

Sentencia T-585/10

Referencia: expediente T-2.597.513

Acción de tutela instaurada por AA
contra el Hospital Departamental de
Villavicencio E.S.E.

Magistrado Ponente:
Dr. HUBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio en la acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

I. ANTECEDENTES

En el presente caso debe aclararse que por estar profundamente involucrada la dignidad de la actora, la Sala ha decidido no hacer mención al nombre de la titular de los derechos como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se

tomarán medidas para impedir su identificación, reemplazando el nombre de la peticionaria por las letras AA. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que las autoridades judiciales de instancia guarden estricta reserva respecto de la parte actora en este proceso.

El nueve (9) de diciembre de dos mil nueve (2009), la ciudadana AA interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y la vida, los cuales, en su opinión, están siendo amenazados por el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- AA, madre cabeza de familia de veinticuatro (24) años (folio 4, cuaderno 1), perteneciente al régimen subsidiado –Sisbén Nivel 1- (folio 18, cuaderno 1) se encuentra en estado de embarazo por cuarta ocasión y éste fue diagnosticado como de alto riesgo (folio 6, cuaderno 1). Cuenta con diez (10) semanas de gestación (folio 1, cuaderno 1).

2.- Informa que el primero de sus embarazos se presentó cuando contaba con quince (15) años. Durante el mismo sufrió de preclampsia razón por la cual le fue inducido el parto a los seis (6) meses y medio pero su hijo nació sin vida.

Relata que el segundo de sus embarazos se produjo al poco tiempo y que a los cinco (5) meses de gestación empezó a tener complicaciones. A causa de éstas últimas tuvo que ser trasladada a Bogotá a los seis (6) meses de embarazo, lugar en el que le tuvieron que practicar una cesárea de emergencia debido a la eclampsia que sufría, producto de la cual nació su hija que en la actualidad tiene siete (7) años (folios 1 y 25, cuaderno 1).

Indica que a los veintiún (21) años quedó en embarazo por tercera vez pero tuvo un aborto espontáneo a las siete (7) semanas (folio 2, cuaderno 1).

3.- El siete (7) de noviembre de 2009 la actora fue remitida por la médica Lida Blanco, perteneciente al Centro de Salud El Recreo, a la unidad de Ginecología del Hospital Departamental de Villavicencio con indicación de que la atención debía ser prioritaria debido a que el embarazo era de alto riesgo (folio 6, cuaderno 1).

Afirma que manifestó al Centro de Salud mencionado *“el miedo de morir en este embarazo y el deseo de acogerme a la sentencia de la Corte Constitucional, que permite el aborto en aquellos casos en que está en riesgo la salud de la madre (...) pero no me dieron ninguna solución”* (folio 2, cuaderno 1).

4.- Ese mismo día –siete (7) de noviembre de 2009- fue atendida por urgencias en el Hospital Departamental de Villavicencio por la médica Mónica Bello (folio 5, cuaderno 1) quien la remitió al especialista en ginecología con indicación *“aborto”* (folio 8, cuaderno 1).

5.- Debido a la remisión antedicha fue atendida en el Hospital demandado, el diez (10) de noviembre del 2009, por el ginecólogo César Ávila quien confirmó el diagnóstico de embarazo de alto riesgo y le ordenó un *“control 1 mes”* (folio 7, cuaderno 1). Indica la actora que también le prescribió unos exámenes y le dio una nueva cita para el veinticinco (25) de noviembre de 2009 (folio 2, cuaderno 1). Para este momento contaba con seis (6) semanas de gestación (folio 7, cuaderno 1).

Afirma la señora AA que cuando ella le manifestó su temor por su vida y su deseo de proceder a la interrupción del embarazo *“se escuda en la objeción de conciencia”* y le respondió que *“hay que aguantar”* (folio 2, cuaderno 1). Sin embargo, dice que *“siento que mi cuerpo no aguanta más; cada día me siento más decaída, no solo son los múltiples episodios de nauseas que sufro, pues presento vómitos constate (sic) de día y noche, sino que estoy bajando un kilo de peso por semana. Como puedo aguantar cuando la cefalea es constante (...)”* (folio 2, cuaderno 1).

6.- Relata la peticionaria que finalmente fue atendida un día antes de lo planeado, el veinticuatro (24) de noviembre de 2009, por un ginecólogo distinto -el doctor Bocarejo-, quien le da una orden para otra cita con el médico César Ávila, pero *“cuando me dirijo a sacarla me dice que*

espere la llamada en unos días ya que citas para este año no hay; y agenda del próximo año tampoco hay” (folio 2, cuaderno 1).

Refiere que “en la consulta le informé de los síntomas relatados anteriormente (...) además de que ahora el vomito viene acompañado de sangre, también le digo de mi dolor de cabeza que cada día terrible (sic) y que constantemente veo luces, escucho pitos debido a esto, que los pies en ocasiones se me inflaman; cuando toman mi peso notan que ya se encuentra en 60 kilos 4 kilos debajo del peso del 04 de noviembre y que ya estoy en condiciones de deshidratación pero no me solucionan nada” (folio 2, cuaderno 1).

7.- Indica que el treinta (30) de noviembre de 2009 acudió a la Defensoría del Pueblo de Villavicencio *“en busca de ayuda pero tampoco fui escuchada” (folio 2, cuaderno 1).*

Solicitud de Tutela

8.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana AA exigió la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida que considera están siendo amenazados por el demandado al negarse a interrumpir su embarazo a pesar de que, en su opinión, están en peligro su vida y su salud razón por la cual está incurso en una de las hipótesis en las que la interrupción voluntaria del embarazo –IVE- no es punible según la sentencia C-355 de 2006. Solicitó entonces que se ordene al Hospital demandado que se la practique (folio 1, cuaderno 1).

Respuesta de la entidad demandada

9.- El Hospital Departamental de Villavicencio contestó la acción de tutela impetrada por la señora AA el quince (15) de diciembre de 2009. Argumentó que *“hecha la consulta al Dr. Rodrigo Reyes, Coordinador de Ginecología del Hospital Departamental de Villavicencio, y que me permito aportar a esta contestación la situación es la siguiente: La paciente (...) no cuenta con al menos un requisito de la ley para proceder a interrumpir el embarazo, para el caso, ella asume que su vida está en peligro o su salud. En estos casos se necesita el concepto escrito del médico y/o psicólogo que asesore esto y hasta ahora, no hay documento no (sic) del Dr. Ávila o del Dr. Bocarejo. Ni anotación en la*

historia clínica que aconseje interrumpir el embarazo”. De lo anterior concluyó que “no ha habido violación o amenaza de violación de algún derecho fundamental de la accionante por parte del Hospital o de la Secretaría de Salud. Primero que todo, no existe un concepto médico que indique que la señora está en peligro de muerte por su nuevo embarazo. Así las cosas, mal puede ordenarse que el Hospital practique un aborto que no ha sido sustentado para hacerlo (...)” (folios 33-34, cuaderno 1).

Actuaciones surtidas en primera instancia

10.- Mediante auto del nueve (9) de diciembre de 2009 el juzgado de primera instancia ordenó las siguientes pruebas (folio 13, cuaderno 1):

- (i) Remitir a la peticionaria al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses *“a fin de que se le practique valoración y se establezca la patología que esta presentando, indiciando la gravedad de la misma y si pone o no en riesgo la vida de la paciente y de la criatura por nacer”*.
- (ii) Citar a la actora al juzgado *“a fin de que amplíe los términos de la acción de tutela”*.
- (iii) Citar al ginecólogo César Ávila *“para que rinda testimonio”*.

11.- El once (11) de diciembre de 2009 la peticionaria fue valorada por medicina legal, informe en el cual se concluyó *“se aconseja valoración por considerarse embarazo actual de alto riesgo”* (folios 30-31, cuaderno 1).

12.- El once (11) de diciembre de 2009 la accionante compareció ante el juez de primera instancia.

Al ser preguntada por su estado de salud respondió que *“tengo 11 semanas de embarazo, (...) mi estado de salud es malo, me siento enferma, vomito todo el tiempo y en ocasiones con sangrado, dolores de cabeza intensos, escucho pitos, veo lucecitas, dolor bajito, ardor y dolor en el estómago, los médicos dicen que es por el vomito y lo que mas me preocupa es que pierdo un kilo semanal”*. Agregó que *“me siento decaída, enferma, anímicamente me siento triste y desesperada, ya que*

nadie me da solución a lo que tengo ni puedo trabajar para mantener a mi menor hija". Así mismo indicó que *"he tenido dos amenazas de aborto, el 4 y 13 de noviembre del presente año"* (folio 18, cuaderno 1).

Ante la pregunta de si había hecho alguna solicitud al Hospital para que interrumpieran su embarazo, contestó que *"no, por escrito no pero si verbalmente en casa consulta se lo he solicitado a los médicos tratantes, invocándoles la nueva sentencia que permite el aborto, pero ellos que no, que no están de acuerdo con el aborto y alegan objeción de conciencia"* (folio 19, cuaderno 1).

13.- El ginecólogo César Ávila pidió aplazamiento de la citación pero no se volvió a fijar fecha para ello (folio 32, cuaderno 1).

14.- Mediante auto del quince (15) de diciembre de 2009 el juzgado de primera instancia ordeno *"remitir al Hospital Departamental del Meta a la accionante (...) para que sea valorada de manera inmediata por un médico ginecólogo-obstetra y este emita concepto respecto de su estado de embarazo y determine si se trata de un embarazo de alto riesgo que coloca en riesgo la vida de la madre y del feto"* (folio 36, cuaderno 1)

15.- El dieciséis (16) de diciembre de 2009 se recibió en el juzgado de primera instancia la valoración requerida practicada por Rodrigo Reyes, ginecólogo obstetra, quien conceptuó: *"Paciente con alto riesgo de preclampsia pero que en el momento no tiene preclampsia, ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo. Sin embargo con una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación si psicólogo (sic) emite concepto de paciente no apta psicológicamente, estaremos atentos para interrumpir el embarazo o cuando existe indicación médica"* (folio 38, cuaderno 1).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de instancia única

16.- El dieciocho (18) de diciembre de 2009 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora.

Estimó, en primer lugar, que no se encontraba probada la hipótesis de peligro para la vida o la salud de madre que autorizaría la interrupción voluntaria del embarazo. Al respecto indicó que *“es evidente que del [dictamen practicado por medicina legal] (...) no emerge una situación que evidencie o constate algún grave peligro para la accionante (...) ni para su nasciturus en gestación (...)”* (folio 43, cuaderno 1).

Precisó al respecto que *“no corresponde al juez constitucional la carga probatoria sino a la accionante, por lo que si ella consideró que su vida se encuentra en grave e inminente peligro de muerte debió probarlo y no esperar a que fuera el juzgador quien agotara estas instancias (...)”* (folio 48, cuaderno 1).

En este sentido agregó que *“lo único que la madre pobremente llegó a demostrar con la historia clínica que allegó a este juzgado es que padece de un embarazo de alto riesgo, lo que no significa que su vida corra peligro, ya que en la actualidad son muchas las mujeres que pasan por las mismas circunstancias y el hecho de que padezca un embarazo de alto riesgo no significa que vaya a terminar con la muerte, distinto es que se hace necesario que la madre tenga cuidados médicos especiales y hasta ella misma cuide su vida y la de su hijo”* (folio 47, cuaderno 1).

En segundo lugar consideró que el demandado no se ha negado a realizar la interrupción del embarazo, por el contrario, según la valoración practicada por el ginecólogo Rodrigo Reyes, *“estarán atentos a interrumpir el embarazo cuando por lo menos exista una indicación médica (...)”* (folio 45, cuaderno 1).

En tercer lugar arguyó que *“con anterioridad a esta acción la ciudadana AA no había solicitado al demandado Hospital Departamental, la interrupción de su embarazo; entonces, mal puede endilgarse una vulneración a derechos fundamentales por acción u omisión de la accionada (...) El Hospital Departamental del Meta con su actitud no amenazó si quiera los derechos fundamentales de la señora AA; pues es deber del paciente informar y solicitar que si caso sea atendido, procedimiento que no realizó la accionante (...) antes de acudir a la acción de tutela, debió acudir a su entidad prestadora de salud del régimen subsidiado agotando tales instancias, para que allí se le*

practicasen todos los exámenes y valoraciones sobre su situación clínica y médica, donde se hubiese determinado la practica directa del aborto por parte del Hospital si cumplía alguno de los requisitos o en su defecto, ahí si finalmente al no existir otro medio, acudir si a la tutela como mecanismo excepcional” (folio 45, cuaderno 1).

Actuaciones surtidas en el trámite de revisión

17.- Por medio de comunicación telefónica que tuvo lugar con la peticionaria el día veintiocho (28) de abril de 2010, el Despacho del Magistrado Sustanciador pudo constatar que la misma ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que *“no había continuado con el embarazo”*.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. vulneró el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo de la señora AA al negarse a practicarle el procedimiento necesario para la misma al estar incurso, a su juicio, en una de las hipótesis en que ésta no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 –peligro para vida o la salud física o mental de la madre-.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto, (ii) la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias específicas y su *ratio decidendi*, (iii) los requisitos para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo según la sentencia C-355 de 2006 y su

desarrollo en la jurisprudencia en materia de tutela, (iv) el derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud, (v) consecuencias de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 “*por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva*” respecto de las obligaciones del Estado y de los prestadores y promotores del servicio de salud, para finalmente (vi) resolver el caso concreto.

Jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto

4.- El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío¹. Lo anterior se presenta, *generalmente*, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

5.- Por un lado, la carencia actual de objeto por *hecho superado* se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -*verbi gratia* se ordena la practica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria². En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna³.

¿Cuál debe ser entonces la conducta del/de la juez/a de amparo ante la presencia de un hecho superado? Según la jurisprudencia constitucional⁴, para resolver este interrogante se debe hacer una distinción entre los/las jueces/zas de instancia y la Corte Constitucional cuando ejerce su facultad de revisión.

¹ Sentencia T-533 de 2009.

² *Ibídem*.

³ En el mismo sentido, las sentencia T-170 de 2009, T-309 de 2006, T-308 de 2003 y T-972 de 2000, entre muchas otras.

⁴ Sentencia T-533 de 2009.

Así, esta Corte ha señalado que *“no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”*⁵, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991⁶. Lo que es potestativo para los/las jueces/zas de instancia, se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional *“tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”*⁷.

Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los/las jueces/zas de instancia como para esta Corporación, es 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 superado⁸, 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.

6.- Por otro lado, la carencia actual de objeto por *daño consumado* se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se

⁵ Sentencia T-170 de 2009.

⁶ “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

⁷ Sentencia T-170 de 2009.

⁸ Ibídem.

concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental⁹.

Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general¹⁰. En otras palabras, su fin es que el/la juez/a de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización¹¹. En este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua¹² o, lo que es lo mismo, caería en el vacío¹³ pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Cabe preguntarse cuál es la conducta a seguir por parte del/de la juez/a de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos¹⁴.

⁹ Sentencia T-083 de 2010.

¹⁰ Al respecto, ver las sentencias T-803 de 2005, T-448 de 2004, T-873 de 2001, T-498 de 2000, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-138 de 1994, T-468 de 1992 y T-456 de 1992, entre otras.

¹¹ El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, regula la excepcional hipótesis de indemnización por vía de tutela de la siguiente forma: “*Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad*”. Sobre la aplicación de esta hipótesis en aquellos casos en que se debió haber ordenado la interrupción voluntaria del embarazo y por la negativa éste culminó en el nacimiento del/ de la hijo/a ver la sentencia T-209 de 2008.

¹² Sentencias T-288 de 2004, T-496 de 2003, T-436 de 2002, SU-667 de 1998, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-596 de 1993 y T-594 de 1992, entre otras.

¹³ Sentencia T-309 de 2006, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998, entre otras.

¹⁴ T-083 de 2010.

El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que *“la acción de tutela no procederá... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”*. Esto quiere decir que el/la juez/a de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo¹⁵. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.

El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el/la juez/a de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión¹⁶:

- (i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez/a de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado¹⁷.
- (ii) Hagan una advertencia *“a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que*

¹⁵ Así se hizo, por ejemplo, en las sentencias T-979 de 2006 (respecto de la violación del derecho de petición), T-138 de 1994 y T-596 de 1993.

¹⁶ Sentencias T-170 de 2009 y SU-667 de 1998.

¹⁷ Ver sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, entre otras.

dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991¹⁸.

- (iii) Informen al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño¹⁹.
- (iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el mencionado daño²⁰.

7.- Para ejemplificar la hipótesis del daño consumado durante el transcurso del proceso de tutela resulta útil traer a colación dos casos similares al presente, los cuales fueron decididos por esta Corte mediante las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

En esas oportunidades se verificó la existencia de una carencia actual de objeto por daño consumado ya que, ante la injustificada negativa de las Empresas Promotoras de Salud –EPS- y de las Instituciones Prestadoras de Salud –IPS- a realizar a las peticionarias el procedimiento necesario para la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal no consentido, éstas dieron a luz. Como se ve, aquello que se pretendía evitar con la interposición de la acción de tutela se produjo de modo tal que no era posible emitir orden judicial alguna para retrotraer la situación.

Ante la presencia del daño consumado, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, la Corte procedió a (i) indicar que los demandados habían incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales de la actora al rehusarse a practicarle la IVE a pesar de encontrarse incurso en una de las hipótesis despenalizadas mediante la sentencia C-355 de 2006, (ii) señalar que los jueces de instancia han debido conceder el amparo y a (iii) oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Seccional de Judicatura respectivo y a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigaran las conductas de las demandadas y de

¹⁸ Así se hizo en las sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

¹⁹ Ver las sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

²⁰ Así se hizo en las sentencias T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

los jueces de instancia. Es más, en las sentencias reseñadas la Corte consideró que, más que informar a la peticionaria y a su familia sobre las acciones jurídicas a las que podía acudir para la reparación del daño, se debía hacer uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional (iv) ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

8.- Ahora bien, advierte la Sala que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el/la tutelante perdieran el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo.

Ello sucedió en un asunto similar al de la referencia –decidido a través de la sentencia T-988 de 2007- en el que tanto la EPS como los jueces de instancia se rehusaron ilegítimamente a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal violento en persona incapaz de resistir. Ante la negativa, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud, por lo que, en sede de revisión, cualquier orden judicial dirigida a la interrumpir el embarazo resultaba inocua. No se trataba entonces de un hecho superado, pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada, pero tampoco de un daño consumado en vista de que el nacimiento tampoco se produjo.

En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que el amparo debía haber sido concedido y (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales. Agrega la Sala que aquí también es procedente (iii) compulsar copias del expediente a las autoridades que se considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as que violaron derechos fundamentales.

9.- Visto lo anterior, es claro para la Sala que la carencia actual de objeto –por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aún cuando nos encontramos en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional.

Además, como se dejó entrever, un pronunciamiento judicial en este tipo de casos, a pesar de la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo, tiene importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para proceder a la reparación de perjuicios y a la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

La sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias específicas y su *ratio decidendi*

10.- A través de la sentencia C-355 de 2006 le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000 Código Penal.

En la parte resolutive de la sentencia mencionada, la Corte decidió, con efectos de cosa juzgada constitucional que, al tenor del artículo 243 de la Carta Política, *vinculan a todas las personas y a todas las autoridades públicas sin excepción,*

- (i) “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia”²¹.
- (ii) “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”²².
- (iii) “Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión ‘...o en mujer menor de catorce años ...’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000”²³.
- (iv) “Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000”²⁴.

11.- Como se indicó en las sentencias T-988 de 2007 y T-388 de 2009, a partir de la lectura de la sentencia de constitucionalidad mencionada, es factible distinguir la *ratio decidendi*, esto es, aquellos argumentos utilizados por la Corte Constitucional para fundamentar la providencia que se relacionan de manera inescindible con la parte resolutive de la misma y que configuran, precisamente, el *decisum* de la providencia. A

²¹ “ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: I. / (...) / 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar (...)”

²² “ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. / A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”

²³ “ART. 123.—Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.”

²⁴ “ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. / PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.”

continuación, se hará alusión a algunos de los elementos más relevantes del *decisum*:

- (i) Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional.
- (ii) El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene igual extensión.
- (iii) Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, el legislador acudir al derecho penal para esos efectos.
- (iv) La anterior posibilidad, no obstante, debe surtirse bajo las fronteras que traza la Constitución misma – reforzados estos límites con fundamento en lo dispuesto por el artículo 93 superior, esto es, por las garantías consignadas en un conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia -. En ese orden, cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante.
- (v) No puede entonces esa protección infringir los derechos de la mujer gestante a la dignidad, a la libertad en general, al libre desarrollo de su personalidad –que le reconoce la posibilidad de autodeterminarse y configurar su propia identidad-, a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia, a la vida, a la salud integral – física y mental – que incluye así mismo la salud sexual y reproductiva.
- (vi) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del *nasciturus* hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer

gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

La Corte, en la sentencia C-355 de 2006, fundamentó la falta de proporcionalidad de la penalización del aborto respecto de los derechos de la mujer embarazada en cada una de éstas tres hipótesis de la siguiente manera²⁵.

12.- Con relación a la primera de las circunstancias, para la Corte, *cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, así como de incesto*, llevar el deber de protección del valor de la vida del *nasciturus* hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo resultaba manifiestamente desproporcionado e irrazonable pues confería protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la mujer embarazada y, en ese sentido, *“priva[ba] totalmente de contenido estos derechos”*.

Encontró la Corte que el respeto por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer excluía por entero el considerarla como “mero receptáculo”, motivo por el cual, en presencia de estas circunstancias, la exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer cobraba especial relevancia por encontrarse ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal en todos los sentidos.

13.- En lo que toca con la segunda de la hipótesis *-cuando el feto padece malformaciones de tal entidad que lo hacen inviable-* dijo la Corte que *“el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí,*

²⁵ Ver al respecto las sentencias T-209 de 2008 y T-388 de 2009.

que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en tales condiciones”.

Una razón más para no penalizar la interrupción del embarazo bajo este supuesto radicaba, a juicio de la Corporación, en que sancionar penalmente la conducta con el fin de proteger la vida en gestación *“entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”*. Fuera de lo anterior, obligar a la madre a llevar a término el embarazo implicaba del mismo modo *“someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”*.

14.- Finalmente, encontró la Corte que, en los casos en los cuales se ve amenazada la salud y la vida de la mujer gestante –tercera hipótesis-, resulta a todas luces un exceso requerir que la vida de la madre – ya formada – ceda ante la vida del feto – apenas en formación -. En ese orden de ideas, manifestó la Corporación: *“si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”*.

Al respecto de lo dicho, hizo hincapié la Corte en que la mujer en estado de gestación no puede ser obligada *“a asumir sacrificios heroicos”²⁶* ni puede conducirse *“a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”*. A juicio de la Corte, una obligación de esta entidad resulta por entero inexigible así el embarazo haya sido resultado de un acto consentido, máxime – agregó la Corporación - cuando se piensa en el artículo 49 Superior que contiene el deber en cabeza de toda persona *“de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud.”*

²⁶ Ver C-563 de 1995.

En relación con esta temática, trajo a la memoria la Corte lo establecido en diferentes convenios internacionales encaminados a proteger el derecho a la vida y a la salud de las mujeres (artículo 6 del PDCP²⁷; el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer²⁸, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁹) y recordó que tales disposiciones forman parte del bloque de constitucionalidad y exigen, en consecuencia, que el Estado adopte las medidas orientadas a proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez. En tal sentido, recalcó la Corte que prohibir el aborto cuando *“está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir (...) una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivada de las normas del derecho internacional.”*

A propósito de lo anterior, indicó la Corte que en una eventualidad como la descrita no se cobijaba en exclusivo la protección de la salud física de la mujer gestante sino también se extendía ese amparo a *“aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”*, y evocó la disposición contenida en el artículo 12 del PIDESC según la cual la garantía del derecho a la salud supone, a su turno, gozar del “más alto nivel posible de salud física y mental”. Concluyó la Corporación, que el embarazo podía provocar *“una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”*.

Los requisitos para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo según la sentencia C-355 de 2006 y su desarrollo en la jurisprudencia en materia de tutela

15.- En la sentencia C-355 de 2006 la Sala Plena de esta Corporación dejó claros los requisitos que debían cumplir las mujeres embarazadas que, incursas en las circunstancias antes explicadas, desearan interrumpir voluntariamente la gestación. Ciertamente es que la Corte no excluyó a posibilidad de regulación legislativa, pero fue muy enfática al precisar

²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

²⁸ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

²⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

que tales regulaciones no podían encaminarse a establecer “*cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer*”.

16.- En el caso de que la mujer haya sido víctima de una *conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, así como de incesto*, y solicite interrumpir el embarazo que se ha producido como producto de la misma, la Corte indicó que el *único* requisito que se puede exigir para acceder a su petición es que *el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes*. A manera enumerativa, que no exhaustiva, citó como ejemplo la Corporación que no se podría exigir, ni siquiera por vía legislativa o reglamentaria, (a) evidencia forense de penetración sexual, (b) pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva, (c) requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez, (d) pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación o (e) permiso, autorización o notificación, bien del marido o de los padres.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que “*cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto*”³⁰.

De conformidad con lo anterior esta Sala de Revisión, en la sentencia T-988 de 2007, estimó que la EPS demandada había incurrido en una violación de los derechos fundamentales de una mujer con discapacidad física y mental que había quedado en estado de embarazo como consecuencia de un acceso carnal en persona incapaz de resistir al exigir requisitos adicionales a la denuncia para proceder a la IVE. En concreto, de manera ilegítima la demandada requirió sentencia judicial de interdicción y guarda y prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que la relación sexual no había sido consentida. Así, se consideró que ésta “*en lugar de remover los obstáculos para lograr la efectividad de los derechos de la joven –lo que, como se mostró, es deber de las autoridades públicas y también de las EPS quienes obran en esa*

³⁰ Sentencia T-209 de 2008.

calidad al ser prestadoras del servicio público de salud-, se orientó a multiplicarlos”. Agregó la Sala que con su conducta la EPS había desconocido la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006.

De manera similar, en la sentencia T-209 de 2008 la Sala Novena de Revisión concluyó que la EPS y la IPS demandadas habían incurrido en una violación a los derechos fundamentales de una menor de catorce años víctima de acceso carnal abusivo al rehusarse a practicarle el procedimiento para la IVE bajo el argumento de que existían discrepancias entre la fecha del delito y la de la fecundación, a pesar de que se presentó la correspondiente denuncia y de que, en vista de la edad de la menor –trece años-, se presume la violación sexual de acuerdo con la legislación penal.

A igual conclusión arribó la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-946 de 2008 mediante la cual se decidió el caso de una mujer interdicta, que quedó en estado de embarazo al ser víctima de acceso carnal en persona incapaz de resistir, y a la cual se le negó la practica de la IVE debido a que no se podía determinar si el embarazo era en realidad producto de la violación. En concreto afirmó que *“la solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo”*.

17.- En los casos de que *exista grave malformación del feto que haga inviable su vida o esté en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante*, y ésta desee interrumpir la gestación, la Corte precisó, en la sentencia C-355 de 2006, que el *único* requisito que se puede exigir para acceder a su petición es un *certificado médico*.

Específicamente, en la hipótesis de afectación de la salud mental de la madre, esta Corte en la sentencia T-388 de 2009 aclaró que el certificado debe ser expedido por un profesional de la psicología y subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos

por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.

En aplicación de la jurisprudencia constitucional referida, esta Sala de Revisión en la sentencia T-388 de 2009 consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria, quien había exigido la IVE debido a que se presentaban malformaciones del feto que hacían inviable su vida, adjuntado el certificado médico respectivo, y a quien se le había solicitado orden judicial para proceder a la intervención.

18.- En la sentencia de constitucionalidad se aclaró también que cada una de las hipótesis despenalizadas *“tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable”* o viceversa³¹.

El derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud

19.- Resulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas. En efecto, como se indicó, en esta sentencia la Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó el derecho a la IVE de las mujeres gestantes que se encuentran en los eventos antes indicados.

³¹ En el mismo sentido, sentencia T-209 de 2008.

20.- Según la jurisprudencia constitucional, el derecho de las mujeres a la IVE se inscribe en la categoría de los *derechos reproductivos*³².

En la sentencia T-732 de 2009, esta Sala de Revisión, con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, afirmó que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

Reconoció la Sala que, tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, aceptó también que es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así³³, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.

- (i) Explicó la Sala que, en virtud de la *autodeterminación reproductiva* se reconoce, respeta y garantiza 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,

³² En este sentido, ver la sentencia T-732 de 2009. En la misma providencia, se explican las diferencias entre los denominados derechos sexuales y los reproductivos.

³³ El artículo 5 de la CEDAW obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para: *“a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”*. Por su lado, el artículo 16 de la misma, obliga a los estado partes a adoptar *“todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial* (subrayado fuera de texto).

ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)³⁴ 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.

En este sentido, el derecho a la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial 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 Constitución³⁵ y artículo 11.2 de la CEDAW³⁶). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados³⁷ o cuando se solicitan pruebas de esterilización³⁸ o de embarazo³⁹ para acceder o permanecer en un empleo.

³⁴ Ratificada por Colombia desde 1982.

³⁵ “La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

³⁶ “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...)”.

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Capítulo VII Los Derechos de la Mujer” en *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, junio, 2000, párr. 26. En el mismo sentido, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 22; COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “Observación General N° 19” en *Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004; e INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS. *Políticas y prácticas que repercuten en la salud reproductiva de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen*, 1999, párr. 52.

³⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, párr. 14

³⁹ Esta Corte ha rechazado sistemáticamente esta práctica. Ver, entre otras, las sentencias T-1002 de 1999, T-472 de 2002, T-873 de 2005 y T-071 de 2007, entre otras.

Además, 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”⁴⁰. Es por ello que el derecho a la autodeterminación reproductiva 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”⁴¹.

Ahora bien, después de la sentencia C-355 de 2006, es posible afirmar que, dentro del contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva, se encuentra el derecho de las mujeres a la IVE cuando se encuentran en las hipótesis despenalizadas.

- (ii) Así mismo, indicó la Sala, los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial a las mujeres, de *acceder a servicios de salud reproductiva*. Estos incluyen, entre otros:

-Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que está reconocida en los artículos 10⁴² y 12⁴³ de la CEDAW y en el artículo 24 de la

⁴⁰ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22.

⁴¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 28. igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29/3/2000, párr. 20.

⁴² “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

⁴³ “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña⁴⁴.

-Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Al respecto, el artículo 43 de la Constitución prescribe que *“durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado”*. Por su parte, el artículo 12 de la CEDAW impone a los Estados la obligación de asegurar *“a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*. Así mismo, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño los obliga a proporcionar *“atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”*.

-Prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino⁴⁵.

-Por último, el acceso a los servicios de interrupción voluntaria embarazo de forma segura, oportuna y con calidad en aquellos casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006.

Por su importancia para la resolución del caso concreto recalca la Sala que este derecho al acceso a los servicios de IVE incluye una innegable *faceta de diagnóstico* en los casos de la causal de

⁴⁴ “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...)

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia” (subrayado fuera de texto). Ratificada por Colombia en 1991.

⁴⁵ Al respecto, en la sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una *“cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”*, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así mismo, en la sentencia T-636 de 2007, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado *“cariotipo materno”* con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos espontáneos.

peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. Tal diagnóstico médico tendrá el objetivo de determinar, precisamente, si se configura la hipótesis referida para que, si la madre lo desea, se expida el correspondiente certificado médico y se pueda proceder a la práctica de la intervención. En este sentido, al igual que sucede con la fase de diagnóstico del derecho a la salud según la jurisprudencia constitucional⁴⁶, la paciente tiene derecho exigir de su EPS e IPS una valoración oportuna al respecto.

21.- De todo lo anterior esta Sala concluyó, en la sentencia T-732 de 2009, que las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en los ámbitos de la reproducción. Por esta razón la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indicó que esta categoría de derechos *“abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso”* (principio 4). En este sentido, los derechos reproductivos, con ellos la IVE, están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.

Por lo dicho, y debido a la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que los derechos reproductivos están protegidos por la Constitución de 1991 ya que *“han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”*⁴⁷.

22.- El reconocimiento de la IVE –en los tres casos despenalizados– como derecho fundamental protegido por la Constitución de 1991 y el bloque de constitucionalidad a partir de la sentencia C-355 de 2006

⁴⁶ Al respecto ver la sentencia T-452 de 2010.

⁴⁷ Sentencia C-355 de 2006. Reiterada por las sentencias T-605 de 2007 y T-636 de 2007.

implicó el surgimiento de un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud.

En otras palabras, el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –EPS e IPS- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Así también, tienen el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-⁴⁸.

Al respecto, la sentencia T-388 de 2009 enlistó, de forma enunciativa, algunas de las obligaciones de respeto y de garantía más importantes:

- (i) *“Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.*
- (ii) *Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 (...)*
- (iii) *Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar disponibles en todo el territorio nacional - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia*

⁴⁸ Al respecto ver la sentencia T-988 de 2007.

- y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.

- (iv) Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.*
- (v) Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.*
- (vi) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.*
- (vii) Ninguna entidad prestadora de salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 – cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.*
- (viii) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida*

sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:

- Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.*
- Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.*
- Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.*
- Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.*
- Suscribir pactos – individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.*
- Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.*

- *Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.*
- *Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico – en este caso la práctica del aborto inducido – no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.*
- *No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”.*

Así mismo, por su importancia para la resolución del caso concreto, agrega la Sala que del derecho al acceso a los servicios de la IVE surge la correlativa obligación de garantizarlo, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud de la madre, incluye el deber de las EPS e IPS de contar con *protocolos de diagnóstico* rápido en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incurso en ella, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.

23.- De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos.

Así también concluye que del derecho a la IVE se desprende, para el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –EPS e IPS–, la obligación de abstenerse de imponer

obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- y el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-.

Del mismo modo, por su relevancia para el caso concreto, reafirma la Sala que el derecho al acceso a los servicios de IVE incorpora una importante faceta de diagnóstico y la correspondiente obligación de los promotores y prestadores del servicio de salud de garantizarla mediante protocolos de diagnóstico oportuno que lleven a determinar si se satisface el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica para proceder, si lo decide la madre, a la IVE.

Consecuencias de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 “por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva” respecto de las obligaciones del Estado y de los prestadores y promotores del servicio de salud

24.- En la sentencia C-355 de 2006 la Corte fue enfática en determinar que *“para todos los efectos jurídicos (...) las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno. Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”* (subrayado fuera del texto original). Ello porque los derechos de la mujer que sustentan la despenalización de la IVE en los tres casos explicados se encuentran en disposiciones constitucionales que poseen en sí mismas carácter normativo en virtud del artículo 4 de la Carta Política y en tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen fuerza vinculante, prevalecen en el orden interno y hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 ídem).

En este orden de ideas, la Sala considera necesario advertir que la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 *“por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”* efectuada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante auto del 15 de octubre de 2009 (expediente 2008-00256-00) no

soslaya en ninguna medida el derecho de las mujeres a la IVE y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y de los particulares que prestan y promueven el servicio de salud ya que, se reitera, derivan directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

25.- Así mismo, es pertinente recalcar que, en virtud de la suspensión provisional del mencionado decreto, no se afecta la fuerza vinculante del acuerdo número 350 de 2006 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud *“Por medio del cual se incluye en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado la atención para la interrupción voluntaria del embarazo”* pues éste fue emitido, no con fundamento en el acto administrativo suspendido, sino con base en las facultades que el artículo 172 de la ley 100 de 1993 le confirió al mencionado organismo de definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.

26.- Igual sucede con la Circular Externa 058 del veintisiete (27) de noviembre de 2009 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud pues su emisión se fundamenta en una orden judicial específica dada por esta Sala de Revisión en la sentencia T-388 de 2009 y no en el decreto 4444 de 2006 provisionalmente suspendido.

Recuérdese que en la sentencia T-388 de 2009 se ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud *“para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS – independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y*

municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006”.

En virtud de lo anterior la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular Externa 058 de 2009 dirigida a las entidades administradoras de beneficios. En ésta se reiteran algunas de las más importantes obligaciones de respeto y garantía que tienen los promotores y prestadores del servicio de salud con respecto al derecho de las mujeres a la IVE, las cuales, como se dijo, derivan directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad de conformidad con la jurisprudencia constitucional. La Superintendencia:

- (i) Advirtió que todas las EPS e IPS, públicas o privadas, laicas o confesionales, deben garantizar el servicio de IVE en las circunstancias descritas en la sentencia C-355 de 2006.
- (ii) Indicó que es deber de todas las EPS, bien sean del régimen contributivo o subsidiado, independientemente de si son laicas o confesionales, contar dentro de su red de prestadores del servicio con IPS que tengan debidamente habilitado el servicio de ginecología en los niveles departamental, distrital y municipal, con el fin de garantizar el servicio de IVE en las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006.
- (iii) Instó a las IPS, que tengan habilitado el servicio de ginecología, independientemente de si son laicas o confesionales, para que cuenten con personal médico idóneo y suficiente para atender el servicio de IVE en los supuestos de la sentencia C-355 de 2006.
- (iv) Reiteró que esta prohibido a las EPS e IPS, públicas o privadas, laicas o confesionales, sentar objeción de conciencia institucional e imponer obstáculos o exigir mayores requisitos a los exigidos en la sentencia C-355 de 2006 frente a una solicitud de IVE.

27.- En definitiva, a pesar de la suspensión provisional de decreto 4444 de 2006, se mantiene incólume el derecho de las mujeres a la IVE y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y de

los particulares que prestan y promueven el servicio de salud debido a que surgen directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

Con las anteriores consideraciones procede la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

28.- En el presente asunto, la señora AA considera amenazados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud debido a que el Hospital Departamental de Villavicencio se negó a practicarle el procedimiento para la interrupción voluntaria de su embarazo a pesar de que, a su juicio, está incurso en una de las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006, a saber peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. En consecuencia, solicitó ordenar al demandado llevar a cabo la intervención referida.

29.- Advierte la Sala que en el presente caso se presenta una carencia actual de objeto que determina que sea imposible que la orden solicitada en la demanda de amparo –la práctica de la IVE- surta algún efecto. En efecto, por medio de comunicación telefónica que tuvo lugar con la peticionaria el día veintiocho (28) de abril de 2010, el Despacho del Magistrado Sustanciador pudo constatar que la misma ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que *“no había continuado con el embarazo”*.

En esta oportunidad la carencia actual de objeto no se deriva de la presencia de un hecho superado o de un daño consumado pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada pero, al mismo tiempo, el nacimiento tampoco se produjo. Aquí la carencia actual de objeto surge de una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela que hace que la pretensión sea imposible de llevar a cabo.

Ahora bien, como se expresó con anterioridad, la carencia actual de objeto, independientemente de la razón que la origine, no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de

instancia⁴⁹. Menos aún cuando nos encontramos en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional. Así mismo, a pesar de la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo, el pronunciamiento de fondo tiene importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

Así, en la sentencia T-988 de 2007, en la que se presentó la misma situación, se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presunta vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que si el amparo debía haber sido concedido o negado y, en el primer caso, (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales.

De conformidad con lo expresado, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre el asunto de la referencia.

30.- Es necesario determinar entonces si el Hospital Departamental de Villavicencio violó el derecho fundamental de la demandante a la IVE. Al respecto encuentra la Sala que la respuesta es afirmativa.

Como se dijo con anterioridad, del derecho fundamental a la IVE surge la obligación de garantizarlo en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre, incluye una importante faceta de diagnóstico y el correlativo deber de las EPS e IPS de contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incurso en ella, y desea someterse a la IVE, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tales protocolos deben ser integrales, es decir,

⁴⁹ Salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991.

incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.

En el caso concreto, la falta de un protocolo de diagnóstico oportuno en el Hospital demandado significó que la solicitud de IVE que hizo la peticionaria desde un primer momento (folio 8, cuaderno 1) fuera completamente pasada por alto por los profesionales de la salud que la atendieron –ginecólogos César Ávila y Bocarejo- quienes no le ordenaron ningún examen tendiente a determinar si se presentaba peligro para su vida o su salud física y mental y se limitaron a darle citas para controles (folio 7, cuaderno 1). Relata la peticionaria como la manifestación de los graves síntomas que sufría –cefalea, náuseas y vómito constante acompañado de sangre, rápida pérdida de peso, deshidratación, “tristeza y desesperación” entre otros (folios 2 y 18, cuaderno 1)- y su deseo de proceder a la IVE fue insensiblemente ignorada por los médicos mencionados que le decían simplemente que *“hay que aguantar”* y *“no le solucionaban nada”* (folio 2, cuaderno 1). Nótese que fue solamente con ocasión de la prueba ordenada por el juez de instancia que la señora AA fue examinada en el Hospital demandado con el objetivo de verificar el peligro para su vida o su salud. Tal actitud negligente por parte del Hospital constituye un flagrante incumplimiento de su obligación constitucional de garantizar el derecho fundamental a la IVE en su fase de diagnóstico.

Ahora bien, es cierto que, como resultado de la valoración requerida por el juzgado de primera instancia, el ginecólogo del Hospital demandado Rodrigo Reyes conceptuó que la paciente *“no tiene preclampsia, ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo”*, lo que descarta la causal de peligro para la vida y la salud física y legitima la negativa de la IVE, pero también es cierto que, en el mismo dictamen, advirtió el mismo médico que la actora presentaba *“una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación”* (folio 38, cuaderno 1). A pesar de lo anterior, la peticionaria no fue remitida inmediatamente a un profesional de la psicología.

A juicio de la Sala, el Hospital demandado debió hacer la remisión antedicha en virtud de su obligación de garantizar la faceta de

diagnóstico del derecho fundamental a la IVE. Contrario a lo estimado por el juez de instancia, no bastaba que en el dictamen mencionado el médico del Hospital demandado indicara que si un psicólogo emitía *“concepto de paciente no apta psicológicamente, estaremos atentos para interrumpir el embarazo”* (folio 38, cuaderno 1), pues es precisamente la Institución Prestadora de Salud –el Hospital-, y no la peticionaria, la que cuenta con la red de profesionales necesaria para hacer una valoración en tal sentido. Se recuerda al ad-quo que, como es obvio, es deber de la IPS –no de las pacientes- proceder al diagnóstico médico ante una petición de IVE por la causal de peligro para la vida o la salud de la madre. Además, la remisión debió efectuarse en forma inmediata teniendo en cuenta que la gestación de la señora AA seguía avanzando y en tal sentido se hacía cada vez más compleja la posibilidad de practicar la IVE. En ausencia de la misma por parte del Hospital debió el juez de instancia haberla ordenado pues en el acervo probatorio constaba que era necesaria.

En definitiva, (i) el hecho de no proceder a un diagnóstico oportuno e integral ante la reiterada manifestación de la peticionaria de su deseo de someterse a la IVE debido a los graves síntomas que padecía, aunado a (ii) la falta de remisión inmediata de la accionante a una consulta psicológica desconocieron la fase de diagnóstico del derecho fundamental de la actora a la IVE.

31.- Fallas como la antes descrita inducen a las mujeres gestantes, sobre todo aquéllas de escasos recursos, a recurrir a procedimientos de interrupción de la gestación por fuera del Sistema de Seguridad Social en Salud en condiciones inseguras que pueden llegar a causarles la muerte o dejar graves secuelas en su salud física y mental⁵⁰. La Sala estima que el Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud deben prevenir estas violaciones a los derechos fundamentales de las mujeres garantizando la IVE en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006.

Recuérdese que, antes de la emisión de la sentencia C-355 de 2006, varios organismos de vigilancia de tratados internacionales sobre derechos humanos expresaron al Estado Colombiano su preocupación debido a la alta tasa de mortalidad de las mujeres causada por abortos

⁵⁰ En el mismo sentido, sentencia T-209 de 2008.

inseguros y recomendaron revisar la legislación para despenalizar al menos algunos eventos con el objetivo de disminuir el mencionado índice⁵¹. En ese orden de ideas, una vez despenalizadas las tres hipótesis descritas en la sentencia C-355 de 2006, se debe asegurar que ello se traduzca en una disminución efectiva de las muertes de mujeres por esta causa para que la recomendaciones de los organismos internacionales sean cumplidas, de lo contrario se podría configurar un desconocimiento de varios tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución) además de un incumplimiento de la obligación constitucional de prevenir las violaciones de derechos fundamentales de las mujeres.

Lo anterior se refuerza al tenerse en cuenta las recientes recomendaciones hechas a Colombia por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a raíz de la presentación del sexto informe periódico (4 de agosto de 2010).

Indicó el Comité mencionado que *“19. El Comité felicita al Estado Parte por haber avanzado en la implementación de la recomendación anterior emitida del Comité en 2004 (CCPR/CO/80/COL, párr. 13) a través de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional que despenalizó del aborto en ciertas circunstancias; cuando la mujer haya sido víctima de una violación o incesto, cuando el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer y cuando el feto presenta graves malformaciones que hacen inviable su vida fuera del útero. Sin embargo, le preocupa al Comité que, a pesar del Decreto 4444 de 2006 del Ministerio de Salud, proveedores de servicios de salud se niegan a proporcionar abortos legales y que el Procurador General de la Nación no apoya la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional en esta materia. Asimismo, al Comité le preocupa que la insuficiente educación sexual en el curriculum escolar, y de información pública sobre cómo acceder a un aborto legal,*

⁵¹ Ver, Observaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 5 de mayo de 1997 y del 26 de mayo de 2004; Observaciones a Colombia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW del 3 de febrero de 1999; Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos del niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño /a del 16 de octubre de 2000 y Recomendaciones a Colombia del Comité Interamericano de Derechos Humanos del 26 de febrero de 1999.

sigue causando la pérdida de la vida para mujeres que han recurrido a abortos inseguros (Artículos 3, 6 y 26)”.

De conformidad con lo anterior afirmó que *“El Estado parte debe asegurar que proveedores de salud y profesionales médicos actúen en conformidad con la sentencia de la Corte y no se nieguen a proporcionar abortos legales. Asimismo, el Estado parte debe tomar medidas para ayudar a las mujeres a evitar embarazos no deseados, para que no tengan que recurrir a abortos ilegales o inseguros que puedan poner en riesgo su vida. El Estado parte debe facilitar el acceso a información pública sobre como acceder a un aborto legal”.*

32.- Además, no comparte la Sala el criterio usado por el juez de instancia para negar el amparo según el cual la actora *“no había solicitado al demandado Hospital Departamental, la interrupción de su embarazo”* (folio 45, cuaderno 1) pues esta probado que lo hizo desde el primer día que fue atendida en tal lugar –siete (7) de noviembre de 2009- ya que la médica Mónica Bello (folio 5, cuaderno 1) la remitió al especialista en ginecología con indicación *“aborto”* (folio 8, cuaderno 1). Se recalca así que la solicitud de IVE no tiene formalidad alguna.

33.- Por último, desea la Sala pronunciarse acerca de algunas de las preguntas realizadas por el juez de instancia a la peticionaria durante la diligencia de ampliación de la acción de tutela, cuyas respuestas fueron además usadas como fundamento del fallo de instancia, las cuales vulneraron el derecho fundamental a la intimidad de la misma al ser cuestionamientos sobre información privada totalmente irrelevante para la resolución del caso concreto.

En efecto, en la audiencia el a quo hizo a la accionante preguntas como *“¿se encontraba usted planificando?”*, *“¿al ver usted la visible situación de no poder tener un embarazo normal, no ha pensado en realizarse un procedimiento que no le permita volver a quedar en estado de embarazo de carácter definitivo?”*, *“su escrito de tutela va dirigido a solicitar que le sea practicado un aborto, ¿porque (sic) tomó esta decisión (...)”?* (folios 18-19, cuaderno 1). De lo anterior, en el fallo de instancia, el juez concluyó *“(...) esta madre debió haber sido precavida y tomar una medida definitiva respecto de su reproductividad, hecho que no sucedió (...) resulta difícil comprender el porque la Accionante, si como parece,*

es conocedora de su dificultad para desarrollar un embarazo normal y sin problemas, si entonces (sic) porque ha perseverado en alcanzar tales condiciones de embarazada, sin acudir por el contrario a una operación de trompas que le impiden el disfrute de su sexualidad (...)” (folio 46, cuaderno 1).

Tales preguntas y las consecuentes consideraciones vertidas en el fallo invadieron la órbita de intimidad de la petente ilegítimamente y sin justificación alguna ya que el objetivo de la diligencia judicial y la sentencia debió circunscribirse a recabar la información conducente y a resolver el problema jurídico que planteaba la acción de tutela y no convertirse en una forma de reprochar o “aconsejar” a la señora AA sobre sus decisiones reproductivas y las razones de las mismas, las que, dicho sea de paso, están solamente en cabeza de ella y de nadie más. Recuérdesse que la jurisprudencia constitucional⁵² ha sido enfática en afirmar que, en virtud del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, las determinaciones del ámbito de la reproducción son *estrictamente* 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”⁵³. No podía el juez abusar de su posición y abandonar su rol de operador jurídico para hacer un juicio moral sobre la vida sexual y reproductiva de la señora AA, su función era, por el contrario, proteger sus derechos fundamentales de las omisiones del Hospital demandado.

Rechaza también la Sala que el a quo, en el fallo de instancia, hiciera otro tipo cuestionamientos abiertamente inconducentes sobre el comportamiento de la peticionaria y los usara como fundamento para negar el amparo. Así, manifestó el juez que *“Resulta extraño para este despacho que no se tenga conocimiento de que la madre haya asistido a una cita de control prenatal, acudiendo solo al médico cuando son emergencias, demostrando con esto que ha sido negligente con su embarazo, a sabiendas de lo ocurrido con sus anteriores embarazos, queriendo este despacho destacar con lo dicho que anteriormente que la acción de tutela no puede ser la vía legal a la solución facilista (sic) de las madres que el versen (sic) frente a una situación de cuidados y*

⁵² Sentencia T-732 de 2009.

⁵³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22.

dolencias como suelen ser los embarazos de altos (sic) riesgos (sic) decidan terminar con el proceso de gestación y embarazo y con ello la vida futura de quien por algunos es considerado un ser humano en formación” (folio 47, cuaderno 1). De nuevo, la autoridad judicial se apartó de su papel de aplicador e interpretador del ordenamiento jurídico para hacer un juicio de reproche moral sobre la conducta de la actora el cual estaba completamente fuera de lugar.

Para la Sala es inconcebible que una mujer embarazada que padece un lamentable estado de salud, sujeto de especial protección constitucional, acuda al aparato judicial en busca de protección, al haber sido completamente ignorada por una institución que presta en servicio público de salud, resulte nuevamente violentada por la autoridad judicial al ser víctima de juicios de reproche de tipo moral que buscan coartarle su derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva. Es evidente que, en los casos de mujeres que solicitan amparo debido a que les ha sido negada la práctica de la IVE, las autoridades judiciales deben circunscribirse a determinar si se cumplen los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006 y si el Estado y los prestadores y promotores del servicio de salud han cumplido a cabalidad con sus obligaciones de respeto y garantía.

34.- De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, que decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora, para en su lugar declarar la carencia actual de objeto en la acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

Adicionalmente, prevendrá al Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. para que en adelante cuente con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La

Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de esta orden.

Así mismo, se ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud – independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales- cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, para en su lugar **DECLARAR** la carencia actual de objeto en la acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

Segundo.- PREVENIR al Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. para que en adelante cuente con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de

determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de esta orden.

Tercero.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud – independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales- cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como al juez de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de la peticionaria.

Quinto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General