

El destino del material genético y de los embriones ante la separación de la pareja o la muerte de uno de sus integrantes

Entre el contractualismo, la autonomía privada y el consentimiento informado

Por: Jairo Rivera Sierra^{1 2}

Introducción

El derecho fundamental a formar una familia y a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, implica, en la práctica, la materialización de principios convencionales y constitucionales como la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, y la dignidad humana en la dimensión *vivir como se quiere*. En el mismo sentido, involucra la toma de decisiones en torno a la sexualidad, a la salud, a disponer sobre su propio cuerpo, a la conformación de un proyecto de vida, es decir, jurídicamente, el ejercicio de la autonomía privada.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) no pertenecen exclusivamente al mundo de la medicina, pues más allá de tener como escenario una clínica de fertilidad, o un consultorio médico, de ellas se despliegan consecuencias jurídicas trascendentales para los sujetos involucrados. Las personas que acuden a estas técnicas no solamente se convierten en pacientes, sino que también celebran contratos, deciden sobre su material genético, acuerdan una serie de condiciones para su uso, se adhieren a contratos elaborados por las clínicas que llevan a cabo los procedimientos, consienten sobre el acceso a determinados tratamientos, disienten frente a otros, deciden sobre la procreación científicamente asistida de sus hijos, determinan los tiempos y modos en

los que accederán a dichas técnicas, y definen el destino de su material genético y/o de sus embriones, entre otros.

El ejercicio de la autonomía privada está presente desde la toma de la decisión para acceder a cualquiera de estas técnicas, y en cada uno de los momentos del proceso, permitiéndole a la pareja o a la persona interesada, decidir sobre el material genético, la técnica y la clase de reproducción a utilizar. Al final del proceso, no solamente tendremos un tratamiento médico concluido, sino la materialización del derecho fundamental a la reproducción y a tener una familia, con las consecuencias propias en el derecho la filiación y el estado civil.

En Colombia, a falta de regulación expresa en la materia, los sujetos involucrados en estas prácticas se han visto en la necesidad de construir sus propias reglas, excepciones, prohibiciones, condiciones, requisitos, y lineamientos que permitan asegurar un correcto desarrollo de estas prácticas. Celebran acuerdos, contratos, firman consentimientos informados, elevan a escritura pública algunos documentos relacionados con la filiación, acuden a la jurisdicción y a notarías, con el fin de obtener fallos que transforman el universo del derecho a la filiación. ¿Esa autonomía normativa está alineada con la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad, las normas de orden público y las buenas costumbres?³

¹ Docente investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en el texto son del autor y no pretenden reflejar ninguna posición institucional.

² Para citar el artículo: Rivera Sierra, Jairo. "El destino del material genético y de los embriones ante la separación de la pareja o la muerte de uno de sus integrantes. Entre el contractualismo, la autonomía privada y el consentimiento informado", en *Observatorio*

de Derecho Privado Fernando Hinestrosa (PrivEx), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 12, agosto de 2026, disponible en:

<https://observatoriorederechoprivado.uexternado.edu.co/>.

³ Hinestrosa, Fernando, "Función, límites y cargas de la autonomía privada". *Revista de derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2014, 5–39.

Esos acuerdos de voluntades suscritos entre los sujetos que acuden a estas técnicas, entendidos como pacientes y como usuarios⁴, y las clínicas de fertilidad, regulan también aspectos económicos por tratarse de la prestación de servicios médicos particulares, por ejemplo, el costo de la criopreservación del material genético y/o de los embriones, el costo de los exámenes médicos y diagnóstico genético preimplantacional (DGP), el seguimiento al embarazo, parto y posparto, entre otros.

En el contrato y en el consentimiento informado sobre la criopreservación de células germinales y embriones no siempre se incluyen disposiciones expresas, aunque hoy la mayoría sí lo hacen, sobre: (i) el uso de dichas células con fines procreacionales luego del fallecimiento del titular del material genético, y (ii) quién puede usarlas, (iii) el destino de los embriones luego del fallecimiento de un miembro de la pareja, (iv) el destino de los embriones luego de separación o divorcio de la pareja (v) cuando tiene material genético de uno de los miembros de la pareja o (vi) cuando tiene el material genético de los dos.

La resolución de estos conflictos se ha abordado desde tres aproximaciones: una denominada contractualista, otra conocida como la del balance de los intereses y una tercera llamada del mutuo consentimiento⁵. A nivel internacional, veremos dos ordenamientos jurídicos opuestos: Israel y Reino Unido, y a nivel nacional, estudiaremos tres fallos de tutela de la Corte Constitucional que, a falta de dicha regulación y disposición *inter-partes*, y ante la ausencia de ley supletiva, ha resuelto estos casos teniendo en consideración la libertad contractual, la autodeterminación reproductiva como derecho fundamental, y el consentimiento informado como pilar de la manifestación de la voluntad.

I. Israel

Israel ocupa un lugar singular en el panorama global de las TRHA. El país cuenta con una de las políticas

pronatalistas más robustas del mundo, tanto en términos de acceso público a tratamientos de fertilidad como por la amplitud de supuestos que la práctica institucional tolera o promueve en materia de reproducción médicamente asistida⁶. Las razones que explican este marcado pronatalismo son diversas y se articulan a través de narrativas profundamente arraigadas en la sociedad israelí que promueven la reproducción como pilar fundamental de la vida individual y colectiva.

Desde una perspectiva histórica y demográfica, la reproducción ha sido concebida en Israel como una respuesta colectiva a las pérdidas humanas sufridas durante el Holocausto y en las sucesivas guerras que han marcado la historia de ese país. En ese contexto, la continuidad del pueblo judío, asociada estrechamente a la procreación, ha adquirido la dimensión de imperativo nacional que trasciende lo estrictamente privado o cultural⁷.

Desde el punto de vista religioso, este enfoque encuentra sustento en el mandato de “creced y multiplicaos”. La apertura religiosa hacia las TRHA no ha sido uniforme. Si bien algunas corrientes del judaísmo respaldan el uso de tecnologías reproductivas al servicio de la fertilidad, las posiciones más ortodoxas mantienen una visión más compleja y, en ciertos casos, contraria a la reproducción póstuma.

En particular, la regulación del uso póstumo de semen en Israel no deriva de una ley en sentido formal, sino de una directiva del Fiscal General expedida en 2003. La directiva autoriza la extracción urgente de semen del varón fallecido –viable generalmente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al deceso– sin necesidad de orden judicial previa, pero exige autorización judicial para el uso posterior con fines reproductivos. En ella, el criterio rector para conceder las autorizaciones es la voluntad presunta del fallecido. De ese modo, cuando existe pareja estable sobreviviente, la directiva y los tribunales han tendido a

⁴ Algunos documentos utilizados por estas instituciones, los nombran como pacientes, otros como usuarios, otros como padre/madre intencional, pareja, contratantes, comitentes.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-357 de 2022.

⁶ Blecher-Prigat, Ayelet y Zafran, Ruth. *The gendered dimensions of posthumous reproduction: Legal and social constructions of motherhood and fatherhood*. SSRN. 2025 disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5283217> [consultado el 26 de junio de 2026]. [Manuscrito inédito presentado en taller académico, mayo de 2025]

⁷ Bassan, Sharon. “Posthumous sperm use in times of war: Ethics, law and society”. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 52(4), 2024. 868-877. disponible en: https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-law-medicine-and-ethics/article/posthumous-sperm-use-in-times-of-war-ethics-law-and-society/E282098B4CFD25463B489EA7CA63132D?utm_campaign=shareaholic&utm_medium=copy_link&utm_source=bookmark [consultado el 26 de junio de 2026].

presumir que el fallecido habría deseado la continuidad genética, salvo en los eventos en que en vida haya manifestado expresamente lo contrario⁸.

Más recientemente, tras los ataques del 7 de octubre de 2023, las directrices administrativas vigentes fueron flexibilizadas de manera significativa. Una nueva directiva autorizó a los hospitales a practicar la extracción a solicitud directa de los padres del fallecido –y no solo de la pareja– sin necesidad de orden judicial previa, salvo en caso de objeción familiar expresa⁹. Paralelamente, hacia finales de 2023 se tramitó en el cuerpo legislativo israelí un proyecto de ley que institucionalizaría un modelo de consentimiento presunto –salvo oposición expresa del fallecido– y otorgaría legitimación normativa a los padres para solicitar la fecundación¹⁰. Sin embargo, la iniciativa fue objeto de varias críticas y, finalmente, no fue aprobada¹¹.

Con todo, diversos autores han advertido sobre las posibles afectaciones a los derechos y a la voluntad de los hombres fallecidos derivadas de esta amplia posibilidad de disponer de su material genético en ausencia de un consentimiento expreso. En esa línea, un estudio estadístico reciente realizado por Savitsky, Eldar-Geva y Shvartsur¹², con una muestra de 600 hombres israelíes pertenecientes a diferentes corrientes del judaísmo en el contexto del conflicto armado, reveló que el 71% preferiría documentar previamente sus preferencias en materia de la extracción póstuma de esperma y que casi la mitad de quienes tienen padres vivos se oponen a que estos inicien el procedimiento.

Durante las casi dos décadas comprendidas entre 1997 y 2016, los tribunales israelíes de instancia adoptaron una postura progresivamente expansiva en materia de reproducción *post mortem* frente a las solicitudes de extracción y disposición efectuadas por los familiares de las personas fallecidas. La ausencia de una ley formal

otorgó a los jueces un amplio margen de configuración, que ejercieron sobre la base de presunciones respecto al deseo del fallecido de perpetuar su legado genético. En este período, los tribunales civiles y de familia no solo reconocieron el derecho de la pareja sobreviviente a solicitar el uso del semen, sino que fueron ampliando gradualmente el círculo de legitimados activos, llegando a incluir a los padres del fallecido, en casos de varones solteros o en supuestos en que existía oposición expresa de la viuda¹³.

Durante esta etapa, las tasas de aprobación judicial se aproximaron al 100% de las solicitudes publicadas, lo que evidencia una práctica judicial marcada por la presunción favorable a la continuidad genética como valor digno de protección jurídica. Naturalmente, en su momento, ello se vio reforzado entretanto por la expedición de la directiva del Fiscal General.

El año 2017 marcó un punto de inflexión con la doctrina permisiva predominante hasta entonces. En el caso sometido a su conocimiento, los padres de un hombre fallecido solicitaron autorización judicial para utilizar el esperma de su hijo con el fin de inseminar a una mujer sin vínculo alguno con el difunto, pese a la oposición de la pareja sentimental con la que este había convivido durante varios años.

En su decisión, el Alto Tribunal rechazó que la mera presunción general de un deseo de continuidad genética bastara para autorizar el uso póstumo del semen. En su lugar, exigió una prueba individualizada y concreta –aunque no necesariamente escrita– de que el fallecido habría consentido específicamente dicho uso. Asimismo, reservó la legitimidad para formular la solicitud exclusivamente a la pareja estable del fallecido, excluyendo a sus padres cuando no mediara consentimiento expreso¹⁴.

⁸ Blecher-Prigat, A. y Zafran, R. *The gendered dimensions of posthumous reproduction: Legal and social constructions of motherhood and fatherhood*, cit.

⁹ Bassan, S. *Posthumous sperm use in times of war: Ethics, law and society*, cit.

¹⁰ *Ibid.* Amir, Roe y Ravitsky, Vardit. "Should parents of the deceased have standing to initiate posthumous sperm retrieval? Analyzing developments in Israel". *Hastings Center Report*, 56(2), 2026, 6-13, disponible en: <https://doi.org/10.1002/hast.4984> [consultado el 26 de junio de 2026].

¹¹ No he encontrado información sobre el pueblo Palestino con el fin de revisar si siguen los mismos patrones o si, por el contrario, no tienen regulación al respecto.

¹² Savitsky, Bella., Eldar-Geva, Talia y Shvartsur, Rachel, "Israeli men's attitudes toward posthumous reproduction and prior consent amid ongoing armed conflict". *Andrology*, 13(4), 2025, 763-772, disponible en: <https://doi.org/10.1111/andr.13757> [consultado el 26 de junio de 2026].

¹³ Blecher-Prigat, A. y Zafran, R. *The gendered dimensions of posthumous reproduction: Legal and social constructions of motherhood and fatherhood*, cit.

¹⁴ *Ibid.*

Esta decisión supuso una corrección significativa, pues los tribunales ya no podrían autorizar el uso de gametos apoyándose en presunciones genéricas de la voluntad, sino que deberían evaluar el caso concreto con rigor probatorio.

Como consecuencia directa del estándar más riguroso impuesto por la Corte, la tasa de aprobación de solicitudes de uso póstumo de semen descendió de cifras próximas del 100% a aproximadamente el 50% de los casos publicados. Este cambio estadístico es revelador de la profundidad del cambio jurisprudencial¹⁵. Sin embargo, el impacto de la decisión de 2017 se vio parcialmente revertido en la práctica tras los atentados del 7 de octubre de 2023, cuando consideraciones de solidaridad nacional y duelo colectivo llevaron a una nueva flexibilización administrativa que, paradójicamente, extendió aún más los supuestos de legitimación activa, al incluir expresamente a los padres del fallecido, sin necesidad de autorización judicial previa para la extracción póstuma de semen¹⁶.

El régimen aplicable a los óvulos y embriones de la mujer fallecida presenta una asimetría notable respecto del tratamiento antes descrito dispensado al semen. El Reglamento de Salud Pública en materia de Fecundación *In Vitro* (en adelante FIV) de 1986 y la Ley de Donación de Óvulos de 2010 conforman el marco normativo aplicable. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos fue concebido para regular específicamente la disposición póstuma de material genético femenino, lo que ha generado incertidumbre y contradicción en la práctica judicial en su aplicación¹⁷.

En lo que atañe a los embriones ya existentes —esto es, fecundados con espermatozoides del esposo en vida de la pareja—, el Reglamento de 1986 establece una prohibición absoluta de uso póstumo cuando fallece la esposa, incluso si el embrión fue creado a partir de material genético de ambos miembros de la pareja. En este mismo escenario, el viudo tampoco puede disponer de los óvulos de su esposa fallecida para proceder a su fecundación. La

restricción resulta claramente asimétrica, pues en el supuesto inverso —el fallecimiento del varón— la viuda sí puede, siempre que cumpla los requisitos aplicables, continuar con la transferencia embrionaria. Esta diferencia de trato ha sido objeto de críticas por reflejar una construcción de género desigual de los roles reproductivos¹⁸.

En cuanto a los óvulos criopreservados, en el caso de mujeres solteras, la misma regulación prevé que la disposición *post mortem* de los óvulos procede únicamente para donación, siempre que la titular del material genético hubiera manifestado en vida, mediante consentimiento escrito, su voluntad de autorizar ese destino.

II. Reino Unido

El Reino Unido adopta un enfoque radicalmente distinto. Su política en materia de TRHA descansa sobre una legislación comprensiva y un órgano regulador especializado de carácter permanente. El marco normativo principal es el *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990¹⁹, modificado en 2008, cuya aplicación corresponde fundamentalmente a la Human Fertilisation and Embryology Authority (en adelante HFEA), organismo público que regula las clínicas de fertilidad, emite directrices y supervisa el cumplimiento de los estándares legales, entre otras cuestiones.

El pilar fundamental del sistema es el consentimiento informado, escrito y específico. Con anterioridad a cualquier procedimiento de almacenamiento o tratamiento, los pacientes deben completar formularios prescritos por la HFEA indicando expresamente cómo, durante cuánto tiempo y bajo qué circunstancias desean que se utilicen sus gametos o embriones. Este consentimiento puede revocarse en cualquier momento mientras el material genético no haya sido transferido al útero²⁰. La arquitectura normativa sitúa, de este modo, la autonomía privada y la autodeterminación individual como

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Bassan, S. *Posthumous sperm use in times of war: Ethics, law and society*, cit.

¹⁷ Blecher-Prigat, A. y Zafran, R. *The gendered dimensions of posthumous reproduction: Legal and social constructions of motherhood and fatherhood*, cit.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Human Fertilisation and Embryology Act. (1 de noviembre de 1990). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>

²⁰ Raimondi, Costanza, Giardina, Simona, Masilla, Simone, Refolo, Pietro., Todini, Clara y Spagnolo, Antonio. "Posthumous assisted reproduction and post-mortem paternity". *Frontiers in Reproductive Health*, 8, 1783702, 2026, disponible en: <https://doi.org/10.3389/frph.2026.1783702> [consultado el 26 de junio de 2026].

valor central del sistema, en marcado contraste con el modelo israelí.

El *Human Fertilisation and Embryology Act* establece que el uso póstumo de embriones creados en vida de ambos miembros de la pareja sólo es lícito si el fallecido otorgó consentimiento escrito y firmado antes de morir, especificando tanto el almacenamiento continuado como el uso reproductivo posterior e identificando expresamente a la pareja autorizada para utilizarlos. En ausencia de ese consentimiento, el uso póstumo está prohibido y los embriones deben ser destruidos.

La HFEA permite que los embriones permanezcan almacenados hasta diez años desde el fallecimiento, a disposición exclusiva de la pareja designada en los formularios de consentimiento. La ley no exige ningún período de espera previo a la transferencia, lo que distingue al Reino Unido de jurisdicciones europeas como Bélgica, Grecia o Portugal, que imponen esperas de entre seis y doce meses. Este plazo máximo de diez años es, además, el más amplio entre los países europeos que permiten la práctica²¹.

Por su parte, en principio, también el *Human Fertilisation and Embryology Act* somete tanto la disposición póstuma del semen como de los óvulos a la misma lógica de consentimiento escrito y específico que rige para los embriones. En ese sentido, el titular debe haber completado los formularios pertinentes de la HFEA indicando su voluntad de que el material sea utilizado con posterioridad al fallecimiento en el sentido designado, de modo que, en ausencia de ese consentimiento expreso, la extracción, el almacenamiento o el uso posterior del gameto son legalmente inviables.

Jennings v Human Fertilisation and Embryology Authority [2022] EWHC 1619²²

Esta sentencia, representa una nueva era de relativa flexibilización judicial del requisito de consentimiento escrito y específico en el ordenamiento jurídico inglés.

Ted Jennings solicitó declaración judicial para poder disponer, junto con una gestante subrogada, de un embrión congelado creado con su esperma y los óvulos

de su esposa Fern-Marie Choya, quien había fallecido repentinamente en 2019 a causa de complicaciones obstétricas durante un embarazo gemelar logrado mediante FIV. Sin embargo, los formularios oficiales diligenciados por ella carecían de algún segmento en el que esta hubiese consentido de forma expresa la disposición póstuma de su material genético. Por su parte, la HFEA se opuso a la autorización alegando que el consentimiento escrito exigido por el *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 no había sido otorgado y que la señora Choya había dispuesto de información y oportunidad suficientes para ello.

La jueza realizó, sin embargo, un examen pormenorizado de las circunstancias concretas del caso y llegó a una conclusión diferente. La jueza consideró que el formulario estándar de la HFEA aplicable a las mujeres —a diferencia del equivalente masculino— no contenía, en su momento, ninguna casilla que permitiera a la mujer consentir expresamente que su pareja utilizara el embrión respectivo tras la muerte de la mujer. Además, el formulario remitía de manera vaga a “consultar con la clínica” sobre documentos adicionales, sin que la reglamentación de la HFEA instruyera a las clínicas para advertir activamente a las pacientes sobre este vacío. Por ello, la jueza concluyó que la señora Choya no había contado con una oportunidad razonable de prestar ese consentimiento, tal como exige la legislación en cuanto al deber de informar adecuadamente antes de recabarlo.

Apoyándose en prueba indirecta —la participación de la señora Choya en el diligenciamiento del formulario de consentimiento del marido para el caso de fallecimiento de este, conversaciones familiares sobre subrogación como alternativa reproductiva y declaraciones de hermanas y amigas íntimas—, la jueza infirió que la fallecida habría consentido de haber tenido la oportunidad de hacerlo. En consecuencia, resolvió que, en estas circunstancias excepcionales y limitadas, el requisito de consentimiento escrito podía exceptuarse sin contravenir la esencia de la legislación, apoyándose en precedentes que ya habían admitido prueba indirecta de voluntad de la persona fallecida, de cara a proteger los derechos de los asociados. De igual forma, la sentencia instó a la HFEA a

²¹ *Ibid.*

²² High Court of Justice (England and Wales), Family Division. (22 de junio de 2022). *Jennings v Human Fertilisation and Embryology Authority*, [2022] EWHC 1619 (Fam). [Theis, L.].

revisar el formulario para evitar que la situación se repitiera.

G vs. Human Fertilisation and Embryology Authority [2024] EWHC 2453²³.

En este caso, la solicitante, identificada como G, era la madre de N, una mujer que había fallecido de cáncer de mama, habiendo criopreservado óvulos antes de iniciar su tratamiento. G deseaba utilizar dichos óvulos para concebir un nieto, que criaría como propio, alegando que N había expresado verbalmente su conformidad con ello antes de morir. Sin embargo, N no había otorgado consentimiento escrito alguno para el uso póstumo de sus óvulos, como exige el *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990. Ante la imposibilidad de satisfacer el requisito formal legal, G solicitó al Tribunal que reinterpretara las disposiciones sobre consentimiento de la ley de 1990 a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar para habilitar el uso de los óvulos.

El juez denegó la solicitud. En su decisión, el magistrado reconoció que los jueces ingleses pueden, en determinadas circunstancias, invocar derechos humanos ajenos al marco legislativo ordinario, como cuando se retienen gametos de una pareja, pero sostuvo que esos derechos no resultan invocables sobre la base de un acuerdo verbal de “crianza compartida” entre la donante fallecida y su madre. De ese modo, el hecho de que la solicitud no proviniera de la pareja de N, sino de su progenitora –con quien la relación jurídica con los gametos es de naturaleza diferente–, fue determinante para descartar la aplicabilidad de la vía de derechos humanos en este supuesto. Lo anterior, aunado al hecho fundamental de la ausencia de consentimiento expreso para disposición póstuma, pese a la criopreservación del material genético o de indicios claros de la voluntad de la mujer fallecida.

Ahora bien, en caso de divorcio o separación de la pareja, es posible que ambos aportantes mantengan el acuerdo sobre la forma de disponer de los embriones en el futuro. En tal supuesto, aún con el consenso, será necesario

tener en cuenta las consecuencias que cualquier decisión pueda generar en materia de filiación para ambos aportantes pese a la ruptura del vínculo.

Sin embargo, también es posible que dicho acuerdo de voluntades no exista y que, por el contrario, ante la falta de consenso, alguno de los aportantes decida revocar el consentimiento inicialmente otorgado respecto de la disposición de los embriones. Frente a este escenario, el Human Fertilisation and Embryology Act (1990) establece que, a partir de la revocatoria, comienza un período de reflexión de doce meses. Si dentro de este plazo la persona mantiene su negativa a otorgar nuevamente el consentimiento, el tratamiento no podrá llevarse a cabo y los embriones deberán ser destruidos.

De este modo, el embrión puede almacenarse legalmente durante un período adicional de doce meses contado desde la revocación del consentimiento, con el fin de que la persona que lo revocó pueda reconsiderar su decisión. Si al finalizar ese período dicha persona mantiene su negativa, el embrión deberá ser destruido. El mismo Anexo dispone que, antes del vencimiento de ese plazo, también procederá legalmente la destrucción de los embriones cuando los demás interesados notifiquen su conformidad con la revocatoria inicialmente manifestada.

En 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre estas reglas adoptadas por el parlamento británico y su compatibilidad con el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

En el caso sometido a su consideración²⁴, Natallie y su pareja J. iniciaron un tratamiento de fecundación *in vitro* (FIV). Tiempo después, al descubrirse que ella padecía tumores precancerosos que hacían necesaria la extirpación de sus ovarios, ambos consintieron por escrito la extracción y fecundación de óvulos de ella con el esperma de J. Se crearon seis embriones que quedaron almacenados antes de que a Natallie le extirparan los ovarios. Meses más tarde, la pareja se separó y J. retiró su consentimiento, pidiendo la destrucción de los embriones. Ante la jurisdicción nacional, la accionante solicitó restablecer el consentimiento de J. y una

²³ High Court of Justice (England and Wales), Family Division. (20 de septiembre de 2024). *G v Human Fertilisation and Embryology Authority & The Secretary of State for Health and Social Care*, [2024] EWHC 2453 (Fam). [Mcfarlane, A.].

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Gran Sala. (10 de abril de 2007). *Evans v. Reino Unido* (Application No. 6339/05).

declaración de incompatibilidad de la ley con el Convenio. Sin embargo, todas las instancias negaron la solicitud, al considerar que J. únicamente había consentido un tratamiento conjunto y que la ley le permitía revocar su consentimiento. El caso llegó a conocimiento del TEDH.

El Tribunal centró su análisis en el artículo 8 del Convenio, que refiere el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Calificó el asunto como un conflicto entre los derechos de la demandante a ser madre genética y de J. a no serlo, y optó por analizarlo desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado, más que como una injerencia en la esfera de derechos de cada una de las partes.

Determinó que, dada la falta de consenso europeo sobre el momento a partir del cual el consentimiento debe adquirir carácter irrevocable, además de tratarse de cuestiones éticas sensibles que exigen ponderar intereses privados y públicos en competencia, correspondía reconocer al Reino Unido un margen de apreciación amplio para configurar su legislación. Con base en ello, el Tribunal concluyó que la ley de 1990 era conforme con el artículo 8 del CEDH. Destacó que dicha normativa fue fruto de un examen exhaustivo y prolongado, que exige el consentimiento informado y por escrito de ambos aportantes de gametos y que la posibilidad de revocar el consentimiento hasta la implantación del embrión respondía a fines legítimos.

III. Estados Unidos

En Estados Unidos no existe un estándar federal o nacional que regule la disposición de los embriones tras el divorcio o la separación de la pareja cuyos gametos fueron utilizados para su constitución. En este contexto, la materia queda sujeta a la decisión legislativa estatal y, especialmente, al desarrollo jurisprudencial, el cual ha reconocido al embrión extrauterino distintos estatus jurídicos –como propiedad, ser humano y expectativa de

vida– según la jurisdicción de que se trate²⁵. Ante la ausencia de una regulación uniforme, corresponde a cada estado establecer sus propias reglas, lo que ha dado lugar al panorama fragmentado y ha favorecido prácticas como el *forum shopping*, mediante las cuales las partes procuran trasladar el litigio –o incluso los embriones– a la jurisdicción cuyas normas les resulten más favorables²⁶.

En ausencia de una legislación uniforme, los tribunales estatales han recurrido a tres enfoques principales para efectos de resolver las disputas²⁷. En primer lugar, se encuentra el enfoque contractual puro, que constituye el criterio más ampliamente aplicado y consiste en hacer cumplir el acuerdo de disposición suscrito al inicio del tratamiento de fertilidad. Este enfoque parte de la premisa de que existió un consentimiento mutuo válidamente manifestado al momento de celebrar el contrato. Este fue el criterio aplicado para la resolución en *Kass v. Kass* por el Tribunal Superior de Nueva York, en 1998, estado en el que continúa siendo la solución mayoritariamente acogida por jueces y tribunales²⁸.

En segundo lugar, se encuentra el *balancing test* o test de ponderación, mediante el cual el tribunal prescinde del acuerdo previo –si lo hubiere– y pondera los intereses contrapuestos de las partes al momento del litigio. Entre los factores considerados se encuentran las convicciones religiosas, la fertilidad de los involucrados y su deseo de procrear o no hacerlo, lo que confiere un amplio margen de discrecionalidad judicial²⁹. Este criterio fue adoptado en el estado de New Jersey desde 2001³⁰.

Finalmente, en algunos casos se aplica el criterio del consentimiento mutuo contemporáneo. Propuesto originalmente por Carl Coleman en 1999, este enfoque exige que ambas partes ratifiquen su acuerdo al momento del litigio. Si alguna de ellas cambia de parecer, los

²⁵ Akins, Benjamin y Bursuc, Vlad, “Addressing the Supply of Frozen Embryos in a Post-Dobbs America”. *University of Florida Journal of Law & Public Policy*, 35(2), 157-196, 2025, disponible en: <https://scholarship.law.ufl.edu/jlpp/vol35/iss2/1> [consultado el 26 de junio de 2026].

²⁶ Letterie, Gerard y Fox, Dov, “Legal Disputes Over Frozen Embryos After Dobbs: A Retrospective Study of Claims, Contracts, and Liability in Cases of Divorce or Separation”. *Pace Law Review*, 45(1), 2024, 73-82, disponible en: <https://doi.org/10.58948/2331-3528.2098> [consultado el 26 de junio de 2026].

²⁷ Kirschbaum, Sara, “Who Gets the Frozen Embryos During a Divorce? A Case for the Contemporaneous Consent Approach”. *North Carolina Journal of Law and Technology*, 21(2), 2019, 113-145, disponible en:

<https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol21/iss2/5> [consultado el 26 de junio de 2026].

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Akins, B. W. y Bursuc, V. A., *Addressing the Supply of Frozen Embryos in a Post-Dobbs America*, cit.

³⁰ Kirschbaum, S. B. *Who Gets the Frozen Embryos During a Divorce? A Case for the Contemporaneous Consent Approach*, cit.

embriones permanecen preservados hasta alcanzar un nuevo consenso³¹.

A nivel legislativo, de acuerdo con Kirschbaum, los estados también presentan soluciones divergentes. Florida (1993), por ejemplo, estatuyó esencialmente el enfoque contractual, atribuyendo la decisión conjunta a la pareja en ausencia de un acuerdo escrito. En cambio, Luisiana (1986) confiere al embrión el estatus de “persona”, prohíbe su destrucción y su utilización con fines de investigación, y exige que cualquier decisión sobre su disposición supere un “test de interés superior del óvulo fecundado in vitro”. Finalmente, Arizona (2018) dispone que los embriones sean adjudicados al excónyuge que persiga el nacimiento con mejores posibilidades de éxito³².

IV. Colombia

La falta de normatividad en Colombia sobre la disposición de gametos o embriones por separación o *post mortem*, no ha impedido darle una solución acudiendo a una simbiosis entre las tres aproximaciones: contractualista, balance de intereses y mutuo consentimiento, bajo un enfoque de derechos humanos, a los casos que han llegado a la Corte Constitucional. Como en muchas materias, la jurisprudencia se erige como la fuente de derecho aplicable a aquellos casos en los que, la ciencia y la sociedad están un paso adelante de la regulación. Esa ausencia de normativa ha impulsado a que las clínicas de fertilidad que operan en el país elaboren sus propios formatos, contratos y consentimientos que respalden jurídicamente las prácticas que ofrecen, pero evidentemente, el devenir de las circunstancias, lo imprevisible y los eventos que se escapan al dominio humano, hacen que sea necesaria la intervención judicial.

El primer caso es el de la sentencia de tutela T – 357 de 2022 de la Corte Constitucional³³. Se trata de Sara y Carlos, una pareja que inició un proceso de fertilización in vitro con el semen de Carlos, dado que Sara tenía 45 años y no podía tener hijos de forma natural. Un mes después de dar el consentimiento informado para la fecundación in vitro y para la vitrificación de embriones, Sara y Carlos terminaron su relación. Sara decidió continuar con el

proceso asegurando que en el contrato decía expresamente que “*en caso de separación o divorcio de la pareja, el destino de los embriones criopreservados será determinado por “la madre”*”. La clínica y el médico se negaron a continuar afirmando que Carlos había retirado su consentimiento. Sin embargo, le sugerían a Carlos llegar a un acuerdo con Sara, teniendo en consideración que la cláusula la beneficiaba a ella. En primera y segunda instancia, le negaron el amparo a Sara.

La Corte se pregunta si se vulnera el derecho fundamental de una mujer a la autodeterminación reproductiva, al negarse a implantar un preembrión, con fundamento en la revocatoria del consentimiento de su pareja, y, de ser así, qué efectos en materia de filiación se derivarían, pues, por un lado, está una mujer que desea ser madre, y por el otro, un hombre que no desea ser padre, ambos, en ejercicio del mismo derecho.

La Corte se ve en la necesidad de aplicar el enfoque de género al momento de estudiar cada uno de los casos, teniendo en cuenta que el impacto corporal y emocional que estas técnicas tienen sobre las mujeres supera considerablemente al que tienen sobre los hombres (estimulación ovárica, aspiración folicular, implantación del embrión, etc.).

Ahora bien, sobre la procedencia de la acción de tutela, la Corte precisa que, si bien Sara podría acudir a la jurisdicción ordinaria, aún con medidas cautelares, no sería el medio más eficaz, pues el tiempo tiene incidencia en el éxito del proceso de implantación. Aclara también que, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Artavia Murillo), el preembrión criopreservado no es persona, ni está protegido bajo el concepto de concepción, en sentido jurídico, mientras no se produzca la implantación.

Con apoyo en la libertad contractual (arts. 14, 16 y 333 C.P.) y en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia reconoce que los acuerdos entre aportantes de gametos y centros médicos son, en principio, válidos y vinculantes, incluidas las cláusulas sobre destinación de

³¹ *Ibid.*

³² Letterie, G y Fox, D, *Legal Disputes Over Frozen Embryos After Dobbs: A Retrospective Study of Claims, Contracts, and Liability in Cases of Divorce or Separation*.

³³ Corte Constitucional, sentencia T – 357 de 2022.

embriones en caso de ruptura, siempre que respeten los derechos fundamentales. La Corte señala que

[e]l 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 Privado³⁴.

En lo relativo al consentimiento informado, la sentencia hace especial énfasis en diferenciar el momento en el que se contrata un servicio y el momento en el que se consiente la práctica de un procedimiento, especialmente porque dicho procedimiento no solamente está relacionado con la salud, sino que tendrá efectos directos en la filiación y la identidad: “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.”³⁵

La Corte exige un consentimiento libre y especialmente cualificado en materia de TRHA, dado que recae sobre intervenciones corporales, disposición de material genético y consecuencias en materia de filiación. Sin embargo, plantea una exigencia, y es que el consentimiento deba constar siempre por algún medio documental, mas no señala que deba ser por escrito.

La Corte recuerda lo dicho en la sentencia T-375 de 2016 sobre las reglas en las TRHA: (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 descendencia³⁶.

Resulta interesante analizar algunas de las disposiciones que incluía el acuerdo firmado por las partes:

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 investigación³⁷.

Sin embargo, el mismo documento señalaba que Sara y Carlos podían suspender el tratamiento en cualquier momento, lo cual a juicio de la Corte no podía interpretarse de manera literal, ignorando la regulación especial que le habían dado al supuesto de separación.

La Corte encuentra una tensión entre la autodeterminación reproductiva de ambas partes. El derecho a la autodeterminación reproductiva comprende también la facultad de decidir sobre el uso del propio material genético.

La Corte reconoce que Carlos invoca, junto al derecho a no ser padre, “el derecho a tomar las decisiones básicas sobre la procreación y el uso del material genético a cuya configuración ha concurrido el aportante”. Sin embargo, pondera que ese interés cede frente al peso superior de la posición de Sara, dado que para ella se trata de la última oportunidad real de ser madre biológica, mientras que para Carlos la afectación es menos intensa (puede tener descendencia por otros medios), y porque él ya había prestado su consentimiento en tres momentos: al iniciar el procedimiento, al aportar el material genético y al aceptar la vitrificación.

La Sala fija la siguiente regla: 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.

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

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T – 375 de 2016.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T – 357 de 2022.

*vinculante del consentimiento expresado en el contrato unida al derecho a la autonomía reproductiva, deben preferirse.*³⁸

Sobre la filiación y la voluntad procreacional, la Corte distingue entre el vínculo genético y la filiación jurídica, recordando jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual en la reproducción asistida heteróloga, la filiación depende de la voluntad de asumir la paternidad, no de la verdad biológica. Sobre esa base, concluye que es posible “disociar el aporte genético de Carlos de las consecuencias filiales”: si la implantación prospera, Carlos será asimilado a un donante anónimo, salvo que decida voluntariamente asumir la relación filial.

La Corte finalmente decidió (i) amparar el derecho de Sara a la autodeterminación sexual y reproductiva; (ii) declarándola titular del derecho a decidir sobre la implantación del preembrión en su propio cuerpo; (iii) ordenó a la clínica y al médico realizar la implantación dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación, si Sara persiste en su interés, (iv) y ordenó reconocer a Carlos como donante anónimo: no surgirá vínculo de filiación con el eventual nacido, salvo que él manifieste expresamente, dentro de 20 días calendario, su decisión de asumir la paternidad.

Dos años después, llega un caso similar a la Corte Constitucional, sentencia T – 274 de 2024³⁹. Camila y Andrés, casados desde 2018, intentaron varios procedimientos de fertilidad sin éxito por condiciones de salud de Camila⁴⁰. Luego de 4 años, en 2022, tras fallar otros procedimientos y tras consultar en varios centros, Camila renunció a su trabajo para contar con el tiempo y la disposición para iniciar un procedimiento de fertilización in vitro con óvulo donado en la Clínica, usando el semen de Andrés; se obtuvieron cuatro embriones. La clínica les envió por WhatsApp a Camila y Andrés el consentimiento para que fuera firmado electrónicamente. Sin embargo, antes de la transferencia, Andrés se separó de Camila y comunicó a la clínica —vía WhatsApp, sin revocatoria formal por escrito— que no quería continuar con el procedimiento y la clínica decidió suspenderlo⁴¹.

Camila interpuso tutela invocando su derecho a la autodeterminación reproductiva y pidiendo que se conservaran los embriones y se ordenara la transferencia. Por su parte, Andrés alegó que nunca dio un consentimiento realmente informado y que tiene derecho a retractarse, pues no puede ser obligado a ser padre. Ambos fueron diagnosticados con ansiedad con ocasión de las discusiones sobre los embriones.

El problema jurídico identificado por la Corte es igual al de la sentencia anterior: ¿Vulnera un hombre los derechos de su expareja al revocar su consentimiento antes de la transferencia de un embrión creado con su material genético y un óvulo donado? ¿Vulnera la clínica los derechos de su paciente al suspender el tratamiento por la oposición de una de las partes?

En esta sentencia, la Corte identifica nuevas facetas del derecho a la autodeterminación reproductiva surgidas con las TRHA. La primera es justamente el derecho a la autodeterminación genética: la facultad de los donantes (o aportantes de gametos) de decidir cómo se usa su material genético, independientemente de si se discute o no la filiación. La segunda es el derecho de las mujeres a postergar la maternidad accediendo a estas técnicas, a través de la congelación de sus gametos.

Sobre el consentimiento informado, la Corte concluye que el tratamiento que le dio la Clínica fue insuficiente, pues no explicó alcances, riesgos ni mecanismos de resolución de disputas, aunque sí incluía una cláusula de revocabilidad. Encontró que las irregularidades de la clínica en torno a la información y a la autonomía en que se funda el consentimiento informado

*(...) incidieron en la afectación de los derechos de las partes. En concreto, la institución permitió que las partes avanzaran en el proceso sin antes haberles informado sus repercusiones y alcances. Además, tampoco les indicó qué hacer en caso de revocatoria del consentimiento ni tampoco fue clara en definir cuál era el tipo de tratamiento prestado*⁴².

³⁸ Ibid.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T – 274 de 2024.

⁴⁰ Endometriosis, miomatosis, un embarazo ectópico.

⁴¹ Este fue el mensaje que le dio la Clínica a Andrés al momento de solicitar la suspensión del procedimiento “*le confirmo que para el proceso de transferencia deben estar de acuerdo los dos, es por ello*

que como requisito indispensable y en señal de autorización de ambos se firma un consentimiento previo a la transferencia. Sin este documento firmado por ambos no es posible proceder con la transferencia”.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T – 274 de 2024.

Por dichas afectaciones, la Sala concluyó que la clínica debía restaurar en lo posible la situación que había afectado a Camila, iniciando el tratamiento de fertilización in vitro, dándole prioridad y celeridad, y asumiendo el 100% de los costos.

Ahora bien, para resolver el conflicto entre los derechos de ambas partes, la Corte aplicó el mismo juicio de ponderación que en el caso anterior: por un lado, ordenar la transferencia afectaría de forma severa, definitiva y permanente la autodeterminación genética de Andrés, porque sería forzado a procrear con su material genético, incluso si se le exime de la filiación; por otro lado, en cambio, no ordenar dicha transferencia afectaba a Camila pero de modo no definitivo, pues ella conservaba la posibilidad de iniciar un nuevo proceso con otro donante. En ese sentido, la sala concluye que el escenario de menor afectación de derechos es no transferir los embriones.

La Corte distingue expresamente este caso del de la T-357 de 2022, estudiada en acápite anterior, pues allí el embrión llevaba material genético de la propia accionante y era su última oportunidad de gestación, lo que justificó ordenar la implantación, sin embargo, en este caso, el material genético de Camila no estaba en juego, pues el embrión fue producto de un óvulo donado y ella tenía otras alternativas reproductivas.

Finalmente, la Corte confirmó las sentencias de instancia y niega el amparo: no se ordenó la transferencia de los embriones, que deberían ser descartados conforme a lo pactado en el consentimiento informado. Instó a la Superintendencia de Salud, la Defensoría y la Procuraduría a acompañar y vigilar ese nuevo procedimiento, y le ordenó a la Clínica a sufragar el 100% del tratamiento que solicite Camila.

En el último caso al que se hará referencia, la circunstancia que impide continuar con la voluntad inicial de las partes es la muerte de la mujer. Es la sentencia T – 163 de 2025⁴³.

Los hechos son los siguientes: Carlos, ciudadano español, convivía en Colombia con Laura, quien en octubre de 2022 suscribió con una clínica un contrato de criopreservación y almacenamiento de óvulos y firmó los

consentimientos informados correspondientes. Los documentos preveían expresamente que, en caso de muerte de la paciente, el contrato terminaría de pleno derecho y los óvulos serían descongelados. Carlos firmó únicamente el consentimiento para el tratamiento de FIV, pero no fue parte de los contratos sobre criopreservación.

El proceso llegó solo hasta la fase de criopreservación de los óvulos, sin que se iniciara ningún procedimiento de FIV. Laura falleció meses después. La madre de Laura solicitó a la clínica la entrega de los óvulos, invocando la voluntad de su hija de continuar el proyecto parental, pero la clínica se negó con fundamento en las cláusulas contractuales, y sugirió acudir a la tutela. Carlos interpuso acción de tutela alegando que la voluntad final de Laura —acreditada mediante capturas de WhatsApp con su hermana y declaraciones extrajudicio de sus familiares— era que el tratamiento continuara, incluso *post mortem*. En ambas instancias se declaró improcedente la tutela por considerar que la vía ordinaria era la adecuada.

En este caso el problema jurídico varía un poco con relación los anteriores. Aquí la Corte debía determinar si la negativa de una clínica a entregar los gametos criopreservados vulnera el derecho a la autodeterminación reproductiva de la pareja supérstite, dada la falta de una modificación clara, expresa e inequívoca al contrato antes de la muerte de la titular del material genético.

En esta oportunidad, la Corte reitera que el derecho a la autodeterminación reproductiva incluye la faceta de autodeterminación genética, es decir, el derecho de toda persona a disponer sobre su material genético.

Al estudiar el material probatorio, la Sala concluyó que: (i) Laura otorgó un consentimiento expreso, claro e informado en el sentido de que sus óvulos se descongelarían con su muerte; (ii) ella sabía que podía modificar su consentimiento y que en ese caso, debía ser por escrito; (iii) aunque hay evidencia de su deseo de ser madre por las capturas de WhatsApp con su hermana y las declaraciones extrajudicio de sus familiares, éstas no permiten concluir de manera inequívoca que su voluntad era que el tratamiento continuara después de su fallecimiento.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T – 163 de 2025.

La Corte adoptó, en este punto, una posición más restrictiva y respetuosa del consentimiento informado, exigiendo que el uso post mortem de material genético debía contar con una formalidad mínima semejante a la manifestación escrita inicial, en consideración a que está en juego la filiación, la gestación subrogada, los derechos sucesorales y otras consecuencias jurídicas derivadas del uso de dichos óvulos. Ante la ausencia de tal manifestación, el contrato y los consentimientos informados —no cuestionados en su validez— constituyen la única expresión válida de la voluntad de la fallecida.

Sobre la afectación al derecho de Carlos, la Corte la reconoce pero la considera de bajo grado, porque: (i) no se probó que le sea imposible adelantar un nuevo proyecto parental; (ii) la autodeterminación reproductiva faculta decidir sobre el material genético propio, no el de un tercero, y no existe legislación que permita trasladar esa facultad a los familiares o la pareja sobreviviente; (iii) y la causa de la afectación no proviene de la conducta de la clínica sino de un hecho natural (la muerte) y de la ausencia de autorización expresa para el uso *post mortem*.

Por lo anterior, la Corte negó el amparo del derecho a la autodeterminación reproductiva del accionante: la clínica no estaba obligada a entregar los óvulos y debe darse cumplimiento a lo pactado originalmente en el contrato y en el consentimiento (descongelamiento).

En conclusión, el derecho a la autodeterminación genética ha tenido un desarrollo importante. Ha sido garantista y eficaz. Le ha dado primacía a la voluntad procreacional de los sujetos intervinientes, siempre que no violenten el orden constitucional, con respeto por su voluntad contractual.

Cuando el consentimiento abarca todas las situaciones posibles y no violenta el texto constitucional se aplicará el principio de la voluntad procreacional plena o restringida, según el caso; cuando aquel es insuficiente le corresponde al juez constitucional resolver la tensión de los derechos confrontados, permitiendo la maternidad cuando es la última oportunidad que tiene la mujer de serlo.

Respecto del ámbito internacional, Colombia ofrece precedentes que permiten conjugar la realidad de los

usuarios, la justicia material, la voluntad procreacional, la autonomía privada y la expresión constitucional del destino del material genético y de los embriones ante la separación de la pareja o la muerte de uno de sus integrantes.

