciones (i) en las que fue otorgado el consentimiento para el desarrollo de los procedimientos cuya ejecución ha dado lugar a la presente acción de tutela y (ii) aquellas en las que se habría producido la revocatoria de dicho consentimiento, según lo manifestado por Sara. También se requirió a algunas instituciones (iii) a fin de precisar el alcance de la política pública en materia de tratamientos de reproducción asistida y, en particular, respecto del procedimiento de fecundación in vitro y la criopreservación de embriones. Igualmente se solicitó (iv) la opinión de expertos acerca de algunas de las cuestiones que desde la perspectiva médica, psicológica y bioética suscitan los procedimientos antes descritos.

20. El segundo auto fue proferido el 22 de marzo de 2022. En esta providencia la Sala Octava de Revisión requirió a Carlos para que se pronunciara sobre la presente acción de tutela. Para ello ordenó su notificación (i) nuevamente a su correo electrónico, así como (ii) a la dirección física de la ciudad de Bogotá aportada por la parte accionante. Adicionalmente, se solicitó la opinión especializada de algunas organizaciones respecto del impacto que, situaciones como las analizadas en esta oportunidad, pueden tener en la autonomía y en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y personas gestantes. Finalmente, se suspendieron los términos del proceso.

. CONSIDERACIONES

Competencia

1. 1. La Sala Octava de Revisión es competente para pronunciarse sobre las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en virtud de lo establecido en numeral 241.9 de la Constitución.

Problema constitucional, síntesis de la decisión y estructura de la sentencia

2. La Corte se enfrenta a un asunto difícil. Sara, quien afirma actuar en su propio nombre y en representación “del hijo que esta por nacer”, solicita que el juez de tutela le ordene a La Clínica proceder con la implantación del embrión resultante de la unión de los gametos aportados por ella y Carlos. Este último ha manifestado su decisión de no continuar con el proceso advirtiéndole, además, que ha conformado otra familia. La Clínica entonces se ha negado a adelantar el procedimiento indicando que no puede proceder si Carlos se opone a ello. A su juicio deben llegar a un acuerdo.

3. Sara advierte que el contrato suscrito con Carlos y La Clínica dispone que, en caso de presentarse cambios en la relación de la pareja -separación o divorcio- que originen un desacuerdo acerca de la destinación de los embriones, ello se definirá por la “madre”. Estima entonces que la actuación de La Clínica, del Médico y de Carlos se opone no solo a lo establecido en el texto del contrato, sino también a los derechos a la salud en conexidad con los derechos sexuales y reproductivos, a la familia, a la dignidad humana y a la libertad de conciencia.

4. Debe la Sala definir si la Clínica, el Médico y Carlos desconocieron los derechos fundamentales de Sara, en particular el derecho a la autodeterminación reproductiva, al negarse a implantar el preembrión a cuya formación concurrió con Carlos, alegando que este último revocó su consentimiento. En caso de que la respuesta sea positiva, esta providencia deberá establecer los efectos que en materia de filiación podrían producirse.

5. La Corte concluirá que la Clínica, el Médico y Carlos violaron el derecho de Sara a la autodeterminación reproductiva y, en particular, los artículos 15, 16 y 42 de la Constitución. Esta decisión se fundamentará en las siguientes razones.

6. Primero, el desarrollo las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) se encuentra comprendido por el ámbito de protección de los derechos sexuales y reproductivos. Segundo, con fundamento en tales derechos las personas se encuentran habilitadas, en general, para acudir a tales procedimientos y celebrar acuerdos acerca del modo en que deben desarrollarse. Tercero, el desarrollo de las TRHA exige considerar, a partir de una perspectiva de género, el impacto diferenciado que su desarrollo supone para las mujeres y, en esa medida, la importancia de conferir un peso especial a sus intereses en casos como el analizado. Cuarto, la posibilidad de acudir a dichas técnicas permite que las personas acuerden, a partir del aporte de sus propios gametos, la creación y criopreservación de embriones con fines de procreación. Quinto, con fundamento en ese derecho es posible, tal y como lo hicieron Sara y Carlos, disponer reglas sobre la destinación de los embriones en caso de ruptura de la relación de la pareja, siempre y cuando la destinación prevista no desconozca la Constitución.

7. En adición a lo indicado y al resolver el caso concreto la Corte sostendrá las tesis que se enuncian a continuación. Sexto, en virtud de la cláusula general de libertad (art. 16) que exige reconocer la fuerza vinculante del contrato y de las manifestaciones de voluntad libremente expresadas, las estipulaciones relativas a la destinación de tales embriones deben ser cumplidas, a menos que con ello se configure una violación de los derechos fundamentales de una de las partes. Séptimo, dado que el derecho a la autodeterminación reproductiva implica también el derecho a elegir ser o no padre o madre, si después de la ruptura de la pareja uno de los firmantes del acuerdo pretende retirar el consentimiento previamente otorgado, será necesaria una valoración detallada y rigurosa de las circunstancias a efectos de considerar su capacidad de derrotar la carga que existe a favor de respetar el consentimiento previamente expresado. Octavo, para establecer la validez del

retiro de dicho consentimiento debe adelantarse un escrutinio dirigido a considerar y ponderar la situación particular de las personas afectadas y, en particular, la posibilidad de las mujeres de gestar. Noveno, sin perjuicio de otras circunstancias en caso de que sea la última oportunidad para ser gestante -y siempre y cuando no existan razones poderosas que reduzcan el peso de su posición iusfundamental- la fuerza vinculante del consentimiento expresado en el contrato unida al derecho a la autonomía reproductiva, deben preferirse. Décimo, no obstante, dada la intensidad de la restricción en el derecho a la autodeterminación reproductiva de quien no quiere ser padre, es posible que el hombre aportante del gameto -de tomar esa decisión- no quede vinculado por la relación filial prevista en el ordenamiento para el caso de los vínculos consanguíneos.

8. Con el objeto de presentar las razones que justifican la decisión, la Corte seguirá el siguiente orden. Inicialmente determinará si se encuentran satisfechos los requisitos de procedencia de la acción de tutela (primera sección). A continuación, se referirá a las TRHA precisando los intereses constitucionales que resultan relevantes en su desarrollo, destacando la importancia de adoptar un enfoque de género (segunda sección). Luego de ello precisará el alcance y fundamento de los acuerdos privados relativos a las TRHA, estableciendo la validez de los establecidos entre Sara, Carlos y la Clínica (tercera sección). Seguidamente analizará el deber de cumplimiento de los acuerdos que instrumentan las TRHA y su relación con los derechos fundamentales, determinando las consecuencias que esa relación puede tener en el suscrito por Sara, Carlos y la Clínica (cuarta sección). Después de ello, la Corte establecerá el vínculo entre las TRHA, la filiación y los derechos fundamentales de quienes participan en esas técnicas (quinta sección). Finalmente delimitará la decisión que debe adoptarse (sexta sección).

9. Una precisión adicional es importante. En el curso de la acción de tutela los sujetos procesales, así como los terceros que han expresado su opinión técnica y jurídica, destacaron diversas e importantes dimensiones de la materia en la que se inscribe el caso que ahora analiza la Corte. No obstante, la Sala ha considerado necesario delimitar el análisis en los términos que han sido señalados, en tanto tal examen permite definir si en este caso

procede el amparo de los derechos de Sara. Las deficiencias regulatorias vigentes, de una parte, y los constantes debates médicos, jurídicos y éticos respecto de las TRHA, de otra, sugieren a la Corte adoptar una decisión que, sin perjuicio de establecer criterios claros para la solución del problema jurídico, promueva un debate más amplio y participativo en las demás instancias del Estado. Conforme a ello, este pronunciamiento tiene por objeto definir las reglas que controlen la solución de este caso y no pretenden, en modo alguno, establecer criterios definitivos para enfrentar las diferentes hipótesis que pueden suscitarse.

A. A. Primera Sección. La acción de tutela presentada por Sara en contra de la Clínica, Carlos y el Médico es procedente

10. En este caso se encuentran satisfechas las condiciones de procedencia de la acción de tutela. La accionante ha sostenido que su derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva fue vulnerado debido a la decisión de la Clínica y el Médico -apoyada en la manifestación que hizo Carlos- de abstenerse de continuar con el procedimiento de implantación del embrión. A su juicio ese comportamiento, además, se opone al contenido del documento “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones” que le confería la posibilidad de tomar la decisión sobre el destino del embrión en caso de presentarse una ruptura de la relación. De este modo, Sara ha invocado un interés propio que permite afirmar que se encuentra legitimada en la causa por activa.

11. La legitimación en la causa por activa no se predica en este caso del preembrión. En efecto, tal y como lo reiterará la Corte más adelante -infra 46, 47 y 48- desde la perspectiva del derecho internacional, la jurisprudencia vigente y la regulación legal colombiana, el preembrión criopreservado no constituye una persona en sentido jurídico ni tampoco puede considerarse, como ha propuesto la apoderada de la parte accionante al invocar el artículo 53 del Código General del Proceso, un “ente” cubierto por la noción de concepción en tanto su implantación no ha tenido lugar.

12. El planteamiento de Sara tiene por objeto, como se señaló, cuestionar la actuación de la Clínica, del Médico y de Carlos. Varias razones indican que respecto de todos ellos existe legitimación en la causa por pasiva. En atención al objeto de La Clínica y a la naturaleza de la actividad que desarrolla se concluye que se trata de una persona jurídica particular que presta actividades vinculadas al servicio público de salud y la controversia planteada se suscita, precisamente, respecto del desarrollo de tratamientos vinculados a las TRHA. A su vez, la decisión de Carlos respecto de la suspensión del procedimiento de implantación del embrión y la sucesiva actuación de la Clínica y el Médico implican para Sara la incapacidad de reaccionar efectivamente frente a la alegada agresión de sus derechos. En efecto esas decisiones reflejan un amplio poder que les permite resistirse a las pretensiones de Sara quien, según advierte, ha quedado por completo excluida de la posibilidad de disponer del embrión. Conforme a ello, la accionante se encuentra en situación de indefensión.

13. Si bien podría considerarse que Sara dispone de un medio judicial ordinario idóneo para plantear sus pretensiones, en tanto es posible que acuda a la jurisdicción ordinaria para proponer -en un proceso declarativo- su reclamo respecto del cumplimiento de los acuerdos establecidos con Carlos y la Clínica -incluso solicitando la práctica de medidas cautelares según lo autoriza el artículo 590.c del Código General del Proceso- su eficacia concreta no resulta clara. En efecto, como se desprende del expediente de tutela, adoptar una decisión definitiva en un periodo de tiempo relativamente corto es importante, teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede tener una incidencia en el éxito del proceso de implantación del embrión en atención a la edad de Sara. Bajo esa perspectiva, la acción de tutela interpuesta cumple el requisito de subsidiariedad. En apoyo de esa conclusión milita una razón adicional: el debate planteado por Sara envuelve una aguda controversia especialmente relevante para los derechos fundamentales que justifica un pronunciamiento oportuno del Tribunal encargado por el artículo 241 de guardar la integridad y supremacía de la Constitución. Se trata de una materia en la que la Corte tiene entonces una especial responsabilidad por las especiales cuestiones iusfundamentales que suscita.

15. En adición a lo expuesto y como se indicó, el asunto tiene una indiscutible relevancia constitucional. En efecto, los planteamientos del escrito de tutela, las sucesivas manifestaciones en su trámite por parte de Carlos, la Clínica y el Médico así como las intervenciones de diferentes expertos y entidades relacionadas con la materia, han mostrado que el caso exige resolver un difícil problema relacionado con el alcance de los derechos sexuales y reproductivos así como de la exigibilidad de las cláusulas que regulan la relación entre los diferentes aportantes de gametos en un TRHA.

B. Segunda sección. Las técnicas de reproducción asistida y los intereses constitucionales relevantes

16. Las TRHA se encuentran definidas por el artículo 2 de la Ley 1953 de 2019. Establece que se entienden por tales “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”. Bajo esa perspectiva se ha señalado en el ámbito internacional que ello incluye, entre otras cosas, “la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado”.

17. Algunas de estas técnicas se encontraban ya reconocidas en el Decreto 1546 de 1998 en cuyo título V se regulan las “Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o Similares”. Se prevén allí las condiciones que deben cumplirse para desarrollar los procedimientos de reproducción homólogos y heterólogos que comprometan gametos y preembriones. Igualmente, en ese decreto se reconoce la posibilidad de congelar los preembriones a efectos de adelantar las técnicas reguladas. Más recientemente, mediante la Resolución 228 de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad que contiene, entre otras cosas, referencias a los tratamientos

frente a la infertilidad -Línea de acción 1.2 del Componente No. 4- y a la inspección, vigilancia y control de unidades de biomedicina reproductiva, bancos de gametos y embriones.

18. Las TRHA plantean al Derecho Constitucional desafíos de diversa índole. Suscitan complejas cuestiones acerca del modo en que se vinculan los derechos, la reproducción humana y el avance científico. La complejidad de su desarrollo se acentúa al constatar que son múltiples, a veces coincidentes y otras veces contrapuestos, los intereses que entran en juego: (i) de las personas que pretenden acudir a tales tratamientos para enfrentar dificultades de salud, conformar una familia y desarrollar su proyecto de vida; (ii) de las autoridades públicas en quienes se radican competencias de diverso alcance para ordenar y supervisar el desarrollo de los diferentes procedimientos; y (iii) de los centros privados que ofrecen servicios relacionados con la reproducción asistida y deben disponer de un régimen jurídico que ofrezca certidumbre sobre los límites de estas actividades.

19. Ninguno de tales intereses es indiferente para la Carta. Todos ellos se articulan con normas constitucionales que reconocen derechos, prevén deberes y activan competencias de intervención.

20. Un primer grupo de intereses, el de las personas que pretenden acceder a las TRHA, se conecta estrechamente no solo con el derecho a conformar una familia, sino también con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos. En efecto, la Constitución ha reconocido el derecho de las personas a definir responsablemente el número de hijos y la garantía de que todos ellos, procreados naturalmente o con asistencia científica, tendrán los mismos derechos y obligaciones. A su vez, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos comprende no solo la autodeterminación reproductiva sino también el acceso a servicios de salud reproductiva.

21. La primera implica “el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de decidir

libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”, al tiempo que la segunda se refiere a la posibilidad de acceder “a los medios y a la información para hacerlo”. Bajo esta perspectiva “el Estado tiene obligaciones negativas de no interferencia en el ejercicio de estos derechos y obligaciones positivas de garantizar el acceso a los servicios de salud reproductiva”. Es posible entonces reconocer, como fundamento de los derechos enunciados, además de los instrumentos internacionales relevantes, los artículos 15, 16, 42 y 49 de la Constitución.

22. Puede afirmarse -en lo que resulta directamente relevante para la cuestión que aborda la Corte- que a los derechos sexuales y reproductivos se adscriben (i) una permisión de las personas y de las familias para solicitar la práctica de TRHA y, en ese contexto, para suscribir contratos que definan las condiciones para la fecundación in vitro, la criopreservación así como los derechos y obligaciones de quienes los suscriben; (ii) una prohibición, que vincula a autoridades y particulares, de obstaculizar injustificadamente la posibilidad de celebrar y ejecutar ese tipo de acuerdos; y (iii) un mandato que impone al Estado la supervisión de las entidades públicas o privadas que desarrollen técnicas de reproducción asistida.

23. Es fundamental realizar una precisión. Las mujeres integran un grupo históricamente discriminado. Diferentes formas de violencia, unas evidentes y otras silenciosas, han afectado su desarrollo en la vida pública y privada, en el trabajo y en la familia. No obstante, ni en la Constitución ni en las decisiones de este Tribunal ello ha pasado inadvertido. En plena concordancia con la cláusula de erradicación de injusticias presentes que se adscribe al artículo 13 de la Carta y de la prohibición de discriminación que establece el artículo 43, la jurisprudencia ha reconocido y destacado el deber del Estado y de los particulares de respetar y proteger los derechos de las mujeres.

24. Esa premisa indica entonces que, a pesar del carácter universal del derecho a la autonomía reproductiva, no pueden perderse de vista los impactos diferenciados que las TRHA pueden plantear a las mujeres y, en esa medida, las posiciones jurídicas que deben

ampararse para enfrentarlos.

24.1. Primero. El desarrollo de esas técnicas no debe fundarse en prejuicios que reproduzcan aquellos estereotipos según los cuales la maternidad define la identidad femenina. No. Las TRHA constituyen un instrumento científico para ampliar el ámbito material de libertad de las personas gestantes en tanto su empleo es resultado de su decisión y, en modo alguno, para imponer roles incompatibles con la igualdad y la prohibición de discriminación por razones de sexo. Se trata entonces de un grupo de procedimientos para que las personas, libres de toda interferencia, presión o violencia, explícita o encubierta, tomen las decisiones básicas respecto del control sobre su cuerpo y su procreación.

24.2. No pueden las autoridades, la familia, el personal sanitario ni la pareja asumir prácticas o comportamientos que tengan como propósito obstaculizar las decisiones legítimas que las mujeres adoptan respecto del inicio, ejecución o terminación de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida. Tampoco entonces pueden aceptarse comportamientos fundados en una especie de vocación de la mujer hacia la maternidad y la reproducción, como si le fuera exigible asumir la carga de acudir a métodos de esta naturaleza cuando la gestación no ha sido posible mediante procedimientos naturales. Precisamente el artículo 5.a de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” ordena al Estado, y por esa vía a esta Corte en el ámbito de sus funciones, adoptar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

24.3. Segundo. El acceso a las TRHA debe garantizarse en condiciones de igualdad para hombres y para mujeres. No son tolerables tratamientos diferentes e injustificados que se apoyen en el género y que tengan por objeto obstaculizar o afectar el acceso a tales técnicas. En esa dirección los instrumentos internacionales exigen al Estado adoptar las

medidas dirigidas a eliminar la discriminación contra las mujeres en la esfera de la atención médica asegurando, en condiciones de igualdad, el acceso a los servicios de planificación de la familia. En ese sentido, el artículo 12.1 de la Convención antes referida prevé que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. A su vez, el artículo 16.1 establece la obligación de garantizar la igualdad respecto de los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

24.4. Tercero. La implementación de los procedimientos afecta de manera especial y particular a las mujeres y, por ello, existe un deber especial de garantizar absoluta inmunidad para decidir acerca del procedimiento, la forma de ejecutarlo, así como su oportunidad. En esa dirección es relevante considerar que algunos de tales tratamientos se traducen en interferencias agudas en su cuerpo de modo que, además del especial cuidado en su desarrollo, deben existir procedimientos cualificados para el suministro de información, que permitan valorar los riesgos, efectos y beneficios de los diferentes procedimientos. Advierte entonces la Corte que, sin desconocer que las TRHA tienen efectos de diferente naturaleza también para los hombres, ellos se acentúan significativamente en el caso de las mujeres.

25. Esta triple perspectiva encuentra apoyo general en la jurisprudencia constitucional que, apoyándose en la doctrina, ha reconocido el enfoque de género como una “herramienta teórico-metodológica que permite el examen sistemático de las prácticas y los roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social o cultural”. Señaló la Corte que dicho enfoque hace posible “captar cómo se producen y reproducen las relaciones de género dentro de una problemática específica y con ello detectar los ajustes institucionales que habrán de emprenderse para lograr la equidad entre los géneros”. Sostuvo la Sala Plena que el análisis con perspectiva de género, de una parte,

“no implica una actuación parcializada del juez” y, de otra, exige “que su juicio no perpetúe estereotipos de género (...) discriminatorios”.

26. Precisamente en esa dirección este Tribunal ha señalado que “las obligaciones positivas que se derivan para el Estado de la garantía de igualdad material para las mujeres y del deber de debida diligencia en la prevención de la violencia de género imponen, a su turno, la obligación para todas las autoridades y funcionarios del Estado de adoptar una perspectiva de género en sus actuaciones y decisiones, con el objetivo de eliminar todos los factores de riesgo de violencia o la garantía del ejercicio de todos los derechos en igualdad de condiciones, desde una visión integral”. Según advirtió la Corte ello supone “(...) la consideración de un criterio de distribución de los contenidos de libertad, criterio de distribución que ha de entender en el sentido de generalidad, equiparación y diferenciación negativa o positiva”.

27. Las aproximaciones a los TRHA son diversas y por ello es difícil agruparlas. Algunas perspectivas han sugerido que este tipo de técnicas cosifican a la mujer en tanto la erigen en un instrumento para la reproducción y la maternidad lo que, a su vez, replica modelos patriarcales. Igualmente advierten que a través de estas técnicas se afecta profundamente la agencia de la mujer y se promueve un mercado de enormes utilidades alrededor del cual giran las clínicas y los centros de investigación. Otros sectores han destacado que a pesar de que el uso de procedimientos de reproducción asistida suscita algunas tensiones debido a las restricciones -institucionales y económicas- para acceder a ellos y a los efectos que su práctica puede tener en el cuerpo de la mujer, se trata de medios que optimizan la posibilidad de que las mujeres tomen las decisiones fundamentales sobre la sexualidad y la reproducción.

28. A pesar de la diversidad de enfoques y posiciones, la jurisprudencia constitucional reconoce que las TRHA se integran al ámbito de protección de los derechos sexuales y reproductivos. Bajo esa perspectiva, el punto de partida debe consistir en el más amplio

reconocimiento de la libertad de las mujeres para decidir si acuden o no y en qué condiciones a este tipo de procedimientos. Es claro para la Corte, en todo caso, que el desarrollo de los mismos suscita en su regulación y ejecución riesgos de diferente naturaleza con capacidad de afectar especialmente a las mujeres.

29. En esa dirección cabe destacar que las TRHA y en particular la que es objeto de consideración en esta providencia (i) surgen luego de un diagnóstico de infertilidad, con las consecuencias emocionales que se asocian a ello; (ii) comporta importantes cargas a nivel económico, emocional, corporal, personal y familiar; y (iii) no se reducen a la implantación del preembrión, sino que se trata de un proceso complejo que inicia mucho antes con la preparación farmacológica e incluso quirúrgica del cuerpo de la persona gestante. Sobre esto último y como se desprende de los documentos aportados al expediente -en particular aquellos mediante los cuales se prevé el consentimiento- el procedimiento en el que participaron Sara y Carlos supone para las mujeres la estimulación ovárica, la aspiración folicular y la transferencia del embrión, de modo que supone un impacto corporal especial a los cuales no se enfrentan los hombres que participan en un proyecto de esta naturaleza.

30. En suma, la Corte encuentra que un enfoque de género compatible con la Constitución implica, en técnicas como las que dieron lugar a la controversia que se examina, un haz de exigencias que tienen que ser interpretadas como instrumento para enfrentar la desigualdad de hombres y mujeres. 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.

31. 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.

32. Otro grupo de intereses guarda relación con las competencias estatales en materia de regulación y vigilancia de las entidades que ofrezcan este tipo de servicios. En cuanto las técnicas de reproducción asistida se vinculan directamente con el ejercicio de derechos constitucionales, a las autoridades públicas les corresponde (i) expedir normas legales y reglamentarias que disciplinen no solo las condiciones de acceso y desarrollo de tales técnicas sino también los efectos sobre la conformación de la familia y el estado civil de las personas (arts. 49, 150 y 189.11). Igualmente, a su cargo se encuentra la responsabilidad de (ii) ejercer las competencias en materia de inspección vigilancia y control de quienes ofrecen servicios relacionados con las técnicas de reproducción asistida (arts. 49 y 189.22).

33. La Sala estima necesario destacar que las TRHA -entre las que se encuentran la fecundación in vitro y la criopreservación de embriones- plantean problemas asociados a los límites que pueden imponerse a su desarrollo y el margen de acción del que disponen los particulares para su ejecución. En esa dirección, si bien tales técnicas constituyen un valioso instrumento no solo para la garantía de la salud sino también para la optimización de los derechos sexuales y reproductivos, no puede desconocerse que su desarrollo plantea desafíos bioéticos que la sociedad, a través de sus órganos representativos, debe abordar. De hecho, para el Estado no es indiferente, por ejemplo, el destino que se da a los gametos y embriones, las condiciones para su conservación o la naturaleza del consentimiento de los particulares cuando celebran contratos que tienen por objeto el desarrollo de TRHA. Es por ello entonces que las autoridades públicas tienen una responsabilidad especial en esta materia.

34. Finalmente, el tercer grupo de intereses guarda relación con el alcance de la libertad de los centros privados que se dedican a la prestación de servicios relacionados con las TRHA. Dado que dicha actividad implica la prestación de servicios de salud, es necesario articular la

libre iniciativa con los límites que deben ser impuestos en atención a la naturaleza y riesgos asociados a dichas técnicas (arts. 49 y 333). De esta manera desde una perspectiva constitucional se tornan relevantes las condiciones de funcionamiento, el alcance de la libertad contractual, las reglas de información y el régimen de responsabilidad de tales centros privados.

35. La triple dimensión de las TRHA permite a la Corte precisar la naturaleza y alcance de los intereses o derechos que pueden encontrarse en juego cuando se abordan problemas relacionados con su desarrollo. Cada una de ellas delimita los ámbitos a disposición de los interesados para elegir los objetivos y seleccionar los medios. A continuación, la Corte analiza el fundamento de los acuerdos que instrumentan tales técnicas y, en particular, la validez del establecido entre Sara, Carlos y la Clínica

C. Tercera sección. Los acuerdos de reproducción asistida celebrados entre Sara, Carlos y la Clínica

36. La controversia puesta a consideración de la Corte suscita una tensión entre varios de los intereses constitucionales identificados. Sara invoca la protección del derecho fundamental a la autonomía sexual y reproductiva (arts. 15, 16 y 42). Subyace a ese planteamiento que se trata de la última oportunidad de la que dispone para ser madre biológica debido a que su condición actual (obstrucción tubárica bilateral) le impide quedar en embarazo de forma natural. Su pretensión entonces se encuentra comprendida por el ámbito de protección del referido derecho y, adicionalmente, por la cláusula del acuerdo que precedió el inicio del proceso de fecundación y en virtud de la cual en caso de separación de la pareja el destino de los embriones sería fijado por ella. Se trata, en suma, del derecho a ser madre.

37. Carlos ha solicitado que no se continúe con dicho procedimiento. Afirma que no puede ser obligado a ser padre y que la realización del procedimiento de implantación únicamente

tiene como propósito generar intranquilidad a su nueva familia. Invoca, entonces, el derecho a no ser padre. Esa pretensión, igual que la de Sara, se encuentra cobijada por el derecho a la autonomía sexual y reproductiva.

38. Hasta ahí entonces puede decirse que ambos fundamentan su reclamo en el derecho a tomar las decisiones básicas respecto de la procreación. A su vez, La Clínica y el Médico - apoyándose en las comunicaciones provenientes de Carlos e incluso cuestionando la validez de la cláusula- han considerado que deben detener el procedimiento al estimar que el consentimiento para este tipo de tratamientos es esencialmente revocable. Esa decisión, según sostienen, encontraría apoyo en el principio de autonomía aplicable a todas las intervenciones en salud.

39. Vistas las posiciones asumidas por las partes, cualquier decisión que se adopte puede implicar una injerencia significativa en los derechos e intereses que han sido invocados. Dicho de otro modo, la posibilidad de armonización de las posiciones jurídicas en juego no parece posible, o al menos es reducida. Si la Corte afirma que el reclamo de Sara debe imponerse, la decisión de Carlos de no ser padre biológico y de la Clínica de respetar esa decisión, quedaría anulada. A su vez, si este Tribunal decide que debe protegerse la decisión de Carlos el derecho de Sara a ser madre mediante el procedimiento de reproducción asistida ya iniciado se vería frustrado.

40. La literatura especializada ha identificado distintas aproximaciones para resolver disputas como las que en esta oportunidad ocupan a la Corte, esto es, para definir el destino de los embriones cuando surge un desacuerdo sobreviniente, fruto del divorcio o de la separación de la pareja aportante de los gametos. La primera, denominada contractualista, señala que en estos casos corresponde imponer el cumplimiento del acuerdo previamente celebrado. Otra perspectiva, conocida como la del balance de los intereses, sostiene que deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y la situación de los integrantes de la pareja y, a partir de ello, adelantar una ponderación. En esa dirección se sostiene, por

ejemplo, que debe aceptarse una preferencia prima facie respecto del derecho de quien no desea que concluya la procreación. Una tercera perspectiva, conocida como la del mutuo consentimiento, ha sostenido que debe incentivarse la búsqueda de acuerdos alrededor de la destinación de los embriones y, de ser posible, procurar su conservación hasta que ello finalmente ocurra.

41. Establecer como correcta solo una de tales aproximaciones -sobre las que volverá la Corte más adelante- no resulta deseable desde el punto de vista constitucional. En efecto, cada una contribuye a evidenciar facetas relevantes en este tipo de disputas, sin ofrecer soluciones satisfactorias para todos los casos. La perspectiva contractual si bien exige tomarse en serio los acuerdos como expresión significativa de la libertad humana, podría inadvertir razones para moderar el alcance de sus cláusulas con fundamento en el artículo 4 de la Constitución. A su vez, una visión orientada únicamente por el balance de los intereses que invocan los aportantes y la clínica, puede afectar la pretensión de seguridad que se anuda a la celebración de un contrato -como forma de prever riesgos anticipadamente-, incrementando de este modo los costos emocionales y económicos asociados a los litigios. Finalmente, la aplicación de la doctrina del mutuo consentimiento implicaría aplazar la resolución de la controversia suscitando la persistencia de la tensión, el drama y el conflicto.

42. A pesar de la relevancia de cada una de las perspectivas referidas, la Corte considera que la decisión adecuada en este caso debe encontrarse en una especie de simbiosis o combinación de varias de las aproximaciones. A continuación, se fundamenta y delimita esta idea precisando su incidencia en la resolución del caso.

* La validez general de los acuerdos que tienen por objeto regular la fecundación in vitro y la criopreservación de embriones

43. La resolución de controversias como la de ahora impone reconocer la precedencia prima

facie de la obligación de respetar los contratos celebrados por quienes concurren al desarrollo de los TRHA, en este caso, los aportantes de los gametos (Sara y Carlos) y los centros privados que prestan sus servicios (la Clínica y el Médico). Esto implica el deber de las partes de honrar los compromisos y manifestaciones de voluntad allí establecidos y la responsabilidad de los jueces de imponer su cumplimiento cuando ello es requerido por las partes. Este punto de partida encuentra apoyo en al menos cinco razones.

44. Primero. De la libertad de contratación, que se adscribe a las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos a la personalidad jurídica (art. 14), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y a la libre iniciativa privada (art. 333), se desprende un derecho específico a que las personas autorregulen, a través de acuerdos, aquellos intereses de los que pueden válidamente disponer. Esta libertad ha sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional. El reconocimiento de que los acuerdos contractuales son manifestación de la libertad general de acción constituye, al mismo tiempo, el fundamento de su obligatoriedad. En efecto, no es constitucionalmente posible que una declaración de voluntad vincule a una persona cuando ella no ha sido el resultado de una decisión libre en los términos fijados para ello por el Derecho Privado.

45. Segundo. La libertad de contratar comprende la posibilidad de celebrar acuerdos sobre las condiciones en que deben llevarse a cabo los TRHA. Esa habilitación incluye, no solo la posibilidad de acordar con los centros médicos especializados las condiciones científicas y económicas para adelantarla, sino también la posibilidad de que las personas que aportan los gametos definan entre sí el alcance de sus derechos y obligaciones. No existe entonces una prohibición de celebrar acuerdos encaminados a regular, por ejemplo, el desarrollo de las diversas etapas de la fecundación in vitro, incluyendo la vitrificación de embriones. Si tal tipo de procedimientos han sido reconocidos como tratamientos constitucionalmente autorizados -tal y como se desprende del artículo 42 al referirse a la procreación por asistencia científica y de la práctica interpretativa de este Tribunal- los acuerdos contractuales que guardan relación con su ejecución son, al menos prima facie, también admisibles. Dicho de otro modo y sin perjuicio de la validez jurídica de cada una de sus cláusulas, no puede afirmarse que

este tipo de acuerdos tengan una causa u objeto prohibido.

46. Tercero. Al margen de las discusiones que en el plano filosófico han surgido respecto del estatus del embrión o preembrión, la Corte encuentra que del mismo no se predica un interés autónomo o derivado que impida celebrar acuerdos relativos a la fecundación in vitro y a la criopreservación. Ello, naturalmente, siempre y cuando no se desconozcan los límites razonables fijados por el Legislador a través, por ejemplo, del Código Penal. Para la Corte y sin que pueda ser esta sentencia el lugar para definir una cuestión moralmente disputada, es claro que, de acuerdo con el ordenamiento internacional, la jurisprudencia vigente y la regulación legal, el embrión criopreservado no constituye una persona en el sentido constitucional ni tampoco puede considerarse, como ha propuesto la apoderada de la parte accionante, un “ente” cubierto por la noción de concepción.

47. Esta conclusión se apoya en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, retomada además por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Al precisar el alcance del artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló “que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación”. A partir de ello sostuvo “que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”.

48. Destacó ese Tribunal que “si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”. Conforme a lo anterior advirtió “que el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”. Concluyó entonces “que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención (...)”.

49. Cuarto. Estos acuerdos no solo son expresión de la libertad contractual, sino que constituyen una opción de enorme valor para optimizar los derechos sexuales y reproductivos. En efecto, el desarrollo de las TRHA hace posible (i) enfrentar dificultades de salud que impiden la procreación a través de medios naturales y (ii) garantizar el derecho de las personas a elegir el número de hijos. Advierte además la Corte, tal y como lo han reconocido algunos expertos, que (iii) los TRHA 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. En esa medida permiten que una sola persona, parejas heterosexuales que no están en posibilidad de procrear naturalmente o parejas del mismo sexo, aportando o no sus gametos, puedan emprender proyectos parentales.

50. Quinto. La jurisprudencia colombiana ha reconocido la validez de acuerdos de esta naturaleza. En esa dirección, por ejemplo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema sostuvo “que los acuerdos negociales de la índole de marras, que no afecten los principios éticos básicos ni refieran a ilicitudes, en principio, podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto a los términos plasmados en ellos, de donde surge que el consentimiento mutuo respecto al futuro de los embriones debe tener importancia, en presencia de controversias sobre qué hacer con tales en caso de diferencias irreconciliables y obliga a que en los convenios así realizados se tenga el cuidado de planear con suficiente claridad la totalidad posible de aspectos, que prevengan un conflicto futuro”. Incluso ha destacado el mismo Tribunal -respecto de una materia sobre la que más adelante volverá la Corte- que en materia de reproducción asistida la voluntad o manifestación de asumir un proyecto parental constituye -más allá de consideraciones biológicas o genéticas- una de las fuentes de la filiación.

51. Una advertencia sobre la conclusión relativa a la validez de estos acuerdos es ahora imprescindible. El hecho de que las TRHA se encuentren constitucionalmente autorizadas y, en esa medida, que los procedimientos de fecundación in vitro y criopreservación de

embriones puedan llevarse a efecto, no implica que tales técnicas y acuerdos carezcan de límites. Bajo esa perspectiva y como lo advertirá la Corte más adelante, los desafíos que estas prácticas plantean imponen al Legislador en la época que corre y como lo han hecho otros Estados, emprender esfuerzos para adoptar una regulación integral en esta materia.

52. Encontrándose entonces permitida la celebración de acuerdos de esta naturaleza en ejercicio de la libertad contractual, se sigue que su cumplimiento es obligatorio. No existe, dicho de otro modo, una razón que afecte su validez y exigibilidad. Reflejan una expresión de consentimiento protegida por la Constitución.

53. Ahora bien, el hecho de que tales acuerdos se encuentren revestidos de fuerza vinculante impone detenerse en dos aspectos estrechamente relacionados: (i) si el consentimiento manifestado al suscribir este tipo de acuerdos se encuentra sometido a requerimientos particulares y (ii) si existen razones que justifiquen la restricción de los mismos. De ello se ocupa a continuación la Corte.

– Consentimiento y acuerdos sobre TRHA

54. Es presupuesto de existencia y validez de cualquier contrato un consentimiento libre. La autorregulación de intereses mediante disposiciones contractuales debe ser el resultado de declaraciones de voluntad exentas de vicios asociados, por ejemplo, a la fuerza, al error o al dolo.

55. Al margen de ello, la legislación y la jurisprudencia han identificado eventos en los cuales el otorgamiento del consentimiento que precede al perfeccionamiento de los vínculos contractuales ha de sujetarse a condiciones especiales. Ello en atención, por ejemplo, al tipo de materias sobre las que versa el acuerdo o a la posición de los sujetos contratantes. No es lo mismo celebrar contratos que rigen materias exclusivamente patrimoniales, que prestar el

consentimiento respecto de asuntos de naturaleza extrapatrimonial o que guardan relación directa con derechos fundamentales. En esa dirección, tampoco es equivalente que un consumidor -y no un profesional- preste su consentimiento en un mercado en el que existen asimetrías de información o que un menor -y no un adulto- lo haga cuando se trata de un determinado procedimiento médico.

56. La exigencia de un consentimiento especial ha sido entonces reconocida. Este Tribunal indicó que “[e]l consentimiento libre e informado hace parte del derecho a recibir información, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, (...) y materializa a su vez otros principios y derechos constitucionales, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad individual (...)”. Dijo además que un consentimiento de esta naturaleza se justifica “en 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”.

57. Señaló también que ello ocurre “en materia de intervenciones de la salud (...), en la prestación del servicio militar (...), la autorización de los padres para dar a un menor en adopción (...) y también en temas que involucran los derechos a la intimidad y a la propia imagen. (...)”. Precisamente ha sostenido “que la libertad del consentimiento no depende sólo de que éste se manifieste libre de vicios, como el engaño, la fuerza o el error, sino que se otorgue con fundamento en una información que se considera necesaria para que la persona comprenda plenamente los alcances e implicaciones de su decisión, de tal manera que si no se garantiza este deber de información se considera que el consentimiento no se dio de manera autónoma y libre”.

58. La exigencia de un consentimiento especial tiene un particular desarrollo en materia de tratamientos médicos. En ese ámbito específico la jurisprudencia constitucional ha desarrollado diferentes categorías previendo requerimientos de consentimiento de diverso grado al indicar que el mismo podrá ser informado, cualificado o persistente. Igualmente ha

referido el denominado consentimiento sustituto respecto de personas que por razones de diverso orden no pueden concurrir a su otorgamiento.

59. Esa especial relevancia respecto de intervenciones en materia de salud y que obedece a los intereses críticos que suelen estar comprometidos, no ha impedido que en otras áreas se torne también relevante. Así por ejemplo, refiriéndose a la protección del derecho a la propia imagen ha señalado que “en los contratos que suscriben las empresas productoras de material audiovisual pornográfico con las personas que actúan en estas producciones, es necesario que el consentimiento que (...) otorgan para ejercer este oficio esté revestido de ciertas garantías que permitan asegurar que dicho consentimiento es no solamente libre, sino también informado, de tal manera que se conozcan y se tenga claridad sobre todas las consecuencias que tendrá la firma de dicho contrato”.

60. La Corte encuentra que en materia de procesos de fecundación in vitro y de criopreservación, el consentimiento previo a su realización además de ser libre debe ser cualificado. En contratos como los ahora analizados, en los que participan el centro médico y los integrantes de la pareja aportantes de gametos el consentimiento conduce, en realidad, a un doble acuerdo: el de cada uno de los integrantes de la pareja con la Clínica y el de los integrantes de la pareja entre sí. Esa doble dimensión -como se verá más adelante- pone de presente que el consentimiento recae sobre materias particularmente sensibles relativas a las intervenciones corporales, a la disposición y uso de material genético y a la regulación del proyecto parental. Se trata de decisiones que tienen la aptitud de incidir en la vida, la intimidad, la libertad, la salud y la familia de las personas y, en esa medida se anudan estrechamente con el ejercicio de derechos constitucionales.

61. El impacto en tales derechos no es contingente ni tampoco insignificante. Las determinaciones que se adopten resultan definitivas y profundas. Conforme ha sido destacado por parte de autorizada doctrina local, en materia de reproducción asistida el consentimiento comprende diferentes objetivos. Primero, con las intervenciones corporales

propiamente dichas, relacionadas con la obtención de los gametos, la inseminación o la implantación de los embriones. Segundo, con el aporte del material genético en el proceso de fecundación. Tercero, con los efectos en materia de filiación, esto es, la admisión de las consecuencias derivadas de la fecundación. La comprensión conjunta de los derechos impactados por las decisiones que deben adoptarse y de los objetivos sobre los que recae el consentimiento, permite concluir que el inicio de cualquier procedimiento debe encontrarse precedido de un consentimiento particularmente informado.

62. La Corte ha tenido la oportunidad de destacar la importancia del consentimiento en esta materia. Ha señalado “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”. Sostuvo que “[n]o se trata de un *numerus clausus*, sino de reglas indicativas y generales que pueden estar adicionadas con otras dependiendo del caso específico, y que buscan (i) que en la relación médica se respete la autonomía de los pacientes; (ii) se jerarquice el rol de las mujeres, que en últimas son las que generalmente comprometen su cuerpo en este tipo de tratamientos y (iii) se entienda, por parte de la pareja y del personal médico, que en el escenario de la procreación, debe existir un equilibrio razonable entre la libertad de los futuros padres y la responsabilidad para con la descendencia”.

64. Las consideraciones precedentes sugerirían entonces una respuesta relativamente simple a la cuestión que analiza la Sala. En efecto, si una pareja en el contexto de un tratamiento de reproducción asistida ha celebrado un acuerdo que regula el destino de los embriones, quienes lo han suscrito -la clínica y los aportantes- deben cumplirlo, a menos que pueda probarse la configuración de un vicio que afecte el consentimiento. Esta conclusión es una consecuencia inevitable del reconocimiento de que los contratos así celebrados constituyen una expresión de una libertad constitucionalmente asegurada.

- Los acuerdos celebrados por Sara, Carlos y la Clínica respecto de las TRHA son válidos y sus cláusulas, en principio, vinculantes

65. Las TRHA a las que se refiere este caso estuvieron precedidas de la suscripción de dos documentos el día 23 de septiembre de 2020. Tales documentos, suscritos por Sara, Carlos y el Médico, se denominan “Consentimiento informado para la fecundación in vitro / Icsi Ovulo Propio- Semen propio” y “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones”.

66. El primero, una vez identifica a Sara como la paciente y a Carlos como la pareja, describe el tratamiento. Después de resaltar las dificultades para lograr un embarazo, indica que han sido informados de las posibilidades de acudir al procedimiento de fecundación in vitro. Refiere el documento que “[s]e nos informó que la FECUNDACIÓN IN VITRO/ICSI ÓVULO PROPIO-SEMEN PROPIO consiste en la inseminación de los óvulos con los espermatozoides previamente seleccionados, para que la fecundación ocurra en condiciones de laboratorio, para que luego de ello, se produzcan unos embriones y así aquel o aquellos que cumplan con los estándares de calidad, será(n) colocado(s) en la cavidad del útero”.

67. A continuación, destaca las diferentes etapas del procedimiento indicando que se compone de seis: estimulación ovárica, aspiración folicular, obtención de espermatozoides, fecundación, transferencia de embriones y soporte en la fase lútea. Luego prevé que debido a especiales condiciones médicas o al desarrollo del embrión, puede requerirse la vitrificación de embriones para la cual se suscribirá un documento con tal objetivo.

68. El documento también refiere los riesgos asociados a la realización del procedimiento y al desarrollo del embarazo. Precisa las obligaciones de la Clínica y del Médico tratante señalando que son de medio, de modo que no resulta posible garantizar el éxito del procedimiento ni que el producto de la gestación se encuentre exento de enfermedades o alteraciones. Se declara también que se exonera de responsabilidad a la clínica y al personal

médico por los riesgos o complicaciones inherentes al procedimiento, así como a sus resultados.

69. Señala el acuerdo suscrito que las partes conocen su derecho de suspender el procedimiento en cualquiera de sus etapas aceptando, en esos casos, los riesgos asociados a su reinicio. Termina el documento autorizando el procedimiento allí descrito y declarando, quienes lo suscriben, haber dispuesto de la oportunidad para preguntar y aclarar las dudas respecto del procedimiento consentido.

70. El acuerdo relativo a la “vitrificación de embriones” inicia con la descripción del procedimiento de criopreservación. Señala que se trata de una técnica cuyo propósito consiste en preservar los embriones, haciendo posible que después de su almacenamiento sean utilizados si en la primera oportunidad el proceso no hubiera sido exitoso o se pretende un segundo embarazo. Este procedimiento, se advierte, reduce la necesidad de realizar la estimulación ovárica y la aspiración folicular.

71. Luego de referir los casos en los cuales se encuentra indicada la criopreservación, señala que en atención a los antecedentes presentados, la Clínica había considerado pertinente emplear esa técnica. Ello, según el acuerdo, haría posible preservar los embriones en condiciones adecuadas. Señala también que Carlos y Sara son conscientes de los riesgos inherentes a ese procedimiento que implican la no sobrevivencia de los embriones o la no obtención de un embarazo.

72. Bajo el epígrafe “[a]lcance de las obligaciones del médico tratante y del personal de la institución” el documento destaca que Carlos y Sara comprenden (i) que las obligaciones son de medio y (ii) que el tratamiento no garantiza el embarazo ni que los embriones estén exentos de enfermedades o alteraciones. A partir de ello exoneran de responsabilidad al médico tratante y al equipo humano interviniente.

73. De modo análogo al acuerdo sobre fecundación, el documento contiene una disposición en virtud de la cual Carlos y Sara declaran conocer su derecho de suspender el procedimiento en cualquiera de las etapas aceptando, en esos casos, los riesgos asociados al reinicio del mismo. Se advierte además que quienes lo suscriben conocen las políticas relativas al tiempo y costos de la congelación de los embriones.

74. Luego y bajo el título “autorización para la criopreservación de embriones” el instrumento prevé (i) la habilitación expresa para adelantar la criopreservación y (ii) una declaración de haber contado con la oportunidad de preguntar y aclarar las dudas respecto del procedimiento.

75. Finalmente, en la última parte se establecen diferentes reglas sobre la destinación de los embriones. Ellas se encuentran precedidas de una declaración según la cual Sara y Carlos entienden que durante el tiempo de conservación pueden presentarse cambios en la relación de pareja derivados del divorcio, la separación o la muerte. Indican entonces que de presentarse alguno de tales eventos es su decisión que la Clínica proceda del siguiente modo. Primero, si se presenta un divorcio o separación, el documento señala con una “X” que el destino de los embriones será decidido por la “madre”. Segundo, en caso de que se produzca la muerte de uno de ellos, la decisión sobre la destinación se encontrará a cargo de quien sobreviva. Tercero, en el evento de la muerte de ambos, el destino será definido por los hijos mayores de edad si los hay. Cuarto, se prevé que en el evento de que ninguno de los miembros de la pareja solicite disponer de los embriones en el término de dos años sin que se hubiere modificado el consentimiento, los embriones serán destinados a La Clínica con destino a la investigación.

76. Se trata de instrumentos que tienen por objeto definir las condiciones concretas de una TRHA. Su lectura detenida permite identificar que en ellos se regulan dos relaciones: la de la

clínica y quienes acuden para obtener los servicios, por un lado, y la de los integrantes de la pareja entre sí, por el otro. En el caso de estos últimos el acuerdo tiene como objetivo controlar las vicisitudes que pueden presentarse en el curso del procedimiento. Para la Corte, considerado el objeto general de los acuerdos, se concluye que no se oponen a norma de orden público alguna y, en esa dirección, deben considerarse en general vinculantes. Su importancia deriva del hecho de que (i) proveen información acerca del alcance de los tratamientos, (ii) confieren un grado significativo de certidumbre acerca de las obligaciones y el régimen de responsabilidad, (iii) disciplinan algunas de las contingencias que pueden acaecer por el transcurso del tiempo y (iv) permiten concretar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

77. Del mismo modo la Corte no encuentra razones que apunten a cuestionar el procedimiento de formación de los acuerdos o que indiquen la existencia de un vicio con la aptitud para invalidarlo. Esta conclusión encuentra apoyo en al menos tres razones. Primero, en el curso del proceso de tutela ninguna de las partes alegó de manera particular y probada la ocurrencia de defecto alguno en el proceso de formación que afectara la comprensión de sus cláusulas o la libertad de celebrarlo. Segundo, los documentos examinados contienen diversas referencias a la información suministrada acerca del alcance de los procedimientos, las obligaciones de la Clínica y los diferentes riesgos del procedimiento. Tercero, en el documento se indica que tanto Sara como Carlos contaron con la posibilidad de formular cualquier pregunta y aclarar las dudas que surgieran.

78. La conclusión sobre la validez del acuerdo se torna especialmente relevante en esta oportunidad. Sara ha invocado en apoyo de su posición, además de los derechos sexuales y reproductivos, su fuerza vinculante. Ello implica que a favor del éxito de su pretensión concurre un fundamento especialmente poderoso, en cuanto se sostiene en el contenido de la cláusula del Acuerdo de Vitricación de Embriones por virtud de la cual, si con posterioridad sobrevénían circunstancias que implicaran la separación de los solicitantes, ella tendría el derecho a definir la destinación de los embriones. Esto incluye, según afirma, la posibilidad de solicitar su implantación en el propio cuerpo, incluso en contra de la voluntad

de Carlos.

79. No es posible objetar el alcance de la cláusula invocada por la accionante, advirtiéndole que el acuerdo contempla una facultad, en cabeza de Sara y Carlos, para suspender el tratamiento en cualquier momento. Esa disposición debe interpretarse conjuntamente con la habilitación para definir el destino de embriones en caso de separación. Dicho de otro modo, un análisis sistemático del documento suscrito debe encaminarse a conferir efecto útil a todas sus cláusulas y, en esa medida, la facultad de suspensión unilateral por cualquiera de las partes podía ejercerse a menos que existiera, como ocurre en este caso, una regla especial que apunte en otra dirección.

80. En adición a ello esa cláusula general tiene un ámbito de aplicación diferente a la cláusula que prevé el riesgo de indeterminación del destino del preembrión en cabeza de la mujer. Aquel, de naturaleza y alcance general, y este específico, a partir del cual se ampara especialmente la posición de Sara. En ese sentido, la cláusula que le otorga la posibilidad de decidir sobre la continuación del procedimiento y el destino de los preembriones se vincula, en el caso que ahora estudia la Corte, con la necesidad de amparar las expectativas generadas con el inicio del procedimiento y algunas de las cargas emocionales, físicas y económicas asociadas al mismo. En efecto, no puede olvidarse que el desarrollo de estos procedimientos es progresivo e involucra importantes sacrificios. Igualmente, la fertilidad femenina tiene márgenes de oportunidad más reducidos que los hombres y por ello el tiempo invertido en los mismos es sumamente valioso. Así, sin perjuicio de los intereses que en otros casos podrían entrar en juego, analizar dicha cláusula bajo un enfoque de género permite concluir, como se acaba de advertir, que la misma tiene por objeto reducir o controlar el posible desbalance entre las partes contratantes.

D. Cuarta sección. Las TRHA, el deber de cumplimiento del contrato y los derechos fundamentales

81. Las consideraciones anteriores parecen ofrecer la respuesta al problema. Sara y Carlos regularon a través de dos documentos que recogen su consentimiento la contingencia específica en la que ahora se encuentran, de modo que uno y otro, así como la Clínica, se encuentran vinculados por su contenido. Parece una consecuencia inevitable de la fuerza vinculante del contrato y de las razones constitucionales en las que esa fuerza se asienta. Esta conclusión ofrece, además, como ha quedado dicho, certidumbre y seguridad, reduciendo los costos de toda naturaleza asociados al litigio.

82. A pesar de lo expuesto, la cuestión planteada no puede resolverse a partir de una perspectiva exclusivamente contractual. En efecto, concluir que el acuerdo le confiere a Sara un derecho definitivo a disponer del embrión, incluso previendo su implantación en contra de la voluntad actual de Carlos, se enfrenta a una crítica que debe tomarse en serio: el ejercicio del derecho de Sara puede implicar una afectación de los intereses de Carlos. Esa crítica puede descomponerse en tres objeciones. Primera, se impide la revocación del consentimiento a pesar de que la misma se encuentra prevista para cualquier tratamiento de salud, tal y como se sigue de la práctica médica y del artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Segundo, se limita el derecho a tomar las decisiones básicas sobre la procreación y el uso del material genético a cuya configuración ha concurrido el aportante. Tercero, se vulnera el derecho a impedir que, en contra de su voluntad, se activen las consecuencias jurídicas y patrimoniales -en caso de resultar exitoso el embarazo- previstas en el régimen de filiación. Debe la Corte detenerse en estos aspectos.

83. El conflicto entre el derecho de Sara y el de Carlos a revocar el consentimiento respecto de tratamientos en materia de salud es, en situaciones como la de ahora, apenas aparente. En efecto, en relación con Carlos no puede decirse que la criopreservación del embrión y su posterior implantación en el cuerpo de Sara, constituya para él un tratamiento médico. Sugerir ello desconoce que, a diferencia de lo que ocurre con Sara, ninguna interferencia se produce en su cuerpo. Dicho de otra forma, el consentimiento al que alude la declaración referida e invocada por El Médico no corresponde a una intervención médica, diagnóstica o

terapéutica que incida directamente en el cuerpo de Carlos y, por ello, resulta discutible que pueda invocarse como una regla en este caso para amparar de manera definitiva la pretensión de Carlos. De hecho, cabe indicar que en el proceso ante la Corte fue El médico y no aquel quien hizo referencia específica al referido instrumento.

84. Destaca la Corte que la exigencia de consentimiento previo acerca de las intervenciones médicas se explica por la especial fuerza que el principio de autonomía personal tiene respecto de las injerencias corporales. En esa dirección la jurisprudencia ha señalado que dicho derecho “en el ámbito de las intervenciones sanitarias es indispensable para la protección de la integridad personal dado que el cuerpo del sujeto es inviolable y no puede ser intervenido ni manipulado sin su permiso”. Por ello “una actuación que impide al individuo decidir sobre su propio cuerpo constituye, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana (...)”. Así las cosas, puesto que ni el empleo del embrión ni mucho menos su implantación implica una injerencia en el cuerpo de Carlos, resulta improcedente invocar un derecho a revocar el consentimiento a partir de la premisa de que se trata de una medida que afecta su salud.

86. Las dos objeciones restantes deben considerarse con mayor detalle puesto que se relacionan con posiciones jurídicas derivadas de los derechos fundamentales de Carlos. El conflicto con Sara, aparente como se dijo respecto del derecho a revocar el consentimiento en materia de tratamientos de salud, se torna real cuando se examina a partir de los derechos de Carlos (i) a tomar las decisiones básicas sobre la procreación y el uso del material genético y (ii) a impedir que, en contra de su voluntad -y en el contexto de una TRHA- se activen las consecuencias jurídicas y patrimoniales del régimen de filiación. En suma, a pesar de la validez del contrato y de la fuerza vinculante del consentimiento que en él se expresa, se invocan dos derechos para resistirse a su cumplimiento e imponer a Sara un curso de acción diferente al previsto en el acuerdo celebrado.

87. La tensión entre la obligación de cumplir los contratos y el deber de respetar los derechos fundamentales ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional. Según la doctrina de este Tribunal, el especial estatus de tales derechos supone que cuando el contenido de los contratos o su ejecución se enfrentan con lo que aquellos exigen, no es suficiente invocar el carácter vinculante del contrato o la autonomía de la voluntad para disolver el conflicto.

88. La jurisdicción constitucional no puede desechar “el estudio de una controversia contractual con el mero pretexto que en este tipo de disputas no están envueltos derechos de rango fundamental”. Es necesario “analizar si en ellas existe una discusión de esta naturaleza para lo cual es relevante no sólo elementos de carácter objetivo (...), tales como la naturaleza de los derechos en juego, sino también circunstancias subjetivas de las partes que solicitan el amparo constitucional (...)”. Según lo indicó la Corte “esta postura interpretativa se apoya en el denominado “efecto de irradiación” y en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de conformidad con la cual el ordenamiento jurídico no está conformado por compartimentos estancos, algunos de los cuales escapan del influjo de las garantías y libertades constitucionales, pues estas se difunden en todos los ámbitos del derecho, inclusive en espacios inicialmente considerados como coto reservado del derecho privado, como las relaciones contractuales”.

89. Ello no implica “que todo el derecho existente se disuelva en el derecho constitucional, que de esta suerte se convertiría en una especie de todo omnicompreensivo, sino que permite a los distintos ámbitos del derecho conservar su independencia y sus características propias; pero los derechos fundamentales actúan como un principio de interpretación de sus preceptos y por tanto se impone en ellos acuñándolos e influyéndolos, de esta manera estos ámbitos del derecho quedan iusfundamentalmente conformados”.

90. Apoyándose en esa premisa, la intervención de la Corte en disputas contractuales que involucran derechos fundamentales se ha traducido en decisiones que ordenan suscribir y

terminar contratos, inaplicar cláusulas contractuales -o incluso disposiciones legales- por ser contrarias a la Constitución, interpretar los contratos de modo compatible con la Carta y asumir comportamientos solidarios durante la ejecución de un contrato.

91. Conforme a lo anterior, si bien a favor del consentimiento materializado en el contrato existe una preferencia, ella no puede considerarse absoluta o definitiva cuando, como se ha dicho, sus cláusulas o las formas de ejecución suscitan tensiones con la Constitución. De lo dicho se desprende que, si una relación jurídica entre particulares se ha delimitado a partir de un contrato regularmente celebrado, existe una “carga fuerte a su favor” en tanto es el resultado del ejercicio de la autonomía. Por ello la interferencia en su contenido, interpretación o aplicación será posible solo en cuanto pueda apoyarse en razones constitucionales poderosas. No basta simplemente con invocar, de manera genérica, un derecho fundamental. Es indispensable para privar de efectos las cláusulas de un contrato demostrar a partir de razones concretas, (i) que el asunto tiene una relevancia iusfundamental específica y (ii) que la situación de relativa asimetría en la que se encuentran las partes justifica la intervención del juez de tutela.

92. Esta carga especial a favor del cumplimiento del contrato se asienta en el hecho de que, en este caso, fue el resultado del ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva no solo de Sara sino también de Carlos. Ello ocurrió en al menos tres momentos importantes: (i) cuando dio su consentimiento para empezar el procedimiento, (ii) cuando aportó el material genético para este y (iii) cuando aceptó la vitrificación de los embriones resultantes. Dicho ejercicio de su libertad y autonomía reproductiva tiene consecuencias no solo para él sino también respecto de aquellos con los cuales asumió responsabilidades. De esta manera, la continuación del procedimiento no puede interpretarse como una negación de sus derechos reproductivos, sino como una forma de concretar la voluntad que en su momento expresó. Ello es evidente: sin ese aporte no habría sido posible la generación del preembrión que Sara pretende implantar en su cuerpo.

93. El caso que ahora analiza la Sala plantea entonces una colisión. En efecto, no solo se encuentra en juego (a) la pretensión de Carlos de impedir el uso del embrión con fundamento en su autonomía reproductiva, sino también (b) el interés de Sara a que las disposiciones constitucionales y contractuales que respaldan su posición sean efectivamente cumplidas.

94. Es entonces necesario definir si el derecho fundamental de Carlos a tomar las decisiones básicas sobre la procreación constituye una razón suficiente a efectos de inaplicar una cláusula en la cual, de manera anticipada, se fijó la regla que debería seguirse en caso de sobrevenir, luego de la separación de la pareja, un desacuerdo sobre la destinación última del embrión. La cláusula que ha invocado Sara se encuentra en el documento “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones”. Dicha estipulación, precedida de una manifestación en la que Carlos y Sara declaran “que en el tiempo en el cual los embriones estarán en criopreservación, pueden presentarse cambios en nuestra relación de pareja (separación, divorcio, muerte de uno o de ambos) que redunden en la falta o imposibilidad de acuerdo respecto al destino de los embriones”, prescribe que “en el evento en que se presenten alguna de estas situaciones, manifestamos que es nuestra decisión desde ya, que la Institución proceda así: – En caso de separación o divorcio, el destino de los embriones criopreservados será determinado por la madre”.

95. Para resolver esta cuestión la Corte encuentra necesario volver sobre las perspectivas que pueden ser consideradas para determinar si, en casos como el que ahora se examina, puede uno de los aportantes de gametos retirar su consentimiento e impedir que el proceso de implantación del embrión siga su curso. Como ha quedado señalado la decisión de Carlos no se refiere a la revocatoria de su consentimiento respecto de una intervención médica que afecte su integridad personal. Se trata es de establecer si debe reconocerse eficacia a su decisión de no continuar con el tratamiento de reproducción asistida debido a la terminación de su relación con Sara.

96. Sobre esta materia el derecho comparado evidencia que no existen soluciones uniformes.

Es posible encontrar tres aproximaciones identificadas por la doctrina y referidas de manera general en otro lugar de esta providencia.

97. La primera de ellas indica que en el 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. Ninguno de los integrantes de la pareja, si el contrato fue claro en la destinación, puede invocar su derecho a no procrear con el fin de dejarlo sin efecto. Según esta aproximación, cuando se suscriben los documentos que preceden al inicio de las TRHA y las partes delimitan las contingencias o vicisitudes, no pueden invocar un cambio de circunstancias para sustraerse de lo acordado. En esa dirección, si en el acuerdo se ha previsto de manera específica lo que ocurrirá en caso de que el proyecto parental decaiga como consecuencia del divorcio o la separación, no podrá alegarse que dicha circunstancia justifica la modificación del destino. Ello, advierte esta aproximación, confiere certidumbre y seguridad a quienes participan en este proceso, reduce los costos intangibles asociados al litigio y permite que las clínicas que desarrollan este tipo de procedimientos cuenten con un marco relativamente cierto. De esta manera se establece la prioridad de la voluntad manifestada por los integrantes de la pareja al momento de iniciar el procedimiento.

98. La segunda indica que es necesario considerar los intereses de ambas partes a efectos de ponderarlos y decidir atendiendo las circunstancias de cada caso. Esto implica que los acuerdos previos no ofrecen siempre todos los elementos relevantes para la resolución del conflicto y en algunas ocasiones deben inaplicarse cuando se presenta una variación de las circunstancias iniciales. En este contexto, se ha dicho que en disputas como estas existe una preferencia especial por la posición de quien se opone a la implantación del embrión alegando que no es de su interés ser padre o madre. No obstante, es importante advertir que bajo esta segunda aproximación se ha reconocido la posibilidad de variar esa conclusión cuando quien solicita la implantación advierte que, considerando las circunstancias, es su última oportunidad.

99. La tercera ha señalado que la disputa sobre la destinación de los embriones después de la ruptura de la relación de pareja debe resolverse exigiendo el consentimiento mutuo y actual de sus integrantes. Según ha señalado la literatura especializada esta posición “se basa en fundamentos distintos, como el principio según el cual nadie puede ser forzado a procrear; (...) la doctrina del cambio de circunstancias; (...) y la asunción según la cual los individuos que recurren a la FIVTE son más proclives a tomar decisiones basadas en sentimientos e instintos que en deliberaciones racionales (...)”.

100. Es posible además identificar algunas decisiones que no encuadran de modo preciso en alguna de estas perspectivas. Así, por ejemplo, en el conocido caso *Evans contra el Reino Unido* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se afirmó que no se violaban los derechos de una mujer a la que se le negaba el uso de los embriones criopreservados, cuando ello tenía como causa la decisión del hombre aportante de los gametos de retirar su consentimiento con apoyo en una ley. No obstante, a pesar de que el Tribunal entendió comprendido por el margen de apreciación del Reino Unido la decisión de autorizar dicha revocatoria, precisó que no era posible establecer que uno de los derechos, el de la mujer o el del hombre, tuviera un mayor peso.

101. Las perspectivas descritas intentan explicar y agrupar las formas de solución acogidas por los diferentes ordenamientos jurídicos. Ellas se han manifestado o bien (i) en reglas legales que, por ejemplo, prevén de manera específica que el consentimiento para la implantación del embrión puede revocarse en cualquier momento antes de que ella se produzca o (ii) en decisiones judiciales que, en cada situación, y existiendo o no acuerdos previos entre los integrantes de la pareja, han fijado el modo de proceder.

102. La diversidad de aproximaciones existentes y el hecho de que las posiciones de Sara y Carlos sean irreconciliables, muestra la dificultad del caso. Cualquier solución parece inadecuada. La situación implica una tensión entre el deber de cumplimiento del contrato que optimiza a su vez la protección de la autodeterminación reproductiva de quien exige su

cumplimiento, de una parte, y el derecho de quien se opone al uso del preembrión para su implantación apoyándose también en la salvaguarda de su libertad reproductiva. Aunque en direcciones opuestas, el derecho de las personas a decidir el número de hijos concurre en apoyo de los planteamientos de uno y otro. Se trata de un conflicto para cuya comprensión no resulta suficiente el principio que obliga a cumplir el contrato dado que, del otro lado y para justificar la inaplicación de la cláusula, se ha invocado un derecho fundamental.

103. Es importante detenerse en un punto particular. Podría sugerirse que la fuerza vinculante del contrato y, en particular de aquella cláusula en la que se dispone la facultad de Sara para decidir la destinación de los preembriones en el caso de la ruptura de la pareja, quedaría privada de efectos una vez se accede a contrastarla con los intereses iusfundamentales de Carlos. Ello entonces haría que el contrato perdiera cualquier sentido prescriptivo frente a los conflictos que sobrevienen a la separación de la pareja.

105. Le corresponde a la Corte enfrentar ahora la tensión ya varias veces anunciada. Se trata del conflicto entre dos posiciones jurídicas fundadas en el mismo derecho: el derecho a tomar las decisiones básicas respecto de la procreación. La autodeterminación reproductiva le confiere el derecho a Carlos a decidir las condiciones bajo las cuales concurrirá a la procreación. Ese mismo derecho, conjuntamente entendido con la fuerza vinculante del contrato interpretado a partir de un enfoque de género -supra 80- confiere a Sara el derecho a tener hijos y adelantar todos los procedimientos encaminados a ello. Ambos intereses tienen un peso significativo dado que encuentran apoyo constitucional específico y, adicionalmente, su afectación comporta un impacto radical en los proyectos de vida de cada uno.

106. La fuerza vinculante del contrato y de la cláusula que le permite a Sara tomar la decisión pierde fuerza cuando se enfrenta al derecho a la autodeterminación reproductiva de

Carlos en su manifestación particular de decidir no procrear. A pesar de que el valor abstracto de ambos intereses resulta constitucionalmente equivalente puesto que las pretensiones invocadas tienen apoyo directo en normas de derecho fundamental, su grado de afectación no tiene la misma intensidad para Sara y para Carlos. En efecto, al tiempo que la interrupción del proceso de reproducción asistida mediante la fecundación homóloga no implica inevitablemente la imposibilidad de emprender un nuevo esfuerzo en esa dirección, la continuidad de ese proceso puede conducir al surgimiento de un vínculo genético definitivo en contra de la voluntad de uno de los aportantes. Dicho de otro modo, mientras que para la persona que quiere ser madre la decisión implica -en condiciones normales- una interrupción temporal de esos propósitos -y probablemente la pérdida de las sumas de dinero invertidas para ese fin- para la otra persona los efectos desde el punto de vista del vínculo biológico pueden ser permanentes.

107. Las anteriores consideraciones indicarían entonces que la posición de Carlos tendría una precedencia sobre la de Sara, dado que permitir la implantación del preembrión le impondría una restricción intensa a su derecho a no procrear. No obstante, debe la Corte preguntarse si en esta situación límite sería posible identificar razones que desplazaran el derecho de Carlos.

108. La preferencia por la pretensión de la persona que no se encuentra interesada en procrear, no excluye situaciones en las que la tensión que se suscita deba solucionarse de un modo diferente, atendiendo las circunstancias concretas en las que se encuentra la persona que tiene interés en la continuidad del tratamiento. Se trata de una consecuencia necesaria del carácter relativo de los derechos. En efecto, no puede descartarse o excluirse la realización de una ponderación diversa dado que, a pesar de la importancia que desde la perspectiva de la autonomía reproductiva tiene el derecho a no tener hijos, pueden presentarse situaciones en las cuales las circunstancias del otro aportante del gameto hacen que sus intereses adquieran un peso mayor.

109. En esta materia nuevamente la experiencia del derecho comparado ofrece criterios de enorme relevancia. Se ha sostenido, refiriéndose a casos en los cuales la pareja no ha dispuesto regla alguna en caso de disputa, que para abordar el problema debe tomarse en cuenta (i) el empleo que la persona que reclama el preembrión pretende darle, dado que no es lo mismo que ello sea para la propia implantación que destinarlos a investigación o donarlos a otra pareja; (ii) la capacidad física de quien reclama su uso para tener hijos biológicos utilizando otros medios; (iii) las razones originales que motivaron la fecundación; (iv) las dificultades sociales, económicas y emocionales para aquel que se opone a la implantación; y (v) el comportamiento de mala fe de quien ha utilizado los preembriones, por ejemplo, para influir en las decisiones relativas a la separación o divorcio. Igualmente, en esa ponderación no deberá considerarse la capacidad financiera de aquel que busca emplearlos, ni el hecho de que ya tenga hijos o que pueda acceder a procedimientos de adopción.

110. La Corte considera que varios de tales criterios son relevantes desde la perspectiva de la Carta Política de 1991. Primero, la tensión entre los derechos puede considerarse menos aguda cuando la disputa alrededor de los preembriones no envuelve el interés de implantarlo para llegar a ser padre o madre sino, por ejemplo, para destinarlo a una investigación autorizada. Segundo, la interferencia en el derecho a tomar las decisiones sobre la procreación 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. Este criterio incluso ha sido considerado en algunas decisiones destacadas en esta materia según se refirió antes.

111. Tercero, es también relevante si el motivo inicial de la criopreservación era la destinación del preembrión para la investigación o si, por el contrario, se dirigía directamente a enfrentar una dificultad procreativa. Cuarto, la incidencia en la esfera familiar, social o económica de quien se opone a la implantación puede incidir en la valoración del impacto de su derecho a no procrear. Igualmente, quinto, en el derecho colombiano el principio de buena fe constituye un criterio orientador de la actuación de los particulares y las autoridades y, en esa dirección, un comportamiento contrario a la honestidad o lealtad, podría tornarse

relevante en la ponderación.

112. Una breve síntesis antes de continuar es útil. Sara solicita el cumplimiento de la cláusula del contrato de vitrificación de embriones que le permite tomar las decisiones acerca de su destino y, en ejercicio de ella, pretende materializar su derecho a procrear. Carlos, por el contrario, y apoyado en ello por la Clínica, afirma tener el derecho a tomar las decisiones básicas respecto de la procreación, en particular negándose a tener hijos. Advierte además que la decisión de Sara tiene por objeto afectar la tranquilidad del hogar conformado con la pareja con quien contrajo matrimonio. Con ese propósito pretende revocar el consentimiento y, en particular, impedir que Sara ejerza la habilitación prevista en el acuerdo.

113. Para la Sala, la premisa de la decisión que en esta oportunidad se impone debe enunciarse como sigue: 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.

114. No puede equipararse la situación que surge cuando la interrupción del procedimiento no impide la iniciación de otro, con los eventos en los cuales, vistas las circunstancias objetivas, puede considerarse la última oportunidad de ser madre biológica. No desconoce la Corte que en uno y otro caso los efectos emocionales pueden ser intensos en tanto tales procedimientos, como lo puso de presente en su intervención la Universidad de Manizales, generan múltiples expectativas. Es cierto que la frustración del procedimiento o la carga de iniciar uno nuevo pueden ser fuente de molestias profundas, Sin embargo, desde el punto de vista de las posibilidades de alcanzar el propósito final no puede juzgarse igual.

115. La última oportunidad, cuando ella se relaciona con el ejercicio de derechos constitucionales fundamentales, debe considerarse con cuidado. En efecto, la finitud de la vida implica que los momentos en los cuales las decisiones pueden ser adoptadas se tornan relevantes para determinar los niveles de afectación en tales derechos. Expresado de otra forma, afirmar que se trata de la última ocasión en que “algo puede ser” implica que lo que ocurra en ese momento será definitivo y, por ello, el peso de los intereses se torna especialmente alto. Es claro que a pesar de que la maternidad representa tan solo una faceta a la que acuden libremente algunas mujeres y que la identidad femenina se edifica a partir de elementos que no la vinculan necesariamente con la maternidad en tanto exceden ampliamente esta dimensión, no puede dejar de destacarse que en el presente asunto se analiza en concreto el caso de una mujer que vincula su proyecto de vida con el deseo de ser madre.

116. Según la intervención de la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología en este proceso “la posibilidad de extraer óvulos con posibilidades de éxito, partiendo de las estadísticas publicadas por la sociedad de reproducción asistida en Estados Unidos (SART) en el año 2020 y las recomendaciones de la ASRM, son los 42 años; donde la tasa de recién nacido vivo puede alcanzar hasta el 8.5% por ciclo; después de esta edad, la posibilidad cae hasta el 2.7% por ciclo”.

117. De acuerdo con la evidencia disponible y no cuestionada en el curso del proceso (i) en este momento solamente existe un preembrión viable, (ii) no existen óvulos criopreservados a los cuales pueda acudir para la generación de otros preembriones con un donante anónimo y, en todo caso, (iii) es claro que el grado de éxito de la técnica decrece con el paso del tiempo dadas las particularidades de la fertilidad femenina. Ello implica que obtener óvulos del cuerpo de Sara a efectos de iniciar con éxito un nuevo tratamiento es indudablemente difícil. Puede entonces afirmarse que para Sara se trata de la última oportunidad para ser madre biológica.

118. La situación de discriminación histórica a la que se han enfrentado las mujeres y que se ha traducido -en el contexto de la actividad sexual y la procreación- en una inaceptable sujeción al poder masculino, impone tomarse muy en serio la importancia de la decisión de Sara. Apoyándose en su libertad reproductiva decidió exigir frente a la Clínica, el Médico y Carlos su derecho a ser madre.

119. En este punto se torna nuevamente relevante un enfoque de género. La jurisprudencia ha señalado que en materia judicial esa perspectiva debe activarse “en cualquier caso en el que exista sospecha de relaciones asimétricas, prejuicios o patrones estereotipados de género”. Como ha quedado señalado, Sara no solamente asumió la intervención en su cuerpo (estimulación ovárica y aspiración folicular) sino que se ha enfrentado a afectaciones emocionales significativas siendo ello el resultado de comportamientos que pretenden privar de efectos una disposición contractual acordada al momento de celebrar el contrato y cuya interpretación debe realizarse a partir de una perspectiva de género. A pesar de tratarse de la última oportunidad para materializar una opción que juzga esencial para su plan de vida, se ha enfrentado a obstáculos insuperables que hacen depender dicho objetivo de la decisión de otras personas. En ese sentido, la actuación del Médico, de la Clínica y de Carlos constituye una restricción grave, cierta y definitiva de sus derechos a la autonomía sexual y reproductiva. Un agravio directo a su libertad a tomar las decisiones básicas en materia de procreación.

120. La conclusión anterior no implica reconocer una precedencia definitiva de la posición de la mujer cuando se trata de la última oportunidad en los términos en que ello ha sido indicado. De lo que se trata es de reconocer que en estos casos y frente a la manifestación previa y clara de un consentimiento por parte del aportante masculino de los gametos, los intereses protegidos adquieren una relevancia notable de modo que resultan especialmente resistentes. Ello no implica que, en circunstancias especiales, la ponderación pueda conducir a conclusiones diversas que habrán de ser consideradas al momento de decidir.

121. Lo ocurrido en esta oportunidad obedece, en buena medida, a la inexistencia de una regulación detallada de la materia. Ello se opone al deber estatal -previsto en el artículo 5.a de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”- de adoptar las medidas encaminadas a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con el fin de eliminar las prácticas consuetudinarias que se apoyen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. La decisión de Sara quedó subordinada a la de Carlos y, por esa vía, se le asignó a este una posición prevalente sobre el interés de Sara de ser madre y ello, a pesar de que aquel había expresado su consentimiento.

122. La gravedad de la restricción del derecho de Sara se explica además por las expectativas que, razonablemente, pudo depositar en el cumplimiento del acuerdo. En efecto, además de que al momento de suscribirlo su edad ya imponía limitaciones para iniciar otro procedimiento, la existencia de una cláusula que fija una regla específica frente a la contingencia que finalmente se presentó, hacía posible confiar en su cumplimiento futuro y, en ese contexto, alcanzar el objetivo que motivo la celebración del acuerdo y el inicio del tratamiento. Por ello entonces la inaplicación del contrato implicaría una oposición con el principio de buena fe.

123. En adición de lo que ha quedado señalado, la Corte estima necesario destacar que la intensidad de la limitación del derecho de Sara se hace más problemática al considerar que, como ha tenido oportunidad de advertirlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos “si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres”. De este modo, no puede la Corte dejar de considerar los efectos específicos que las TRHA tienen especialmente para las mujeres que acuden a ellos. Tal circunstancia, si bien no define la solución en todos los casos, sí constituye una razón importante para concluir el mayor peso que tiene en el caso concreto el derecho de la accionante.

124. Acceder a la solicitud de Sara afecta de manera significativa el derecho de Carlos a tomar las decisiones básicas sobre la procreación. Sin embargo, ello es el resultado de su propia decisión cuyas consecuencias han debido ser consideradas al momento de suscribir el documento teniendo en cuenta que, desde ese entonces, la edad y las condiciones de salud de la accionante indicaban que las posibilidades de Sara de ser madre eran ya limitadas. En efecto, como ha quedado dicho, prever de manera expresa la forma en que se definiría el destino del preembrión en el caso particular de ruptura de la relación de pareja, es decir regulando la hipótesis que ahora se ha presentado, constituye para este Tribunal un hecho jurídicamente relevante. En efecto, la celebración de un contrato es expresión de libertades constitucionalmente protegidas y, en esa dirección, su ejercicio implica también asumir responsabilidades de las cuales no es posible liberarse por el cambio de las circunstancias que, precisamente, fueron consideradas en el acuerdo. Este argumento podría tener menor relevancia si, por ejemplo, se tratara de una cláusula genérica que no diera cuenta de la causa de su redacción y que, por ello, pudiera suscitar dudas acerca de los eventos comprendidos por su texto. Ese, sin embargo, no es el caso.

125. Bajo esa perspectiva la Corte resalta, una vez más, que no se desconoce el consentimiento de Carlos. Este lo manifestó con claridad, en ejercicio de sus facultades, al suscribir los documentos que instrumentan su decisión de participar con Sara en el TRHA. Es claro que la voluntad de emprender estos procedimientos es fundamental y, en esa dirección, imponer su respeto materializa el respeto de la cláusula que reconoce la libertad general de acción en la Constitución (art. 16).

126. Es por ello que, si bien en favor de admitir la oposición de Carlos existen razones muy importantes, el hecho de que la situación en la que ahora se encuentra haya tenido lugar mediante un acto voluntario en el que se regularon diferentes vicisitudes, le reduce fuerza a su reclamación actual. Admitir que pueda invocarse un derecho fundamental cuyo modo de ejercicio y en desarrollo de la libertad contractual se admitió restringir, implicaría aceptar, además, un comportamiento contrario a la buena fe que, como ha dicho esta Corte, preside

la actividad de las personas.

127. En casos como el ahora analizado, el contrato libremente acordado constituye no solo una forma de anticipar y limitar disputas, sino también un extraordinario instrumento para reducir el notorio desequilibrio que, respecto de las decisiones reproductivas básicas, suelen caracterizar las relaciones entre hombres y mujeres. De esta manera el respeto de las reglas contractuales se erige en un instrumento de igualación jurídica que impide, en virtud de su carácter vinculante, la adopción de medidas de discriminación fundadas en el sexo. La decisión libre de la mujer de definir las condiciones de procreación mediante la celebración de un contrato goza de una especial protección no solo en virtud del principio de libertad sino también en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución.

128. En su intervención ante la Corte, Carlos indicó que había tomado la decisión de interrumpir el proceso de implantación debido al comportamiento poco decoroso de Sara. Señaló, al apoyar esa afirmación, que, ella tenía pleno conocimiento de que viajaba a Estados Unidos y se casaría con su novia. Sara, advirtió Carlos, “por todos los medios trató de dañar [su] matrimonio”. La anterior postura deja en evidencia el marcado estereotipo que motivó a Carlos a retirar su voluntad de un acuerdo respecto del cual, como se dijo, no se alegó válidamente vicio alguno. Que Sara se hubiera comportado de forma “decorosa” en torno a lo que al parecer sería una relación distinta a la que sostenía con ella, es, sin duda, una expectativa que depende de un marcado estereotipo, dado que el contenido de lo decoroso ha permeado fatalmente las exigencias sociales respecto de las mujeres.

129. Ese planteamiento resulta particularmente inadmisibles a la luz de los derechos de las mujeres y constituye una afectación de su integridad moral, esto por cuanto, con independencia del comportamiento que haya tenido Sara respecto de la relación que describe Carlos, la solicitud de la accionante se fundamenta en la cláusula de un acuerdo que ampara su autonomía reproductiva y, en esa dirección, constituye un comportamiento legítimo. La intervención de Carlos ante la Corte sugiere que la pretensión de Sara de continuar con un procedimiento que considera valioso es innoble e injustificada en tanto afecta o interfiere las decisiones de aquel.

130. Según dicha aproximación lo “decoroso”, en este caso, habría consistido en que Sara, de una parte, no “interfiriera” en su relación y, de otra, se abstuviera de ejercer sus derechos. Ello refleja la idea de que las decisiones de Sara se encuentran sujetas, por completo, a los planes de Carlos y, en esa medida, sugiere una preferencia natural por los intereses del hombre cuando este tiene aspiraciones diversas a las de la mujer. Impone entonces a Sara que actué en contra de su libertad, reproduciendo con ello la subordinación fundada en razones del género que, como ha insistido este Tribunal, se encuentra constitucionalmente proscrita.

131. La precedencia prima facie a favor del cumplimiento del contrato, reforzada además porque a través de sus cláusulas se concreta una de las facetas de los derechos sexuales y reproductivos de Sara, impone a quien pretenda inaplicar sus cláusulas, en este caso a Carlos y a la Clínica, alegar y probar (i) o que la declaración no fue libre o (ii) que el seguimiento de la cláusula implica una violación de los derechos. Ello no ha ocurrido en esta ocasión.

E. Quinta Sección. Filiación, fecundación in vitro y derechos fundamentales

132. De lo expuesto se concluye que el derecho de Sara en este caso tiene una preferencia definitiva sobre el derecho de Carlos y, en consecuencia, este no puede oponerse a que la accionante defina la destinación del preembrión. Sin embargo, ello suscita una muy compleja cuestión adicional. La continuidad del procedimiento de reproducción asistida implica para la persona que se opone a ello dos consecuencias importantes que, aunque relacionadas, pueden diferenciarse analíticamente.

133. La primera es que, desde el punto de vista biológico y en contra de la decisión del aportante, será implantado el preembrión resultante del uso de su gameto y, por ello, es

posible que tenga lugar el nacimiento de una persona a la que estará vinculada genéticamente. Ello es una consecuencia inevitable de la decisión que adoptó Carlos al suscribir el documento “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones” y del peso especial que en este caso tienen los derechos sexuales y reproductivos de Sara.

134. La segunda implica que la implantación en el útero y con ello la concepción y virtual nacimiento de una persona, activará los efectos derivados del régimen de filiación. Dichos efectos concretan no solo el estado civil de Carlos y de la persona que eventualmente pueda llegar a nacer, sino también el régimen de derechos y deberes que se anudan al reconocimiento de ese vínculo jurídico.

135. Estas dos cuestiones se relacionan de forma estrecha con los deberes que se asocian a la condición de padre o madre. En efecto, los artículos 42 y 44 de la Constitución prevén los contenidos básicos en materia de protección de los hijos menores de edad previendo, además de la prohibición de cualquier discriminación entre ellos, la obligación de sostenerlos y educarlos. Precisamente en esa dirección el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia ha previsto que además de las consecuencias que se adscriben a la patria potestad, a los padres se atribuye la responsabilidad parental en virtud de la cual existe una obligación de orientar, cuidar, acompañar y criar a los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. A su vez prescribe que ello incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

136. Sara ha manifestado que “está dispuesta a renunciar al vínculo paterno-filial y las obligaciones de ahí derivadas en cabeza de CARLOS”. Propone “liberarlo” de las obligaciones que se derivarían de la filiación. Surge entonces una pregunta importante: ¿es posible disponer que en caso de una disputa sobre la destinación del preembrión -como la que ha tenido lugar en esta oportunidad- se declare la ausencia de filiación respecto del aportante que se opone a la implantación? Dicho de otra manera, teniendo en cuenta que en materia

de TRHA la voluntad constituye una nota central en materia de filiación, la Corte debería examinar si la oposición de Carlos tiene la aptitud de inhibir sus efectos.

137. La filiación, ha dicho esta Corte, corresponde al “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” (...). Se trata de “la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado”. En similar dirección, la Sala Civil de la Corte Suprema ha sostenido que se trata del “vínculo jurídico en virtud del cual a una persona se le tiene como madre o padre de otra, en razón del parentesco que bien puede tener origen biológico o no”. De dicho vínculo “nace para ambos extremos una serie de derechos y de obligaciones”. Según señala “hace parte del estado civil, el cual se identifica con la situación de la persona en la familia y en la sociedad, como así lo establece el artículo 1° del decreto 1260 de 1970 y «determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones» (ibidem)”.

138. Es tal la relevancia de la filiación que la Corte Constitucional ha reconocido que existe un derecho constitucional que la protege. Según ha indicado “el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica”. De acuerdo con la jurisprudencia, la filiación “no puede ser un elemento puramente formal”, sino que debe “tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad”. Precisamente en ese sentido ha indicado “que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real”, de modo que en el régimen constitucional vigente las personas son titulares de “un verdadero ‘derecho a reclamar su verdadera filiación’ (...)”.

139. Ha indicado también que existe un derecho de los niños a tener certidumbre sobre su

filiación. Ese derecho se encuentra además reforzado por el mandato específico de trato igual previsto en el artículo 42 y en virtud del cual todos los hijos, procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen los mismos derechos y obligaciones. En ese sentido, ha precisado que el contenido esencial del derecho a tener una familia y no ser separado de ella incluye “la posibilidad real de conocer el niño quiénes son sus padres”. De acuerdo con la Corte “toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores”. De esta manera “[e]l empeño en establecer la propia filiación es inherente a la persona y la definición que se haga de ella por las vías legales confiere certidumbre, indispensable para que se consoliden en cabeza del hijo y de los padres los derechos y deberes de contenido patrimonial y moral que el ordenamiento jurídico ha previsto”. Ha indicado entonces que “el hecho que el menor tenga certeza acerca de quién es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica” de modo que “el ordenamiento (...) no puede permitir la incertidumbre ni el caos acerca de los vínculos familiares”.

140. La legislación colombiana prevé un conjunto de presunciones, acciones y medios de prueba que tienen por objeto, dentro de límites razonables, optimizar la búsqueda de la verdad a efectos de establecer y precisar la filiación. Así por ejemplo, ha establecido (i) que 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 paternidad o (ii) que 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 vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes. Igualmente ha previsto la posibilidad de impugnar la filiación, en los plazos previstos legalmente, lo que le permite “refutar la relación filial que fue reconocida en virtud de la ley”.

141. Una premisa orienta lo que a continuación la Corte decidirá: es constitucionalmente

incorrecto afirmar (i) que la fuente única de la filiación sea el vínculo genético y (ii) que este constituya condición suficiente para establecer la relación filial. Tales ideas describen de manera incompleta el modo como se regulan y desarrollan las relaciones de familia.

143. Con esa orientación la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha señalado que “[p]odría decirse, con mayor propiedad, quizás, que el sistema jurídico patrio tiende a depositar en el principio biológico el centro de gravedad de la regulación sobre la materia, sin que esa aseveración signifique que otros factores como la voluntad y la responsabilidad estén totalmente relegados”. Bajo esa perspectiva destacó que el hecho de que “el consentimiento es uno de los factores que la ley toma en consideración para efectos de fijar la filiación, es cuestión que reluce palmaria en algunas reglas jurídicas, v. gr., como la contenida en 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”. Preciso que ello también ocurre “con la aceptación del hijo extramatrimonial del reconocimiento del que ha sido objeto (artículo 4° de la ley 75 de 1968), para que produzca efectos a favor de quien reconoce” y lo propio tiene lugar “con la adopción, en cuyo caso, el criterio que gobierna la materia es el del consentimiento”. Esa misma orientación se presenta “en materia de caducidad de algunas acciones de filiación, punto en el cual el Legislador, por atender otros aspectos distintos del puramente biológico, permite que se consoliden relaciones filiales acrisoladas en el trato afectivo, en las exteriorizaciones de voluntad de los interesados, etc.”. Precisamente “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 (...)”.

144. 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. Sin embargo, esa perspectiva constituye solo un costado del régimen actual. En efecto, tal y como lo ha reconocido el ordenamiento legal y,

en especial la Constitución, la condición de hijo puede tener también su origen en la adopción o en el empleo de técnicas apoyadas en la asistencia científica (art. 42). En esa dirección, la Corte Constitucional ha señalado “que 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”. Por ello ha reconocido que “cuando el paso del tiempo ha sido inexorable y se tiene la certeza de que no existe vínculo biológico, la jurisprudencia ha sido clara en dar prevalencia al interés superior del menor, precisamente, por el carácter voluntario, de aceptación de la relación filial, de apoyo de solidaridad que con el paso del tiempo se afianza en el niño, teniendo en cuenta que al no ejercer las acciones dentro del término señalado en la ley, se convalida la existencia de la relación padre e hijo que se afianza más allá del vínculo genético”.

145. La voluntad de ser padre o madre se erige entonces también en uno de los caminos para configurar la relación filial. Precisamente en esa dirección, al abordar debates relacionados con el modo en que surgen los vínculos propios de la filiación, ha dicho la Corte Suprema que “no puede olvidarse que los conceptos de padre, madre e hijo, hunden sus raíces en definiciones eminentemente culturales, antes que biológicas” de modo que “si se quisieran mirar las cosas desde una perspectiva rigurosamente natural, habría que hablar de progenitor y de procreado, pero, en los términos de la ley, el criterio relevante es el de padre o madre, relaciones estas que el ordenamiento jurídico construye a su medida, sin adoptar, necesariamente, la causalidad física o biológica propia de la naturaleza”. Precisamente, con apoyo en el artículo 42 constitucional, dicho Tribunal sostuvo “que corresponde al legislador reglamentar lo correspondiente al estado civil de las personas, sin que al respecto el constituyente le hubiese impuesto los criterios que imperiosamente debiera aquél incorporar o desarrollar al efecto y, mucho menos, sin que hubiese privilegiado explícitamente el nexo biológico como único sustento de la misma”.

146. En análoga dirección, órganos judiciales extranjeros, como el Tribunal Constitucional de España han sostenido que no puede aceptarse la “identificación entre la familia natural y la jurídica” advirtiéndolo que “quizá la prueba más palpable de esa necesaria diferenciación de

planos y, por ende, de la autonomía de significado que adquiere el instituto de la familia en su concepción estrictamente jurídica, lo constituya el hecho comúnmente aceptado de que los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos”.

147. A pesar de los desafíos que plantea en materia de filiación y reproducción asistida la implementación de las TRHA, el ordenamiento vigente no contiene reglas precisas que se ocupen de las diversas hipótesis. Esa deficiencia ha sido destacada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema afirmando la existencia de un “vacío legal” dado que “no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos”. Según ese Tribunal “la definición de las reglas sobre el estado civil, así como de la filiación son asuntos que corresponden al Congreso de la República, como quiera que en un Estado democrático y participativo, como lo es Colombia, ese es el escenario idóneo dónde debe adelantarse el debate sobre la situación de los individuos en la familia y la sociedad, y por ende es a esa Institución a la que le corresponde precisar el alcance y proyección de la normatividad en materia tan sensible”.

148. De lo dicho hasta este punto puede concluirse lo siguiente: (i) la filiación constituye el objeto de protección de un derecho fundamental en tanto condición central para definir el estado civil de las personas; (ii) el régimen jurídico de las relaciones paternofiliales ha tenido uno de sus vértices en los vínculos genéticos; (iii) no obstante, el ordenamiento colombiano ha identificado en la voluntad y en el principio de responsabilidad una fuente principal para establecer la filiación, tal y como lo reflejan los regímenes de reconocimiento y adopción; (iv) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional ha destacado los diversos fundamentos de la filiación expresando, en todo caso, las deficiencias regulatorias respecto de esta materia cuando de tratamientos de reproducción asistida se trata.

149. Esas conclusiones son, aunque generales, definitivas para lo que se decide en esta ocasión. Debe la Corte, sin embargo, dar un paso adicional. Los tratamientos de reproducción

asistida suscitan una extendida gama de preguntas relacionadas con la filiación de las personas que nacen como consecuencia de estos procedimientos.

150. Una aproximación fundada en una perspectiva genética indicaría, siguiendo la orientación dominante en materia de filiación, que las relaciones paternofiliales deberán definirse siempre en función de los aportantes de los gametos. Sin embargo, ese planteamiento de inmediato colisiona con las características de estos procedimientos. Primero, una de las razones que pueden motivar su desarrollo consiste en la imposibilidad de las personas que acuden al mismo de aportar gametos para el desarrollo embrionario y, en esa dirección, deben obtenerlos de donantes anónimos que no tienen el objetivo de asumir las responsabilidades parentales. Segundo, en estos tratamientos se disocia la actividad sexual de la procreación en tanto la primera no es la causa de la segunda. Ello supone que entre todas ellas puede presentarse una distancia temporal si se tiene en cuenta que, en casos como el que analiza la Corte, se obtienen los gametos, luego se produce la fecundación in vitro disponiendo la crioconservación y, más tarde, tiene lugar la implantación.

151. El primero de tales aspectos ha sido objeto de consideración por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Al ocuparse de la filiación surgida en casos en los cuales la fecundación se produce a partir de un donante heterólogo -anónimo- de semen, ha indicado que la filiación se perfecciona respecto del marido o compañero permanente que ha consentido en ello. En esa dirección este último se encuentra impedido para promover la “acción de impugnación de la paternidad así determinada, pues se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fe objetiva al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones, restricción con la cual, además, se protegen de mejor manera los intereses del menor y de la familia”. En ese sentido, ha dicho la Corte, “si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de fertilización realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad derivada de la presunción a la que arriba se hizo referencia”.

152. En este contexto el principio de responsabilidad en la procreación ha venido a ocupar una posición especialmente destacada en lo que se refiere a los tratamientos de reproducción asistida. Precisamente, también la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la relevancia de dicho principio se manifiesta en el hecho de “que hoy no solamente es posible, sino realmente usual, que exista procreación sin necesidad de relación sexual alguna e, inclusive, sin que los interesados en asumir la paternidad hubiesen aportado el material genético”. De acuerdo con la Corte “el deseo de asumir la responsabilidad derivada de ese hecho son cuestiones que, sin lugar a dudas, merecen tutela jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil”. Según esa Corporación “[a]sí ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido, con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación in vitro del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo de esos procedimientos”.

153. Conforme a lo anterior, es claro que la voluntad de ser padre en casos como los referidos por la jurisprudencia ordinaria, es la que define la filiación incluso cuando no existe duda alguna de que la relación genética se establece con otra persona. 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.

154. El segundo rasgo de los tratamientos de reproducción asistida permite destacar un aspecto central. A diferencia de la procreación natural en la que las mujeres tiene un ámbito de inmunidad para tomar las decisiones centrales sobre el desarrollo de su cuerpo y la gestación en los términos en que ello ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional, el hecho de que en las técnicas de reproducción asistida una parte del proceso ocurra al margen de su cuerpo, permite concluir que la manifestación o no de ser padre puede tornarse relevante cuando ella tiene lugar antes de la implantación.

155. La posibilidad fáctica de diferenciar las etapas y el transcurso del tiempo a veces extendido antes de que se produzca la implantación o, dicho de otro modo, el carácter no contemporáneo y no definitivo de las etapas que la preceden, implica la posibilidad de conferir relevancia al consentimiento respecto de la voluntad de procrear.

156. Lo dicho evidencia entonces la importancia que, respecto de los tratamientos de reproducción asistida, tiene la voluntad. De lo que ha planteado la Corte Suprema se desprende una regla en virtud de la cual expresado el consentimiento para el tratamiento de fecundación in vitro de una de las personas que integran la pareja y que no ha aportado su gameto, no será posible cuestionar la paternidad a menos que pueda demostrarse la existencia de un vicio en la manifestación de su consentimiento. La relación genética queda desplazada por la manifestación de querer ser padre. Ha dicho ese Tribunal, precisamente, “que en la procreación asistida heteróloga la filiación no se produce por la unión sexual de los miembros de la pareja, la determinación de la paternidad no depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica” (negritas no hacen parte del texto).

157. La Sala encuentra que la significativa restricción de los derechos de Carlos como consecuencia de la imposibilidad de oponerse a que los preembriones criopreservados sean empleados para su implantación en el cuerpo de Sara en virtud del acuerdo celebrado, impone definir si el ejercicio de tal derecho también incluye la obligación de asumir las consecuencias de la filiación en caso de que, en efecto, tenga lugar la implantación. Para la Corte en este caso, su determinación de no procrear, si bien no puede impedir la solicitud de Sara a efectos de que se cumpla el contrato, tiene la aptitud de contener los efectos de la filiación. En el contexto del caso analizado, la decisión de no ser padre es un hecho de enorme relevancia y se encuentra asociado, precisamente, con la naturaleza de las TRHA.

158. Es claro para la Corte que una persona, en general, no puede sustraerse válidamente y por su propia voluntad de las consecuencias asociadas a la filiación o al parentesco. Tampoco es admisible que ello ocurra en virtud de un acuerdo entre los padres biológicos. En general, el vínculo genético es imborrable, se trata simplemente de un hecho. Lo que se pregunta la Corte es si los efectos que el ordenamiento le asigna pueden ser eliminados.

160. En legislaciones extranjeras pueden encontrarse algunas reglas que resuelven este específico aspecto. Así, por ejemplo, varios estados de Estados Unidos han previsto en su regulación que se requiere el consentimiento del aportante del gameto en orden a que los efectos de la filiación se produzcan. Algunas de tales reglas han sido así enunciadas:

Estado

Reglas previstas en algunos estados de Estados Unidos, relativas a la filiación derivada de la implantación de gametos o embriones con posterioridad a la ruptura del proyecto parental

Texas.

(a) Si un matrimonio se disuelve antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o embriones, el excónyuge no es uno de los padres del niño resultante a menos que el excónyuge haya dado su consentimiento, en un registro conservado por un médico con licencia, de que si la reproducción asistida ocurriera después de un divorcio el excónyuge sería padre del niño.

(b) El consentimiento de un excónyuge a la reproducción asistida puede ser retirado por ese individuo en un registro conservado por un médico con licencia en cualquier momento antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o embriones.

Washington

1. (1) Si un matrimonio o una unión de hecho se disuelve antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o un embrión, el excónyuge o el excompañero de hecho no es uno de los padres del niño resultante, a menos de que el excónyuge o ex compañero de hecho haya consentido en un registro firmado que si la reproducción asistida ocurriera después de una disolución el excónyuge o excompañero de hecho sería uno de los padres del niño.

(2) El consentimiento del excónyuge o excompañero de hecho para la reproducción asistida puede ser retirado por esa persona en un registro en cualquier momento antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o embriones. Un individuo que retira el consentimiento conforme a lo establecido en esta sección no es un padre del niño resultante.

Colorado

(a) Si un matrimonio se disuelve antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o embriones, el excónyuge no es uno de los padres del niño resultante a menos que el excónyuge haya consentido en un registro de que si la reproducción asistida ocurriera después de la disolución del matrimonio el excónyuge sería un padre del niño.

(b) El consentimiento de un excónyuge a la reproducción asistida puede ser retirado por esa persona en un registro en cualquier momento antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o embriones.

Dakota del Norte

1. Si un matrimonio se disuelve antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o embriones, el excónyuge no es uno de los padres del niño resultante, a menos que el excónyuge haya consentido en un registro de que si la reproducción asistida ocurriera después de un divorcio el excónyuge sería uno de los padres del niño.

2. El consentimiento de una mujer o de un hombre a la reproducción asistida podrá ser

retirado por esa persona en un registro en cualquier momento antes de la colocación de óvulos, espermatozoides o embriones. Una persona que retira el consentimiento de acuerdo con lo previsto en esta sección no es un padre del niño resultante

Nevada

1. Si un matrimonio o una unión de hecho se disuelve o termina antes de la transferencia de óvulos, espermatozoides o embriones, el excónyuge o excompañero de hecho no es uno de los padres del hijo resultante, a menos que el excónyuge o excompañero de hecho haya consentido en un registro que si la reproducción asistida se produjera después de una disolución o terminación, el excónyuge o excompañero de hecho sería uno de los padres del niño.

2. El consentimiento de una persona a la reproducción asistida podrá ser retirado por dicha persona en un registro en cualquier momento antes de la colocación de los óvulos, espermatozoides o embriones.

Connecticut

Si el matrimonio de una persona que da a luz a un niño concebido por reproducción asistida se disuelve por disolución o nulidad del matrimonio, o está sujeto a separación legal antes de la transferencia de gametos o embriones a la persona que da a luz, el antiguo cónyuge de la persona dando a luz no es uno de los padres del niño salvo que este haya consentido en un registro que el antiguo cónyuge sería el padre del niño si la reproducción asistida ocurriera después de la disolución del matrimonio, nulidad o separación legal, y el antiguo cónyuge no lo revocó bajo la sección 57 de esta ley.

Esto significa que, si una pareja crea un embrión y luego se separa antes de la transferencia del embrión, si la mujer finalmente usa el embrión, la ex pareja no es padre a menos que esa persona haya consentido explícitamente en ser el padre en caso de disolución antes de la transferencia.

161. Para la Corte las reglas enunciadas pueden orientar la solución en esta oportunidad. En efecto, si la decisión de continuar el proyecto parental ha sido revocada antes de la

implantación del preembrión -pero ella no puede impedir la implantación por las razones expuestas- debe aceptarse la posibilidad de que el aportante del gameto se asimile a un donante anónimo y, en consecuencia, se entienda que no será padre de la persona que eventualmente podría nacer. De esta manera -sin perjuicio de lo indicado en el fundamento 165- el vínculo filial no se configuraría y quedaría descartada cualquier pretensión de filiación consanguínea en su condición de aportante del gameto masculino. Esta decisión además se apoya en la aplicación analógica de la regla que ha aceptado la Corte Suprema de Justicia para los casos de inseminación artificial heteróloga en la cual respecto del donante no surge vínculo jurídico alguno. Se trata entonces de una solución que toma nota de la razón en la que se funda la regla aceptada por dicho Tribunal: en materia de TRHA -y solo en este tipo de tratamientos- cuando antes de la implantación existe una manifestación explícita de no ser padre, la filiación no necesariamente se produce. Esta determinación implica el deber vinculante para todos los que han intervenido en el TRHA y en el presente proceso, de asegurar la reserva del expediente y de los diferentes documentos a fin de preservar el anonimato de Carlos.

162. No es inédita en la jurisprudencia comparada esta solución. En el caso Nahmani contra Nahmani en el que se decidió acceder a la solicitud de uso del preembrión criopreservado por parte de la mujer, la Corte Suprema de Israel sostuvo que ello procedía estableciendo, en todo caso, un límite: no sería posible exigir nada de quien había aportado el gameto masculino.

163. La determinación que adoptará la Corte envuelve tensiones extraordinariamente complejas y es plenamente consciente de ello. Existe, sin duda alguna, una tensión eventual entre el derecho de Carlos a no ser padre y el derecho del nacido a reclamar los efectos derivados de su vínculo biológico.

164. Podría cuestionarse esta preocupación advirtiendo que es apenas hipotética, puesto que todo dependerá del modo en que concluya el procedimiento al que pretende someterse Sara.

En esa medida, podrían decirle a la Corte que pronunciarse sobre ello es prematuro. A pesar de que esta objeción es fuerte no puede abrirse paso. En efecto, aceptar que Carlos será asimilado en todos los efectos a un donante anónimo, debido a su decisión de no continuar con el procedimiento y a las preocupaciones que sobre el particular expresó ante la Corte, deja claro el panorama respecto a los efectos correlativos, actuales o futuros que se podrían generar del procedimiento si este es exitoso. No hacerlo, derivaría en una problemática incertidumbre acerca de la situación en que se encontrarán Sara, Carlos y la persona que, eventualmente, pueda nacer.

165. Esta conclusión no impide, sin embargo, que si después de notificada la presente providencia -en la que se reconoce el derecho de Sara a solicitar la implantación del embrión- Carlos manifiesta su decisión de asumir la relación filial, ella sea reconocida. Esta conclusión se fundamenta en las especiales consideraciones del caso y en el vínculo jurídico surgido del documento denominado “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones”. La opción establecida en esta oportunidad obedece únicamente a las circunstancias especiales del caso. En efecto, ello no supone, en modo alguno, que la fecundación con donante anónimo o heterólogo en las condiciones usuales en que ello ocurre, implique una habilitación para que el donante asuma la filiación.

167. Esta conclusión, en caso de que la implantación termine en un nacimiento, plantea desafíos difíciles a Sara y Carlos que trascienden sus intereses y preocupaciones. El desafío de aceptar que las decisiones adoptadas en el curso de su relación han tenido efectos profundos y que solo un sentido de humanidad y convivencia de ellos y su entorno tiene la capacidad de evitar disputas adicionales. La distinción del vínculo genético y la filiación en situaciones excepcionales como las que ha tratado la Corte en esta oportunidad, requiere de esfuerzos para mostrar que los diferentes vínculos, el que impone la biología y el que se desprende de la voluntad, pueden coexistir. La diversidad de las familias, los derechos de quienes las integran y la evolución de la ciencia exigen que el Derecho dé pasos en esa dirección.

168. Una advertencia final es necesaria. La Corte ha constatado, al igual que en el pasado lo ha hecho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la ausencia de una regulación legislativa que fije las condiciones, límites y efectos de los diferentes tratamientos de reproducción humana asistida. Es posible que de existir una regulación precisa el conflicto no se hubiera presentado o, en todo caso, habrían contado con pautas para asegurar su solución. Sin embargo, la regulación vigente no aborda todos los supuestos en un asunto que, por el tipo de intereses que plantea, debería estar provista criterios precisos y claros.

169. Una regulación integral de esta materia debe ocuparse de manera detallada y a partir de un enfoque de género, entre otras cosas, de (a) las etapas de las TRHA, (b) los intervinientes en ellas, sus derechos y obligaciones, (c) la naturaleza, alcance y efectos de los acuerdos celebrados para su desarrollo, (d) las condiciones para prestar el consentimiento, las posibilidades de modificarlo y la oportunidad para hacerlo, (e) el destino posible de los gametos y embriones conservados así como el tiempo durante el cual ello puede ocurrir, (f) la responsabilidad de las clínicas y del personal sanitario que participa en el proceso y (g) los efectos en materia de filiación.

170. Conforme a lo anterior la Sala adoptará las siguientes decisiones. Primero, dispondrá revocar las sentencias de instancia y, en su lugar, tutelar el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de Sara. Como consecuencia de ello, segundo, declarará que Sara es titular del derecho a decidir la implantación del preembrión en su propio cuerpo y así deberán proceder La Clínica y El Médico en caso de que lo solicite. Tercero, establecerá que Carlos se asimilará a un donante anónimo y, en consecuencia, no se configurará ningún vínculo de filiación si el procedimiento es exitoso, debiéndose preservar su anonimato. Ello sin perjuicio de la posibilidad que tendrá Carlos, en el término establecido en la parte resolutive, de manifestar su decisión de asumir la relación filial. Cuarto, exhortará al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que en el curso de la próxima legislatura se adelanten todas las gestiones para presentar y tramitar un proyecto que regule integralmente la materia relativa a las TRHA.

F. Síntesis de la decisión

171. Sara solicitó que el juez de tutela le ordene a La Clínica proceder con la implantación del embrión resultante de la unión de los gametos aportados por ella y Carlos. Este último manifestó su decisión, luego de ocurrida la ruptura de la relación con la accionante, de no continuar con el proceso. Afirmó, además, que ha conformado otra familia. La Clínica se ha negado a adelantar el procedimiento indicando que no puede proceder si Carlos se opone a ello. A su juicio deben llegar a un acuerdo.

172. Sara advirtió que el contrato suscrito con Carlos y La Clínica dispuso que, en caso de presentarse cambios en la relación de la pareja -separación o divorcio- que originen un desacuerdo acerca de la destinación de los embriones, ello se definirá por la “madre”. Estima entonces que la actuación de La Clínica, del Médico y de Carlos se opone no solo a lo establecido en el texto del contrato, sino también a los derechos a la salud en conexidad con los derechos sexuales y reproductivos, a la familia, a la dignidad humana y a la libertad de conciencia.

173. La Corte precisó que le correspondía establecer si la Clínica, el Médico y Carlos desconocieron el derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva de Sara, al negarse implantar el preembrión a cuya formación concurrió con Carlos, alegando que este último revocó su consentimiento. En caso de una respuesta positiva, la Sala estableció que debía definir los efectos que en materia de filiación podrían producirse.

174. La Sala constató la violación del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de Sara. Para arribar a tal conclusión consideró (i) que los TRHA constituyen un importante instrumento para asegurar los derechos sexuales y reproductivos de las personas; (ii) que su

desarrollo debe tomar en consideración los impactos diferenciados que sobre las mujeres se pueden producir; (iii) que los acuerdos que tienen por objeto la fecundación in vitro y la criopreservación de embriones son, en general, compatibles con la Constitución y, por ello vinculantes; (iv) que la validez general de tales acuerdos se extiende a las cláusulas que disponen las reglas de destinación de embriones cuando sobrevienen rupturas de la pareja que inició el proyecto parental; (v) que la decisión de Sara de solicitar la implantación del preembrión encuentra apoyo en el contenido del acuerdo celebrado así como en el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos; (vi) que el derecho de Carlos a decidir no ser padre carece del peso suficiente para oponerse a la pretensión de Sara teniendo en cuenta, de una parte, que expresó su consentimiento para el desarrollo de la TRHA y, de otra parte, que se trata de la última oportunidad de la accionante para ser madre biológica; (vii) que en atención a la importancia que tiene la voluntad respecto de la filiación en TRHA Carlos tiene la posibilidad de decidir si asume o no el vínculo parental en caso de que la implantación y el embarazo den lugar al nacimiento de una persona.

175. Las consideraciones presentadas se contraen a establecer la regla de la decisión aplicable al caso analizado. Bajo esa perspectiva deben ser comprendidas en su contexto. Corresponde al legislador, en un proceso deliberativo y participativo adoptar una regulación integral en los términos fijados en la parte resolutive de la sentencia.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero. Levantar la suspensión de términos dispuesta en el auto de fecha 22 de marzo de 2022.

Segundo. REVOCAR las sentencias proferidas por los jueces de instancia que negaron la protección solicitada por la accionante. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de Sara. En consecuencia, declarar que Sara es titular del derecho a decidir sobre la implantación del preembrión en su propio cuerpo.

Tercero. ORDENAR a La Clínica y al Médico que dispongan todo lo necesario, de conformidad con lo establecido en el documento “Consentimiento Informado para la vitrificación de embriones”, para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, se proceda con la implantación del preembrión solicitada por Sara en la acción de tutela, si ella continúa interesada en la realización del procedimiento.

Cuarto. ORDENAR a La Clínica y al Médico reconocer a Carlos la condición de donante anónimo en las condiciones señaladas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia (a) no surgirá relación filial alguna entre Carlos y la persona que eventualmente pueda nacer, salvo que Carlos manifieste su decisión de asumirla; (b) toda la información relativa a sus condiciones y al procedimiento adelantado deberá mantenerse en reserva; y (c) los que han intervenido en el TRHA y en el presente proceso, tendrán el deber de asegurar la reserva del expediente y de los diferentes documentos.

Para efectos de lo dispuesto en el literal (a) de este numeral, Carlos dispondrá de un término de veinte (20) días calendario, contados a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia, para informar al juez de primera instancia si asume la filiación. Una vez vencido dicho término el juez notificará de esa decisión a Sara en un plazo no superior a tres (3) días.

Quinto. Exhortar al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que en el curso de la próxima legislatura se adelanten todas las gestiones para presentar y tramitar un proyecto que regule integralmente la materia relativa a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Dicha regulación debe incorporar un enfoque de género y ocuparse, entre otras cosas, de (a) las etapas de las TRHA, (b) los intervinientes en ellas, sus derechos y obligaciones, (c) la naturaleza, alcance y efectos de los acuerdos celebrados para su desarrollo, (d) las condiciones para prestar el consentimiento, las posibilidades de modificarlo y la oportunidad para hacerlo, (e) el destino posible de los gametos y embriones conservados así como el tiempo durante el cual ello puede ocurrir, (f) la responsabilidad de las clínicas y del personal sanitario que participa en el proceso y (g) los efectos en materia de filiación.

Sexto. ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que efectué de manera inmediata la notificación de esta sentencia. Posteriormente, remitirá el expediente al juez de tutela de primera instancia para que realice el seguimiento al cumplimiento del fallo, en armonía con lo dispuesto en los artículos 27 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General