



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

STC20614-2017

Radicación n°. 05001-22-03-000-2017-00778-01

(Aprobado en sesión de seis de diciembre de dos mil diecisiete)

Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Decídese la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2017, mediante la cual la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín negó la acción de tutela promovida por Jizra Engelhardt y Roland Beunis en frente de la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos - Invima- y el Instituto Nacional de Salud, trámite al cual fue vinculado *ex officio* el Instituto Antioqueño de Fertilidad Humana - Inser S. A. S.

ANTECEDENTES

1.- Los gestores, por intermedio de licenciado, reclaman la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la vida

digna, salud, familia e igualdad, presuntamente vulnerados por las autoridades acusadas.

2.- Arguyeron, como sustento de su reclamo, en suma, lo siguiente:

2.1.- Son extranjeros de paso transitorio por Colombia, y en 2014 acudieron al Instituto Antioqueño de Fertilidad Humana, el cual se dedica a la *«prestación de servicios médicos y asesoramiento profesional en materia de fertilidad humana»*, en aras de iniciar su valoración médica dado el *«diagnóstico de endometriosis severa»*, que les ha impedido el proceso natural de fecundación.

2.2.- Comoquiera que ella fue diagnosticada de infertilidad secundaria, iniciaron el *«procedimiento de fertilización in vitro»* llevando a cabo los protocolos tendientes a la obtención de material genético de ambos, logrando así la consecución de once (11) embriones sanos y en condiciones aptas para ser *«criopreservados»*.

2.3.- Durante el interregno de 2014 a 2017, emprendiéronse los procedimientos científicos con fin de lograr la aludida *«fecundación»*, sin obtener positivos resultados, motivo por el que en virtud a la recomendación de su médico tratante, el 15 de marzo de hogaño, decidieron interrumpir el ciclo de transferencia de los *«embriones criopreservados»* en Colombia, optando por acudir para lo propio a los Estados Unidos de Norteamérica; en consecuencia, eligieron enviarlos al Pacific Fertility Center ubicado en la ciudad de Los Ángeles, para iniciar *«nuevos procedimientos»* en dicha institución y, en últimas, acudir a la maternidad subrogada.

2.4.- Por lo anterior, elevaron «*derecho de petición*» al centro de fertilidad colombiano, tendiente a lograr la transferencia de sus embriones a EE. UU., situación por la cual esa entidad solicitó a la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud de Colombia la autorización y el correspondiente protocolo de salida del país del material genético, pedimento acompañado por «*la solicitud formal de transferencia de embriones suscrita por los pacientes, una carta de la Dra. Yanqing Fan, Directora de Laboratorio del Pacific Fertility Center Los Angeles y una carta del médico tratante en la ciudad de Medellín Dr. Juan Luis Giraldo Moreno*».

2.5.- El día 13 de junio de 2017, la mentada entidad respondió la solicitud de marras manifestando que «*no era procedente el otorgamiento de la autorización solicitada y que no procede el retiro de los embriones criopreservados del territorio nacional en virtud de que aún a la fecha no existe normatividad en nuestro ordenamiento jurídico que se haya ocupado de la regulación de la materia específica*».

2.6.- Anuncian que han consultado verbalmente al «*Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos (INVIMA) y [a]l Instituto Nacional de Salud como entidad adscrita al Ministerio de Salud de Colombia*», entidades que «*se abstuvieron de conceptuar al respecto e indicaron que la competencia legal para otorgar o denegar la autorización correspondiente es imputable de forma exclusiva a la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud de Colombia, aduciendo de la misma forma una ausencia de normatividad en nuestro ordenamiento jurídico*».

2.7.- Expresan que al efectuar un recorrido por la legislación colombiana, emerge la inexistencia de normatividad vigente que se ocupe del tema para el envío de embriones humanos criopreservados al exterior; empero, resulta claro que «*existe normatividad que se ha ocupado del tránsito internacional de material biológico, dentro de [la cual] se encuentran los componentes anatómicos como la médula ósea y el material hemático con destino a*

bancos de sangre y demás», por lo que «han de haberse adoptado disposiciones análogas para permitir el envío de los embriones a territorio extranjero».

3.- Piden, de cara a lo anterior, emplear *«los elementos jurídico-administrativos que fueren necesarios para garantizar el envío de los embriones criopreservados a territorio Norteamericano, [...], para que en concordancia con las herramientas que dispone nuestro ordenamiento jurídico en materia de transporte de material biológico y componentes anatómicos se pueda garantizar el ejercicio de [sus] derechos fundamentales».*

LA RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

El Invima sostuvo que *«con fundamento en [sus] competencias legales [...] y como quiera [sic] que los hechos hacen referencia a la decisión de los accionantes de interrumpir el ciclo de transferencia de embriones congelados optando por el envío de los mismos criopreservados a la ciudad de los Ángeles, Estados Unidos de Norteamérica, [...] no [le] compete hacer un pronunciamiento expreso de los hechos debatidos ante el juez constitucional por cuanto [...] su actividad [se circunscribe] principalmente a otorgar el registro sanitario y realizar las actividades de inspección, vigilancia y control de los productos objeto de su atención [y que] interviene en asuntos regulatorios».*

Informó, además, que el Ministerio de Salud y Protección Social, otrora, conceptuó a la Directora General del Instituto Nacional de Salud orientándola sobre la entrada y salida de *«preembriones y embriones humanos y salida de óvulos del territorio nacional para la realización de procedimientos de reproducción asistida»*, señalando *«aspectos normativos en cuanto a la reproducción asistida, contenida en el Decreto 1546 de 1998 y la Resolución 3199 de 1998. Igualmente relaciona aspectos jurisprudenciales y la concepción a la Corte Constitucional y su posición frente a las normas internacionales que consagran las obligaciones del Estado Colombiano. Finalmente analiza los aspectos técnicos de diferentes agremiaciones y su posición frente al asunto objeto de análisis y concluye que de acuerdo al ordenamiento jurídico de Colombia sobre*

Procedimientos de Reproducción Asistida, concluye 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».

Por lo anterior, aseveró que *«le corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar la entrada o salida de embriones humanos o salida de óvulos con fines de reproducción asistida, conforme al concepto de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social siendo competente la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud en el marco de sus competencias, deberá analizar la pertinencia de que el tema objeto de consulta cuente con una regulación especial».*

Asimismo, aportó el Oficio N°. 201624001117381 de 21 de junio de 2016, con que el Director de Medicamentos y Tecnologías en Salud (e) brindó orientación al Instituto Nacional de Salud sobre la *«solicitud de salida de óvulos con el propósito de ser utilizados en procedimientos de reproducción asistida»*, comunicando que una vez revisados 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 o salida de óvulos del territorio nacional»*, siendo que permitir dichas conductas *«al ser una actividad no regulada por la normatividad actual, puede por sus características generar graves riesgos para la salud de la población colombiana»*. Allí también se sostuvo que mediante memorando N°. 201611600113703 de 17 de mayo de 2017, solicitó concepto jurídico a la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, precisándose que *«de conformidad con lo establecido por el artículo 6° de la Constitución Política, la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud, en el marco de las competencias previstas por el Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el Decreto 2562 de 2012[,] deberá analizar la pertinencia de que el tema objeto de su consulta cuente con una regulación especial».*

A su vez, y en relación con los aspectos técnicos, en aquella oportunidad, se manifestó que *«solicitó concepto técnico a la Asociación de Centros Colombianos de Reproducción Humana ACCERH y a la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología -FECOSOG», frente a lo cual la primera de las entidades expuso que «dada la trascendencia que desde el punto de vista social, moral y jurídico puede tener una decisión de estas en nuestro medio, consideramos que en este tema aún existen muchos vacíos e interrogantes que requieren ser resueltos y que se necesita aclarar todas las situaciones expuestas desde el punto de vista jurídico y ético, con reglamentaciones que den absoluta transparencia y funcionalidad a estos u otros casos que involucran la entrada o salida de preembriones o embriones humanos al territorio nacional, razones por las cuales nuestro concepto es que NO SE DEBE AUTORIZAR la entrada o salida de preembriones o embriones humanos del territorio nacional» (fls. 27-31, cdno. 1).*

Los demás, guardaron silencio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El tribunal *a quo* negó el amparo, al considerar que *«los promotores [...] cuentan con un medio judicial de defensa idóneo y adecuado para la protección de los derechos fundamentales que invocan 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».*

Señaló que *«no se advierte la configuración de un perjuicio irremediable que habilite la intervención excepcional del juez de tutela», dado que «en este caso, el perjuicio no es inminente, urgente, grave e impostergable. Los “tutelantes” pretenden trasladar los embriones criopreservados hacia los Estados Unidos a efectos de proceder a la transferencia embrionaria en útero subrogado, con la finalidad de satisfacer la necesidad vital de ser padres. Con todo, lo que los actores pretenden*

puede ser perfectamente satisfecho dentro del territorio colombiano pues en Colombia no está prohibida la maternidad subrogada, o lo que es lo mismo, el alquiler de vientre o útero», siendo que «si bien es cierto existe un proyecto de ley en curso mediante el cual se pretende prohibir el anotado fenómeno de alquiler de vientre, también lo es que actualmente ello apenas es un proyecto».

Y, finalmente, advirtió que *«no se precisan las razones por las cuales es imperioso, urgente e impostergable que el material biológico tenga que trasladarse hacia otro país, ni mucho menos que la negativa al traslado comporte una afectación ius fundamental que no d[e] espera», por lo que «el mecanismo de control de nulidad y restablecimiento del derecho luce adecuado y eficaz. No hay razones para reemplazar o sustituir al juez competente para examinar la validez legal o constitucional del acto administrativo cuestionado en la tutela» (fls. 35-41, idem).*

LA IMPUGNACIÓN

La formuló el abogado de los accionantes argumentando, en síntesis, que *«se desprenden elementos de hecho que a todas luces permiten inferir el acaecimiento de un perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable si se considera que los accionantes han agotado en nuestro país todos los elementos médico-científicos que estaban a su alcance sin obtener resultados positivos, considerando que ante su diagnóstico de infertilidad asociado a una edad reproductiva avanzada, el paso del tiempo se convierte en un agravante de su situación médica y tal vez la implementación de metodologías y procedimientos científicos en un país con alto grado de desarrollo como lo es Estados Unidos sea la única alternativa que le queda a estos ciudadanos para materializar satisfactoriamente su derecho a constituir una familia».*

Y, resaltó, que *«en el entendido de que existiere como mecanismo principal de defensa una eventual acción de nulidad y restablecimiento del derecho [...], en calidad de operadores jurídicos y atendiendo a la realidad de la [R]ama [J]udicial en nuestro país es dado concluir que dicho mecanismo sería un trámite legal de largo aliento que no garantizaría el objeto que se persigue» (fls. 44-51, idem).*

CONSIDERACIONES

1.- La reiterada jurisprudencia constitucional ha sostenido, en línea de principio, que esta senda de salvaguardia fue instituida como una herramienta extraordinaria para el resguardo inmediato de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que se derive de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en aquellos eventos previstos en la ley.

2.- En el presente asunto se observa que los censores pretenden que mediante este excepcional trámite se ordene al Ministerio de Salud y Protección Social -Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud-, *«disponer de los elementos jurídico-administrativos que fueren necesarios para garantizar el envío de los embriones criopreservados a territorio Norteamericano»*, al considerar que allí se efectuarán *«tratamientos médicos y científicos»* diferentes a los desarrollados en Colombia y que con los mismos lograrán los resultados buscados con el programa de fertilización que empezaron desde 2014.

3.- Obran en el plenario las siguientes pruebas:

3.1.- Historia clínica de los accionantes, en la que se observan los procedimientos realizados en el Instituto de Fertilidad Humana - Inser-; además, se evidencia que el tratamiento de fecundación *in vitro* se inició el 6 de agosto de 2014 y el día 18 ulterior se criopreservaron once (11) embriones, el 29 de septiembre de ese año se comenzó el procedimiento reproductivo y el 2 de octubre posterior se transfirió un embrión, laborio emprendido en varias oportunidades y que el 1º de noviembre de 2016, al efectuar la revisión correspondiente, se dictaminó que la paciente *«tuvo embarazo gemelar por transferencia de embriones congelados en 2015, pero desafortunadamente tuvo un aborto en el*

primer trimestre», verificándose que «tiene 8 embriones vitrificados (7 embriones de 72 horas y 1 blastocito)». Se resalta que el 15 de marzo de 2017, «la paciente canceló ciclo de transferencia de embriones descongelados (preparación con ciclo natural) pues decidió utilizar sus embriones en una madre subrogada en USA» (fls. 8-12, cdno. 1).

3.2.- Solicitud datada 15 de mayo de 2017, formulada por el Instituto de Fertilidad Humana -Inser- ante la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, instando se permita *«la salida [...] del territorio nacional de 2 pajuelas con un total de 8 embriones criopreservados con fines terapéuticos pertenecientes a»* los quejosos, aduciendo que ellos *«desean enviar sus embriones al Pacific Fertility Center Los Angeles, ubicado en la ciudad de los Angeles, California, EEUU, con fines de tratamiento reproductivo en la pareja»*. Allí se resaltó que *«los embriones producto de tratamiento de reproducción asistida en la pareja fueron criopreservados el 18/08/2014 en el laboratorio del Instituto Antioqueño de Reproducción, Inser, en la ciudad de Medellín», y a su vez que «el envío de la muestra será realizado en vapores de nitrógeno en un termo MVE CryoShipper por la empresa IVF Couriers LLP registrada en el Reino Unido con cumplimiento de los lineamientos de la HFEA y la EUTCD», amén que «por tratarse de una muestra de embriones autólogos almacenada en un banco privado para uso autólogo, no aplica la solicitud de certificación de la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes expuesta en los artículos 37 y 38 del Decreto 2493 de 2004»* (fls. 14 y 15, *idem*).

3.3.- Oficio N°. 201724001141901 de 13 de junio de 2017, con que el Director de Medicamentos y Tecnologías en Salud contestó al instituto peticionario, informándole que *«una vez revisada la normatividad vigente para los procedimientos de reproducción asistida es decir, [el] Decreto 1546 de 1998 y [la] Resolución 3199 de 1998 y [la] solicitud de concepto al respecto a la Dirección Jurídica de este Ministerio (radicado 201611600113703), se encuentra que no se contempla la expedición de autorizaciones para la entrada o salida de*

embriones humanos del territorio nacional», por lo que «hasta tanto no haya normatividad específica al respecto no se puede proceder con la autorización solicitada», denotando que «actualmente este ministerio se encuentra en proceso de reglamentación de este tema y lo relacionado con las acciones de inspección, vigilancia y control, el cual será notificado oportunamente para su aplicación» (fl. 16).

4.- Es conveniente precisar, delantamente, que si bien los accionantes no ostentan nacionalidad colombiana, dicha circunstancia no los inhabilita para acudir a la acción de tutela, pues se ha considerado que, de conformidad con el artículo 100 de la Constitución Política, a los extranjeros se les otorga los mismos derechos civiles que a los nacionales.

Frente al tópico, la Corte Constitucional ha decantado que *«[l]a Constitución Política de 1991, en su artículo 86, consagra que “toda persona” tiene la posibilidad de solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados, mediante el uso de la acción de tutela. Asimismo, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que “cualquier persona” puede acudir al mecanismo de amparo constitucional cuando se enfrente a las mismas circunstancias. En ese sentido, no se diferencia entre la persona natural o jurídica, nacional o extranjera y, por tanto, legitima a todo titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, para solicitar el restablecimiento ante los jueces de la República. Como se indicó en sentencia T-1088 de 2012, el artículo 100 Superior otorga a los extranjeros “los mismos derechos civiles” que se conceden a los nacionales. Es claro que los extranjeros son titulares de este mecanismo de defensa, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta, según el cual a nadie se le puede discriminar por razón de su “origen nacional” (CC T-421 de 2017 jul 4 de 2017).*

5.- Analizadas transversalmente, de un lado, la reclamación elevada por los querellantes, la cual gravita en que desde 2014 iniciaron su proceso de fertilidad asistida en Colombia, tratamiento que no ha resultado exitoso siendo que el paso del tiempo les afecta de

manera considerable en su intención de procrear, razón por la cual al efecto el Instituto de Fertilidad Humana -Inser-, con quien ellos contrataron el tratamiento de reproducción asistida, elevó solicitud tendiente a lograr la autorización de la salida del país de «2 pajuelas con un total de 8 embriones criopreservados con fines terapéuticos», las que pertenecen a aquellos y, de otro, la postura asumida sobre el particular por la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, atañedora con que «hasta tanto no haya normatividad específica al respecto no se puede proceder con la autorización solicitada», emerge que en el particular y específico evento surge la necesidad de intervención del juzgador tutelar, tal como pasa a exponerse.

6.- La ciencia, en los tiempos que corren, está avanzando de manera vertiginosa; es por lo propio que la misma, en cuanto se desarrolla, va más rápido que el paso asumido en la creación de las leyes que son menester para regular los adelantos que ella genera al interior de las distintas colectividades; sin embargo, tal circunstancia no puede ser óbice para que el Estado, en cuanto a las materias que de la mano de aquella surgen día con día, pueda declinar su tarea de garantizar y proteger a los ciudadanos a la hora que se involucran en las diversas dinámicas que se desprenden del empleo de los avances científicos.

Así las cosas, es de ver que uno de los focos donde lo anterior se evidencia es en lo relativo con la fertilización *in vitro*, cual es una alternativa de vida para parejas que no pueden tener hijos, generalmente por problemas médicos, y desean lograrlo, fusionando en un laboratorio gametos (masculinos) con óvulos (femeninos) a fin

de implantarlos en el útero de la madre que otorgó estos; o, en caso extremo, utilizando la figura de la maternidad subrogada.

La realización de ese procedimiento implica la producción de un número sobrante de preembriones a efectos de garantizar el éxito del mismo, por la posible pérdida de embarazos, hechos muy previsibles, y así mantener alguna reserva que evite repetir todo el proceso desde el principio con las nefastas consecuencias desde el punto de vista de costos y del riesgo clínico para la mujer.

Al existir un número de embriones adicionales, no utilizados para la transferencia uterina (criopreservados), es cierto que se presentan múltiples cuestionamientos de naturaleza ética, moral y religiosa; al preguntarse cuál es la naturaleza de ellos?, son simplemente cosas?, son personas con protección legal?, o no son ni lo uno ni lo otro, sino se les podría calificar como *tertium genus*, susceptibles igualmente de protección especial. Son aspectos que deben analizarse en cuanto a la disposición de esos elementos en consideración al criterio de que, si son cosas, entonces surge el interrogante de quienes son sus propietarios; y si nadie los reclama, se pregunta, ¿podría hablarse de cosas abandonadas?.

Seguramente la respuesta adecuada se encontraría dependiendo de la concepción que a los embriones se les otorgue, lo que no tiene duda es que la ley y el derecho deben dispensar la solución más justa posible cuando se le formulan pretensiones referidas a estos interrogantes.

6.1.- En 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. Empero, no puede perderse de vista que en aras de regular tal asunto, si bien no con rotunda especificidad, obra normativa patria e internacional que ayuda a dar luces para buscar las soluciones que puedan surgir en derredor de dicha temática.

Así, verbigracia, en el artículo 42 de la Carta Política se habla de la procreación con «*asistencia científica*», precepto que está encaminado a resguardar la voluntad de conformar una familia y la libertad de las parejas de decidir tanto el número de hijos a procrear, como el momento oportuno para ello.

A la par, de las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por Colombia que, como se sabe, hacen parte de la Carta Política a través del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política) y obligan a los países y a sus jurisdicciones a aplicar sus contenidos, dimana, entre otras cosas, la obligación de garantizar la prerrogativa a la libre reproducción humana, el derecho de autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones acerca de los procedimientos de reproducción a que busque recurrir, entendidos que convergen, a su vez, con la temática de la protección a la unidad familiar, el libre desarrollo de la personalidad, la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, parejamente, aquellas disponen que tales resultan obligatorias para Colombia, por cuanto su función es la observancia y defensa de los derechos humanos, siendo de ese modo que los jueces deben ejercer, para efectos de proteger esas garantías, un control de convencionalidad, además del de constitucionalidad y analizar si se deben aplicar las normas de la Convención Interamericana y su jurisprudencia a un caso en particular.

En el marco de lo último abordado, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 2°, establece 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» (se relievra); amén, se debe respetar la interpretación del tratado que realice la Corte Interamericana, interprete último de la Convención Americana de la que Colombia aceptó su competencia el 21 de junio de 1985.

A su vez, el Decreto 1546 de 1998, que adopta las condiciones mínimas para el funcionamiento de las unidades de biomedicina reproductiva, centros o similares, es decir, que regula lo concerniente con los centros de reproducción asistida en el país, es compendio legal que, *grosso modo*, posibilita la criopreservación de preembriones y el correspondiente ajuste de contratos por parte de quienes anhelan utilizar sus servicios en materia reproductiva sirviéndose de los tratamientos de fertilización a través de preembriones congelados, definitorios de todo lo correspondiente con la suerte del embrión y las posibles consecuencias por diferencias futuras en la pareja, tanto así que en su canon 48 determina la autorización legal para la preservación de embriones y regula la posibilidad de ser transportados, otorgando la responsabilidad de ella a la institución receptora.

Por ende, ha de expresarse que los acuerdos negociales de la índole de marras, que no afecten los principios éticos básicos ni refieran a ilicitudes, en principio, podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto a los términos plasmados en ellos, de donde surge que el consentimiento mutuo respecto al futuro de los

embriones debe tener importancia, en presencia de controversias sobre qué hacer con tales en caso de diferencias irreconciliables y obliga a que en los convenios así realizados se tenga el cuidado de planear con suficiente claridad la totalidad posible de aspectos, que prevengan un conflicto futuro.

6.2.- Del mismo modo, cumple señalar, la jurisprudencia ha dado relevancia a temas relacionados con el que ahora ocupa la atención de esta Corporación, puesto que, con referencia al de la «reproducción humana asistida», esta Sala, en CSJ SC6359-2017, 10 may. 2017, rad. 2009-00585-01, sostuvo que:

La diferencia entre la reproducción “natural” y la “artificial” consiste en que la primera se da por la cópula de los órganos sexuales masculino y femenino; mientras que en la segunda la fecundación del óvulo se hace sin unión sexual o ayuntamiento, aunque tales conceptos no son del todo precisos porque ambos procesos son biológicos y siguen las leyes naturales de la reproducción celular. La inseminación artificial es, entonces, la fecundación científicamente asistida del óvulo, que puede hacerse en el útero de la madre o fuera de éste (in vitro); con semen de la pareja o de un donante.

[...] En la inseminación artificial, los espermatozoides son depositados en el interior de la mujer, mediante cánula, jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo; la fecundación in vitro supone la fusión de los gametos masculino y femenino de manera extracorpórea y su posterior implantación en la mujer. La transferencia intratubárica de gametos es un método intermedio, pues no se transfiere el pre-embrión o el embrión, sino las células reproductivas que han sido previamente recolectadas, para luego ser transferidas a las trompas de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural.

Todos esos procedimientos se producen al margen de la cohabitación sexual y tienen como propósito superar la esterilidad de la pareja, con el fin de facilitar la procreación cuando los demás tratamientos terapéuticos se han descartado por inadecuados, ineficaces, o imposibles de realizar.

La inseminación artificial o fecundación asistida, puede ser llevada a cabo con semen de la pareja (homóloga) o con el espermatozoides de un donante obtenido de un banco de semen (heteróloga).

El Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, en su artículo 2° fijó algunas definiciones en relación con la donación de gametos y preembriones a utilizar en las Unidades de Biomedicina Reproductiva; de ellas se destaca lo siguiente:

“Donante de gametos o preembriones. *Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos.*

Donante homólogo: *Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.*

Donante heterólogo: *Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.*

Receptor. *Es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos.*

Receptora de gametos o preembriones. *Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos (se subrayó).*

La Corte Constitucional, a la par, al tratar la temática de los «derechos sexuales y reproductivos», ha sostenido que dichas prerrogativas implican dos esferas de la vida del ser humano, la sexualidad y la reproducción, mismas que correlativamente involucran una serie de garantías e instituciones que han de ser respetadas, tales como la igualdad, la familia, la vida privada y familiar, la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, amén de la potestad de gozar de los beneficios del progreso científico y

tecnológico, y el principio de no discriminación; así, en Sentencia T-274 de 2015, datada 12 de mayo de 2015, consagró que:

La Corte ha diferenciado los derechos sexuales de los reproductivos, en tanto “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”¹. Sin embargo, también ha reconocido que ambos derechos están indudablemente relacionados, dado que la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgo de embarazos no deseados, lo que quiere decir que cada una de estas categorías posee una definición y un contenido propio pero parten de una base común². Al respecto, en la sentencia T-732 de 2009 sostuvo:

“Esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional³. En esta tarea, tanto el legislador como la administración deberán 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”⁴.

En lo atinente a las prerrogativas que deben concurrir en la protección de los «derechos sexuales y reproductivos», la Corte

¹ Sentencia T-732 de 2009.

² Idem.

³ Ver Sentencias T-016 de 2007 sobre el derecho a la salud, T-090 de 2009 sobre el derecho a la seguridad social y T-585 de 2008 sobre el derecho a la vivienda digna, entre otras.

⁴ Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001.

Interamericana de Derechos Humanos (caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs contra Costa Rica”), sostuvo que:

El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además,

la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (se resalta).

[... El] derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

[...] La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud”. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya

están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.

[...] Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

7.- En concordancia con lo hasta ahora visto, se encuentra que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se insiste, también cobra importante relevancia en temas como el planteado, toda vez que las decisiones tomadas relativas a la reproducción asistida influyen directamente en el plan de vida de una persona.

Además, para definir controversias relativas a la criopreservación de embriones, a más de los acuerdos mutuos lícitos, como ya se dijo, es menester tener en cuenta que están en juego derechos humanos relacionados con la vida digna, la intimidad, el deseo de tener una familia, el bienestar de la sociedad y la igualdad.

En similar sentido, y retomando algo atrás apuntado, no debe pasarse por alto la garantía constitucional prevista en el artículo 42 Superior, la cual está encaminada a la voluntad de conformar una familia y la libertad de las parejas de decidir tanto el número de hijos a procrear como el momento oportuno para ello; sobre el tema se ha consagrado que «[l]a **autodeterminación reproductiva** implica entonces

reconocer, respetar y garantizar “la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución, que prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”; y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW), que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos. Sobre el particular la Corte ha sostenido:

«Así, la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial a las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no (artículos 13 y 42 de la Constitución y artículo 11.2 de la CEDAW). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados o cuando se solicitan pruebas de esterilización o de embarazo para acceder o permanecer en un empleo.

«Además, la autodeterminación reproductiva reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos (...) no debe (...) estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”. Es por ello que este derecho es vulnerado, por ejemplo, ‘cuando se obliga al marido a dar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos’» (T-274 de 2015).

8.- Podría decirse que la decisión frente a la suerte de los preembriones sobrantes debe descansar, en principio, en la pareja, por ser ellos los aportantes, ya que, de consenso, ejercen el derecho de reproducción. En caso de no existir acuerdo entre ellos serían los tribunales de justicia en cada situación, los que resolverán la

controversia respectiva, utilizando la ponderación y el análisis fáctico respecto a la posición jurídica concreta de los preembriones congelados.

9.- En consonancia con todo lo anterior, es imperioso, para el caso concreto, reseñar que los accionantes acudieron al centro de reproducción asistida vinculado al presente trámite constitucional en aras de ser padres a través del procedimiento de la fecundación artificial, para lo cual aportaron sus gametos o células sexuales sin necesidad de acudir a un donante (procedimiento homólogo), siendo ellos, en principio, como beneficiarios del tratamiento voluntario tomado, los únicos responsables de las decisiones que, de mutuo acuerdo, adopten frente a la destinación del material genético, por lo que el 15 de marzo de hogaño decidieron interrumpir el ciclo de transferencia de los embriones congelados, dado que el tratamiento de transmisión uterina efectuado en Colombia no fue fructífero, optando trasladar dicho material al Pacific Fertility Center de los Estados Unidos de Norteamérica, ubicado en la ciudad de Los Ángeles (California).

Expresado de otro modo, la decisión sobre el traslado de los preembriones sobrantes (criopreservados) objeto de debate, de acuerdo con lo dicho por el Instituto Antioqueño de Fertilidad Humana, procede de los accionantes, quienes pretenden adelantar, en otro país, la fertilización *in vitro*, lo que requiere que se haga la entrega y envío, bajo ciertas condiciones técnicas-científicas, para lo cual es indispensable la autorización, señalando los parámetros, que debe expedir la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud, en razón de sus competencias.

Es precisamente por lo anotado, que no resulta admisible como contestación definitiva de ese pedimento, la que es menester para adelantar el citado trámite, lo escuetamente señalado por la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud, en el sentido de que como no existe regulación legal especial al respecto, no puede autorizar la salida del país de los embriones criopreservados, ya que con esa decisión se afectan los derechos fundamentales alegados por los gestores.

Para lo apuntado, esto es, emitir la respuesta que se impone, misma que ha de ser completa, clara y resolviendo de fondo el planteamiento expuesto, mal puede dicha entidad escudarse en que no hay normatividad expresa que delimite la precisa materia, dado que al efecto ha de utilizar las herramientas jurídicas que existen para dar aplicación, al tema *sub lite*, de los preceptos que rigen materias análogas, por vía de ejemplo, las concernientes con el traslado de material orgánico allende las fronteras, para que, con prudencia y medida, adopte la determinación, se insiste, de fondo, clara y completa que sea pertinente al caso, sin dejar de reparar en que el Estado colombiano ha de garantizar dichos derechos en correspondencia con los convenios y tratados internacionales suscritos, tal como se mencionó en líneas anteriores, pues la administración está obligada a aplicar los preceptos, parámetros y principios que conciernan con el asunto a dilucidar, y hacer efectivos los intereses de los tutelistas.

10.- En suma, encuentra la Sala 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.

Por lo referido en párrafos anteriores, se estima que la postura asumida por la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud frente a la solicitud elevada ante esa entidad, encaminada a obtener la autorización de salida de embriones criopreservados, en el sentido de no autorizarla resguardándose en la mera aserción de que no existe regulación legal, va en contravía de los derechos humanos y la dignidad de los accionantes, según quedó visto.

11.- Por lo anteriormente esbozado, se infirmará el fallo impugnado y en su lugar se ordenará al Ministerio de Salud y Protección Social -Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud- que, en el término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta determinación y conforme a lo anotado, se vuelva a pronunciar acerca de la solicitud de traslado de los embriones criopreservados, a que aquí se ha hecho referencia.

DECISIÓN

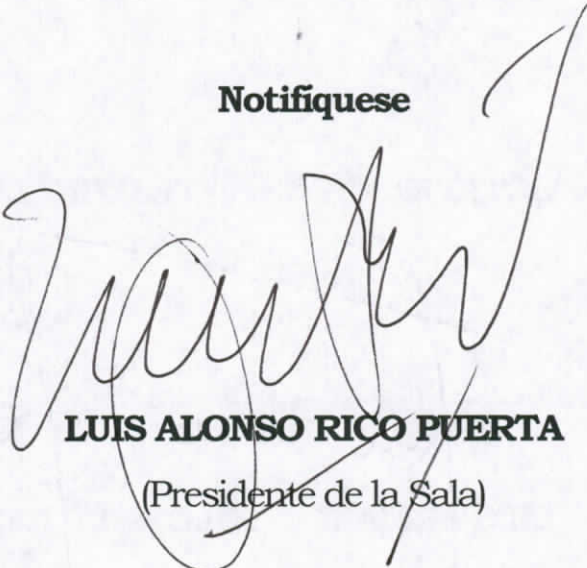
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación que antecede y, en su lugar, dispone:

PRIMERO: TUTELAR a favor de Jizra Engelhardt y Roland Beunis, 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, gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y no discriminación.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena que en el término de veinte (20) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente providencia, el Ministerio de Salud y Protección Social- Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud- se vuelva a pronunciar, siguiendo los lineamientos de esta decisión, acerca del traslado de los embriones criopreservados a que aquí se hizo referencia, que le fue solicitado por el Instituto Antioqueño de Fertilidad Humana Inser.

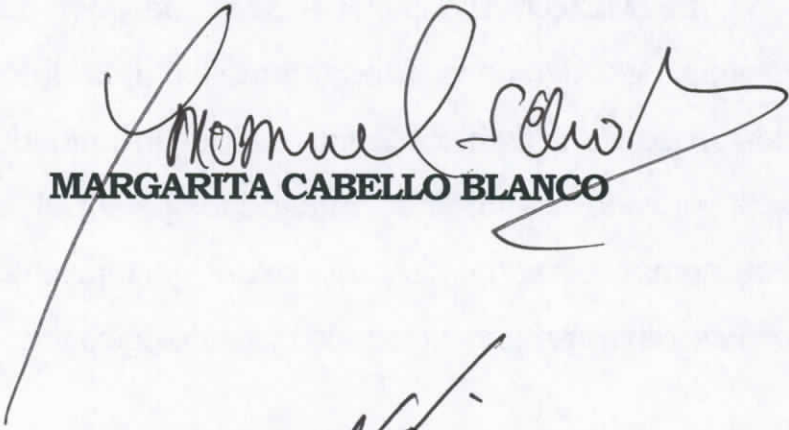
TERCERO: Comuníquese telegráficamente lo resuelto en esta providencia a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese



LUIS ALONSO RICO PUERTA

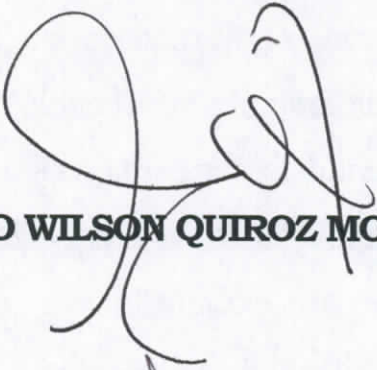
(Presidente de la Sala)



MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



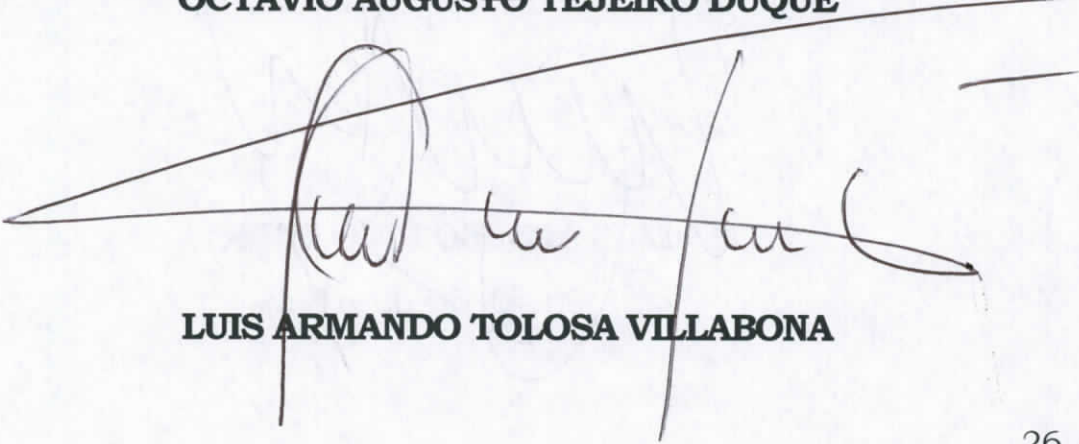
AROLDO WILSON QUIROZ MONZALVO



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA