

Sentencia T-290/18

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 identificarlos¹.

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 judicial², 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

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.

“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 conceptualizar 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 avanzada⁴, 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*

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.

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 país⁹.

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*

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.

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*

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.

*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 asunto¹⁶. 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 comercial¹⁷.

16. Con todo, solicitaron revocar la decisión de primera instancia y declarar la vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la familia, a la igualdad y a la buena fe y, en consecuencia, ordenar a las entidades accionadas acoger los procedimientos médico-científicos que se encuentran regulados para el transporte de material biológico y así permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros de paso transitorio por Colombia.

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:

¹⁵ Ver, cuaderno 1, folio 47.

¹⁶ Ver, cuaderno 1, folio 51.

¹⁷ Ver, cuaderno 1, folio 50.

- (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 ello²⁰. 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*

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.

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],

²² Ver, cuaderno 2, folio 17.

²³ Ver, cuaderno 2, folio 18.

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:

(a) Los requisitos mínimos que deben cumplirse, en términos de seguridad y calidad, para efectos de permitir la entrada y salida de embriones criopreservados del territorio nacional.

(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 criopreservados 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.*
- (b) De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, a qué autoridad le correspondería regular lo concerniente a la reproducción humana asistida.*
- (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 criopreservados.*
- (...)”*

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 de 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**

²⁴ Ver, cuaderno principal, folio 24.

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 (negritas 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 a 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 técnico²⁸ con recomendaciones científicas, éticas y normativas en la materia, remitido al Ministerio como cabeza del sector.

²⁵ Ver, cuaderno principal, folio 25.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Ver, cuaderno 1, folio 32.

²⁸ Radicado INS 15029590 del 15 de marzo de 2015.

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

26. El Instituto, a través de apoderado²⁹, 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 Colombia³⁰. 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

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.

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 Nación³³, 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.

³³ Poder obrante a folio 83 del cuaderno principal.

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 materia³⁴ 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 ordinario³⁵.

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. 86° de la Constitución Política, el Decreto 2591/91 art. 1° y art.10° que legitiman a toda persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad o ciudadanía³⁶ 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

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.

del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales³⁷. 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 oportuna³⁸.

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 juez³⁹. 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.

³⁷ Ver, sentencia SU-961 de 1999.

³⁸ Ver, sentencia T-211 de 2009.

³⁹ Ver, sentencia T-222 de 2014.

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*, así⁴⁰:

*“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” (negritas 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.

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

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

⁴¹ Ver, sentencia T-113 de 2013.

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 derechos⁴³. 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

⁴² Ver, sentencia T-070 de 2018.

⁴³ *Ibídem*.

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 siguientes⁴⁶:

“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

⁴⁴ Ver, sentencia T-047 de 2016.

⁴⁵ Ver, sentencia T-238 de 2017.

⁴⁶ Ibídem.

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 superado⁴⁹, salvo que sea evidente que la providencia objeto de revisión haya debido ser decidida de manera diferente⁵⁰.

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.

⁴⁷ Ver, sentencia T-070 de 2018.

⁴⁸ *Ibíd.*

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.

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 (negrillas 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 (negrillas 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

⁵¹ Ibídem.

⁵² Ver, cuaderno principal, folio 25.

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

