

T-290-18

Sentencia T-290/18

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-No establece diferencia entre persona nacional o extranjera

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

ACCION DE TUTELA PARA TRASLADO DE EMBRIONES CRIOPRESERVADOS A UN CENTRO DE FERTILIDAD EN TERRITORIO EXTRANJERO-Procedencia

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se realizó traslado de embriones criopreservados del territorio colombiano al extranjero

Referencia: Expediente T-6.585.232

Acción de tutela interpuesta por JE y RB contra la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos - INVIMA y el Instituto Nacional de Salud- INS.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Antes de proceder al estudio del asunto, esta Sala considera necesario tomar, oficiosamente, medidas para proteger la intimidad de los accionantes, de manera que serán elaborados dos textos de esta sentencia, de idéntico tenor. En el texto que será el divulgado y consultado libremente, se dispondrá suprimir el nombre de los tutelantes, así como cualquier dato e información que permita identificarlos[1].

A. LA ACCIÓN DE TUTELA

1. El día 13 de septiembre de 2017 los señores JE y RB, extranjeros de paso transitorio por Colombia, por medio de apoderado judicial[2], interpusieron acción de tutela contra la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (en adelante, el “Ministerio”), el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos (en adelante, “INVIMA”) y el Instituto Nacional de Salud (en adelante, “INS”) por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la familia y a la igualdad de derechos, por cuanto, a la fecha de interposición de dicha acción, el Ministerio había manifestado la improcedencia de retirar “los embriones criopreservados del territorio nacional en virtud de que aun (sic) a la fecha no existe normatividad en nuestro ordenamiento jurídico que se haya ocupado de la regulación de la materia específica” y, los otros demandados, “(...) se abstuvieron de conceptuar e indicaron que la competencia legal para otorgar o denegar la autorización correspondiente es imputable de forma exclusiva al Ministerio”[3]. Por lo anterior, los tutelantes solicitaron que ordenara a las entidades accionadas, proceder de forma inmediata a disponer de los elementos jurídico-administrativos que fueren necesarios para garantizar el envío de los embriones criopreservados a un centro de fertilidad en Estados Unidos.

B. HECHOS RELEVANTES

2. En el año 2014, la señora JE fue diagnosticada con infertilidad secundaria por endometriosis severa asociada a una edad reproductiva avanzada[4], motivo por el cual el médico adscrito al Instituto de Medicina Reproductiva en Colombia (en adelante, el “Instituto”), recomendó la fertilización In Vitro como tratamiento de reproducción

alternativo.

3. El doce (12) de agosto del mismo año los accionantes iniciaron el tratamiento mencionado en virtud del cual se obtuvieron óvulos de JE y material genético del señor RB, “para un total 11 embriones sanos y en condiciones de ser criopreservados”[5].

4. El primero (1º) de noviembre de 2016 el médico adscrito al Instituto dictaminó que la señora JE “[t]uvo embarazo gemelar por transferencia de embriones descongelados en 2015, pero desafortunadamente tuvo un aborto en el primer trimestre”[6].

5. El quince (15) de marzo de 2017, los señores JE y RB cancelaron el ciclo de transferencia de embriones descongelados, dado que el tratamiento efectuado en Colombia no había sido fructífero y optaron por enviar sus embriones (los cuales se encontraban criopreservados en el Instituto) a un centro de fertilidad en Estados Unidos de América, para “la exploración de tratamientos de fertilidad en este país y en última instancia proceder a la transferencia embrionaria en útero subrogado (...)”[7].

6. El médico especialista y tratante de los señores JE y RB en el Instituto certificó lo siguiente: “(...) debido a un caso de infertilidad relacionado con una endometriosis severa que comprometió de manera importante el aparato reproductivo de la Sra. [JE], requirieron tratamiento con fertilización in vitro en el año 2014. Durante este tratamiento se obtuvieron múltiples embriones (...) Desafortunadamente no se logró el embarazo con la transferencia del embrión al fresco. Luego se realizó una nueva transferencia con la descongelación del embrión, y se logró el embarazo, que desafortunadamente terminó con un aborto espontáneo, probablemente debido a las condiciones del útero en la Sra. [JE]”[8].

7. El 15 de mayo de 2017, el Instituto radicó una solicitud formal en el Ministerio a efectos de obtener autorización y protocolo de salida de los embriones de Colombia al mencionado país[9].

8. El trece (13) de junio de 2017, mediante oficio No. 201724001141901 el Ministerio expresó que “(...) hasta que no haya normatividad específica al respecto no se puede proceder con la autorización solicitada. Es de anotar que actualmente este Ministerio se encuentra en proceso de reglamentación de este tema y lo relacionado con las acciones de inspección, vigilancia y control, en cual será notificado oportunamente para su

aplicación”[10].

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos - INVIMA

9. La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIMA, a través de escrito dirigido al Tribunal Superior de Medellín argumentó falta de legitimación en la causa por pasiva. Indicó que los hechos acaecidos en el presente caso no eran de su competencia, señalando que su actividad se circunscribe principalmente a otorgar el correspondiente registro sanitario y a realizar actividades de inspección, vigilancia y control de los productos bajo su atención. Así, recalcó que no interviene en asuntos regulatorios como sí corresponde al Ministerio quien debe reglamentar la entrada o salida de embriones humanos.

10. Para soportar la anterior conclusión, el INVIMA aportó, junto con su escrito, copia del oficio No. 201624001117381 del veintiuno (21) de junio de 2016, remitido por la Dirección de Medicamentos y Tecnologías de la Salud del Ministerio y al INS para efectos de orientar la respuesta a cuatro solicitudes de entrada o salida de embriones humanos del territorio nacional. En esa ocasión, dicha cartera concluyó que “no es procedente autorizar el ingreso o salida de preembriones o embriones humanos o la salida de óvulos del territorio nacional para la realización de procedimientos de reproducción asistida”[11]. Según dicho oficio, solicitó concepto técnico a la Asociación de Centros Colombianos de Reproducción Humana (ACCERH) y a la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología (FECOSOG). El primero recomendó no autorizar la entrada o salida de preembriones o embriones humanos del territorio nacional, por considerar la existencia de inquietudes desde el punto de vista jurídico y ético, que deben ser absueltas “con reglamentaciones que den absoluta transparencia y funcionalidad a estos u otros casos”. La segunda opinó que el INVIMA es quien debe definir requerimientos técnicos y legales que se requieran para el transporte.

11. Según consta en el expediente, los demás accionados no se pronunciaron ni emitieron respuesta alguna.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Decisión de primera instancia: Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala

Civil, el veintidós (22) de septiembre de 2017

12. La Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, previa vinculación de oficio al Instituto, declaró la improcedencia de la acción formulada por JE y RB, argumentando que los accionantes “cuentan con un medio judicial de defensa idóneo y adecuado para la protección de los derechos fundamentales transgredidos. En efecto, los demandantes cuentan con el mecanismo de control de “nulidad y restablecimiento del derecho”, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo mediante el cual pueden lograr dejar sin efectos la decisión que negó la autorización de salida de los embriones criopreservados para en su lugar obtener la correspondiente autorización que garantice su traslado”[12]. Asimismo, indica no advertir la configuración de un perjuicio irremediable que habilite la intervención excepcional del juez de tutela pues “(...) no hay razones para concluir que el traslado de los embriones es necesario, urgente e impostergable. Los demandantes no afirman razones para considerar tal cuestión”[13].

13. Dicha decisión estuvo acompañada por un salvamento de voto en virtud del cual un magistrado del Tribunal Superior de Medellín expresó que “la falta de desarrollo legislativo o normativo de un asunto, no puede ser obstáculo para el ejercicio de los derechos fundamentales, entre los que están el libre desarrollo de la personalidad, visto en armonía con el principio de buena fe”[14].

Impugnación

14. Los señores JE y RB por intermedio de apoderado judicial, impugnaron la referida decisión resaltando que el a quo adoptó “como un hecho probado que tal manifestación del Ministerio corresponde a un Acto Administrativo sujeto a discusión judicial por medio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”[15]. Al respecto, indicaron que la respuesta del Ministerio no es un acto administrativo pues constituye una mera información, a título de concepto, que no ostenta un carácter vinculante. Argumentaron que ante la ausencia de norma expresa que regule el tema, dicha entidad no pudo haber expedido un acto administrativo restrictivo pues no existe disposición alguna que establezca las precisas condiciones para la procedencia o improcedencia de esta clase de solicitudes. Asimismo, indicaron que el hecho de que la materia no esté regulada, no constituye una causal para

concluir de forma inmediata que el traslado de embriones se encuentre proscrito.

15. Por otro lado, resaltaron que, a partir de la edad reproductiva avanzada de la señora JE y los resultados infructuosos del tratamiento de fertilidad que emprendieron en Colombia, se podía inferir la existencia de un perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable que no da espera a la regulación del asunto[16]. De esta manera, para superar dicha dificultad y permitir el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, al tiempo que la constitución de una familia, sugirieron aplicar por analogía los procedimientos que actualmente regulan el transporte de material anatómico al caso concreto, certificando, además, que la salida de los embriones no corresponde a tráfico de órganos, ni a una transacción de naturaleza comercial[17].

Decisión de segunda instancia: Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, el seis (6) de diciembre de 2017

17. La Corte Suprema de Justicia decidió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar dispuso tutelar a favor de JE y RB los derechos fundamentales a la familia, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, salud, intimidad, dignidad humana, vida privada y familiar, integridad personal en relación con la autonomía personal, salud sexual y reproductiva. En consecuencia, ordenó al Ministerio volverse a pronunciar acerca de la solicitud relativa al traslado a territorio norteamericano de los embriones criopreservados de los tutelantes.

18. La anterior decisión tuvo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

(a) Que se consideró la necesidad de intervención del juez de tutela por un lado, por cuanto el proceso de fertilidad iniciado en Colombia, previamente contratado entre el Instituto y los accionantes, no había resultado exitoso y que el paso del tiempo afectaba la intención de conformar una familia; y, por otro lado, la postura asumida particularmente por el Ministerio, en la respuesta del trece (13) de junio de 2017, a la solicitud de autorización remitida por el Instituto, resguardándose en “(...) la mera aserción de que no existe regulación legal”[18].

(b) Que aunque “[e]n Colombia no hay delimitación legal sobre el derecho de disponer de los preembriones congelados sobrantes, su posible condición y naturaleza, para efectos

de futuras fertilizaciones, (...) [n]o puede perderse de vista que, en aras de regular el asunto, si bien no con rotunda especificidad, obra normativa patria e internacional que ayuda a dar luces para busca soluciones que puedan surgir (...)”[19].

(c) Que el artículo 42 de la Constitución Política está encaminado a resguardar la voluntad de crear una familia y la libertad de decidir el número de hijos a procrear y el momento oportuno para ello[20]. Indicó además que las convenciones sobre derechos humanos ratificadas por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad y obligan a garantizar, entre otros, la autonomía reproductiva lo que converge con el libre desarrollo de la personalidad e implican para los jueces el deber de llevar a cabo un control de convencionalidad. En este sentido, citó el artículo 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el deber de respetar la interpretación que de la misma realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de citar el caso “Artavia Murillo vs Costa Rica” para efectos de entender el alcance de las “prerrogativas que deben concurrir en la protección de los “derechos sexuales y reproductivos”[21].

(d) Que a partir de lo dispuesto en el Decreto 1546 de 1998 se desprende, a grandes rasgos, por un lado, la crio preservación de embriones y por otro, el acuerdo vía contractual de las condiciones que regirán dicho procedimiento y sus eventuales contingencias.

(e) Sostuvo que “(...) la decisión frente a la suerte de los preembriones sobrantes debe descansar, en principio, en la pareja, por ser ellos los aportantes (...), quienes acudieron a un centro de reproducción asistida vinculado al presente trámite constitucional en aras de ser padres a través del procedimiento de fecundación artificial, para lo cual aportaron sus gametos o células sexuales sin necesidad de acudir a un donante, siendo ellos, en principio, como beneficiarios del tratamiento voluntario tomado, los únicos responsables de las decisiones que adopten (...)”[22].

(f) Concluyó que “(...) es de gran importancia proteger los derechos sexuales y reproductivos de los actores, que de ninguna manera pueden ser vulnerados por el Estado colombiano que, al suscribir una serie de tratados y pactos internacionales, se comprometió a velar por el cumplimiento efectivo de tales garantías, en el entendido que las personas que acuden a los tratamientos de reproducción asistida lo hacen con la facultad de tomar decisiones libres y tendientes a la consecución de ciertos logros, que en definitiva

propenden por el establecimiento de una familia”[23].

E. ACTUACIONES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

19. Mediante Auto de fecha diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018), el Magistrado sustanciador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, decretó pruebas en sede de revisión, con el fin de allegar a dicha sede elementos de juicio relevantes para resolver el caso concreto. En consecuencia, en dicho Auto se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Ministerio de Salud y Protección Social –Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud– para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto (...) certifique o informe a este despacho:

(a) El estado de la reglamentación anunciada mediante comunicado con radicado No. 201724001141901 del 13 de junio de 2017 suscrita por el Director de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, indicando las acciones que se han adelantado, o los inconvenientes o dificultades que se han presentado.

(b) Indicar las razones por las cuales no ha generado protocolos o condiciones que establezcan condiciones especiales para la materialización del transporte previsto en el Decreto 1546 de 1998.

(c) Si han existido pronunciamientos por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, con posterioridad al comunicado con radicado No. 201724001141901 del 13 de junio de 2017, dirigidos al [Instituto, el apoderado judicial y/o los señores JE y RB], relacionados con la salida de embriones humanos del territorio nacional.

(...)

SEGUNDO -. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) para que, en el término de (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto (...), certifique o informe a este despacho:

(b) Si ha recibido solicitudes de concepto por parte de las unidades de biomedicina reproductiva o particulares relacionadas con el transporte de embriones y en qué sentido se ha pronunciado.

(c) Si ha recibido solicitudes a efectos de otorgar 'visto bueno' a la salida o entrada de embriones criopreservados o similares, del territorio nacional. En caso afirmativo, indicar el procedimiento que se ha empleado. Si la regulación en materia de componentes anatómicos puede ser extensiva o aplicable a la materia de embriones criopreservados. En cualquier caso (negativo o afirmativo), explicar las razones específicas de la respuesta.

TERCERO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Instituto Nacional de Salud para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto (...), certifique o informe a este despacho:

(a) Las razones por las cuales no se pronunció en el trámite tutelar iniciado por [JE y RB], en el cual figura como accionado.

(b) Si en su carácter de autoridad científico técnica y en el marco de sus funciones, ha realizado investigaciones o estudios que apunten a identificar posibles riesgos en el transporte de embriones humanos con fines de reproducción asistida.

(c) Si en el marco de sus funciones ha participado en la formulación de normas científico-técnicas y procedimientos técnicos en salud pública, relacionados con el transporte de embriones humanos con fines de reproducción asistida.

(d) Si ha recibido en su entidad solicitudes de autorización para la entrada o salida de embriones humanos del territorio nacional y cómo las ha resuelto.

(e) Las dificultades que presenta o conlleva la autorización de salida de embriones criopreservados del territorio nacional.

(...)

CUARTO. - Por Secretaría General de esta Corte, SOLICÍTESE al [Instituto] para que, en el término cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto (...),

informe a este despacho:

(a) Los términos mediante los cuales los accionantes y el [Instituto] acordaron la criopreservación de embriones en el año 2014.

(b) Información recibida por parte de autoridades administrativas que hubiese aportado su solicitud a la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social consistente en la emisión de la autorización de salida de 8 embriones criopreservados.

(c) Los pronunciamientos y/o actuaciones del [centro de fertilidad en Estados Unidos de América] en el caso de los señores [JE y RB].

(d) Si es posible o no la iniciación de un nuevo proceso de obtención de embriones en Estados Unidos, de acuerdo con las condiciones médicas de la pareja.

(e) En términos médicos y de salud reproductiva, qué riesgos representa para la pareja no trasladar los embriones criopreservados a Estados Unidos.

(f) Qué representa para [Instituto] la no autorización de traslado de los embriones criopreservados de la pareja.

(g) Qué riesgos representa el transporte de los embriones criopreservados a Estados Unidos.

(h) Si los embriones criopreservados pueden entenderse científicamente como tejidos.

(...)

QUINTO. – Por Secretaría General de esta Corte, SOLICÍTESE a los accionantes para que, en el término cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto (...), informe a este despacho:

(a) Los términos mediante los cuales los accionantes y el [Instituto] acordaron la criopreservación de embriones en el año 2014.

(b) Los pronunciamientos y/o actuaciones del [centro de fertilidad en Estados Unidos de América] en relación con el caso de los señores [JE y RB].

(c) Si es posible o no la iniciación de un nuevo proceso de obtención de embriones en Estados Unidos, de acuerdo con las condiciones médicas de la pareja, certificadas por el médico tratante.

(d) Estado actual de salud física y psicológica de la Señora [JE]

(e) Implicaciones para la salud de la Señora [JE] frente al inicio de un nuevo proceso de obtención de embriones en otro país, certificadas por el médico tratante.

(f) Las razones puntuales de la solicitud de salida de los embriones y si se han realizado acercamientos con otros centros o institutos de fertilidad en Colombia.

(g) El lugar donde actualmente se encuentran los embriones crio preservados de los señores [JE y RB].

(...)

SEXTO-. Por Secretaría General de esta Corte, SOLICÍTESE al Centro de Estudios de Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y a la Asociación de Centros Colombianos de Reproducción Humana, para que, en el término cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto (...) respectivamente, informen a este despacho:

(a) Si para el caso concreto y frente a un posible vacío regulatorio, es viable aplicar las reglas existentes en materia del Componentes Anatómicos.

(c) Si los embriones criopreservados pueden entenderse científicamente como tejidos.

(d) Los diferentes riesgos (jurídicos, éticos, psicológicos, entre otros) que podría representar el traslado (o no traslado) a otro país de embriones criopreservados.

(e) La forma cómo funciona la salida o transporte de embriones criopreservados en otros países, tanto dentro como fuera del territorio nacional.

(f) El tipo de categoría jurídica que ostentan los embriones crio preservados.

(...)”

20. La Secretaria General de la Corte Constitucional, informó y remitió al Magistrado sustanciador las comunicaciones recibidas, en respuesta a las pruebas solicitadas mediante oficios OPTB-970 al OPTB-977/18, así:

Oficio 201811300456371, suscrito por Kimberly del Pilar Zambrano Granados, Subdirectora de Asuntos Normativos (e) de las funciones de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, recibido el veinte (20) del abril de 2018

21. El Ministerio señaló que “[u]na vez revisada la normatividad vigente para los procedimientos de reproducción asistida, es decir, el Decreto 1546 de 1998, y la Resolución 3199 de 1998, se encuentra que no se contempla la expedición de autorizaciones para la entrada o salida de embriones humanos” e indicó que al tratarse de una actividad no regulada “puede por sus características generar graves riesgos para la salud de la población colombiana”[24] por lo que reiteró que, de acuerdo con lo recomendado por la Dirección Jurídica del Ministerio, se proyectará la construcción de una reglamentación específica en punto a la entrada o salida de embriones humanos con fines de reproducción asistida del territorio nacional.

22. No obstante, mediante radicado 201724002398991 del veintisiete (27) de diciembre de 2017, reconociendo que no existe regulación expresa sobre la emisión de autorizaciones para la entrada y salida de embriones humanos del territorio nacional, dispuso que “(...) en adelante y hasta tanto no se regule expresamente la materia, no se requerirá solicitar autorización alguna a este Ministerio”[25] y, concluyó que “(...) no existe impedimento para la salida del territorio nacional de 2 pajuelas que contiene 8 embriones criopreservados con fines de tratamiento reproductivo y sin ánimo de lucro”[26] (negrillas y subrayado fuera del texto original). Adicionalmente, recomendó tener en cuenta los siguientes aspectos: (i) la existencia de consentimiento informado, donde se expliquen los riesgos previsibles de la decisión; (ii) la normatividad internacional y nacional para el transporte de embriones criopreservados; (iii) datos de la institución, ciudad y país de destino; y (iv) la no existencia de violación al artículo 134 de la Ley 599 de 2000.

Oficio de abril de 2018, suscrito por Melissa Triana Luna, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIMA, recibido el diecinueve (19) de abril de 2018

23. El INVIMA indicó que a través del Grupo de Licencias de Importación y Exportación de la Dirección de Operaciones Sanitarias y la Dirección de Dispositivos médicos y otras tecnologías, “(...) no ha recibido solicitudes de concepto respecto al transporte de embriones”, por lo que aclaró que, justamente, la Dirección Jurídica del Ministerio, a través de concepto No. 201611600113703 del diecisiete (17) de mayo de 2016 precisó: “(...) la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud, en el marco de las competencias previstas en el Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el Decreto 2562 de 2012 deberá analizar la pertinencia de que un (sic) objeto de consulta cuente con una regulación especial (...)” (negritas y subrayado fuera del texto original).

24. En esta línea, informó que el Ministerio, el veintisiete (27) de diciembre de 2017 manifestó que en relación con el traslado de embriones fuera del país, no se requerirá la solicitud de autorizaciones ante dicha autoridad. Finalmente, respecto de la reglamentación y definición existente de los ‘componentes anatómicos’, puntualizó que la primera excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las Unidades de Biomedicina Reproductiva que están regidas por el Decreto 1546 de 1998.

Oficio 2-1200-2018-002062 suscrito por Luis Ernesto Florez Simanca, Jefe de la Oficina Jurídica del INS, recibido el veinte (20) de abril de 2018

25. El INS indicó que no tiene funciones ni competencias para emitir lineamientos en materia de transporte de embriones humanos con fines de reproducción asistida pues, se reitera, esa actividad recae en el Ministerio. Sin embargo, reconoció que “(...) toda célula viva bajo una técnica de criopreservación no representa ningún riesgo de tipo biológico”[27] e indicó la existencia de un documento técnico[28] con recomendaciones científicas, éticas y normativas en la materia, remitido al Ministerio como cabeza del sector.

Escrito suscrito por apoderado del Instituto, recibido el veinte (20) de abril de 2018

26. El Instituto, a través de apoderado[29], informó que entre este y los tutelantes se había suscrito un contrato de prestación de servicios para la obtención, criopreservación y almacenamiento de los embriones obtenidos (en adelante, el “Acuerdo de

Criopreservación”). En el marco de dicho Acuerdo, en particular el parágrafo cuarto de la cláusula sexta, se contempló la figura de restitución de muestras a JE y RB, que se materializaría con la suscripción del documento anexo al Acuerdo de Criopreservación denominado ‘restitución de muestra’. Sobre esta base, mediante la suscripción de dicho anexo, los accionantes manifestaron su voluntad irrevocable de solicitar al Instituto la restitución total de las muestras obtenidas.

27. Indicó que el cuatro (4) de junio de 2017 el centro de fertilidad en Estados Unidos de América, solicitó a los accionantes adjuntar la autorización de salida de los embriones expedida por autoridad competente en Colombia[30]. Asimismo, solicitó -como requisito para el traslado de los embriones- demostrar que el Instituto estuviera plenamente acreditado por las autoridades colombianas en relación con aspectos de calidad y seguridad.

28. En este orden, el referido Instituto puntualizó lo siguiente: “(...) sus embriones [refiriéndose a los señores JE y RB] se encuentran ya en Estados Unidos en un centro especializado de Reproducción Humana que realizará su descongelación y transferencia a una madre subrogada para que finalmente esta pareja pueda cumplir su objetivo tan deseado de tener un bebé”[31].

29. Finalmente, el Instituto observó, por un lado, (i) que los resultados desafortunados en Colombia “(...) ha[n] generado grandes consecuencias desde el punto de vista psicológico y emocional de la pareja, por ver frustradas sus ilusiones de tener un bebé que tanto desean”; y por otro, (ii) que “(...) en el momento la posibilidad de obtener nuevos embriones en Estados Unidos y por ende un embarazo para la pareja en mención, no es una opción. Esto debido a que la Señora JE tiene ya 43 años edad en la cual la posibilidad de obtener embriones de calidad suficiente que permitan lograr un embarazo a término es supremamente baja (1 a 2%). Esto debido a que la calidad de los óvulos en la mujer disminuye de manera muy acelerada después de los 38 y 40 años. Por tal motivo poder utilizar los embriones criopreservados que fueron formados a partir de sus óvulos hace 4 años, es definitivamente la mejor opción (por no decir la única) para que esta pareja pueda lograr un bebé sano”[32].

Escrito suscrito por el apoderado de los accionantes, recibido el veinte (20) de abril de 2018

30. Los tutelantes por intermedio de su apoderado, manifestaron que en el Acuerdo de Criopreservación suscrito con el Instituto, fijaron un precio y un término de almacenamiento estimado y prorrogable previo consentimiento entre este y aquellos, “hasta tanto se requiera su restitución o desecho biológico”. En efecto, según los accionantes, el primer evento ya se configuró ante el envío de los mismos al centro de fertilidad en Estados Unidos de América que se motivó en la edad reproductiva de la señora JE, la imposibilidad médica de obtener más embriones en condiciones saludables para procrear, la falta de fundamento legal en cuanto a la figura de maternidad sustituta o subrogada en Colombia, la oportunidad de acercamiento y posibilidad que brindó el centro de fertilidad en Estados Unidos y el derecho a formar una familia.

Oficio suscrito por Sarha Betancourth Zambrano, profesional universitario adscrita a la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, recibido el diecisiete (17) de abril de 2018

31. La apoderada de la Procuraduría General de la Nación[33], se limita a solicitar se desestimen las pretensiones invocadas por los accionantes en las cuales pueda resultar afectada dicha entidad argumentando que: (i) los mismos no se han dirigido a esta y por ende, no ha vulnerado derecho fundamental alguno; y (ii) la falta de legitimación por pasiva, pues indica que no tienen competencia para garantizar lo pretendido por los accionantes.

32. Los demás sujetos respecto de los cuales se solicitó información no remitieron información a esta Corte.

33. En cumplimiento del Auto de fecha diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018), la Secretaria de esta Corte puso a disposición de las partes o de los terceros con interés las pruebas allegadas en el trámite de tutela de la referencia, para pronunciarse sobre las mismas. En el marco de dicha actuación se acercaron a dicha dependencia el INVIMA y el INS.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

34. Esta Corte es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil dieciocho (2018), expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Dos de este Tribunal, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el presente caso.

B. CUESTIONES PREVIAS –PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

35. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia[34] y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En este evento, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[35].

36. Antes de realizar el estudio de fondo de la acción de tutela seleccionada, la Sala procederá primero a verificar si esta cumple los requisitos de procedibilidad.

Procedencia de la acción de tutela –Caso concreto

37. Legitimación por activa: Los señores JE y RB, extranjeros de paso transitorio por Colombia, quienes actúan por intermedio de abogado, se encuentran legitimados por activa de conformidad con lo dispuesto en el artículo art. 86º de la Constitución Política, el Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º que legitiman a toda persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad o ciudadanía[36] para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados directamente o por intermedio de

apoderado judicial, como en este caso se evidencia.

38. Legitimación por pasiva: La Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y el Instituto Nacional de Salud, son entidades de naturaleza pública, por lo tanto, son susceptibles de ser demandados mediante acción de tutela (C.P. 86°, Decreto 2591 de 1991 art. 1°, 5 y art. 13°).

39. Inmediatez: Este requisito de procedibilidad impone la carga al accionante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales[37]. En el caso concreto, los hechos que los accionantes consideran vulneran sus derechos fundamentales ocurrieron el trece (13) de junio de 2017, fecha en la cual el Ministerio se pronunció sobre la solicitud de autorización y protocolo de salida de los embriones de Colombia a Estados Unidos, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el trece (13) de septiembre del mismo año; por lo que la Sala estima que dicho lapso es prudente y razonable para efectos de reclamar la protección de los derechos alegados. Por lo anterior, concluye que en el caso revisado se verificó el requisito de inmediatez.

40. Subsidiariedad: El requisito de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución Política, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

41. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que, en este contexto, un proceso judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de tales derechos, y es efectivo cuando está diseñado para protegerlos de manera oportuna[38].

42. La idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial no pueden darse por sentadas, ni ser descartadas de manera general, sin consideración a las circunstancias particulares del asunto sometido a conocimiento del juez[39]. En otros términos, no es

posible afirmar que determinados recursos son siempre idóneos y efectivos para lograr determinadas pretensiones sin atender a las circunstancias del caso concreto.

43. Entre las circunstancias que el juez debe analizar para determinar la idoneidad y efectividad de los recursos judiciales se encuentra la condición de la persona que acude a la tutela. En efecto, según la jurisprudencia, la condición de sujeto de especial protección constitucional y la de debilidad manifiesta del accionante es relevante para analizar si los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y efectivos.

44. El requisito de subsidiariedad exige determinar si en el ordenamiento jurídico existe un mecanismo de defensa judicial que sea idóneo y efectivo para lograr las finalidades de la tutela, esto es, el restablecimiento y protección de los derechos fundamentales potencialmente vulnerados. Al respecto, la Sala constata que en el presente caso los señores JE y RB no contaban con los mecanismos judiciales para agenciar la protección de dichos.

45. En efecto, en relación con la respuesta del Ministerio del día trece (13) de junio de 2017 a la solicitud del Instituto del quince (15) de mayo de la misma anualidad, la Sala no la identifica como un acto administrativo demandable a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sobre el particular, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha comprendido que, en efecto, no todos los actos que produce la administración son actos administrativos propiamente dichos, así[40]:

“La Sala ha señalado que las acciones impugnatorias, es decir, aquellas acciones mediante las que se ventilan pretensiones dirigidas a atacar la validez de un acto administrativo particular, parten de un presupuesto fundamental que consiste en que no todos los actos de la administración son actos administrativos propiamente dichos y, por tanto, susceptibles de cuestionamiento por la vía jurisdiccional” (Resaltado fuera del texto). (...) En efecto, la Sala ha precisado que no todo lo que la administración dice o hace se traduce en un acto administrativo demandable, de ahí que se hable de los actos de la administración para diferenciarlos de los actos administrativos propiamente dichos, que sí son pasibles de control judicial” (negrillas y subrayado fuera del texto original).

46. En este sentido, la doctrina especializada en la materia ha definido los “simples actos de

la administración”, así:

“(…) los denominados simples actos de la administración, que son aquellos consistentes en declaraciones unilaterales internas e incluso externas, dadas en ejercicio de la función administrativa, que no tienen la virtud de producir efectos jurídicos, toda vez que no tienen carácter obligatorio. Su función es meramente informativa indicativa u orientadora (...) No están relacionados con ninguna decisión general o específica, por lo tanto no están encaminados a facilitar ni a servir de medio para la expedición de un acto administrativo determinado” (Berrocal, 2016).

47. Así pues, descendiendo al contenido de la respuesta emitida por el Ministerio, se desprende que dicha cartera buscaba informar a los accionantes acerca del estado de la reglamentación general del asunto, limitándose a enunciar que actualmente se encuentra desarrollando dicha labor que, por demás, no emerge de un procedimiento administrativo previo para modificar o extinguir definitivamente situación jurídica alguna. En esta línea, no se considera que a partir de este pronunciamiento pueda entenderse que el mismo corresponda a un acto administrativo susceptible de impugnación en sede administrativa o jurisdiccional pues el mismo correspondió a un oficio de naturaleza informativa o simple acto de la administración, suscitado a partir de solicitud del Instituto.

48. Ahora bien, desde una perspectiva meramente contractual, partiendo de la de la suscripción y ejecución del Acuerdo de Criopreservación, encuentra la Sala que los accionantes tampoco disponían de un medio de defensa judicial eficaz e idóneo pues, el traslado de los embriones fuera del territorio nacional, no era una decisión que dependiera o fuera dispositiva de las partes de manera que se evidenciara un posible incumplimiento contractual imputable a alguna de ellas. En efecto, la eficacia del mecanismo judicial consiste en que el mismo esté “diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”[41]. Es decir, que una vez resuelto por la autoridad judicial o administrativa competente, tenga la virtualidad de garantizar al solicitante el derecho.

49. Así pues, los tutelantes no disponían efectivamente de otro medio de defensa judicial (v.gr. ordinario o contencioso) en Colombia a efectos de conjurar y/o resolver la situación fáctica que los condujo a acudir a la acción de tutela. En otras palabras, identifica la Sala que, en el presente caso, se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad y, en

consecuencia, la procedencia del amparo como mecanismo definitivo, al considerar que los señores JE y RB no contaban con un mecanismo de defensa que les permitiera resolver efectivamente la situación que potencialmente amenaza o lesiona sus derechos.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

50. Con base en los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta sentencia, le corresponde a esta Sala determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos a la familia, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, salud, intimidad, dignidad humana, vida privada y familiar e integridad personal de los accionantes, al no disponer de las medidas necesarias para garantizar el envío de los embriones criopreservados a un centro de fertilidad en territorio extranjero.

51. Teniendo en cuenta que se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto y antes de proceder con un análisis de fondo del asunto planteado, la Sala procederá a verificar si se configura, en el caso bajo estudio, la existencia de una carencia actual de objeto por hecho superado como consecuencia de las pruebas aportadas al expediente. En particular, por cuanto la pretensión contenida en el escrito de tutela (ver supra, numeral 1) se basa en ordenar a las entidades accionadas disponer de los elementos jurídico-administrativos necesarios para garantizar el transporte de los embriones a territorio extranjero.

D. CARENIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO

52. De acuerdo con los antecedentes expuestos en la Sección I de esta sentencia, la Sala recibió sendos oficios en los cuales se informa, en particular, por los accionantes, que los embriones ya se encuentran en un centro de fertilidad en Estados Unidos, esto es, la restitución a los señores JE y RB de la totalidad de las muestras, contemplada en el Acuerdo de Criopreservación. Adicionalmente, obra en el expediente la manifestación por parte del Ministerio accionado frente a la ausencia de impedimento para proceder con la salida del territorio nacional de los embriones con fines de tratamiento reproductivo y sin ánimo de lucro, así como la expresión “(...) en adelante y hasta tanto no se regule expresamente la materia, no se requerirá solicitar autorización alguna a este Ministerio” (negrilla y subrayado fuera del texto original) (ver supra, numerales 21 y 22).

53. En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el objeto de la acción de tutela consiste en garantizar la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, ha reconocido también que, en el transcurso del trámite tutelar, se pueden generar circunstancias que permiten inferir que la vulneración o amenaza alegada, ha cesado. Lo anterior implica que se extinga el objeto jurídico sobre el cual giraba la acción constitucional y, del mismo modo, que cualquier decisión que se pueda dar al respecto, resulte inocua. Este fenómeno ha sido catalogado como carencia actual de objeto y, se puede presentar - de acuerdo con la jurisprudencia- como hecho superado, daño consumado o el acaecimiento de alguna otra circunstancia que conduzca a que la vulneración alegada ya no tenga lugar, siempre que esta no tenga origen en la actuación de la entidad accionada.

54. Con relación a la categoría de carencia actual de objeto por hecho superado, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 lo reglamenta en los siguientes términos:

“Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en numerosas providencias, ha interpretado la disposición precitada en el sentido de que la carencia actual de objeto por hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental invocado[42].

55. Esto significa que la acción de tutela pretende evitar la vulneración de derechos fundamentales y su eficacia está atada a la posibilidad de que el juez constitucional profiera órdenes que conduzcan a evitar la vulneración inminente o irreparable de aquellos derechos[43]. Por lo tanto, al desaparecer el hecho que presuntamente amenaza o vulnera los derechos de una persona o, en otras palabras, cuando la situación fáctica ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial del accionante ha sido satisfecha, carece de sentido que el juez profiera órdenes que no conducen a la protección iusfundamental. Así, cuando el hecho vulnerador desaparece se extingue el objeto actual del pronunciamiento, haciendo inocuo un fallo de fondo.

56. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que: “(...) cuando se presenta un hecho superado, la función de las Salas de Revisión debe ir más allá de declarar la improcedencia de la acción de tutela, por lo que les es imperativo ‘que la providencia judicial

incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”[44]”[45] (negrillas y subrayado fuera del texto original).

57. Conforme con lo anterior, es indispensable y, en consecuencia, se impone a las Salas de Revisión verificar que, en el asunto puesto bajo su conocimiento, se satisfizo de manera íntegra lo pretendido por los accionantes mediante la acción de tutela, pues de lo contrario no se encuentra autorizada para prescindir de emitir las correspondientes órdenes.

58. En tal sentido esta Corte ha señalado los criterios que deben verificarse, a fin de examinar y establecer la presencia de un hecho superado desde el punto de vista fáctico. Estos criterios son los siguientes[46]:

“1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.

2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.

3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado”.

59. En este punto, es relevante resaltar que aunque el juez de tutela no se encuentra compelido a pronunciarse de fondo sobre el caso, la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado no lo despoja de dicha competencia “(...) si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera”[47]. En ese mismo sentido, ha señalado

este Tribunal que: “(...) En la actualidad se acepta que en aquellos casos en los que se observe carencia de objeto de la acción de tutela y sea evidente que la tutela debía haber sido decidida en un sentido diferente, debe definir si confirma o revoca, con la anotación de que no se pronunciará de fondo y no impartirá órdenes para indicar un remedio judicial sobre el problema jurídico”[48].

60. Sobre esta base, se desprende que el desarrollo de un análisis de fondo respecto de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales no es obligatorio o perentorio para la Corte en los casos de existencia de hecho superado[49], salvo que sea evidente que la providencia objeto de revisión haya debido ser decidida de manera diferente[50].

E. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

61. Según se estableció en la Sección IA de esta sentencia, la acción de tutela puesta bajo conocimiento de la Sala tenía como propósito revisar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes y, en caso de comprobarse dicha vulneración, los tutelantes solicitaron que se ordene a las entidades accionadas disponer las medidas necesarias para garantizar el transporte de los embriones a un centro de fertilidad en Estados Unidos. De este modo, de lograrse determinar que los embriones se encuentran actualmente en territorio extranjero, se configuraría la figura de carencia actual de objeto por hecho superado toda vez que lo pretendido a través de la acción de tutela, esto es, el transporte de dichos embriones a Estados Unidos, se vería satisfecho en la medida que se podría entender como superada cualquier vulneración a los derechos fundamentales alegados por los señores JE y RB.

62. En este orden, de acuerdo con los criterios indicados en el fundamento jurídico 58 de esta providencia, señala la Sala que de manera previa a la interposición de la acción de tutela los señores JE y RB se encontraron con la siguiente situación expuesta por el Ministerio de Salud “(...) hasta que no haya normatividad específica al respecto no se puede proceder con la autorización solicitada. Es de anotar que actualmente este Ministerio se encuentra en proceso de reglamentación de este tema y lo relacionado con las acciones de inspección, vigilancia y control, en cual será notificado oportunamente para su aplicación” (ver supra, numeral 8), lo cual impedía la salida de sus embriones de territorio colombiano y generaba una potencial afectación a los derechos fundamentales de los accionantes.

63. Como se pudo observar en el numeral 22 de la presente sentencia, al dar respuesta a la solicitud realizada por la Sala, el Ministerio informó y certificó que “(...) no existe impedimento para la salida del territorio nacional de 2 pajuelas que contiene 8 embriones criopreservados con fines de tratamiento reproductivo y sin ánimo de lucro”[51] (negritas y subrayado fuera del texto original), que “(...) en adelante y hasta tanto no se regule expresamente la materia, no se requerirá solicitar autorización alguna a este Ministerio”[52] (negritas y subrayado fuera del texto original) y estableció, además, una serie de parámetros a tener cuenta para efectos del traslado de los embriones. Asimismo, los accionantes informaron a esta Sala que los embriones se encuentran actualmente en el centro de fertilidad de Estados Unidos de América, y que por ende, los mismos ya fueron transportados a territorio extranjero (ver supra, numeral 30).

64. De esta forma y con base en las pruebas presentadas ante esta Sala, se constató el pronunciamiento del Ministerio en punto a no encontrar impedimento alguno para la salida del territorio nacional de los embriones con fines meramente reproductivos por lo que el traslado de los mismos fue efectivamente confirmado por los accionantes superándose, de este modo, la situación fáctica que dio origen a la acción de tutela. Esto, en consecuencia, lleva a la Sala a considerar que los señores JE y RB no se encuentran actualmente amenazados y que una decisión de fondo resultaría inocua, pues la pretensión principal y única de la acción de tutela aquí estudiada fue satisfecha. Por lo cual, en la parte resolutive de esta providencia, esta Sala procederá a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

F. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

65. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, le correspondió a la Sala Cuarta de Revisión determinar si las autoridades demandadas, en particular el Ministerio de Salud, habían vulnerado los derechos de los accionantes al no disponer de las medidas necesarias para garantizar el traslado de sus embriones criopreservados de territorio colombiano al extranjero. Se pretendía por parte de los tutelantes que se procediera a ordenar a dichas entidades, proceder de forma inmediata a disponer de los elementos jurídico-administrativos que fueren necesarios para garantizar el envío de sus embriones criopreservados a un centro de fertilidad en Estados Unidos.

66. Como consecuencia del acervo probatorio recaudado en sede de revisión, la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional a la que hace referencia la Sección II.D, logró comprobar la configuración del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado considerando que lo pretendido en la acción de tutela fue satisfecho mediante actuación posterior a la interposición de la misma, como se evidenció en el pronunciamiento del Ministerio de fecha veintisiete (27) de diciembre de 2017, seguido de la confirmación por parte de los accionantes del efectivo traslado de los embriones. De esta forma, constata la Sala que desapareció la afectación de los derechos fundamentales invocados por los tutelantes, y de esta forma cualquier orden que impartiera el juez constitucional en el caso concreto sería inocua.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado de conformidad con los términos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- LIBRAR, a través de la Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, y DISPONER, a través del Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, la realización de la notificación a las partes de que trata esa misma norma.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

A LA SENTENCIA T-290/18

Referencia: Expediente T-6.585.232

Acción de tutela presentada por JE y RB contra la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y el Instituto Nacional de Salud.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me llevaron a aclarar el voto en la sesión de la Sala Cuarta de Revisión celebrada el 23 de julio de 2018, en la que, por votación mayoritaria, se profirió la Sentencia T-290 de 2018.

1.- Esta aclaración tiene como propósito evidenciar un asunto que, si bien no cambiaba el

sentido de la decisión, debió ser estudiado por la Sala al declarar la carencia actual de objeto por hecho superado en el presente caso, esto es, el alcance de los derechos fundamentales de las personas o parejas con infertilidad y la obligación que tienen las autoridades públicas de adoptar medidas para garantizarlos. En concreto, a mi juicio, resultaba imperativo analizar el contenido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos de las personas y parejas que deciden hacer uso de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante TRA) como la Fecundación In Vitro (en adelante FIV) y que encuentran barreras del Estado para llevarlo a cabo.

2. En la Sentencia T-290 de 2018, la Sala decidió la acción de tutela formulada por JE y su pareja RB contra la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos (INVIMA) y el Instituto Nacional de Salud (INS), en la cual alegaban que las demandadas vulneraron sus derechos fundamentales a la vida digna, la salud, a la familia y a la igualdad de derechos al impedir el traslado de los embriones criopreservados por la pareja, desde Colombia hacia territorio extranjero, bajo el argumento de que no existía normativa en el ordenamiento jurídico Colombiano que se ocupara de la regulación específica de esta materia. Lo anterior, pese a que las autoridades tenían conocimiento de que los embriones serían usados con fines reproductivos dado que, en nuestro país, la transferencia de embriones de la pareja no fue frutífera y no se pudo lograr un embarazo.

Por esta razón, JE y RB solicitaron que se ordenara a las entidades accionadas disponer de forma inmediata de los elementos jurídico-administrativos necesarios para garantizar el envío de los embriones criopreservados a un centro de fertilidad en Estados Unidos (EEUU) con el fin de explorar tratamientos de fertilidad en ese país y, en última instancia, proceder a la transferencia embrionaria en útero subrogado.

En este caso, luego de verificar los requisitos de procedibilidad, la Sala de revisión declaró la carencia actual de objeto por hecho superado debido a que, en el trámite de la acción de tutela, el Ministerio autorizó la salida del territorio nacional de ocho embriones criopreservados con fines de tratamiento reproductivo y sin ánimo de lucro, y señaló que, “en adelante, y hasta tanto no se regule expresamente la materia, no se requerirá solicitar autorización alguna a este Ministerio”. Además, los accionantes informaron a la Corte que los embriones ya habían sido transportados a territorio extranjero y se encontraban

actualmente en el centro de fertilidad de EEUU. No obstante, la sentencia no se pronunció sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela ni advirtió sobre las medidas que deberían adoptar las autoridades para evitar su repetición a futuro.

3.- Aunque respaldo la decisión de la Sala de declarar la configuración de un hecho superado en el caso concreto y comparto, como lo señaló el proyecto, que a la Corte le asiste una facultad dispositiva de prescindir de un análisis de fondo en los casos en los que se presenta carencia actual de objeto que así considere, opino que, en esta ocasión, le correspondía a la Corte definir el contenido y alcance del derecho a la autonomía reproductiva de las personas y parejas que deciden hacer uso de las TRA, y encuentran barreras del Estado para llevarlo a cabo. Especialmente, cuando en Colombia todavía existe un vacío legal sobre la materia y, de no respetar parámetros constitucionales, la normativa que se expida a futuro podría llegar a dificultar o truncar la libre elección que realicen las personas de los métodos para procrear.

4.- La Corte Constitucional ha sostenido en varias ocasiones que, aunque el juez de tutela no está obligado a pronunciarse de fondo sobre el caso que estudia cuando se presenta un hecho superado, sí puede hacerlo “si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera”[53]. Es decir, el juez constitucional está autorizado para ir más allá de la carencia actual de objeto por hecho superado y emitir órdenes “que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”[54].

Es decir, cuando se advierte la existencia de un hecho superado en sede de revisión, esta Corporación está autorizada para adelantar el estudio de fondo del asunto sometido a su conocimiento. Lo anterior, debido a que a la Corte Constitucional le corresponde determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita; pronunciarse sobre la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991; y determinar si, con atención de las particularidades del caso, procede el amparo de la

dimensión objetiva de los derechos conculcados. Dicho análisis puede comprender: i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; iii) el reproche sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición; y iv) la posibilidad de adoptar las medidas de protección objetiva.

5.- Por esta razón, a continuación expondré las razones por las cuales considero que, pese a la declaratoria del hecho superado, el presente caso ameritaba un pronunciamiento de fondo que advirtiera que los hechos que dieron origen a la tutela vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes y por esa razón debe impedirse que vuelvan a ocurrir casos similares. Entonces, era necesario que la Sala alertara a las autoridades sobre la necesidad de adoptar medidas legislativas que regulen la materia, protejan las diferentes facetas del derecho a la autonomía reproductiva y garanticen de forma efectiva la no repetición de restricciones para el ejercicio de este derecho.

La falta de regulación sobre la disposición de embriones criopreservados no impedía a las autoridades demandadas autorizar a la pareja el transporte y traslado de los mismos a territorio extranjero, con fines reproductivos

6.- Si bien de los hechos del caso se advierte que es necesario un mayor desarrollo legal sobre las nuevas tecnologías reproductivas, esta Corte ya ha reiterado en varias ocasiones[55] que los vacíos legislativos no son admisibles como excusa de las autoridades públicas para vulnerar derechos fundamentales.

En mi criterio, el Ministerio de Salud no puede oponerse a autorizar la salida del país de los embriones criopreservados, en casos como el objeto de revisión, pues esa decisión (i) implicaba una injerencia en la autonomía reproductiva de la pareja que, a su vez, vulneraba su derecho a la intimidad personal y familiar. Además porque, como se verá, (ii) a partir de la regulación existente sobre disposición de material orgánico, podía inferir principios generales para adoptar una decisión compatible con la Constitución. Adicionalmente, porque (ii) una interpretación del artículo 11 constitucional conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos también le permitía a la administración concluir que, en este caso particular, la disposición de los embriones criopreservados por parte de la pareja no tenía implicaciones éticas ni morales que justificaran la prohibición de su

traslado.

1. La autodeterminación reproductiva supone que las personas y parejas estén libres de cualquier interferencia en la toma de sus decisiones reproductivas[56]

7.- En diferentes instrumentos de derecho internacional se ha desarrollado la importancia de garantizar el pleno respeto de los derechos reproductivos y la necesidad de implementar los mecanismos adecuados para garantizar su protección. En concreto, el artículo 16 de la CEDAW establece el derecho de la mujer a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer tales garantías[57].

La jurisprudencia interamericana se ha pronunciado en el mismo sentido. En el Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica[58] la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que los artículos 11 y 17 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos protegen el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo que también involucra el derecho de acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

La protección de los derechos reproductivos a nivel internacional, en nuestro ordenamiento interno y en la jurisprudencia constitucional desde el año 2000[59], han llevado a esta Corte a reconocerlos como fundamentales[60].

8.- En efecto, en la Constitución Política los derechos reproductivos se encuentran contemplados en los artículos 16 y 42 que establecen la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los individuos y de las parejas a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”. Por su parte, en su jurisprudencia, esta Corporación ha indicado que el ejercicio de los derechos reproductivos se refiere a la garantía que tienen las mujeres para decidir de forma libre sobre la posibilidad de tener hijos o no, cuantos y con qué frecuencia[61].

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia también ha sostenido en forma reiterada que los derechos reproductivos reconocen y protegen dos facetas fundamentales: (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva y a la información sobre los mismos[62].

9.- En primer lugar, la autodeterminación reproductiva consiste en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia y el acceso a los medios y a la información para hacerlo. La Corte ha reconocido que su contenido supone que las personas estén libres respecto de cualquier interferencia en la toma de decisiones reproductivas. Por ejemplo, la Corte ha identificado como interferencias los eventos en los que se presentan situaciones de violencia física, coacción o discriminación como, por ejemplo, “embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados”[63].

Sobre este aspecto en particular, el Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer en su Observación General Nº 21, también ha precisado que “la decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno” (Negrita fuera del original).

10.- En segundo lugar, en relación con el derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva, esta Corporación ha determinado que éste incluye, entre muchas otras, la prerrogativa de las personas de acceder a medidas de prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino[64], como las TRA. Sobre este tema, la Sentencia T-627 de 2012[65] recordó que “la Observación General 14 mencionada, indica que el apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) del PIDESC exige que se establezcan programas de prevención de las enfermedades que afectan de forma adversa a la salud genésica”. Y que, en el caso específico de la mujer, “la Recomendación General 24 del Comité CEDAW indica que “las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer”.

De modo que la autodeterminación reproductiva también puede vulnerarse cuando el gobierno interfiere en las decisiones reproductivas adoptadas por las personas o parejas como, por ejemplo, con la imposición de restricciones que impidan o retrasen injustificadamente la decisión de una pareja de acudir a las TRA para procrear un hijo o hija biológica.

11.- Por esta razón, en mi criterio, las autoridades demandadas vulneraron los derechos

reproductivos de los demandantes dado que, al retrasar el traslado de los embriones a territorio extranjero y, en consecuencia, interferir en su posibilidad de decidir autónomamente sobre la TRA que querían emplear para procrear un hijo biológico, desconocieron su autonomía reproductiva.

12.- Adicionalmente, me parece fundamental señalar que, en este caso, el derecho a la vida privada y familiar de la pareja se encontraba estrechamente relacionado con su derecho a la autonomía reproductiva. Por ello, si bien se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado – debido a que al final se autorizó el traslado hacia el extranjero de los embriones criopreservados, lo que se identificaba como la pretensión principal – las demandadas también afectaron la intimidad personal y familiar de JE y RB, pues los sometieron a una demora injustificada para la autorización del trámite de envío de los embriones a otro centro de reproducción asistida.

Gracias a las declaraciones del mismo Instituto de Medicina Reproductiva (Instituto) con el cual los tutelantes suscribieron el “acuerdo de criopreservación”, era del conocimiento de esta Corte que los resultados negativos que la pareja había obtenido en el país luego de intentar la FIV habían generado “grandes consecuencias desde el punto de vista psicológico y emocional de la pareja, por ver frustradas sus ilusiones de tener un bebé que tanto desean”[66]. Además, el Instituto también había informado a la Corte que la pareja ya no tenía la opción de obtener nuevos embriones en EEUU “debido a que la señora JE tiene ya 43 años edad (sic) en la cual la posibilidad de obtener embriones de calidad suficiente que permitan lograr un embarazo a término es supremamente baja (1 a 2%). Esto debido a que la calidad de los óvulos en la mujer disminuye de manera muy acelerada después de los 38 y 40 años”[67].

De este modo, la respuesta de las autoridades públicas amenazó con impedirle a la pareja disponer de sus embriones criopreservados para intentar tener hijos por medio de FIV, fuera del territorio nacional. Lo anterior pese a que, según declaraciones del especialista del centro de reproducción asistida, estos embriones eran la última posibilidad que la pareja tenía de procrear un hijo biológico sano, debido a la edad de la mujer.

13.- En conclusión, considero que la interferencia en el ejercicio de su autonomía para tomar decisiones respecto al método de procreación y la consecuente demora para

trasladar sus embriones a EEUU para la práctica del tratamiento de FIV (en el cual el paso del tiempo es determinante de su éxito), vulneró también la intimidad personal y familiar de JB y RB, pues discutir la defensa de su derecho frente a las autoridades implica también una intromisión estatal a una decisión individual e íntima de la pareja.

2. La normativa nacional que regula el traslado al exterior de material orgánico permitía a la administración inferir principios generales para solucionar el caso y adoptar una decisión compatible con la Constitución

14.- Con el objeto de regular la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de los componentes anatómicos, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1546 de 1998[68]. Ese mismo año, el Ministerio de Salud profirió la Resolución 3199 de 1998[69], y seis años más tarde el Decreto 2493 de 2004[70] que modificó los artículos 1º y 2º y derogó los artículos 3º al 42 del Decreto 1546 de 1998.

Estos textos normativos están dirigidos a regular los Bancos de Tejidos y de Médula ósea; IPS habilitadas con programas de trasplantes; y personas, instituciones y establecimientos que manipulan tejidos y órganos, incluidas las Unidades de Biomedicina Reproductiva (en adelante UBR)[71]. Los mismos contemplan regulaciones específicas sobre la donación, el almacenamiento y el transporte, entre otros, de componentes anatómicos (tejidos, médula ósea, óvulos, espermatozoides, gametos, preembriones) y los procedimientos de trasplante o implante de los mismos, en seres humanos. Así mismo, los requisitos sanitarios para la operación de las UBR.

En efecto, el artículo 48 del Decreto 1546 de 1998 dispone que, “en caso de que el eyaculado, los óvulos, o preembriones congelados sean transportados, la institución receptora verificará la calidad del material biológico recibido y asumirá la responsabilidad por la estabilidad y calidad del mismo, y deberá recibirlo en un termo apropiado que asegure la conservación de la temperatura no superior a (menos)-196°C”.

De otra parte, el artículo 37 del Decreto 2493 de 2004 sostiene que la “salida de tejidos o de médula ósea fuera del territorio nacional solo podrá efectuarse en calidad de donación con fines de trasplante o implante, atendiendo motivos de solidaridad humana y sin ánimo de lucro, previa autorización expedida por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima. La salida solo podrá realizarse a través de los Bancos de

Tejidos o Bancos de Médula Ósea” (Negrita fuera del original).

En este sentido, el artículo 38 del mismo decreto dispone que el INVIMA evaluará en forma individual cada solicitud realizada por los Bancos de Tejidos y Médula Ósea. De este modo, autorizará caso a caso la salida del tejido o de médula ósea siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados en el decreto, lo cual deberá realizarse dentro de un término perentorio que, en ningún caso, podrá exceder las ocho horas siguientes a la solicitud. También aclara el artículo que “quien envíe tejidos o médula ósea fuera del territorio nacional sin el debido cumplimiento de los requisitos, será acreedor a las sanciones establecidas en la ley”.

15.- Como se observa, estas normas no regulan de forma específica la naturaleza jurídica de los embriones congelados restantes ni restringen el derecho de las personas o parejas a disponer de ellos con el fin de intentar nuevas fertilizaciones en el futuro. Es claro que la normativa citada no solo no prohíbe tal práctica cuando se realice con fines reproductivos y sin ánimo de lucro, sino que, como lo señaló el ad quem del caso, regula materias análogas como el transporte de material orgánico de una institución a otra y el traslado al exterior del mismo, lo cual “ayuda a dar luces para buscar las soluciones que puedan surgir en derredor de dicha temática”[72] y, en consecuencia, se garantiza los derechos sexuales y reproductivos, entre otros, de la pareja demandante.

3. Si bien no hay consenso sobre el momento exacto en el que inicia la vida humana, una interpretación del artículo 11 constitucional conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos permitía concluir que, en este caso, la disposición de los embriones criopreservados por parte de la pareja no tenía implicaciones éticas ni morales que impidieran su traslado

16.- A pesar de que las autoridades alegaron que existe un vacío legal sobre el transporte al exterior de embriones criopreservados, en mi criterio, la normativa y jurisprudencia nacional e internacional sobre reproducción asistida permite advertir que era constitucionalmente admisible permitir su traslado al exterior con fines reproductivos.

Las Técnicas de Reproducción Asistida son definidas como aquellos “tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está

limitado sólo a, 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 surrogado” [73].

Concretamente, la crioconservación se refiere al proceso de “congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal”[74]. Por su parte, el embrión es el organismo biológico resultante del desarrollo y la división del cigoto, “hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación)”[75].

De manera que la crioconservación de embriones es un proceso que se realiza para preservar los embriones que van a ser implantados al útero femenino a futuro. Este proceso supone una Fecundación In Vitro (FIV) previa en la cual se extraen los óvulos del ovario de una mujer y se combinan con espermatozoides en el laboratorio para formar los embriones a congelar.

17.- La disciplina de las TRA y, en particular, la práctica de la congelación de embriones cuenta con un limitado desarrollo legislativo en Colombia, pues su regulación no solo es compleja por la rápida evolución de estas tecnologías sino también por la configuración de innumerables aspectos con implicaciones morales y éticas que se pueden generar ante la libre manipulación y uso de los embriones humanos. Sin duda, el uso de embriones humanos en la investigación y experimentación genera preocupaciones éticas relacionadas, entre muchos temas, con el derecho de patentes y con su interpretación[76] que, como veremos, han abordado algunos tribunales internacionales. De manera que, la fecundación in vitro nos enfrenta a difíciles y variados dilemas de la bioética que hoy todavía en muchos países no cuentan con una respuesta desde el Derecho, como ¿a quién le pertenecen los embriones? ¿son cosas propiedad de las personas o parejas, o son personas con protección legal? ¿qué tipo de protección legal debería tener el embrión?

No obstante, si bien no hay prolífera normativa sobre la materia en específico, la jurisprudencia internacional sí ha avanzado en el sentido de aclarar, por ejemplo, que el derecho a la vida no es predicable del embrión congelado que aún no se implanta en el útero materno, lo que no significa que deba ser merecedor de protección legal. A continuación, presentaré las principales decisiones judiciales sobre este tema que me

permiten concluir que, para este caso, la pareja sí tenía la facultad de disponer de los últimos embriones congelados que tenían con el objeto de intentar la FIV en otro centro de reproducción asistida.

18.- La sentencia más emblemática en la región es la del Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (2012)[77] proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos de la que Colombia aceptó su competencia el 21 de junio de 1985. En este caso, nueve parejas con infertilidad alegaron la violación de sus derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada y familiar y a la igualdad, con fundamento en la prohibición general que existía en la país de emplear la FIV como método de procreación. Lo anterior, debido a que la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo de 2000 había anulado por inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S que la permitía, luego de concluir que “el embrión humano es persona desde el momento de la concepción” y que “la aplicación de la técnica [de la FIV] importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano”.

En esta oportunidad, la Corte IDH realizó un análisis de la prohibición para practicar la FIV en Costa Rica y concluyó que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que “la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos”.

Así mismo, a partir de una interpretación del artículo 4.1[78] de la Convención Americana, la Corte IDH observó que “no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”[79] pues hay varias posturas (desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa) en relación con el momento en que se considera que el embrión alcanza un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”. También agregó que esta postura coincide con la posición sentada por diversos tribunales internacionales y nacionales[80].

Como resultado de este proceso hermenéutico, la Corte IDH explicó que el momento de la ‘concepción’ es diferente de la ‘fecundación’. Para ello, aclaró que se deben diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Esa Corte insistió en 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 (...) pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”.

De manera que solo con la implantación puede entenderse que existe concepción, lo que a su vez significa que “el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer”. Justamente, señala la Corte IDH, solo puede determinarse que se produce un embarazo cuando se advierte la presencia de la hormona “Gonodotropina Coriónica”, detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Por esta razón, dicho Tribunal entendió el término “concepción” desde el momento en que ocurre la “implantación”, y consideró que antes de este evento, no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. A partir de lo anterior, indicó:

“(...) teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. (...) Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”[81].

De modo que la Corte IDH concluyó que una lectura de la normativa y de la jurisprudencia vigente le permitía ver que no existía fundamento para imponer limitaciones a dicho traslado pues se trataba de embriones criopreservados que, con el consentimiento de la pareja, serían utilizados con fines reproductivos. Es decir, no era este un caso en el cual fueran determinantes los debates éticos y morales que rodean la manipulación de embriones, por la posible afectación a la vida de una persona. Por el contrario, se trataba de una pareja que deseaba emplear los embriones congelados restantes formados a partir de la combinación de sus óvulos y espermatozoides, con el propósito de agotar su última

posibilidad de ser padres de una hija o hijo biológico.

19.- Si bien éste no fue el argumento empleado por la Dirección de Medicamentos y Tecnologías de la Salud del Ministerio de Salud para negar preventivamente la salida del país de los embriones, considero fundamental precisar que parecería que no todo acto de disposición, manipulación y transporte de embriones tiene implicaciones éticas o morales, como enseña el emblemático caso de la Corte IDH en este tema. Así mismo, que el margen de apreciación en este caso particular para determinar si la pareja podía disponer de los embriones debía ser más amplio en el sentido de que se trataba de embriones que aún no habían sido transferidos a la mujer y que claramente iban a ser usados por los demandantes con fines reproductivos y sin ánimo de lucro.

20.- Ahora bien, en el ámbito europeo, la Comisión Europea de los Derechos Humanos y los tribunales europeos también sostienen que no existe un consenso en relación con la definición científica y legal del inicio a la vida, y que no se protege el derecho a la vida de un embrión que no ha sido implantado en el útero femenino. Además, a diferencia de la Corte IDH, estos tribunales sí han determinado el alcance de la protección jurídica que merecen los embriones humanos y las conductas que están prohibidas en relación con su disposición y manipulación.

21.- Por ejemplo, en el Caso Paton vs. Reino Unido (1980)[82], la Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto. Sostuvo que los términos en que está redactado el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) “tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”[83]. Señaló que “[l]a vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella”[84].

Esta postura fue reiterada por la Comisión en el Caso R.H. vs Noruega (1992)[85] y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el Caso Boso vs Italia (2002)[86], en los cuales se abordó la presunta violación del derecho a la vida en detrimento de los no nacidos por la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto[87].

22.- De otra parte, en el Caso Oliver Brüstle vs Greenpeace e.V. (2011)[88], la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaró la aplicación de la Directiva de la Unión

Europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. En esta oportunidad, señaló que esta directiva no tenía por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas, y que su objeto se circunscribía a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas. En esta decisión, el Tribunal de Justicia “afirmó la exclusión de patentabilidad de embriones humanos, entendidos en un sentido amplio, por razones éticas y morales, cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales. Sin embargo, ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida”[89].

23.- En una sentencia de particular interés para este caso, el TEDH precisó el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de tratamientos médicos relacionados con fecundación in vitro. Así, en el Caso Evans vs Reino Unido (2007)[90], la Gran Cámara del TEDH conoció la situación de una mujer que sufría de cáncer de ovario quien, tras someterse al tratamiento de FIV con su pareja antes de que le extirparan los ovarios, obtuvo seis embriones que fueron almacenados. Una vez la relación sentimental terminó, su ex pareja retiró su consentimiento para que los embriones fueran usados pues no quería ser el padre genético del posible hijo o hija de la solicitante. En esta ocasión, el TEDH tuvo que pronunciarse “sobre la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación”[91].

El TEDH confirmó la decisión respecto a la no violación del derecho a la vida (artículo 2 de la Convención) al indicar que “los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”[92]. Además, al declarar que el Reino Unido no había violado el Convenio, el TEDH reiteró que la posibilidad de emplear los embriones criopreservados restantes está condicionada por el consentimiento continuado de las dos personas que han aportado su material genético (gametos) para el tratamiento de la FIV[93].

24.- Ahora bien, en los Casos S.H. vs Austria (2011)[94] y Costa y Pavan vs Italia (2012)[95] en los cuales se abordó, respectivamente, la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional

(DGP)[96], el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación del derecho a la vida de los embriones.

Para el segundo caso[97], consideró que la prohibición absoluta a parejas fértiles[98] del DGP no era proporcional debido a que la legislación nacional era inconsistente respecto de los derechos reproductivos pues, por un lado, prohibía el diagnóstico preimplantacional a estas personas pero, por otro, les permitía la terminación del embarazo si el feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad, que habría sido detectable mediante el DGP[99]. En suma, el Tribunal reiteró el derecho que tenía la pareja a acceder a una técnica de reproducción asistida como la FIV con el fin de procrear y, posteriormente, a un DGP para poder concebir un embrión sano.

En general, el TEDH ha concluido que, pese a que los embriones congelados y/o fetos han recibido protección legal en algunos países “a la luz del progreso científico y las consecuencias potenciales de investigación dentro de la ingeniería genética, procreación médica asistida o experimentación con embriones”[100], no hay consenso alguno en relación con su naturaleza jurídica. En concreto, ha precisado que “la potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona – gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido [...] – requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida” a los efectos del artículo 2”[101] (Negrita fuera del original).

25.- Por las razones expresadas anteriormente, estimo que la solicitud de los demandantes para que se autorizara el envío a otro país de los embriones criopreservados restantes con fines de fertilización in vitro resultaba viable a la luz del derecho nacional e internacional y, por esta razón, su trámite no debía ser retrasado bajo el argumento de no existir reglamentación sobre la materia. Especialmente si se considera lo esencial que puede resultar el factor “tiempo” en la consecución de un embarazo exitoso por medio de la FIV.

26.- En conclusión, (i) el Ministerio de Salud no podía oponerse o retrasar la salida del país de los embriones criopreservados pues con esa injerencia en la autonomía reproductiva de la pareja también vulneraba su derecho a la intimidad personal y familiar, como lo expuse con anterioridad. Especialmente si se tiene en cuenta que (ii) la normativa nacional que

regula materias análogas como el traslado al exterior de material orgánico le permitía inferir principios generales para adoptar una decisión compatible con la Constitución; y que (iii) una interpretación del artículo 11 constitucional conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos también le permitía concluir que, en este caso, la disposición de los embriones criopreservados por parte de la pareja, en los términos que lo plantea este caso, no tenía implicaciones legales, ni éticas ni morales que justifiquen la limitación de los derechos fundamentales de sus titulares. Lo anterior dado que la pareja solicitaba simplemente disponer de los embriones congelados restantes con fines de reproducción, previo consentimiento de ambas partes; solicitud que, a su vez, debió ser interpretada por las autoridades a partir de la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución.

La Corte Constitucional debió instar a las autoridades demandadas para que, en el marco de sus competencias, adopten una reglamentación respetuosa de los precedentes constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que garantice la no repetición de los hechos ocurridos en el presente caso

27.- A partir de lo anterior, es preciso concluir que el Gobierno debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos a la intimidad y a la autonomía reproductiva de las personas y parejas que decidan acceder a las TRA, con fines reproductivos, ya sea en el país o en el extranjero. Por esta razón, en mi criterio, pese a la declaratoria de la carencia actual de objeto por hecho superado, resultaba fundamental no solo llamar la atención sobre la situación que originó la tutela y reprochar su ocurrencia sino también garantizar la adopción de medidas de protección objetiva hacia futuro.

28.- La legislación colombiana no es clara si el embrión criopreservado puede llegar a convertirse o no en sujeto de derechos. Sin embargo, pese a la existencia de precedentes en nuestra jurisprudencia interamericana como el de Artavia Murillo (“fertilización in vitro”) que ha aclarado el panorama en relación con el alcance del derecho a la vida de los embriones no implantados, advierto con preocupación que un estudio técnico sobre FIV realizado por el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud – IETS[102], hace tan solo dos años, haya establecido que, según la opinión de algunos expertos, “desde el punto de vista ético, deben considerarse el respeto y la capacidad para establecer sus propias normas y tomar sus decisiones (autonomía) del embrión o embriones (óvulo u óvulos

fecundados en las primeras etapas de su desarrollo), obtenidos con este tratamiento y no solo el de la mujer o la pareja que desea tener un hijo”[103]. Lo anterior, dado que son afirmaciones que desconocen la normativa y jurisprudencia nacional e internacional sobre la protección de la vida prenatal.

29.- El reconocimiento de una adecuada protección legal a los embriones que aún no han sido implantados no significa que en Colombia el orden jurídico le ha reconocido derechos fundamentales o humanos, como el derecho a la vida o los demás derivados de éste, pues es evidente que esto en la práctica puede tener unas implicaciones enormes para la pareja pero, especialmente, para la mujer. Incluso, tratándose de embriones que ya han sido implantados, la Corte Interamericana ya ha dejado claro que su protección, si bien es mayor, se realiza a través de la protección a la mujer embarazada.

La naturaleza jurídica que se le otorgue a los embriones puede llegar a tener implicaciones en los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Por ejemplo, en EEUU, algunas iniciativas que han pretendido otorgarle personería jurídica a los óvulos fecundados, embriones y fetos ya han sido usadas como el fundamento de detenciones o arrestos, o intervenciones forzadas, incluso, de mujeres embarazadas que habían querido continuar su embarazo pero sufrieron una pérdida. Paltrow (2015)[104] sostiene que esto atenta contra los derechos reproductivos de la mujer y su libertad física y que, incluso, puede llegar a implicar que las mujeres pierdan su estatus como “full constitutional persons”[105].

30.- Pues bien, el artículo 2º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos contempla que “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Por esta razón, considero que, en esta ocasión, la Corte Constitucional debió instar a las autoridades demandadas para que, en el margen de sus competencias, adoptaran una reglamentación sobre el tema que fuera respetuosa de la jurisprudencia nacional e internacional sobre el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, la titularidad de derechos fundamentales y derechos humanos, en estos casos.

En concreto, considero que tal labor de regulación deberá no solo respetar los criterios que han definido el alcance y contenido de los derechos reproductivos desde un enfoque de derechos humanos, sino potenciar y reconocer la autonomía de la pareja y, en particular, la autonomía femenina en las elecciones procreativas. La futura legislación sobre nuevas tecnologías reproductivas debe respetar y ser coherente con la jurisprudencia constitucional relacionada con la protección del no nacido, y debe ser útil a la decisión reproductiva de la mujer al que este Tribunal aporta desde hace varios años.

Por este motivo, razono con la apreciación que realizó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ad quem del caso, al afirmar que tanto el legislador como la administración debían respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), “para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas”[106]. Los vacíos legislativos deben ser llenados a partir del respeto de los parámetros constitucionales desarrollados por esta Corte y por los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. De lo contrario, se corre el riesgo de volver a incurrir en injerencias indebidas en los derechos sexuales y reproductivos de personas o parejas que deseen acceder a las TRA.

31.- En síntesis, al limitarse a declarar la configuración de un hecho superado, la Sala prescindió de la posibilidad de advertir la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes y de alertar a la administración sobre la necesidad de adoptar medidas para regular la materia que protejan de forma efectiva las diferentes facetas del derecho a la autonomía reproductiva, en los términos en que fue desarrollado en esta aclaración, y garanticen la no repetición de restricciones para el ejercicio de los derechos reproductivos.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Reglamento de la Corte

Constitucional, “En la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el magistrado sustanciador, en su caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen las partes”. Teniendo en cuenta lo anterior, la presente decisión se toma en consideración a que en los hechos del caso se hacen referencias directas a asuntos sensibles desde el punto de vista del derecho a la intimidad, por lo que esta Sala considera que, siguiendo precedentes de esta Corte, para garantizar dicho derecho y la confidencialidad de los accionantes, se abstendrá de incluir en la providencia, datos e información que conduzca a la identificación de los tutelantes.

[2] Poder suscrito por los accionantes obrante en el cuaderno 1 a folios, 17, 18 y 19.

[3] Ver, cuaderno 1, folio 2.

[4] Ver, cuaderno 1, folio 13.

[5] “Los embriones producto de tratamiento de reproducción asistida en la pareja fueron criopreservados el 19 de agosto de 2014” en el Instituto (Ver, cuaderno 1, folio 14).

[6] Ver, cuaderno 1, folio 11.

[7] Ver, cuaderno 1, folio 2.

[8] Ver, cuaderno principal, folio 67.

[9] Ver, cuaderno 1, folio 14. Junto con dicha solicitud, el Instituto remitió copia de los siguientes documentos: (i) la solicitud formal de transferencia de los embriones suscrita por JE y RB; (ii) una carta remitida por el centro de fertilidad en Estados Unidos de América; y (iii) una carta suscrita por el médico tratante en el Instituto donde se informó, entre otros aspectos, el lugar de destino de los embriones, el nombre del médico responsable en el mencionado centro de fertilidad y el medio que sería utilizado para el traslado de los mismos.

[10] Ver, cuaderno 1, folio 16.

[11] Ver, cuaderno 1, folio 31.

[12] Ver, cuaderno 1, folio 39.

[13] Ver, cuaderno 1, folios 39 y 40.

[14] Ver, cuaderno 1, folio 42.

[15] Ver, cuaderno 1, folio 47.

[16] Ver, cuaderno 1, folio 51.

[17] Ver, cuaderno 1, folio 50.

[18] Ver, cuaderno 2, folio 18.

[19] Ver, cuaderno 2, folio 12.

[20] La decisión de segunda instancia, asimismo, citó la sentencia T-274 de 2015 para indicar que tanto los derechos sexuales como los reproductivos están relacionados pues implican pretensiones de libertad y autonomía en las decisiones reproductivas, aspecto la decisión de segunda instancia resalta. Para la garantía de tales derechos, señala la providencia de 2015, tanto el legislador como la administración deben respetar la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

[21] Ver, cuaderno 2, folio 15.

[22] Ver, cuaderno 2, folio 17.

[23] Ver, cuaderno 2, folio 18.

[24] Ver, cuaderno principal, folio 24.

[25] Ver, cuaderno principal, folio 25.

[26] *Ibíd.*

[28] Radicado INS 15029590 del 15 de marzo de 2015.

[29] Poder obrante a folio 70 del cuaderno principal.

[30] Ver, carpeta principal, folio 65.

[31] Ver, carpeta principal, folio 65.

[32] Ver, carpeta principal, folio 67.

[33] Poder obrante a folio 83 del cuaderno principal.

[34] Ver, entre otras, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

[35] Decreto 2591 de 1991, artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. “Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (...)”

[36] Ver, sentencia T-314 de 2016.

[37] Ver, sentencia SU-961 de 1999.

[38] Ver, sentencia T-211 de 2009.

[39] Ver, sentencia T-222 de 2014.

[40] Consejo de Estado, sentencia del 8 de noviembre de 2017, rad.: 22760.

[41] Ver, sentencia T-113 de 2013.

[42] Ver, sentencia T-070 de 2018.

[43] Ibídem.

[44] Ver, sentencia T-047 de 2016.

[45] Ver, sentencia T-238 de 2017.

[46] Ibídem.

[47] Ver, sentencia T-070 de 2018.

[48] Ibídem.

[49] Ver por ejemplo sentencia T-369 de 2017 en punto al hecho superado “En el primer evento, el juez constitucional no tiene el deber de pronunciarse sobre el fondo del asunto pues las pretensiones del actor ya fueron satisfechas”.

[50] Ver por ejemplo sentencias T-171 de 2011, T-722 de 2003, T-684 de 2017.

[51] Ibídem.

[52] Ver, cuaderno principal, folio 25.

[53] Sentencia T-070 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[54] Sentencia T-047 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[55] En la Sentencia T-499 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), estudió el caso de un establecimiento penitenciario que no concedió una ‘visita íntima homosexual’ a una mujer privada de la libertad, por no encontrarse reglamentada tal posibilidad. En esta ocasión, la Corte ordenó autorizar el ingreso de la pareja de la reclusa al penal y disponer de un lugar donde se realizaran tales encuentros íntimos salvaguardando la dignidad y los derechos a la igualdad, e intimidad de la pareja. Complementariamente, instó a la Defensoría del Pueblo para que “impulse las acciones judiciales o administrativas pertinentes para que las autoridades penitenciarias sean conminadas a expedir la reglamentación que esta Sala y el Defensor Regional de Caldas echan de menos, a fin de que los directores de los penales cuenten con criterios claros, generales y uniformes en la materia, que les permitan garantizar a los internos el ejercicio de la sexualidad en condiciones de igualdad, y salvaguardando su dignidad e intimidad, sin desconocer las condiciones específicas de cada establecimiento”. Así mismo, en la Sentencia T-228 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte se pronunció sobre un vacío legal en cuanto al deber de solidaridad de los hijos

docentes para con sus padres, y concluyó que “el régimen de seguridad social en salud para el Magisterio presenta una carencia que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres (C.P., arts. 1, 2 y 95.2). Ese vacío [legal] desconoce la norma constitucional que obliga al Estado y a la sociedad a garantizar la protección integral de la familia (C.P., art. 42) y que obliga al Estado, la sociedad y la familia a concurrir ‘para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad’ (C.P., art. 46). De esta forma, el régimen de salud del Magisterio adolece de una carencia sustancial que acarrea en este caso la vulneración de los derechos de las actoras a la dignidad, a la salud y a la seguridad social, estos últimos en conexión con su derecho a la vida”.

[56] Tomado parcialmente del salvamento parcial de voto a la Sentencia SU-677 de 2017, Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes, Alberto Rojas Ríos.

[57] También se fundamenta en los artículos 10 y 12 de la CEDAW, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1º y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos Degradantes, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[58] Corte IDH, Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de Noviembre de 2012, Serie C No. 257, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Consultado el 20 de abril de 2020. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

[59] Sentencia T-1104 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[60] Ver, entre otras, las Sentencias T-1104 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-689 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería; T-605 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-636 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-732 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-226 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo; T-627 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-274 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-306 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-697 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[61] Sentencias T-306 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-274 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-627 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-697 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[62] Sentencias T-306 de 2016. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-274 de 2015. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-627 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-732 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-697 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[63] Sentencia T-672 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[64] La Sentencia T-627 de 2012 refiere como ejemplos las Sentencias T-605 de 2007 y T-636 de 2007. En la primera, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una “cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. En la segunda, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado “cariotipo materno” con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos espontáneos.

[65] M.P. Humberto Sierra Porto.

[66] Folio 67 del cuaderno principal.

[67] Ibid.

[68] “por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares”.

[69] “por la cual se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de los Bancos de Componentes Anatómicos, de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. Centros o similares y se dictan otras disposiciones”.

[70] “por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en

relación con los componentes anatómicos”.

[71] “Son todas aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja, incluyendo actos quirúrgicos de diagnóstico y tratamiento con técnicas de reproducción asistida que contemplan la obtención de preembriones, que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención de material biológico con el mismo fin y la posibilidad del logro de un embarazo”. Artículo 2 del Decreto 1546 de 1998.

[72] Folio 12 al 18 del cuaderno 2.

[73] Zegers-Hochschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, et al. “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)”. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). 2010. Consultada el 28 de abril de 2020. Recuperada de:

https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

[74] Ibid.

[75] Ibid.

[76] Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Organización Mundial del Comercio (OMC), “Promover el acceso a las tecnologías médicas y la innovación: Intersecciones entre la salud pública, la propiedad intelectual y el comercio”. Consultado el 22 de abril de 2020. Recuperado de: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_628.pdf

[77] Corte IDH, Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de Noviembre de 2012, Serie C No. 257, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Consultado el 20 de abril de 2020. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

[78] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y,

en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

[79] Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257. Consultado el 20 de abril de 2020. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

[81] Párrafos 222 y 223.

[82] Caso Paton vs. Reino Unido (1980), Solicitud Nº 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos.

[83] Párr. 9. Tomado de sentencia del Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

[84] Párr. 19. Tomado de sentencia del Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

[85] Caso R.H. vs. Noruega (1992), Solicitud No. 17004/90, Comisión Europea de Derechos Humanos. Recuperado de:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-1759%22%5D%7D>

[86] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó una demanda que alegaba que la interrupción de un embarazo por la esposa del demandante, violaba el derecho a la vida así como los derechos consagrados en los artículos 8 y 12 de la Convención. Caso Boso vs. Italia (2002), Aplicación 50490/99, TEDH. Recuperado de:
<https://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/boso-v-italia>

[87] Tomado de sentencia del Caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

[88] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-34/10, de 18 de octubre de 2011, interpretación del artículo 6, apartado 2, letra c) de la Directiva de la Unión Europea 98/44/CE. Consultado el 25 de abril de 2020. Recuperado de:
<http://curia.europa.eu/juris/liste.sf?language=en&num=C-34/10>.

[89] Párr. 38 de la sentencia del Caso Oliver Brüstle vs Greenpeace e.V. Tomado de la sentencia del Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica.

[90] TEDH. Caso Evans vs. Reino Unido (2007). Aplicación No. 6339/05. Sentencia de 10 de

abril de 2007. Recuperado de:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22001-72684%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22001-72684%22]})

[91] Tomado de sentencia del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

[92] Párr. 56, Evans vs Reino Unido. Tomado de sentencia del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

[93] “El Tribunal señaló la inconmensurabilidad de los derechos a tratar, ya que si a la demandante se le permitiera el uso de los embriones, J sería forzado a convertirse en padre, mientras que si se aceptara el rechazo del consentimiento de J, se negaría a la demandante la posibilidad de convertirse en madre biológica. Aceptó que J había consentido al almacenamiento y uso de los embriones «estando juntos». El Tribunal entonces evaluó el margen de apreciación y señaló que no había consenso entre los Estados miembro en lo que respecta al tratamiento de la FIV. Teniendo en cuenta que el asunto a tratar era de naturaleza moral y ética, el Tribunal halló que se aplicaría un amplio margen de apreciación. 8...) El Tribunal no consideró que la naturaleza absoluta de la ley fuese inconsistente con el artículo 8, hallando que cada persona que donara gametos para el tratamiento de la FIV sabría de antemano que no se utilizaría su material genético sin su consentimiento continuado (...) La Gran Sala concluyó su análisis del artículo 8 declarando su gran compasión por la demandante, pero finalmente halló que no se podía otorgar más peso al derecho al respeto a decidir ser padre/madre en el sentido biológico de la demandante que al derecho a la decisión de J de no tener un hijo/a relacionado genéticamente con él”.
Recuperado de:

<https://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/evans-v-reino-unido>

[94] TEDH, Caso S.H. y otros vs. Austria, No. 57813/00, Sentencia de 3 de noviembre de 2011. Recuperado de:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-98048%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-98048%22]})

[95] TEDH, Caso Costa y Pavan Vs. Italia, No. 54270/10, Sentencia de 28 de agosto de 2012.
Recuperado de:

[96] El diagnóstico genético preimplantacional (DGP) es el conjunto de pruebas que se realizan al ADN de los embriones antes de ser implantados en el útero materno, con el fin

de garantizar la transferencia de embriones sin defectos congénitos y así aumentar las posibilidades de embarazo (Glosario de terminología en TRA del International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la OMS, 2010).

[97] El TEDH conoció el caso de una pareja italiana que había interrumpido voluntariamente su primer embarazo debido a que su primogénito sufría de fibrosis quística, y ahora deseaba filtrar en fertilización in vitro (FIV) los embriones para evitar que sus futuros hijos sufrieran de la misma enfermedad. La sentencia de la Corte enfatizó en la falta de coherencia entre la política italiana sobre la fertilización in vitro y la regulación sobre el aborto, pues la legislación del país prohíbe que sólo los embriones no enfermos sean implantados, mientras que autoriza el aborto de los fetos que están en la misma situación de enfermedad.

[98] En Italia, la Ley 40 de 2004 permitía la práctica del diagnóstico genético preimplantacional a las parejas que habían tenido dificultades para concebir hijos o deseaban evitar la transmisión de características genéticas a sus hijos (SIDA, Hepatitis A y C). Sin embargo, prohibía el cribado de embriones a parejas fértiles que quisieran evitar que sus futuros hijos sufrieran de alguna enfermedad.

[99] Tomado de la sentencia del Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica.

[100] TEDH, Caso Vo. vs. Francia, No. 53924/00, GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 75, 82, 84 y 85. Tomado de la sentencia del Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica.

[101] Ibid.

[102] Corporación sin ánimo de lucro, de participación mixta y de carácter privado, con patrimonio propio (Ley 1438 de 2011). Su misión es contribuir al desarrollo de mejores políticas públicas y prácticas asistenciales en salud, mediante la producción de información, a través de la evaluación de tecnologías en salud. Sus miembros son el Ministerio de Salud y Protección Social, el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, el Instituto Nacional de Salud – INS, la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina –

ASCOFAME y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas.

[103] Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud – IETS (2018). “Estudio técnico de la fecundación in vitro sin inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) para la esterilidad en el varón en el marco del procedimiento técnico científico y participativo de exclusiones”. Reporte No. 106, Mayo de 2018. Recuperado el 28 de abril de 2019. Tomado de:

https://mivoxpopuli.minsalud.gov.co/InscripcionParticipacionCiudadana/DOCUMENTOS/a/20_Fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro%20sin%20ICSI_para%20esterilidad%20en%20el%20var%C3%B3n.pdf

[104] Lynn M. Paltrow (2015) “Roe v. Wade and the New Jane Crow: Reproductive Rights in the Age of Mass Incarceration”, Capítulo 23 del libro ‘Reproduction and Society: Interdisciplinary Readings’, Editoras Carole Joffe y Jennifer Reich. Ed. Routledge, Nueva York.

[105] La autora sostiene que cuando los fetos o embriones son tratados como personas independientes, el Estado tiene la autoridad para incluir a las mujeres en una categoría única de personas que pueden llegar a ser privadas de cada uno de los derechos asociados con su personalidad jurídica, incluyendo incluso el derecho a la vida. Para explicar lo anterior, cita el caso de Ángela Carder (1990) en el cual una mujer de 27 años con cáncer, y con 26 semanas de embarazo, fue obligada por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia a dar a luz mediante cesárea para salvar ‘la vida’ del no nacido, pese a los graves riesgos que tenía ella de fallecer en dicho procedimiento y a su manifestación expresa y reiterada de querer interrumpir su embarazo. Dos horas después del procedimiento el recién nacido muere y ella fallece a los dos días.

[106] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001.