

Sentencia T-301/16

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO IVE-
Procedencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE
TUTELA-Procedencia para solicitar IVE por cuanto la acción de tutela es el único mecanismo
judicial, idóneo y eficaz

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos
que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo
un servicio público

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de
jurisprudencia

ABORTO-Requisitos exigidos para acreditar la procedencia de la interrupción del embarazo
en cada uno de los tres casos no constitutivos de delito

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Excepciones al tipo penal de aborto establecidas en la
sentencia C-355/06

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Reglas adicionales aplicables en los casos de aborto

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Desarrollo jurisprudencial

El primero de los desarrollos jurisprudenciales, especialmente relevantes para el caso sub
judice, consistió en la reiteración de la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006 en
cuanto a la taxatividad de requisitos exigidos para la activación de las situaciones de
atipicidad, que en el caso concreto se circunscribían a la presentación de la demanda penal
en situaciones de acceso carnal como aquel del que había sido víctima la joven. La
exigencia de requisitos adicionales, clarificó la Corte, implicaba una desatención al mandato
jurisprudencial de “no imponer a las mujeres que se hallen ante tal situación cargas

desproporcionadas”. Posteriormente, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional profirió la sentencia T-209 de 2008, en la que se analizó la acción de tutela interpuesta por la madre de una menor de 13 años, víctima de acceso carnal violento, que denunció el delito y solicitó la práctica del aborto a su EPS y a varias instituciones prestadoras de salud, práctica que no se realizó por cuanto se alegó de manera generalizada la objeción de conciencia por parte de los operadores del sistema.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-No se limita a la realización de un procedimiento médico, sino que también supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad en los servicios por parte de las EPS

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE CUANDO EXISTE PELIGRO PARA LA VIDA O SALUD FISICA Y MENTAL DE LA GESTANTE-Requiere de concepto médico que certifique el peligro para su salud mental que representaba el embarazo para realizar el procedimiento

Tal como ocurre con la causal de inviabilidad del feto, la causal de peligro para la vida o salud de la madre requiere de un concepto médico para la verificación de la circunstancia que activa el derecho fundamental a la IVE, pues solo mediante la misma “se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado”. No basta entonces con la expresión de la voluntad de la mujer embarazada para la activación del derecho, sino que esa voluntad positiva para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, debe estar acompañada por un concepto médico para proceder a la realización del procedimiento.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Obligación de las EPS de contar en su red con prestadores capacitados para la realización del aborto en cualquiera de las etapas del embarazo

Frente a la disponibilidad de prestadores del servicio de salud, es necesario recordar que desde la sentencia C-355 de 2006 se estableció para las EPS la obligación de contar en su red con prestadores capacitados para la realización del aborto en las condiciones delineadas en la jurisprudencia, y que la sentencia T-209 de 2008 fue clara en señalar que las EPS “deben tener de antemano claro, y definida la lista correspondiente, que profesionales de la salud y en que IPS se encuentran, están habilitados para practicar el procedimiento de IVE, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaces los derechos

fundamentales de las mujeres”[1]. Así mismo, hay que reiterar que la jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de aborto, siendo esta una circunstancia que deben prever las EPS, y por lo mismo, es su deber contar en su red con prestadores capacitados para la realización del procedimiento en cualquiera de las etapas del embarazo. En este sentido, el hecho de que la accionante estuviera en una etapa avanzada del embarazo y que uno de los prestadores de la red no estuviera en incapacidad de realizar el procedimiento requerido, no es excusa válida para relevar a la entidad de su deber de realizar el procedimiento cuando se reúnan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, así como tampoco de tener previamente identificados los prestadores para atender abortos en etapas iniciales o tempranas del embarazo, y también en etapas avanzadas, teniendo en cuenta los protocolos adecuados científicamente a cada uno de los escenarios.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Vulneración de EPS por incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de este derecho

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Condena en abstracto a EPS por negar de manera arbitraria este procedimiento

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Caso en que se solicitaba IVE y por negligencia de la EPS no se llevó a cabo dicho procedimiento

Referencia: expediente T-5.331.547

Acción de tutela interpuesta por Rosa[2] contra SaludCoop EPS.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. Se procede a la revisión de los fallos del Juzgado 28 Civil Municipal de Bogotá, sentencia del 31 de agosto de 2015 (fl. 81-100, primer cuaderno), y el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, sentencia del 30 de noviembre de 2015 (fl. 29-34, segundo cuaderno).

B. HECHOS RELEVANTES[3]

2. Rosa se encontraba embarazada y atendiendo controles prenatales a través de la EPS SaludCoop[4]. En el control que tuvo lugar el 28 de mayo de 2015, cuando la accionante llevaba 20.6 semanas de gestación, se practicó una ecografía en la que se diagnosticó al nasciturus con hidrocefalia; Se programó una cita de control en la Unidad de Alto Riesgo Materno para el 11 de junio de 2015.

3. El control programado se llevó a cabo el 11 de junio de 2015. El médico tratante ordenó realizar una ecografía en detalle, que fue programada para el 7 de julio de 2015.

4. El 7 de julio de 2015, ya con 27 semanas de embarazo, se realizó una ecografía en la que diagnosticaron “hidrocefalia bilateral no comunicante” al nasciturus. Debido a dicha circunstancia, la accionante fue remitida a la Unidad de Alto Riesgo Gineco Obstétrico de la Clínica Materno Infantil de SaludCoop, con la finalidad de realizarle una valoración anatómica. Además, se informó a la paciente que el caso sería enviado a la junta médica para valoración y manejo que tendría lugar el 23 de julio de 2015. Durante su atención en la Unidad de Alto Riesgo Gineco Obstétrico de la Clínica Materno Infantil de SaludCoop una ginecóloga de la Unidad le explicó los hallazgos ecográficos del nasciturus y se le informó sobre la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo. Además, se ordenó la realización de una nueva ecografía en detalle, una resonancia magnética fetal y exámenes de sangre.

5. El 8 de julio de 2015 se practicó la ecografía en detalle y la resonancia

magnética en las que se confirmó el diagnóstico. Ante los hallazgos, la señora Rosa acudió a la ginecóloga que inicialmente le había informado sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo y manifestó su intención de tomar dicha opción. La ginecóloga la derivó al Hospital de San José indicándole que debía asistir a través del servicio de urgencias.

6. El 9 de julio de 2015, la señora Rosa asistió al Hospital de San José donde le informaron que no tenían conocimiento sobre su situación, y al analizar su caso determinaron el siguiente plan de manejo:

“PACIENTE CON GESTACIÓN DE SEGUNDO TRIMESTRE QUE ASISTE PARA EVALUACIÓN POR GRUPO INSTITUCIONAL (sic) POR MEDICINA MATERNOFETAL PARA DEFINIR SOLICITUD DE IVE; SE COMENTA CASO CON GRUPO DE MEDICINA MATERNOFETAL QUIENES INDICAN QUE DEBE REALIZARSE SOLICITUD FORMAL POR PARTE DE LA PACIENTE Y ASISTIR NUEVAMENTE A ESTA INSTITUCIÓN UNA VEZ CUENTE CON AUTORIZACIÓN DEL PAQUETE IVE. SE EXPLICA A LA PACIENTE CLARAMENTE EL PROCEDIMIENTO. SE ACLARAN DUDAS. DICE ENTENDER”[5].

7. El mismo día, la señora Rosa radicó sendos escritos ante la EPS SaludCoop, en los que solicitaba la interrupción voluntaria del embarazo. Invocó como razón de su solicitud la “[g]rave afectación mental” y “[p]or la grave malformación del feto que se evidencia en las distintas ecografías y diagnósticos”[6] e indicó que su embarazo estaba muy avanzado, llegando a las 27 semanas y 3 días de gestación, por lo que debía practicarse un “feticidio” y requería la remisión a un prestador que realizara dicho procedimiento. Invocando la sentencia C-355/2006 señaló que “[d]e acuerdo a esta sentencia ninguna entidad se puede negar a realizar la interrupción voluntaria del embarazo si es solicitada por la afectada”, por cuanto “Esta situación está generando grave peligro para mi integridad física y mental”[7] y que SaludCoop contaba con 5 días para contestar su solicitud, como plazo razonable de acuerdo a la jurisprudencia.

8. El 13 de julio de 2015 la accionante acude al Hospital de San José a través del “servicio de urgencias trabajo social”. Por cuenta de trabajo social se le orienta sobre los procedimientos necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo. Fue igualmente atendida por el servicio de psiquiatría que determinó que la paciente “CON EMBARAZO DE 28 SEMANAS CON PRODUCTO MALFORMADO, PRESENTA CUADRO DE AFECTACIÓN

EMOCIONAL SECUNDARIO”[8]. Producto de dicha valoración psiquiátrica se dijo por parte la psiquiatra Juana Atuesta: “SE RECOMIENDA HACER EL PROCEDIMIENTO LO MAS PRONTO POSIBLE Y DAR APOYO PSICOTERAPEÚTICO AMBULATORIO A NECESIDAD”. Además, se realizó una nueva ecografía en la que constaba “EMBARAZO DE 25 SEMANAS, CURVA DE CRECIMIENTO FETAL EN PERCENTIL 2, HIDROCEFALIA NO COMUNICANTE. VENTRICULOMEGALIA (TERCER VENTRÍCULO DE 4 MM Y VENTRÍCULOS LATERALES DE 27 MM BILATERAL)”[9] . La accionante refirió en su escrito de tutela que en el Hospital de San José le informaron que: (i) debido a su avanzada edad gestacional no realizarían el procedimiento solicitado; (ii) ese tipo de procedimientos no se realizaban en dicha entidad y; (iii) le entregarían un certificado médico en donde se indicara que la tutelante estaba incurso en una de las causales establecidas por la Corte Constitucional para interrumpir el embarazo.

9. El 15 de julio de 2015, el Comité de Malformaciones del Hospital de San José expidió un acta en la que consignó como análisis que:

“A solicitud de la paciente se presenta caso en JUNTA MÉDICA del SERVICIO DE MEDICINA MATERNO FETAL. Teniendo en el derecho amparado constitucionalmente con base en la SENTENCIA 355 DE 2006 sobre la interrupción del embarazo causal PATOLOGÍA FETAL CON MALFORMACIÓN FETAL Y AFECTACIÓN DE LA SALUD MENTAL MATERNA, la paciente solicita INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

“Atendiendo esta petición el hospital inicia el protocolo institucional para tales casos y considera que existen beneficios en valorar desde el punto de vista psiquiátrico a la paciente siguiendo los lineamientos reconocidos para la finalización del embarazo. Se hace énfasis que existiendo la afectación materna por las condiciones de la gestación se cumple con los causales de interrupción de la gestación amparadas por la ley. Se reconoce que nuestra institución sigue los lineamientos constitucionales sin embargo (sic) en este caso particular dada la edad gestacional fetal se considera pertinente como parte del proceso de interrupción la realización del feticidio. Para la realización de este procedimiento nuestra institución cuenta con limitantes técnicas, motivo por el cual continuamos con el proceso de interrupción y se deriva a la EPS, la cual ha sido debidamente informada del caso”[10].

10. De acuerdo a lo anterior, el Hospital de San José remitió a la accionante a

SaludCoop EPS, en donde se reunió con la Coordinadora de Promoción y Prevención, quien le informó que la EPS no contaba con una entidad que pudiese prestar el servicio. La accionante aseguró que esa información quedó consignada en una carta que data del 21 de julio de 2015 y que fue suscrita por la Coordinadora de Promoción y Prevención de dicha EPS.

11. En la carta antes aludida, fechada el 21 de Julio de 2015, SaludCoop EPS le comunicó a la accionante que:

“-Dado que se trata de un procedimiento aun no establecido en la red prestadora de ninguna institución por tratarse de un embarazo con más de 22 semanas gestacionales, la EPS, gestionó en primera instancia con el Hospital San José (sic) para practicar la IVE, obteniendo respuesta no favorable, dado que su concepto fue la no disposición técnica para realizar el procedimiento.

“-Se gestionó con la Fundación Clínica Santafé el día 15 de julio para ver la viabilidad de realización de este procedimiento, para lo cual se gestionó la solicitud de cotización del valor de este procedimiento a través de correo electrónico. Dado que al día de hoy no se ha recibido respuesta de dicho correo, en comunicación telefónica con personal de la Clínica, manifestaron que este procedimiento no lo realizan de manera habitual allí, ya que si bien aplican los criterios de la Sentencia C-355 nos solicitan documentar vía electrónica al correo del coordinador de ginecología y obstetricia de la Clínica, la posibilidad de que ingrese a la junta para mirar si es viable la cotización para que la EPS genere autorización con pago anticipado.

“-Se ha solicitado concepto a los diferentes entes como la Secretaría Distrital de Salud, quienes han comunicado que en el momento se está gestionando para la formación de personal médico y avalar la realización de IVE a usuarias con más de 22 semanas de gestación que la soliciten o requieran.

“-Cabe anotar como se les mencionó personalmente, en el evento de no consecución de red por parte de la EPS agotando las posibilidades de Red en el distrito y si por parte directa de ustedes logran ubicar una institución reconocida y habilitada para este procedimiento, se podría hacer un trámite de solicitud de reembolso por parte de la EPS para lo cual se requiere: Carta de la usuaria solicitando reembolso con las justificaciones antes

mencionadas realizadas por ustedes mismos; los soportes de historia clínica, laboratorios, imágenes diagnósticas, etc.; factura detallada expedida por la institución prestadora de este servicio; autorización por parte de la EPS y formulario diligenciado de solicitud de reembolso”[11].

12. Debido a lo anterior, la actora considera que SaludCoop EPS le vulneró su derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo al no darle un diagnóstico oportuno que le hubiese permitido ejercer su derecho en una etapa anterior de gestación. A su vez, considera que no le brindaron información sobre sus derechos sexuales y reproductivos, de manera particular sobre la interrupción voluntaria del embarazo y, al negarle el servicio asegurando no tener un prestador con capacidad técnica para prestar dicho servicio, pese a contar con el único requisito establecido por la Corte Constitucional, vulnerando de esta forma SaludCoop EPS lo sostenido por la jurisprudencia.

13. En su escrito de tutela, la accionante adicionalmente argumentó respecto a las malformaciones fetales incompatibles con la vida que “no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho a estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. En la generalidad de estos casos, las mujeres tienen embarazos deseados que pueden convertirse en indeseados en virtud del diagnóstico de la malformación incompatible con la vida”[12]. Más adelante argumenta que:

“El derecho a la vida digna debe ser entendido no solo como el derecho al mantenimiento de la vida en su acepción biológica, sino como el derecho a (i) la autonomía o la posibilidad de construir el <<proyecto de vida>> y de determinar sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). El concepto de proyecto de vida acentúa la importancia de las expectativas de la persona respecto de su propia vida de acuerdo a sus condiciones y su contexto. El trasfondo es, por supuesto, la autodeterminación de cómo cada quien elige vivir su vida. El Proyecto de vida puede verse afectado con la continuación de un embarazo que es incompatible con el diseño individual de dicho proyecto y condiciona también afectaciones a la salud de las mujeres (además de causar diferentes tipos de daño, afecta las expectativas de las mujeres sobre su bienestar futuro y con ello su proyecto de vida)”[13].

14. En consecuencia, solicitó como medida cautelar que se le ordene a SaludCoop EPS realizarle de forma inmediata la interrupción voluntaria del embarazo en una IPS donde realicen dicho procedimiento. Como pretensión principal solicitó que: (i) se le ordene a SaludCoop EPS que le garantice el acceso real e inmediato a la salud en condiciones integrales; (ii) el servicio solicitado sea prestado por urgencias desde el ingreso hasta su culminación, con incapacidad y entrega de los medicamentos que requiera en su recuperación; y (iii) SaludCoop EPS le brinde todo el acompañamiento anterior y posterior al procedimiento, que llegara a requerir.

15. Mediante la Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó “la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar” a SaludCoop EPS. En el mismo acto, se designó al agente especial liquidador encargado de llevar a término la liquidación de la entidad. De esta manera, se concretó la toma de posesión de la EPS.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS[14]

17. SaludCoop EPS se abstuvo de contestar la tutela y guardó silencio durante el trámite. Teniendo en cuenta lo anterior, el juez de instancia aplicó la presunción de veracidad dispuesta en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[15], en lo referente a esta entidad.

18. El Minsalud respondió la acción de tutela informando que el aborto o interrupción voluntaria del embarazo es el procedimiento mediante el cual de manera consiente se pone fin a un embarazo en curso. Informó que esta práctica en muchos países es restringida, lo que lleva a algunas mujeres a hacerlo de forma ilegal poniendo en peligro su vida y salud, frente a lo cual la Organización Mundial de la Salud OMS asegura que en los países donde se realiza mediante servicios seguros, la mortalidad de mujeres es de 1 por cada 100.000 procedimientos.

Destacó que en Colombia desde el año 2006, el aborto o interrupción voluntaria del embarazo es un derecho reconocido por la Corte Constitucional, siempre y cuando la solicitud del aborto se enmarque en alguna de las siguientes causales: (i) que haya peligro

para la vida o la salud de la mujer embarazada; (ii) que el embarazo sea producto de una violación o incesto; o (iii) cuando el feto tenga alguna malformación que sea incompatible con la vida por fuera del útero.

Minsalud aseveró que todas las EPS e IPS están obligadas a cumplir con lo establecido por la Corte Constitucional, siempre que se esté frente alguna de las situaciones anteriores, por lo que puede exigírseles: (i) un deber de proveer información clara y suficiente frente a las opciones que tienen frente al embarazo; (ii) disponer de profesionales de la salud idóneos y suficientes para atender las solicitudes de aborto; (iii) contar con protocolos de diagnósticos rápidos; (iv) garantizar una atención rápida y oportuna, de preferencia dentro de los 5 días siguientes a la solicitud; (v) explicar las exigencias legales para la prestación; (vi) ofrecer un servicio de acuerdo con los más altos estándares de calidad médica; (vii) respetar el consentimiento libre e informado; (viii) garantizar confidencialidad respetando sus derechos a la intimidad, autonomía y dignidad; y (ix) prestar orientación antes y después del aborto, brindándole consejería y acceso a métodos efectivos de anticoncepción y de prevención de infecciones de transmisión sexual.

Por último, solicitó que la acción de tutela sea declarada improcedente contra Minsalud, toda vez, que lo pretendido recae sobre la EPS e IPS que prestaron directamente los servicios de salud a la accionante.

19. En una segunda intervención, el Minsalud comunicó la posición del Dr. Samuel García De Vargas, Director de Promoción y Prevención del Ministerio, que argumentó que dado que lo que se pretendía dilucidar era la viabilidad de la interrupción voluntaria del embarazo en un feto de 32 semanas con malformaciones, el Ministerio debía indicar que no le resultaba dable determinar la viabilidad de un procedimiento que correspondía exclusivamente al ámbito de la relación médico-paciente, atendiendo las particularidades del caso concreto.

Sin embargo, resaltó que “en el país no existen estudios relacionados con el riesgo de morir a causa de practicar una interrupción voluntaria del embarazo – IVE en edad gestacional de 32 semanas o más”[16], pero que la evidencia en estudios realizados en los Estados Unidos suponen “que el riesgo de morir por causa de un aborto legal inducido, realizado después de la semana 8 de gestación es mayor, y que las mayores probabilidades de morir por

causas relacionadas con el aborto se dan en el segundo trimestre. Este riesgo de muerte aumentó exponencialmente en un 38% por cada semana adicional de gestación, observando poca variación después de la semana 21 de gestación”[17].

20. El Mineducación, aseveró que es una obligación del Estado brindarle atención educativa a las personas con discapacidad o con capacidades excepcionales, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política de 1991, y que ha sido desarrollada a través de las Leyes 115 de 1994, 361 de 1997 y 715 de 2001, los Decretos Reglamentarios 1860 de 1994 y 2082 de 1996, la Resolución 2565 de 2003, el Decreto 366 de 2009 y la Ley 1346 de 2009, mediante la cual Colombia ratificó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De otra parte, la Ley 60 de 1993 descentralizó el servicio público de educación, y como consecuencia de lo anterior el Mineducación certificó a los departamentos que reunían los requisitos exigidos por la ley, entregándoles los establecimientos educativos y el manejo de los recursos para el pago del personal docente y administrativo. A su vez, el artículo 7º de la Ley 715 de 2001 estableció que era competencia de los distritos y municipios certificados prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media. A su turno, el Decreto 366 de 2009 dispuso que las entidades territoriales deben acudir a la contratación de servicios de apoyo pedagógico, cuando el personal no sea suficiente para atender a los estudiantes con discapacidad o con capacidades excepcionales, para ello la Nación reconoce un 20% adicional a las entidades certificadas, con la finalidad que ha dicha población le sea garantizado el servicio a la educación.

Aseguró que expidió la Directiva No. 15 el 20 de mayo de 2010, mediante la cual orienta a los entes territoriales certificados sobre el uso de los recursos adicionales para servicios de apoyo a estudiantes con necesidades educativas especiales, de esta manera el Ministerio apoya y acompaña a las secretarías de educación de los entes territoriales certificados para que presten todos los servicios de apoyo pedagógico requeridos para ofrecer una educación de calidad en los establecimientos estatales de educación formal con estudiantes que requieren necesidades educativas especiales.

Las Secretarías de Educación de las entidades territoriales tienen el deber de organizar la oferta educativa definiendo la institución encargada de determinar la condición de

discapacidad mediante una evaluación psicológica y un diagnóstico interdisciplinario. Cuando los menores por su condición no puedan ser atendidos por el sistema educativo puesto que requieren apoyos extensos y programas de rehabilitación, rehabilitación ocupacional, deberán ser atendidos por la alcaldía y la gobernación a través de sus Secretarías de Desarrollo y de Bienestar Social.

Finalizó su intervención solicitando la desvinculación al considerar que Mineducación no ha vulnerado ningún derecho.

21. La SED, informó que es obligación de la entidad territorial certificada, que en este caso es la misma Secretaria de Educación Distrital, organizar el proceso de matrícula con el fin de garantizar el acceso y permanencia de los niños y jóvenes a los niveles de educación preescolar, básica y media en el sistema educativo oficial, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 115 de 1994 y en las Resoluciones 5360 de 2006 y 1231 de 2013.

Como parte integral del servicio público de educación, la SED brinda atención escolar a estudiantes en situación de discapacidad y talentos especiales, mediante programas y experiencias orientadas a la integración académica y social. Además, señaló que Bogotá D.C. cuenta con el Sistema Distrital de Discapacidad donde se definen y coordinan acciones para la atención integral a población en situación de discapacidad[18].

Desde una perspectiva de educación incluyente, indica la SED que las personas en situación de discapacidad, por regla general, deben acceder al sistema educativo en aulas regulares de estudio, bajo este lineamiento, la educación especial debe ser la última opción y debe operar de forma excepcional, tal y como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia T-974 de 2010.

Ahora, la SED manifestó que de los hechos y de las pretensiones de la acción de tutela se desprende que la accionante está solicitando la IVE y no un cupo educativo para un niño en situación de discapacidad, por lo tanto, solicita que se declare la falta de legitimación por pasiva de la entidad.

22. La Sociedad de Cirugía de Bogotá del Hospital de San José, informó que es una entidad privada sin ánimo de lucro, con personería jurídica, que cumple con los deberes legales previstos en la ley sobre asistencia en salud, especialmente en los eventos de

urgencias vitales y, además, al ser privada se rige por las negociaciones que legalmente celebre con las diferentes EPS.

En cuanto a los hechos del caso concreto, el Hospital precisó que el día 9 de julio de 2015, la señora Rosa acudió al servicio de urgencias del Hospital de San José al presentar un cuadro clínico de interrupción voluntaria del embarazo, el diagnóstico fue:

“Paciente con gestación de 28 semanas quien consulta remitida de su EPS solicitando IVE por malformaciones fetales incompatibles con la vida, refiere que fue valorada por grupo de maternofetal de su institución que informa de ventriculomegalia bilateral severa (hidrocefalia), agenesia del cuerpo calloso. Refiere movimientos fetales presentes. No amniorrea no sangrado. Niega actividad uterina. Niega síntomas de vasoespasmo. Niega otros.”

“Análisis: paciente con gestación del segundo trimestre quien asiste para evaluación por grupo institucional por medicina maternofetal para definir solicitud IVE; se comenta caso con grupo de medicina maternofetal quienes indican que debe realizarse solicitud formal de la paciente y asistir nuevamente a esta institución una vez cuente con autorización del paquete de IVE. Se explica a la paciente claramente el procedimiento. Se aclaran dudas. Dice entender. Plan de manejo: salida se direcciona en ejercicio de la sentencia C-355/2009.”

Con base en lo anterior, se evidencia en la lista que el Hospital de San José al dar inicio a las medidas necesarias, convocó al Comité de Malformaciones que determinó que en razón a la edad gestacional el procedimiento a realizar a la paciente es el denominado “feticidio”, el cual es previo al procedimiento de interrupción del embarazo, debido a que el feto para ese momento (15 de julio de 2015) tenía 28.1 semanas de gestación.

Es así como, el Hospital de San José manifestó estar imposibilitado para realizar el procedimiento de “feticidio” al tener limitaciones técnicas, toda vez que dicho servicio no se encuentra habilitado y por ende no es ofertado. En consecuencia, la señora Rosa fue direccionada a su EPS, quien es la obligada a suministrar de forma oportuna todos los servicios que la accionante requiera de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2006.

Por lo anterior, el Hospital de San José al considerar no haber vulnerado los derechos fundamentales de la ciudadana Rosa, pidió no ser vinculado a la acción de tutela iniciada por ella.

23. Ginneth Mabel Rodríguez Pinzón del servicio de Trabajo Social del Hospital de San José, informó que la paciente Rosa fue atendida por dicha dependencia brindándole orientación y sensibilización en derechos y deberes, rutas de atención, acompañamiento psicosocial a la paciente y a la familia quien aseguró entender y comprender el proceso de interrupción voluntaria del embarazo.

Además, se realizó valoración social e intervención familiar identificando “red de apoyo familiar activa, relaciones y vínculos afectivos cercanos y fuertes, canales de comunicación asertivos y bidireccionales, así mismo refieren que decisiones familiares las concilian en pareja, niegan situaciones de violencia intrafamiliar o conflictos constantes”[19].

Respecto de la pregunta del juez sobre si las anomalías diagnosticadas en el feto son incompatibles con la vida, aseguró que desde su formación profesional no es posible emitir un concepto idóneo al respecto.

24. La médica psiquiatra Juana Yolanda Atuesta Fajardo, informó que la accionante fue valorada por psiquiatría el 13 de julio de 2015, presentando “afectación emocional secundaria a malformación de producto de la gestación, por lo que tenía indicación para interrupción voluntaria del embarazo”, pero al tener 32 semanas de gestación se requería primero practicar el procedimiento de feticidio, para lo cual el Hospital de San José tiene limitaciones técnicas, por dicha razón se le informó a SaludCoop EPS, para que esta entidad remitiera a la paciente a una institución en la que le pudieran realizar el procedimiento de manera adecuada.

25. La Academia Nacional de Medicina, aseveró que no tiene información sobre el caso, por lo tanto, le es imposible emitir concepto al respecto.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá, el día 31 de agosto de 2015[20]

26. Mediante sentencia del 31 de agosto de 2015, el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá, negó la tutela del derecho a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, pero le ordenó a SaludCoop EPS autorizar y efectuar el tratamiento médico quirúrgico que requiera el que está por nacer, lo que implica realizar un estudio interdisciplinario con médicos nacionales e internacionales para que determinen la posibilidad de intervenir quirúrgicamente intra útero o inmediatamente luego de nacido, al menor de las anomalías que padece. Lo anterior supone la autorización y cubrimiento del tratamiento integral. A su vez, le ordenó autorizarle a la accionante tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico que requiera.

27. Adicionalmente, le ordenó al ICBF organizar un grupo interdisciplinario con profesionales en el campo médico y con conocimientos en adopción, con el fin de darle a conocer e informarle a la señora Rosa sobre la posibilidad de dar en adopción al que está por nacer y brindarle a la madre el acompañamiento necesario.

28. A su vez, le ordenó a la Secretaria de Educación Distrital de Bogotá en coordinación con el ICBF, conformar un grupo interdisciplinario de profesionales en educación, para que el nasciturus reciba la educación que los médicos tratantes establezcan.

29. Finalmente, previno a SaludCoop EPS para que en adelante le dé respuesta oportuna a las solicitudes de IVE y le compulsó copias a la Superintendencia de Salud para que investigue las faltas en las que haya podido incurrir la mencionada EPS.

30. Las órdenes anteriores se fundamentaron en que la accionante realizó la solicitud de IVE cuando tenía más de 27 semanas de gestación, lo que se debió a que la EPS no actuó con la celeridad requerida principalmente en la etapa inicial, puesto que fue atendida el 28 de mayo de 2015, sin realizar los trámites correspondientes, y sólo hasta el 9 de julio de 2015, se dieron comienzo a dichos trámites cuando la tutelante fue remitida al Hospital de San José.

31. Ahora, en cuanto a la oportunidad para practicar la IVE, el Hospital de San José adujo que en la etapa de gestación en la que se encontraba la accionante el procedimiento a realizar inicialmente era el llamado “feticidio”, y que cuentan con limitaciones técnicas y además el servicio no está habilitado, lo que le impedía ofertarlo.

32. Debido a lo anterior y en especial respecto al límite temporal para realizar la IVE, el despacho judicial aseguró que la sentencia C-355 de 2006 no estableció un límite temporal y la Corte Constitucional tampoco lo ha hecho en decisiones posteriores. A su vez, consideró que al ser un tema relevante en la política pública, el Legislador es el llamado a regular la materia, sin embargo, en la actualidad, el Congreso no ha procedido a expedir la regulación correspondiente.

33. Aseveró, que en el derecho comparado existen distintas regulaciones al respecto, por ejemplo, la legislación argentina no prevé un límite de tiempo para practicar un aborto consentido, siempre que se pretenda evitar un peligro para la salud o la vida de la madre o cuando el embarazo sea producto de violación o de un “atentado al pudor cometido sobre una mujer con grave afectación mental permanente”[21]. Sin embargo, el Ministerio de Salud de dicho país expidió la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles estableció indicaciones particulares para los casos en los que la interrupción del embarazo se va a practicar con posterioridad a la semana doceava de gestación, evidenciando que al menos, desde el punto de vista médico, se trata de casos con particularidades distintas.

34. En España fue promulgada la Ley Orgánica 2 del 3 de marzo de 2010[22], en la que se estableció que la mujer se puede practicar el aborto siempre y cuando se encuentre dentro de las primeras 14 semanas de gestación y, (i) se informe a la mujer embarazada los derechos, ayudas públicas de apoyo a la maternidad y prestaciones; y (ii) trascurran mínimo 3 días desde el momento en que se haya informado lo anterior y la práctica del procedimiento. Cuando la IVE se deba a razones médicas relativas al feto o a la mujer embarazada se aplican unas reglas particulares que son:

“a) Que no se superen las 22 semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

“b) Que no se superen las 22 semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

“c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatible con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico” (Ley Orgánica 2 de 3 de marzo de 2010, Art. 3).

35. La legislación francesa en el Código de Salud Pública y el Código Penal le permite a la mujer realizar el aborto después de las 12 semanas de gestación siempre y cuando exista un grave riesgo para la salud de la mujer o una grave afección al feto que sea reconocida como incurable al momento del diagnóstico, dicha circunstancia debe ser acreditada al menos por 2 de los miembros de un equipo multidisciplinario que deberá conformarse en cada caso para el manejo de la situación.

36. A juicio del a-quo, lo anterior demuestra que algunos ordenamientos han optado por establecer una limitación temporal, de manera tal que el aborto se considera legal sólo cuando se practica dentro de dicho lapso. Por el contrario, otras legislaciones permiten que el aborto se realice en cualquier tiempo, siempre y cuando se cumpla con ciertas exigencias cualificadas y rigurosas que habilitan a la mujer a solicitar la IVE, este es el caso de Argentina o de España, en el primer caso, se “exige que el peligro que sufre la vida de la madre o del feto, “no pueda ser evitado por otros medios” y, en el segundo, que se hayan detectado “anomalías fetales incompatibles con la vida” o “una enfermedad extremadamente grave e incurable [del feto] en el momento del diagnóstico”.

37. Aunado a lo anterior, señala el juez de primera instancia que en Colombia la falta de regulación al respecto ha generado múltiples conflictos entre la EPS, IPS y los médicos, puesto que desde una perspectiva médica y científica no es lo mismo practicar el aborto en las primeras semanas de gestación que cuando ya se encuentra en una etapa avanzada, puesto que en la última circunstancia y pasado determinado tiempo el feto tiene la posibilidad de sobrevivir por fuera del vientre de la madre, es decir, que es posible que tenga vida independiente de su progenitora.

38. El mismo juez aseveró que ante la ausencia de norma legal que establezca un límite temporal, es razonable que sean los médicos con fundamentos científicos y en ejercicio de su autonomía profesional, quienes decidan si se puede practicar o no la IVE,

decisión que se puede fundamentar, entre otros argumentos, en el avanzado estado de gestación.

39. Es así que al analizar el caso concreto, se evidenció que la actora tenía autorización de la EPS para la realización de la IVE, según constaba a folio 20 del expediente, correspondiente a la historia clínica del Hospital de San José., lo que permite inferir que lo que faltaba era practicar dicho procedimiento. Sin embargo, para ese momento la señora Rosa superaba las 32 semanas de gestación, lo que implicaba que practicar la IVE incluso podía generar riesgo de muerte para la madre. A su vez, la tardanza por parte de la EPS para realizar el procedimiento solicitado, hacía que en ese momento fuera prácticamente imposible efectuar el aborto.

40. En el mismo sentido, indicó el a quo que con la acción de tutela no se presentó un concepto médico y científico que le hubiese permitido al despacho establecer los riesgos de la práctica del aborto que solicitaba la accionante y, pese a que en el auto de pruebas se intentó indagar sobre la viabilidad de practicar la IVE por malformaciones del feto en una edad gestacional de 32 semanas, no fue posible responder dicho interrogante.

41. Con base en lo anterior, se consideró que a falta de un concepto médico-científico que descartara tanto la viabilidad de supervivencia independiente del niño, como los riesgos para la salud de la madre, no era posible ordenar el aborto solicitado. Sin embargo, al analizar el caso, se estableció que era viable la protección de los derechos de la señora Rosa y los de su hijo por nacer, mediante mecanismos distintos a la realización del procedimiento solicitado.

Impugnación

42. El 1° de octubre de 2015, la SED impugnó la decisión de instancia, manifestando que no ha vulnerado o amenazado ningún derecho fundamental de la accionante y mucho menos del que está por nacer, por lo que la tutela debió ser declarada improcedente frente a dicha entidad.

43. Aseguró, que la Constitución protege al no nacido y sus derechos esenciales y fundamentales, sin embargo, la educación no está contemplada dentro de esta categoría, más si se tiene en cuenta que el disfrute de este derecho de acuerdo con lo dispuesto en el

Sistema Educativo Oficial de Bogotá, es a partir de los 3 años, lo que implica que la SED está imposibilitada para brindar atención educativa a niños menores de 3 años.

44. De otra parte, aseveró que la acción de tutela es improcedente frente a hechos futuros e inciertos, al no existir violación de derechos fundamentales ciertos y reales. En el presente caso, el hecho futuro e incierto está sujeto o no a la existencia del que está por nacer, entonces la tutela carece de objeto para proteger derechos que constituyen una posibilidad futura y remota.

45. Con fundamento en lo anterior, la SED manifiesta que la orden dada por el a quo se fundamenta en una mera posibilidad, por lo que considera que no existe razón objetiva, contundente y cierta que permita inferir la amenaza de los derechos fundamentales del que está por nacer, al derivarse de un hecho futuro e incierto.

46. Por último, solicitó que se revoque la sentencia del 31 de agosto de 2015, y en su lugar, se emita un fallo en el que se tenga en cuenta que la SED no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

Segunda instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, el día 30 de noviembre de 2015[23]

47. El Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, a través de fallo proferido el 30 de noviembre de 2015, revocó el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, ordenó desvincular a la SED. En sus demás apartes, la decisión del a quo se mantuvo incólume.

48. En primer lugar, el ad-quem se pronunció frente al derecho a la salud, concluyendo que a partir de la sentencia T-760 de 2008 este es un derecho autónomo y fundamental, lo que permite que sea exigible a través de la acción de tutela.

49. En segundo lugar, consideró que en caso que el que está por nacer sobreviva al parto, la EPS deberá realizar un diagnóstico integral como medio para determinar las afecciones y limitaciones, y de esta manera determinar el tratamiento y acompañamiento que requiere, dicho diagnóstico que sólo se podría realizar hasta el momento en que el nasciturus nazca. Por lo expuesto, aseguró que le asiste razón a la entidad impugnante, más

aún, si se tiene en cuenta que la orden impartida a la SED desborda el objeto de la acción de tutela, que es proteger los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o vulnerados con la acción u omisión de autoridades públicas o de particulares en los casos señalados en la ley.

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

50. Mediante escrito del 30 de marzo de 2016, la Directora de la Oficina Jurídica de la Universidad del Rosario, informó que en ese momento no podían atender la invitación realizada por “Apoyo Legal de La Mesa por la Vida y Salud de las Mujeres” para presentar intervención ciudadana.

51. A su vez, en sede de revisión de la Corte se recibieron varias intervenciones ciudadanas, unas que apoyan el sentido de la demanda de tutela y otras que van en contra de la misma. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se presenta un resumen de dichas intervenciones, las cuales serán acumuladas y resumidas de acuerdo al sentido de su pronunciamiento.

Intervenciones ciudadanas que apoyan el sentido de la demanda de tutela

52. El 14 de abril de 2016, fue recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional escrito de la Fundación ProBono por Colombia[24]; de los abogados de Cáez, Gómez & Alcalde, miembros de la fundación ProBono[25] y del Centro de Derechos Reproductivos[26]. El 19 de abril del mismo año, se recibió concepto de los Miembros del Comité Legal de la Organización PARCES ONG[27]. Así mismo, el 20 de abril del mismo año se recibió concepto de Profamilia[28]. Del mismo modo, el 27 de abril de 2016 se recibió concepto de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres[29]. El 4 de mayo del mismo año, se recibió concepto de la Defensoría del Pueblo[30] y, finalmente el 18 de mayo del mismo año se recibió concepto proferido por la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá[31].

a. Argumentos relacionados con el marco internacional para la realización de la IVE:

(i) Aseguran los intervinientes en favor de la acción de tutela que, conforme al

derecho internacional de derechos humanos en materia del acceso al aborto, la negación del mismo de manera legal y segura viola múltiples derechos fundamentales que son protegidos por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y que tienen rango de norma constitucional, al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

(ii) Entre los acuerdos y tratados internacionales referentes a los derechos a la salud reproductiva y a la dignidad humana, los intervinientes señalan los siguientes: Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán; Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena 1993; Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (“CEDAW”); Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”; y; el Estatuto de Roma.

(iii) En opinión de los intervinientes, estos instrumentos reconocen el derecho de toda persona a decidir libre y responsablemente si desea tener hijos, cuántos hijos quiere tener y el intervalo entre los mismos, así como a tener el derecho a que se le informe sobre la forma de ejercer dichos derechos. Es así que, los Estados firmantes de tales instrumentos de derecho internacional se comprometen a adoptar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer y garantizarle la atención médica que requiera.

(iv) Por lo demás, señalan que tanto la jurisprudencia como la doctrina internacional han establecido que en aplicación de dichos tratados no otorgar excepciones a la protección de la vida prenatal genera violaciones de los derechos fundamentales de la mujer. En ese mismo sentido, los derechos de las mujeres a la vida y a la salud, así como otros derechos fundamentales conexos, deben ser ponderados por el Estado y no pueden ser menoscabados, bajo ninguna circunstancia, por el hecho del embarazo. Es así, que el Comité de la CEDAW afirmó que los derechos de la mujer deben ser privilegiados sobre la vida en gestación.

b. Argumentos relacionados con el marco legal y jurisprudencial aplicable en Colombia:

(i) Manifiestan los intervinientes que la Constitución Política de 1991 y posteriormente la Ley 100 de 1993, instituyen el Sistema General de Seguridad Social en

Salud, como un servicio de carácter público, universal, orientado a contribuir las condiciones de vida de los ciudadanos. Posteriormente, en su escrito indican que la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, declaró condicionalmente exequible el artículo 122 del Código Penal (Ley 599 de 2000), con lo cual despenalizó parcialmente el aborto en los siguientes supuestos: (a) cuando esté en peligro grave la vida de la madre; (b) cuando el feto tenga una grave malformación que haga inviable su vida; y (c) cuando el embarazo sea producto de una violación, acto sexual abusivo o inseminación artificial no consentida. Así mismo, señalan que la Corte Constitucional al definir las circunstancias mencionadas, tuvo en cuenta que el derecho a la salud comprende la salud física y mental de la mujer.

(ii) En el contexto del aborto terapéutico, el deber de proteger la salud y la vida de la mujer tiene un carácter preventivo, es decir que, en opinión de los intervinientes la IVE no debe ser condicionada a la ocurrencia previa de una afectación de la salud, sino que se debe prevenir antes de que ocurra. En este sentido, la denegación del aborto cuando está en peligro la vida o la salud de la mujer viola diversos derechos fundamentales, incluyendo la vida, la salud, la integridad personal, a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes, etc.

(iii) Señalan que la Corte ha definido que la IVE obedece a la necesidad de ponderar la vida en gestación con los derechos de la mujer embarazada, teniendo presente que no se puede imponer a una persona la obligación de sacrificar su propia salud para proteger los intereses de terceros, aun cuando estos sean constitucionalmente relevantes.

(iv) A su vez, argumentan que el Tribunal Constitucional ha establecido que la mujer que desee practicarse la IVE, no puede ser sometida a pasar por diversas juntas médicas, revisiones, realización de exámenes médicos, tampoco se podrá exigir la autorización o notificación a familiares, consentimiento de los padres o tutores en el caso de las menores de 14 años, evidencia forense de penetración sexual o pruebas relacionadas con que la relación sexual fue involuntaria o abusiva que ocasionen esperas injustificadas.

(v) Cierran su argumentación indicando que en Colombia no existe ninguna legislación o sentencia que fije un límite de tiempo para practicar la IVE, en esa medida algunos de los intervinientes solicitan que se fije un término y otros consideran que ante la ausencia del mismo, el aborto se puede realizar en cualquier momento. En este sentido, Profamilia

asegura que “una edad gestacional avanzada “per se” no es motivo suficiente para negar la realización de una IVE justificando tal negativa en “el riesgo de muerte de la mujer.” (...) “Al ser la mujer la única que puede optar por la IVE, es sólo ella quien decide cuanto riesgo está dispuesta a correr una vez este le ha sido expuesto.”[32]

c. Argumentos relacionados con los problemas de la realización de la IVE:

(i) Cáez, Gómez & Alcalde sostienen que la IVE “se ha convertido en un tema de gestación económica y de disponibilidad presupuestal y técnica por parte de los prestadores de servicios de salud” quienes, a pesar de estar obligados a tener la infraestructura física, quirúrgica, medicinal y el personal médico, muchas veces aluden a justificaciones que resultan inaceptables para no practicar la interrupción del embarazo.

(ii) Profamilia manifiesta que existe resistencia a nivel individual e institucional para realizar lo que ellos denominan “inducción de daño fetal” ya que actualmente es considerado como un homicidio. Además, afirman que hay ausencia de profesionales capacitados para realizar este procedimiento.

(iii) En el sector público de la salud este procedimiento no es atendido en centros médicos de segundo nivel, porque argumentan que es competencia exclusiva del tercer nivel; mientras que el interviniente asevera que los centros de salud de primer nivel de complejidad podrían realizar el aborto usando medicamentos hasta la 10ª semana de gestación y por el procedimiento de aspiración endouterina hasta las 15 semanas; que el segundo nivel de complejidad debe estar preparado para atender la IVE en todas las etapas y circunstancias de embarazo y; el tercer nivel debe enfrentar el manejo de las complicaciones por IVE y tener el personal y la capacidad física para responder a ellas. La IVE de más de 23 semanas de gestación se puede realizar en un segundo y tercer nivel de atención, siempre que cuenten con especialista en ginecología y obstetricia, a su vez, afirman que no se requiere ninguna habilitación para hacerlo.

(iv) Aseguran que hay una sobre carga en la red pública y pretenden que haya un nivel equitativo de exigibilidad entre IPS públicas y privadas.

(v) Respecto de las objeciones de conciencia institucionales consideran que estas obstaculizan la realización de la IVE, especialmente cuando es superior a 22 semanas de

gestación. En cuanto a las objeciones de conciencia personales señalan que “no implica forzar a los profesionales que se han declarado objetores de conciencia cumpliendo con los requisitos jurídicos establecidos para ello o que han expuesto argumentos relacionados con la falta de pericia o entrenamiento, pues es claro que no es ajustado a derecho forzarles a realizarlo.” [33]

(vi) Aseveran, que hay una vulneración al derecho a la igualdad cuando no se le practica la IVE a unas mujeres mientras que a otras mujeres si se les realiza el procedimiento, sin que existan criterios claros que aseguren la igualdad.

(vii) De otro lado, consideran que las acciones de tutela, en los casos en los que han sido negadas es por desconocimiento o porque han realizado inadecuadas interpretaciones del precedente constitucional.

d. Respecto al caso concreto:

(i) La Defensoría del Pueblo considera que en el presente caso, es posible asegurar que se presenta un daño consumado, sin embargo, le solicita a la Corte que realice un pronunciamiento de fondo sobre la acción y omisión de las autoridades accionadas.

(ii) El nasciturus fue diagnosticado con hidrocefalia bilateral no comunicante, “malformación fetal incompatible con la vida extrauterina”[34], es decir que, se le debió practicar a la peticionaria el procedimiento de IVE al estar incurso en una de las causales aceptadas por la jurisprudencia constitucional: malformación del feto, en un lapso de 5 días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por Minsalud. Además, la actora contaba con el único requisito para acceder a la intervención, que es el certificado médico que acreditaba la condición de salud del feto según el marco normativo colombiano.

(iii) Resaltan que en el caso de la señora Rosa no le informaron de manera oportuna sobre la malformación fetal y de la posibilidad de solicitar la IVE conforme al marco legal y jurisprudencial de Colombia. La desinformación sobre el diagnóstico, así como la de los mecanismos para solicitar la IVE conllevaron a la vulneración de otros derechos fundamentales.

(iv) Adicionalmente, informaron que la tardía prestación en el servicio de salud, la imposición de trámites administrativos, y la realización de exámenes médicos innecesarios, llevaron a que el bebé naciera ocasionando una situación problemática para la mamá y el menor. Esta situación le ha ocasionado cargas económicas desproporcionadas para la atención especializada que requiere el recién nacido.

(v) De igual manera, las intervenciones atacan las sentencias de instancia y aseguran que los jueces, al negar el derecho a la IVE: (i) se convirtieron en un obstáculo para la garantía de los derechos de la actora; (ii) incurrieron en desconocimiento del precedente jurisprudencial de la sentencia C-355 de 2006, por cuanto la accionante estaba incurso en una de las causales establecidas en dicha providencia; (iii) permitieron la imposición de trabas administrativas; (iv) exigieron requisitos adicionales a los establecidos en la sentencia C-355 de 2006; y (v) se escudaron en la avanzada edad gestacional para negar el derecho. Adicionalmente, consideran que la entidad accionada vulneró el derecho a la salud y a la vida en relación con los derechos reproductivos, el derecho a la intimidad, a la vida privada, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

(vi) En cuanto a la edad gestacional, la Organización PARCES se pregunta sí “es el periodo de gestación una excusa legítima para que se niegue el procedimiento para una IVE” y sí “la falta de capacitación a funcionarios de las EPS podría configurar una justa causa para vulnerar derechos fundamentales”. En respuesta a los anteriores interrogantes, destacaron que de acuerdo con la Directiva 06 de la Fiscalía General de la Nación, “con independencia del mes gestacional en el que se encuentre la mujer, los funcionarios judiciales nunca podrán desconocer la legitimidad del aborto cuando se encuentre dentro de alguno de los supuestos constitucionalmente protegidos”.

En consecuencia, estimó que no podría imponerse un criterio, basado en la edad gestacional que impusiera límites al derecho al aborto, en especial, porque ni en la legislación ni en la jurisprudencia se dispone una barrera de esta naturaleza. En cuanto a los deberes de las EPS frente la realización del aborto, destacó que sus obligaciones les imponen la remoción de todo tipo de barreras de acceso al procedimiento, y a cualquier otro relacionado con los derechos sexuales y reproductivos. Desde esta perspectiva, consideró inadmisibles que en el presente caso la falta de capacitación del personal hubiese desembocado en la vulneración de los derechos de la accionante, y resaltó que la

ignorancia del personal de la EPS con respecto a sus obligaciones de cara a la realización del aborto no puede servir como excusa para relevar a dicha entidad de las responsabilidades que le caben como prestador del servicio de salud.

(vii) De otra parte, la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá, le solicita a la Corte Constitucional proteger los derechos fundamentales del hijo de la accionante, por cuanto el niño probablemente tendrá una discapacidad producida por la hidrocefalia. Por lo tanto, pide que al bebé se le protejan sus derechos fundamentales a la salud y al diagnóstico. Adicionalmente, que se le garantice el acceso a diversas opiniones médicas, al tratamiento integral, al proceso de rehabilitación que requiera y, de ser ordenado por el médico tratante, la implantación de la válvula como tratamiento indicado para la hidrocefalia.

(viii) La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, en intervención suscrita también por la apoderada de la accionante, informó a esta Corporación que el 9 de septiembre de 2015 había tenido lugar el nacimiento del niño[35].

(ix) En consecuencia, los intervinientes solicitaron que las sentencias de primera y segunda instancia sean revocadas, y por consiguiente, que se proceda a amparar los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Intervenciones ciudadanas que se oponen a las pretensiones de la demanda de tutela

55. El interviniente asegura que “la malformación o patología padecida durante la fase prenatal de su existencia no fue o ha sido incompatible con la vida de ese menor”, puesto que de las pruebas allegadas señalan que el bebé actualmente vive y con esto se demuestra que la causal invocada para exigir la práctica del aborto no procede. Tampoco, hay evidencia de que la salud de la madre hubiera estado en su embarazo o actualmente en riesgo.

56. Por lo demás, el 8 de junio de 2016, fue allegado un concepto médico en el que se asegura que la hidrocefalia es una condición que consiste en la alteración en la dinámica de producción – absorción de líquido cefalorraquídeo. En el estudio Rosseau de 1992, en el cual se le hizo seguimiento a 40 fetos con diagnóstico de hidrocefalia, concluyó que entre el 50 y 70% tienen un coeficiente intelectual normal[37].

Intervención del Procurador General de la Nación[38]

57. El Procurador General de la Nación solicita que: (i) el caso sea estudiado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, con la finalidad que se profiera una sentencia de unificación sobre la materia; y (ii) se ordene la práctica de pruebas en sede de revisión.

58. La solicitud de que este caso sea llevado a la Sala Plena se fundamenta en la necesidad de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, sobre la necesidad de precisar aspectos relativos al contenido del certificado médico, y la de establecer un tiempo en la gestación dentro del cual sea viable proceder con la práctica del aborto, al menos mientras el Congreso regula la materia.

59. A su vez, el Ministerio Público planteó la necesidad de precisar los siguientes aspectos: “(a) qué significado y alcances tienen la llamada “inviabilidad de la vida humana; (b) cuál es el grado de certeza con el que debe contar un profesional de la salud para certificar la inviabilidad de un ser humano por nacer; (c) sí el sólo diagnóstico de malformaciones congénitas del feto es suficiente para que se proceda a la alternativa de la “IVE” y se profiera el respectivo certificado; (d) cuál debería ser la expectativa de vida de un feto que se considere inviable que haga procedente el aborto, aunque existan posibilidades de que sobreviva el parto o a la cesárea; (e) cuál es el momento idóneo para adoptar tal determinación; (f) cuál es la relación entre las malformaciones fetales y la salud mental de la madre en gestación; (g) qué sucede en los casos que las enfermedades congénitas no tengan la entidad para hacer inviable la vida extrauterina pero el nacimiento de un hijo enfermo o en condición de discapacidad generen rechazo o apatía por parte de la madre gestante o incluso de ambos padres; y (i) si la mera constatación de condiciones médicas relativas a malformaciones fetales o afectaciones a la salud materna son suficientes para aconsejar la “Interrupción Voluntaria del Embarazo” como la alternativa terapéutica procedente; entre otros”.

60. Para el caso en concreto, el Procurador General de la Nación considera importante resolver si la hidrocefalia y agenesia del cuerpo calloso es incompatible con la vida del feto, qué probabilidades hay de sobrevivencia de los bebés que padecen esta enfermedad, y sí la medicina actual ofrece posibilidades de tratamiento que mejoren las condiciones de vida de las personas que nazcan con dicha enfermedad.

61. Adicionalmente, para el caso concreto, solicitó a la Corte que se resuelvan los siguientes cuestionamientos:

“1. ¿Cómo se determina cuando una enfermedad congénita hace imposible la vida extrauterina del feto?

2. ¿Qué se entiende por aborto? Y ¿cuáles son los presupuestos científicos que deben ser tenidos en cuenta para distinguir entre un aborto y un infanticidio?

3. Al emitir un certificado médico para la práctica de un aborto basado en la causal de “grave malformación del feto que haga inviable su vida” (Sentencia C-355 de 2006), en términos científicos, ¿es necesario que exista certeza sobre la inviabilidad o es suficiente con la sospecha o la posibilidad de que así sea?

4. En los casos en los que efectivamente el niño o la niña en gestación no sobrevive al parto o cesárea, ¿es necesaria una intervención quirúrgica para provocar el aborto o este sucede de manera involuntaria?

5. ¿Existe un tiempo de gestación necesario o suficiente para que un profesional de la salud pueda determinar asertivamente si la vida del feto es inviable?

6. ¿Existe un tiempo de gestación a partir del cual se considere que, a pesar de que un feto padezca malformaciones congénitas graves, va a continuar viviendo, incluso por fuera del útero materno?

7. ¿Cuánto tiempo de expectativa sobre la sobrevivencia extrauterina se considera suficiente para considerar viable la vida humana?

8. ¿Todas las malformaciones fetales congénitas hacen inviable su vida extrauterina o únicamente algunas de ellas?

10. En los casos en los que por estos supuestos se determine que existe una afectación psicológica o social de la mujer, para satisfacer el requisito de que exista certificado médico sobre esa situación para que se autorice la práctica del aborto, ¿es suficiente con que el profesional de la medicina determine que existe una afectación con ocasión del embarazo o es necesario que el galeno aconseje el aborto como la solución terapéutica para lograr la

mejoría de las condiciones psicológicas y sociales de la mujer?

11. ¿Cuál debería ser la etapa de la gestación dentro de la cual puede practicarse un aborto sin comprometer o afectar la salud de la mujer a quien se le practica?

12. ¿A partir de qué momento de la gestación se considera que el feto puede vivir con independencia de la madre?

13. En los casos en los que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, está jurídicamente permitido acceder a la “Interrupción Voluntaria del Embarazo”, la mujer solicitante se encuentre en momento muy avanzado de la gestación y, en consecuencia, el bebé pueda vivir sin necesitar a su madre, ¿es suficiente con terminar el embarazo por medio de una cesárea o parto y permitir que el niño o la niña nacido continúa viviendo, o es necesario y permitido acabar con la vida del feto antes de que nazca para “desembarazar” así a la mujer que lo solicita?

14. ¿Qué procedimientos se encuentran disponibles para cada una de estas prácticas en atención al momento de gestación?”.[39]

62. El 26 de mayo de 2016, el Procurador General solicitó que se convoque y celebre audiencia pública con la finalidad que todos los interesados sean escuchados, en los términos del Capítulo XV del Acuerdo 05 del 15 de octubre de 1992.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

63. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, lo desarrollado en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del doce (12) de febrero de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos, por medio del cual se seleccionó y repartió el presente caso.

B. CUESTIONES PREVIAS

Solicitud de realización de una audiencia pública

64. Mediante comunicación del 26 de mayo de 2016, el Procurador General de la Nación, en desarrollo de lo dispuesto en los numerales 2 y 7 del artículo 277 de la Constitución Política, al igual que lo consagrado en el numeral 5 del artículo 278 Constitucional, solicitó a la Corte Constitucional realizar una audiencia pública en los términos del Reglamento Interno de la Corporación, teniendo en cuenta que “se advierte que dentro del proceso de la referencia se han presentado ante el despacho del magistrado sustanciador múltiple (sic) intervenciones y amicus curie”[40].

Respecto de la solicitud del señor Procurador General de la Nación, considera la Sala que existen reglas jurisprudenciales que protegen la intimidad de las mujeres que acuden a la acción de tutela para la realización de su derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto (en adelante, “IVE”), las cuales harían inviable la realización de una audiencia pública. Es así como, la Corte Constitucional de manera reiterada ha tomado medidas para garantizar la intimidad de las mujeres que solicitan su derecho a la IVE por vía de tutela, disponiendo la reserva de nombres y datos de identificación, lo cual se ha implementado en las sentencias T-988 de 2007 y T-946 de 2008. Además, a partir de la sentencia T-841 de 2011[41] se ha dispuesto la restricción de acceso al expediente a las partes del proceso y la guarda de la reserva de la identidad de la solicitante de parte de las autoridades judiciales involucradas. Estas medidas se aplicaron también en la última decisión que sobre el tema de IVE adoptara la Corte Constitucional, en la sentencia T-532 de 2014.

65. La razón de ser de la implementación de estas medidas se ubica en la salvaguarda de la intimidad de los solicitantes, pero en casos como este en el que además ya nació la criatura, también se enderezan a asegurar la intimidad del niño ya nacido. La reserva del nombre de la solicitante y su hijo nacido, busca evitar discriminaciones posteriores derivadas de un prejuicio en contra del aborto solicitado, y garantizar la continuidad de la vida de los involucrados en la mayor normalidad posible.

66. Dado lo anterior, acceder a la solicitud del Señor Procurador implicaría la desatención de esta práctica garantista de la Corte Constitucional, y el desconocimiento de una medida eficaz que la Corte ya ha implementado en varias ocasiones como se mencionó anteriormente, para asegurar en la mayor medida posible los derechos de quienes participan en el proceso, incluso infringiendo la jurisprudencia en vigor sobre la materia.

67. Por las anteriores consideraciones la Sala estima que no es posible acceder a la solicitud del Señor Procurador en torno a la realización de una audiencia pública.

68. Igualmente, como ya se mencionó y atendiendo las reglas jurisprudenciales antes enunciadas y descritas, la Sala como medida de protección, ordenará la supresión en esta providencia y en toda futura publicación de ella, de los datos que permitan la identificación de la accionante y de su hijo nacido, en defensa de su derecho a la intimidad.

Procedencia de la acción de tutela

69. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia[42], y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[43].

70. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se realizará un análisis en el caso concreto de la procedencia de la acción de tutela:

71. Invocación de afectación de un derecho fundamental: La accionante invocó la protección de los derechos a la vida, la salud, la integridad física y emocional, al aborto y al libre desarrollo de la personalidad. Los artículos 11, 12, 16 y 85 de la Constitución, reconocen como fundamentales los derechos a la vida, a la integridad personal[44] y al libre desarrollo de la personalidad, condición desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto al derecho a la salud, este ha atravesado “un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho

fundamental autónomo”[45], situación que se puede apreciar con la aprobación de la Ley 1751 de 2015, y los argumentos de constitucionalidad plasmados por esta Corte en la sentencia C-313 de 2014. Al respecto, la jurisprudencia ha destacado que la calificación de fundamental del derecho a la salud encuentra sus bases en instrumentos internacionales y su estrecha vinculación con el principio de dignidad humana[46].

En cuanto al derecho a la IVE, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que está respaldado por un derecho exigible por vía de tutela[47], cuando quiera que la mujer que lo solicite: (i) se encuentre incurso en alguna de las tres causales delimitadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, y (ii) decida optar, de manera libre, por esta alternativa frente a la posibilidad de continuar con el embarazo.

Teniendo en cuenta que en la acción de tutela se invocaron derechos de carácter fundamental, se estima que la demanda plantea una controversia de orden constitucional, y por lo mismo cumple el presente requisito.

72. Legitimación por activa: La presente tutela fue promovida por la accionante a través de apoderada judicial debidamente acreditada[48]. De acuerdo al artículo 86 de la Carta, toda persona cuenta con la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, acción que puede ejercer en nombre propio o a través de quien actúe en su nombre. En consecuencia, se considera cumplido el presente requisito.

73. Legitimación por pasiva: La acción de tutela fue dirigida contra la EPS SaludCoop, entidad encargada de la prestación del servicio público de salud. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela resulta procedente para atacar las acciones u omisiones que impacten derechos fundamentales, por lo que se entiende cumplido este requisito.

74. Inmediatez: La accionante interpuso la acción de tutela el 13 de agosto de 2015. Para ese momento, la señora Rosa se encontraba embarazada y había solicitado la realización del aborto el 9 de julio de 2015, por lo que se considera que la acción de tutela fue interpuesta en un término razonable.

75. Subsidiariedad: En virtud de su naturaleza subsidiaria, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los

derechos”[49] y ha reconocido que tal calidad “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”[50]. En cualquier caso, deberá verificarse si los mecanismos judiciales ordinarios resultan eficaces para la protección del derecho, pues en caso de que así no sea, la acción de tutela será procedente.

Frente a la protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 1122 de 2007 estableció en su artículo 41[51] un mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, para resolver controversias, entre otras, sobre la “[c]obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”[52], competencia que ha sido entendida por esta Corte como aquella que le permite conocer sobre “la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el P.O.S.”[53].

Más adelante, mediante el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, se adicionaron algunas competencias a las ya establecidas en la mencionada Ley 1122 de 2007, de las que destaca la posibilidad de decidir “[s]obre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”[54], disponiendo igualmente que “[l]a función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”. Para asegurar la accesibilidad al mecanismo jurisdiccional, la norma dispuso, entre otros, (i) la posibilidad de ejercer la acción sin formalidad ni autenticación, (ii) la posibilidad de actuar directamente, es decir, sin necesidad de actuar a través de apoderado, (iii) un término supremamente corto para el fallo, de 10 días, (iv) la prevalencia de la informalidad en el procedimiento. Tanto el mecanismo, como los requisitos de procedibilidad han sido entendidos por la Corte “dados los derechos involucrados en este tipo de controversias, la Ley 1437 de 2011 revistió de mayor celeridad e informalidad al trámite en aras de una protección eficaz de los derechos de los usuarios”[55].

A partir las anteriores bases normativas, la jurisprudencia en las mencionadas sentencias ha establecido con claridad que el mecanismo principal para exigir prestaciones a cargo de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud es aquel regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, mecanismo que en todo caso no desplaza a la acción de tutela y que por consiguiente permanece como un mecanismo subsidiario, para ciertos eventos en los que la protección de los derechos fundamentales requiera la intervención urgente del juez constitucional, como cuando se evidencie la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el caso concreto, esta Sala reconoce que a pesar de existir un mecanismo idóneo y eficaz, este es un caso especial en el que la acción de tutela puede ser utilizada como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Esto es así, por cuanto, la premura con la que debía actuarse en el presente caso, el momento actual de la accionante y su hijo, la naturaleza de la solicitud misma y la de las causales invocadas no resultaba de fácil solución dadas las circunstancias particulares del caso, especialmente porque a pesar de la solicitud de la madre para abortar, el paso del tiempo implicaba que para el momento en el que se da trámite de revisión de lo actuado en las instancias de tutela, el niño ya nació, situación que complejizaba el análisis y revela la importancia de su trámite en sede de tutela.

Por lo anterior, esta Sala considera que en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad en el trámite de la acción de tutela, pues este es el único mecanismo judicial, idóneo y eficaz, para dar trámite de las pretensiones de la accionante y proteger los derechos fundamentales invocados, dada la situación especial que se reseñó anteriormente.

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

76. Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso, ¿Se vulneró el derecho fundamental a la IVE invocado por la accionante, al no practicarse el procedimiento que permitiese la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de que la accionante había alegado la ocurrencia de las siguientes causales: (i) grave peligro para la vida de la madre por afectación psicológica, e (ii) inviabilidad del feto? Así mismo, la Sala debe determinar

¿Sí persiste la vulneración del derecho fundamental invocado por la accionante, teniendo en cuenta que el niño ya nació?

77. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud; (ii) la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la IVE y los parámetros jurisprudenciales para la atención de este tipo de solicitudes; y (iii) procederá a analizar el caso concreto.

78. Sin embargo, de acuerdo con los antecedentes expuestos en la Sección I de esta sentencia, la Sala tiene conocimiento que el menor ya nació. Por lo tanto, de manera preliminar se hará referencia a la jurisprudencia constitucional relacionada con la carencia actual de objeto, para luego sintetizar el precedente aplicable, si hubiere lugar a ello.

D. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO

79. Esta Corte ha reiterado que el objeto de la acción de tutela consiste en garantizar la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, ha reconocido también que en el transcurso del trámite de tutela, se pueden generar circunstancias que permitan inferir que la vulneración o amenaza alegada, ha cesado. Lo anterior implica que se extinga el objeto jurídico sobre el cual giraba la acción de tutela y del mismo modo que cualquier decisión que se pueda dar al respecto resulte inoqua[56]. Este fenómeno ha sido catalogado como carencia actual del objeto y se puede presentar de dos maneras, conocidas como hecho superado, o daño consumado.

80. En este sentido, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 reglamenta la figura del hecho superado así:

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

81. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en abundante jurisprudencia[57], ha explicado que la carencia actual de objeto por hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental invocado. Así, desde los inicios de la jurisprudencia de esta Corte, por ejemplo, en la sentencia T-570 de 1992, se señaló que si

bien la acción de tutela es el mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, si la perturbación que dio origen a la acción desaparece o es superada, entonces, el peticionario carece de interés jurídico ya que dejan de existir el sentido y objeto del amparo, razón por la cual habrá de declararse la carencia actual de objeto por hecho superado. De manera específica, la Corte ha señalado:

“La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad del pronunciamiento del juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada se dirige ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de la cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiere el juez caería en el vacío”[58].

82. En concordancia con lo anterior, en la sentencia T-167 de 1997, la Corte señaló que:

“El objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley. Obsérvese que la eficacia de esta acción se manifiesta en la posibilidad que tiene el juez constitucional, si encuentra probada la vulneración o amenaza alegada, de impartir una orden encaminada a la defensa actual e inminente del derecho en disputa. Pero si la situación de hecho que generó la violación o la amenaza ya ha sido superada, el mandato que pueda proferir el juez en defensa de los derechos fundamentales conculcados, ningún efecto podría tener, el proceso carecería de objeto y la tutela resultaría improcedente; en otras palabras, la acción de amparo perdería su razón de ser”.

83. Esto significa que la acción de tutela pretende evitar la vulneración de derechos fundamentales y su eficacia está atada a la posibilidad de que el juez constitucional profiera órdenes que conduzcan a evitar la vulneración inminente o irreparable de aquellos derechos

fundamentales[59]. Por lo tanto, al desaparecer el hecho o hechos que presuntamente amenaza(n) o vulnera(n) los derechos de un ciudadano, carece de sentido que el juez constitucional profiera órdenes que no conducen a la protección de los derechos de las personas. Así, cuando el hecho vulnerador desaparece se extingue el objeto actual del pronunciamiento, haciendo inocuo un fallo de fondo del juez constitucional.

84. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte también ha señalado que a pesar de la carencia actual de objeto, bien puede la Corte mantener la potestad para pronunciarse en el caso “(...) si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera”[60]. Y se ha añadido: “(...) En la actualidad se acepta que en aquellos casos en los que se observe carencia de objeto de la acción de tutela y sea evidente que la tutela debía haber sido decidida en un sentido diferente, debe definir si confirma o revoca, con la anotación de que no se pronunciará de fondo y no impartirá órdenes para indicar un remedio judicial sobre el problema jurídico.”[61]

85. Por último, como se analizará en detalle en la sección F de esta sentencia, la jurisprudencia de la Corte ha dado aplicación a estos conceptos en el caso específico del derecho fundamental a la IVE, como se evidencia en los numerales 105 a 107, 110, 112 y 115 siguientes.

E. EL DERECHO A LA SALUD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

86. El derecho a la salud está consagrado en el Capítulo II de la Constitución Política, el cual versa sobre los derechos económicos sociales y culturales. El artículo 48 Superior, definió la seguridad social como “(...) un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

87. A su vez, el artículo 49 de la Constitución[62] dispone que la salud tiene una doble connotación: (i) como derecho fundamental del que son titulares todas las personas; y (ii) como servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el

Estado[63].

88. En concordancia con lo anterior, el artículo 365 de la Carta dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho, y su prestación deberá efectuarse de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, con el fin de materializar los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

89. Inicialmente, la jurisprudencia constitucional consideró que el derecho a la salud, por estar comprendido en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), no era susceptible de protegerse a través de la acción de tutela, a menos que se demostrara que por conexidad, al no protegerse este derecho se estaba vulnerando otro derecho fundamental como la vida o la dignidad humana de las personas[64].

90. Más adelante el Legislador, con la finalidad de desarrollar el mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 49 Superiores expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social en Salud. En el artículo 2º de dicha norma, se establecieron como principios rectores la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad y la participación.

91. Para el caso, los principios más relevantes son el de eficiencia que supone “(...) la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”[65]. A su vez, el principio de integralidad en materia de salud procura porque las personas que se encuentran afiliadas reciban los servicios y atenciones requeridas a efectos de que puedan conservar o recuperar su salud, esto es, su normalidad orgánica y funcional, de las diversas circunstancias que puedan llegar a afectarla o disminuirla.

92. La jurisprudencia constitucional al desarrollar los principios rectores del Sistema de Seguridad Social Integral, ha establecido la continuidad en la prestación del servicio como elemento definitorio del derecho fundamental a la salud, que deviene quebrantado por la interrupción o intermitencia que genere o aumente el riesgo contra la calidad de vida. Razón por la cual, para la Corte es de suma importancia asegurar una eficiente, constante y

permanente prestación de los servicios de salud, según corresponda, con el fin de ofrecer a las personas “la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades”[66].

93. Asimismo, la Corte ha revaluado la teoría de la conexidad como lo señaló en la sentencia T-760 de 2008, advirtiéndose“(…) que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiéndose que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho[67]. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. [...] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo [...]”.

94. Finalmente, es importante resaltar que la sentencia T-760 de 2008, concluyó que de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud es autónomo y por lo tanto, fundamental, lo que lo hace exigible de manera directa a través de la acción de tutela. Esta posición vendría a ser recogida por el legislador en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, al establecer:

“Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

“Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación

como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

F. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Las excepciones al tipo penal de aborto establecidas en la sentencia C-355 de 2006

95. El primer paso para la consolidación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto que dio la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, fue el reconocimiento de excepciones al tipo penal que sancionaba la realización de dicho procedimiento. De esta forma, en la sentencia C-355 de 2006, se analizaron demandas ciudadanas contra varias normas del Código Penal que disponían la sanción con pena de prisión para la mujer u otra persona le causare su aborto[68], en cualquier circunstancia. Los demandantes que solicitaron la inexecutable de las normas demandadas, argumentaron que las normas analizadas limitaban “de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años”, y la exponían “a someterse a un aborto clandestino ‘y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad’”.

96. En la mencionada sentencia, la Corte determinó que una prohibición total del aborto resultaba inconstitucional, esto teniendo en cuenta que “una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”.

Al verificar esta situación, recordó que “una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales [cuenta] con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios”, lo que obligaba a un ejercicio de ponderación que equilibrara el deber del Estado de proteger la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, con los derechos de la mujer a la vida, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, ignorados

en la norma estudiada. La Corte recordó que “[c]omo ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos[69] y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido”.

97. Ante este predicamento, la Corte consideró que “[u]na vez [el legislador] ha decidido que las medidas de carácter penal son las más convenientes para proteger la vida del nasciturus, le corresponde prever la circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer gestante. No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada”[70], consideración que llevó a la Corte a condicionar el tipo penal que sancionaba el aborto para incluir circunstancias excluidas del delito[71], y que permitieran la salvaguarda de los derechos fundamentales de la mujer a la vida, a la salud y a la dignidad. La Corte resolvió el caso disponiendo:

“[...] Tercero. 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 [...]”.

98. La primera de las situaciones excluidas del delito se refiere a la continuación del embarazo cuando constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. Respecto de esta cuestión, la Corte se movió dentro del criterio de conexidad entre los conceptos de vida y salud, destacando que esta última “incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico”, proyectándose a la “salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre”.

Desde esta perspectiva, la realización del derecho a la vida y de la salud de la mujer opera como límite para el legislador en la configuración de las medidas normativas de protección de la vida del nasciturus como bien constitucional protegido. Para su configuración, la situación de peligro para la vida o la salud de la madre debe acreditarse a través de un concepto médico[72], concepto que basta para que la realización del aborto no conlleve consecuencias penales.

Fundamentó la Corte dicha causal en la sentencia C-355 de 2006, destacando el impacto que la regulación penal vigente hasta el momento imponía a la madre en estas circunstancias, poniendo de presente que una penalización en estos casos extremos, “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. || Además, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”[74].

100. La tercera hipótesis de no punibilidad establecida por la Corte se circunscribió al caso del embarazo resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, imponiendo como requisito para su aplicación la denuncia del delito por parte de la mujer que solicita el aborto. Al respecto dijo la Corte, en la mencionada sentencia que “[e]n el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada”.

101. Por lo demás, en esta providencia la Corte fijó algunas reglas adicionales aplicables en los casos de aborto, las cuales se resumen a continuación:

a. La mujer embarazada, menor de catorce años, que se encuentre en las situaciones especificadas como carentes de tipicidad de la sentencia C-355 de 2006, son capaces para expresar su consentimiento para la realización del aborto.

b. Las situaciones delimitadas en la sentencia C-355 de 2006 “tienen 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”[75].

c. Para la activación de la exclusión de la tipicidad, “basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado”[76].

d. La decisión contenida en la sentencia C-355 de 2006 “se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo”[77], lo que no excluye una decisión legislativa que prevea otras exclusiones frente a las sanciones penales.

e. La Corte estimó que para hacer efectiva su decisión, esta no requería para su aplicación desarrollo o consagración normativa adicional de ningún tipo, por lo que sus reglas tendrían vigencia inmediata.

f. Se aclaró que “la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones”[78] antes expuestas.

g. La conducta a seguir en el caso de que un médico alegue la objeción de conciencia para la realización de un aborto consiste en “proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica”[79].

h. Se resaltó, por sobre cualquier consideración, la importancia del consentimiento de la madre para realizar, o no, el procedimiento. Se aclaró “que la decisión adoptada en esta

sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento”[80].

102. De esta forma, se configuró en la jurisprudencia constitucional el derecho al aborto para las mujeres cuyo embarazo, se pueda enmarcar en cualquiera de las causales antes expuestas. Por lo demás, la naturaleza del aborto como derecho fundamental de la mujer fue reconocido por la Sala Plena de la Corporación cuando manifestó que “(...) esta Corporación ha determinado que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los tres casos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006, que incluye el aborto en supuestos de violencia sexual, es un derecho fundamental de las mujeres, como un derecho reproductivo[81]”[82]. (Negritas fuera de texto original)

Desarrollo jurisprudencial en sede de tutela del derecho fundamental a la IVE[83]

103. Con la decisión de constitucionalidad condicionada proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-355 de 2006, correspondió a las Salas de Revisión de Tutela de este Tribunal la consolidación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto, así como la precisión de los conceptos incluidos en la mencionada sentencia de constitucionalidad. Teniendo en cuenta lo anterior, estima la Sala procedente realizar un recuento jurisprudencial, con el fin de precisar las reglas aplicables al derecho fundamental a la IVE.

104. En la sentencia T-171 de 2007, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional conoció del caso de una mujer que solicitó la realización de un aborto, ante el hallazgo en el feto de cinco meses de gestación de una malformación denominada anencefalia.

Como particularidad en el caso concreto, destaca el hecho de que el primer juez al que fue asignado el trámite de tutela, se negó a darle trámite, invocando la objeción de conciencia

(como se verá más adelante, la jurisprudencia posterior no admite esta posibilidad; ver infra numeral 106), por lo que el trámite fue reasignado, y fallado por otro juez, denegando el amparo con el argumento de que “en el caso de la señora Pérez Ascanio no se presenta ninguna de las causales de despenalización previstas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006. En tal sentido, consideró que no es posible practicar un aborto cuando éste se sustenta en la voluntad de la madre sin que exista un diagnóstico médico que así lo ordene”[84].

Dado lo anterior, se consideró que “en el caso estudiado ha cesado la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales comprometidos, y por lo tanto, la acción de tutela carece de objeto, en la medida en que bajo estas nuevas condiciones no existe una orden a impartir ni un perjuicio que evitar”[87], por lo que se confirmó la decisión de denegar el amparo, pero ante la evidencia de la carencia actual de objeto.

105. En la sentencia T-988 de 2007 la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional analizó el caso de una joven de 24 años, que sufría de parálisis cerebral y un retardo psicomotor severo. La joven había sido accedida carnalmente, por lo que su madre, una vez verificó la situación con los médicos de la joven, solicitó a su EPS la realización del aborto contando con aproximadamente 9 semanas de gestación, e interpuso la demanda penal correspondiente. Luego de la solicitud de la madre, la EPS accionada se negó a realizar el procedimiento, alegando que la solicitud presentada no contenía copia de la denuncia por acceso carnal violento, certificación del proceso de interdicción que concediera la representación legal de la joven a su madre, o valoración psicológica sobre la ausencia de la voluntad de la paciente frente a su embarazo. En vista de la negativa, la madre interpuso acción de tutela en nombre de su hija, solicitando que se ordenara la realización de “una cirugía orientada a interrumpir el embarazo de su joven hija acaecido como resultado de abuso carnal con persona sin posibilidad de resistir”[88].

Para resolver el caso, se retomaron los elementos principales de la sentencia C-355 de 2006, de la siguiente manera:

“(…) (v) 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, 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 y razonabilidad, como han sido desarrollados estos principios 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 Sala en el caso concreto verificó la ocurrencia de un hecho superado, en tanto la joven finalmente se practicó el aborto que requería. Sin embargo, la Corte consideró pertinente pronunciarse sobre algunas circunstancias importantes del caso, de las que destacan dos: (i) la afectación de derechos fundamentales que se deriva de la imposición de requisitos adicionales por parte de las EPS para atender una solicitud de realización de un aborto, y (ii) la posibilidad de que frente a personas con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, cuya situación sea un hecho notorio, y que han sido víctimas de acceso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, se pueda practicar el aborto a pesar de que resulte imposible la exteriorización libre y directa de su consentimiento, a solicitud de los padres y atendiendo las circunstancias específicas de cada caso concreto[89].

Teniendo en cuenta lo anterior, el primero de los desarrollos jurisprudenciales, especialmente relevantes para el caso sub judice, consistió en la reiteración de la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006 en cuanto a la taxatividad de requisitos exigidos para la activación de las situaciones de atipicidad, que en el caso concreto se circunscribían a la presentación de la demanda penal en situaciones de acceso carnal como aquel del que había sido víctima la joven. La exigencia de requisitos adicionales, clarificó la Corte, implicaba una desatención al mandato jurisprudencial de “no imponer a las mujeres que se hallen ante tal situación cargas desproporcionadas”[90]. La Corte destacó cómo “la Entidad Promotora de Salud dilató de manera injustificada la práctica del aborto [... pues ...] hizo depender la interrupción del embarazo en una persona limitada física, psíquica y sensorialmente -quien fue víctima de acceso carnal sin consentimiento y abusivo-, de formalidades imposibles de cumplir, como lo son, de una parte, la existencia de sentencia de interdicción judicial y, de otra, el examen psicológico para constatar que el acceso carnal no fue consentido. Al hacerlo, incurrió la entidad demandada en una práctica que a la luz de las circunstancias del caso concreto resulta arbitraria y desproporcionada y desconoció, además, la ratio decidendi contenida en la sentencia C-355 de 2006”[91].

Igualmente, se hizo mención de la reprochable actitud de la EPS al dilatar innecesariamente la atención de la joven, pues en lugar de remover obstáculos para la realización del derecho al aborto de la joven, impuso barreras para su realización: el efecto de la actuación de la EPS en dicho caso, implicó poner a la joven en condición de indefensión, afectando su dignidad humana.

106. Posteriormente, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional profirió la sentencia T-209 de 2008, en la que se analizó la acción de tutela interpuesta por la madre de una menor de 13 años, víctima de acceso carnal violento, que denunció el delito y solicitó la práctica del aborto a su EPS y a varias instituciones prestadoras de salud, práctica que no se realizó por cuanto se alegó de manera generalizada la objeción de conciencia por parte de los operadores del sistema.

Para resolver el caso, la Sala desarrolló especialmente dos temas fundamentales como fueron (i) la objeción de conciencia en materia de aborto y las obligaciones especiales de quien la invoca, y (ii) la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de tener en su catálogo de prestadores instituciones y personas que puedan realizar el aborto requerido en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006. El mencionado pronunciamiento reiteró la taxatividad de los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006, para la activación de las situaciones de atipicidad.

Frente al primero de los temas, reiteró la Corte en dicha oportunidad que la objeción de conciencia no es un mecanismo que proteja a las instituciones, sino exclusivamente a las personas naturales, la cual no por cualquier razón, sino una que en efecto comprometa de manera sustancial sus valores, es que le permite al individuo apartarse de la obligación de realizar el derecho al aborto[92]. Al respecto se señaló que “si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento”, así como tampoco pueden abstenerse de remitir de manera inmediata a la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo, pues de no hacerlo violarían los derechos de la solicitante.

Por lo demás, de la sentencia T-209 de 2008 quedó claro que “tanto las empresas promotoras de salud como las entidades de la red pública de prestadores de servicios de

salud, deben garantizar a sus afiliadas un número adecuado de proveedores habilitados o disponibles”[93] para la realización de los abortos solicitados en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006, resultando evidente que las EPS “deben tener de antemano claro, y definida la lista correspondiente, que profesionales de la salud y en que IPS se encuentran, están habilitados para practicar el procedimiento de IVE, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaces los derechos fundamentales de las mujeres”[94].

Respecto de estas obligaciones, destacó la sentencia que le corresponde al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud la imposición de sanciones en caso de fallas en la atención de las solicitantes del aborto por el incumplimiento de los lineamientos jurisprudenciales para la realización del procedimiento.

En cuanto a la taxatividad en los requisitos exigidos para la realización del aborto en las condiciones señaladas en la sentencia C-355 de 2006, la sentencia recordó que “en virtud del principio de la buena fe, para los casos en que se solicite el procedimiento de IVE y se aduzca que es producto de violencia sexual, sólo puede exigirse a la madre gestante la denuncia penal debidamente presentada para que proceda la interrupción del embarazo, máxime que en el caso se trataba de una niña de trece años cuyo acceso carnal se considera abusivo y delictual según el Código Penal”[95]. Por lo anterior, consideró que la actitud de las autoridades judiciales que conocieron del caso en las instancias del trámite de tutela desconocieron la cosa juzgada de la sentencia C-355 de 2006, que exige la presentación de la denuncia como único requisito para la procedencia del aborto en situaciones de delitos sexuales. Por esto, señaló la providencia que los médicos o el personal administrativo no puede(n) exigir documentos o requisitos adicionales, con el fin de abstenerse de practicar u autorizar un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo.

Frente al caso concreto cabe destacar que de acuerdo a los hechos resultaba evidente que para el momento de proferir del fallo la menor ya habría dado a luz. Como consecuencia de lo anterior, se revocaron las sentencias de instancia que negaron el amparo de los derechos invocados, y ante la imposibilidad de restablecer el derecho vulnerado por las entidades que negaron la realización del aborto, a pesar de haberse acreditado lo necesario para su procedencia, se condenó en abstracto a las involucradas en la denegación del servicio, la

vulneración del derecho al aborto y la desatención de la jurisprudencia constitucional.

107. Más adelante, en la sentencia T-946 de 2008, la Sala Tercera de Revisión reiteró las consideraciones de las sentencias precedentes, concentrándose en asuntos relacionados con el cumplimiento de los deberes de los agentes del sistema de salud, la objeción de conciencia, la oportunidad en la realización del aborto y la violación de los derechos de las mujeres solicitantes del procedimiento por la exigencia de requisitos adicionales a los dispuestos en la sentencia C-355 de 2006.

Se falló frente a una acción de tutela presentada por la madre de una joven de 18 años que sufría episodios convulsivos por padecer del síndrome de Pradder Willy, que le generaba un “limitante en gran porcentaje de su capacidad cognoscitiva”[96]; la joven había sido declarada interdicta dada su condición. Dicha joven había sido víctima de acceso carnal violento, por lo cual, sus padres solicitaron se realizara el procedimiento de aborto, el cual fue negado por la EPS argumentando el incumplimiento de las condiciones determinadas en la sentencia C-355 de 2006.

Para resolver el caso, la Corte Constitucional reiteró las reglas dispuestas en las sentencias C-355 de 2006, T-988 de 2007 y T-209 de 2008, destacándose las siguientes consideraciones:

“[S]ólo las personas naturales –y no las jurídicas– son titulares de la objeción de conciencia, así como el deber del galeno, que invoca la objeción de conciencia para abstenerse de realizar la IVE, de remitir de inmediato a la mujer a un médico que pueda practicarla”[97].

“El término para la realización oportuna del aborto, luego de realizada la solicitud, es de cinco días.

“[C]orresponde a las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud orientar a las mujeres gestantes que cumplen con las condiciones establecidas en la sentencia C-355 de 2006, sobre los lugares y los médicos en donde de manera oportuna y adecuada les pueden practicar la interrupción del embarazo”[98].

“De acuerdo con la Corte, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de la

Protección Social tienen la facultad de investigar y sancionar a las entidades que conforman al Sistema de Seguridad Social en Salud que no autorizaron la IVE en forma oportuna y adecuada conforme con los parámetros definidos en la sentencia C-355 de 2006”.

“[L]a Corte consideró que la indemnización, prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, era procedente cuando se anulaba el derecho de la mujer gestante a acceder oportuna y adecuadamente a la IVE en los eventos previstos en la sentencia C-355 de 2006”.

“[E]s procedente el pronunciamiento de la Corte en el caso concreto a pesar de configurarse la figura de la carencia actual de objeto”.

Frente a las decisiones judiciales en sede de tutela, se consideró que el a quo había desatendido las reglas jurisprudenciales dispuestas en la sentencia C-355 de 2006, y que a su turno el ad quem había exigido requisitos adicionales a los indicados por la jurisprudencia para la realización del aborto. En esta misma sentencia, ante la imposibilidad de restablecer el derecho vulnerado por las entidades que negaron la realización del aborto a pesar de haberse acreditado lo necesario para su procedencia, se condenó en abstracto a las involucradas en la denegación del servicio.

108. Luego, fue la Sala Primera de Revisión la que trató el asunto del aborto en la sentencia T-009 de 2009. En dicha providencia se reiteró lo dicho por la Corte en la sentencia C-355 de 2006, haciendo especial énfasis en la activación de los escenarios de atipicidad, luego de expresado el consentimiento de la mujer embarazada para la práctica del aborto. En esta ocasión, se analizó el caso de una mujer a la que se le solicitó la realización de una histerectomía por habersele encontrado una metoplasia escamosa. Sin embargo, al acudir a la EPS para la realización del procedimiento, se verificó que la paciente se encontraba embarazada, razón por la que la histerectomía no se realizó. Poco tiempo después, por malformaciones del feto no asociadas con la patología de la madre, esta sufrió un aborto espontáneo.

La Corte consideró en aquella ocasión que la vulneración de los derechos de la accionante se había presentado pues “todos aquellos que participaron en su proceso para acceder a los servicios de salud que requería, decidieron por ella: los profesionales de la salud que ordenaron suspender el tratamiento médico para que continuara el embarazo, la EPS que

no autorizo (sic) el procedimiento y el juez de tutela que denegó el amparo, entre otros, para garantizar la continuación del embarazo. Con todo, de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 es únicamente ella quien tiene la facultad de decidir continuar o interrumpir el embarazo, cuando éste representa riesgo para su vida o su salud y un médico así lo ha certificado.[...]"[99]. (Subrayado fuera de texto original)

En consecuencia, y a pesar de la terminación del embarazo y la superación de la situación de salud de base de la mujer, se tuteló su derecho a la dignidad humana y se le puso de presente que "a partir de la sentencia C-355 de 2006 la decisión de interrumpir o continuar el embarazo cuando este ponga en riesgo su salud física o mental, o su vida, y en los demás casos previstos en esa sentencia, depende únicamente de su propio criterio, dentro del respecto de las reglas vigentes"[100].

109. Luego vino la sentencia T-388 de 2009 en la cual la Sala Octava de Revisión reiteró y explicó las reglas de la sentencia C-355 de 2006 para la efectividad del derecho al aborto. En aquella ocasión se analizó el caso de una mujer embarazada de entre 16 y 19 semanas de gestación, a la que se le realizó una ecografía avanzada en la que se halló una malformación ósea en el feto, que luego fue identificada como displasia esquelética afilar con acortamiento de fémur y húmero bilateral[101]. Con motivo de los hallazgos, una junta médica conceptuó que resultaba conducente "interrumpir el embarazo por el diagnóstico clínico y ecografía de tercer nivel anotados"[102], recomendación médica que fue atendida por la EPS, que remitió a la mujer a un prestador en la ciudad de Barranquilla. Este último médico se negó a practicar el aborto y exigió una sentencia judicial que lo ordenara.

En este fallo, la Corte Constitucional realizó un repaso por las principales decisiones de dicho Tribunal en relación con el derecho al aborto, explicitando y enlistando las principales sub reglas constitucionales aplicables a la materia, derivadas tanto de la sentencia C-355 de 2006, como de las subsiguientes decisiones de tutela, acá reseñadas. Luego de un juicioso análisis jurisprudencial, extrajo a manera de conclusión, las siguientes reglas vinculantes al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto:

"(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 así como en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006 “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”.

“(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 – 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”[103].

Cabe resaltar que en esta sentencia por primera vez la Corte advirtió que, los conceptos de los psicólogos son válidos para la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006. En efecto, se verificó que los psicólogos son profesionales de la salud, y por ende, están en capacidad de evaluar el impacto que un embarazo tiene en la salud mental de la paciente, y cómo la puede afectar en tal grado que la integridad y dignidad de la mujer corra peligro por el hecho del embarazo.

Por último, en lo que respecta a objeción de conciencia, la Corte reiteró que: (i) se trata de un derecho constitucional fundamental, y que su aplicación está restringida solamente a las personas naturales, específicamente, el personal médico cuya función implique la intervención directa a la interrupción el embarazo. Dicho funcionario deberá manifestar por escrito las razones que sustentan su objeción; (ii) no es dado invocar la objeción de conciencia institucional o colectiva, por cuanto, se trata de manifestación de íntimas e irrenunciabiles convicciones morales, filosóficas o religiosas; y (iii) no es aplicable a las autoridades judiciales[104].

Finalmente, la Corte consideró que el derecho fundamental al aborto fue vulnerado en este caso específico, por dos razones: (i) por la formulación de la objeción de conciencia por parte de un juez de la República, y (ii) por la exigencia por parte del médico designado para la realización del aborto de una orden judicial que lo autorizara a hacerlo, imponiendo un requisito extraño a lo exigido en la sentencia C-355 de 2006. En virtud de lo anterior, se confirmó la sentencia del ad quem que había concedido el amparo.

110. Luego, en la sentencia T-585 de 2010, la Sala Octava de Revisión conoció de un caso en la que una mujer de 21 años solicitó la realización de un aborto, al considerar que su vida se encontraba en peligro. A pesar del sentir de la madre, no existió concepto médico

o psicológico sobre el peligro a su vida, y por ende, nunca se verificó el encuadramiento de la situación analizada en alguna de las causales contempladas en la sentencia C-355 de 2006. Sin embargo, se verificó en sede de revisión que la accionante ya se había realizado el aborto por fuera del sistema de salud, por lo que se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, revocando la sentencia del a quo que había denegado la tutela.

Frente a la carencia actual de objeto por hecho superado, la mencionada sentencia ubicó el hecho superado en casos en los que a la madre se le realiza el procedimiento por parte de las entidades o médicos accionados, mientras que en el escenario del daño consumado ubicó aquellos casos en los que la madre, por las omisiones de los prestadores del servicio de salud, dio a luz al bebé.

En cuanto al establecimiento de protocolos de diagnóstico como obligación de los prestadores del sistema de salud, la Corte estimó 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”. (Subrayado fuera de texto original)

111. Posteriormente, la Sala Novena de Revisión profirió la sentencia T-636 de 2011, en la que analizó el caso de una mujer que solicitó la realización del aborto argumentando que consumía medicamentos que la ponían en un alto riesgo de que el feto presentara graves malformaciones. Durante el trámite de revisión se verificó por parte de la Corte que la accionante se había realizado estudios que mostraban que su embarazo era normal y había decidido llevarlo a término, por lo que se terminó declarando la carencia actual de objeto por hecho superado. En esta providencia se reiteró la regla según la cual las exigencias adicionales a las dispuestas en la sentencia C-355 de 2006 implicaban la vulneración de los derechos de la mujer; específicamente, exigir una providencia judicial que ordenara la realización del aborto desconocía la jurisprudencia de la Corte en la materia.

Adicionalmente, señaló la Corte en este pronunciamiento que no existe una limitación en el ordenamiento frente a la edad gestacional límite para la realización del aborto, y que cualquier decisión en tal sentido quedaba atada al concepto médico, que debía atender las circunstancias y especificidades de cada caso estudiado. Al respecto manifestó: “[s]olo los conceptos médicos determinan cuándo es procedente la intervención en cada caso concreto. Si la experiencia enseña que a los seis meses no es aconsejable la intervención, ello debe ser establecido por los médicos tratantes, y no por la EPS de manera abstracta”.

112. Posteriormente, en sentencia T-841 de 2011, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional analizó el caso de una menor de 12 años que solicitó la práctica del aborto, contando con 19 semanas de gestación al momento de la interposición de la acción de tutela. La menor tenía un certificado médico que dictaminaba “riesgo para la salud como consecuencia de la continuación del embarazo. Concretamente señaló que estaba en riesgo su salud emocional ya que observó “frustración y depresión” y su salud física por el peligro de “complicaciones obstétricas””[105]. Posteriormente, un médico psiquiatra reafirmó el dictamen, aludiendo a “una “reacción depresivo-ansiosa” al embarazo no deseado y determinó que “la continuidad del mismo afecta su salud mental””[106]. Los dictámenes médicos habían sido emitidos por profesionales no adscritos a la EPS encargada del servicio de salud de la menor, por lo que esta se negó a realizar el procedimiento, argumentando que estudiaría el caso dentro de los 15 días asociados con la contestación del derecho de petición. Vencidos los mismos, la accionante se vio obligada a interponer la acción de tutela.

En esta providencia se reiteraron las consideraciones que sobre la carencia actual de objeto que se realizaron en la sentencia T-585 de 2010 (ver supra. numeral 110), el derecho al aborto como derecho fundamental autónomo y las reglas dispuestas en la sentencia T-388 de 2009 frente al manejo de las solicitudes de aborto (ver supra. numeral 109). Dado que la causal invocada por la menor en su solicitud de tutela se basó en el peligro para su salud física o mental, se analizó la causal, destacándose que dicha causal “no cubre solamente la protección de su salud física sino que también se extiende a ‘aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental’”[107]. Frente al requisito para acreditar la ocurrencia de la causal destacó que “[e]n los casos de peligro para la vida y la salud integral de la mujer gestante la Corte precisó que el único requisito que se puede exigir para acceder a su

petición de IVE es un certificado médico. Específicamente en la hipótesis de afectación de la salud mental, en la sentencia T-388 de 2009 esta Sala 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”[108].

Señaló la Corte en dicha providencia que cada una de las hipótesis despenalizadas es autónoma e independiente, y por consiguiente los requisitos exigidos para cada una de ella son específicos; así mismo, resaltó que en ausencia de una norma legal que establezca una restricción o límite de tiempo para las causales de aborto despenalizadas, no se pueden imponer entonces obstáculos o barreras para la práctica de las mismas. Por último, en lo que respecta al derecho al diagnóstico, enfatizó la Corte que cada prestador de servicios de salud debe contar con un protocolo para la atención pronta de las solicitudes que requiere una valoración del estado de salud de la madre gestante integral, es decir, una valoración tanto física como psicológica, determinando en este caso la existencia de obligaciones positivas por parte de los prestadores para determinar si ante una solicitud de aborto por la causal de peligro para la salud o la vida de la madre, pues la alegación de la misma los obliga a investigar a través de exámenes y rasgos clínicos, la eventual configuración del peligro alegado por la mujer solicitante.

En el caso concreto analizado, determinó que la actitud omisiva de la EPS demandada generó la vulneración del derecho fundamental al aborto invocado por la menor debido a que: (i) la EPS demandada tardó más de 16 días para dar respuesta a la solicitud de la niña, y sólo programó la atención un mes después, ante solicitud de la madre de la menor. El término tan prolongado para atender la solicitud representa una vulneración del derecho de la mujer al aborto; (ii) se impusieron barreras de acceso al aborto, puesto que se exigieron tardíamente la historia clínica de la menor y la convalidación de los conceptos ante médicos adscritos a la EPS. Estas exigencias podrían resultar válidas, pero la demora en tramitarlas implicó una afectación del derecho al aborto, más grave si se tiene en cuenta que existían ya dos conceptos médicos a favor de la realización del aborto solicitado; (iii) si bien se realizó una junta materno-fetal para evaluar la situación médica de la menor, esta se hizo más de mes y medio después de la solicitud, cuando ya no resultaba conducente para el manejo del caso. Con base en lo anterior, la Corte procedió a ordenar la atención médica integral, teniendo en cuenta que se produjo el nacimiento del bebé, y condenó a la entidad prestadora de salud por los perjuicios que se le ocasionaron a la menor.

113. Posteriormente la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional profirió la sentencia T-959 de 2011, en la que analizó el caso de una mujer que solicitó la realización del aborto ante hallazgos ecográficos que señalaban que el feto sufría de malformaciones debidas al síndrome de Arnold-Chiari Tipo II. La mujer alegó que se encontraban configurada dos causales de atipicidad de las delineadas en la sentencia C-355 de 2006, la relativa al peligro para su vida y su salud y la inviabilidad del feto; la acción de tutela se presentó cuando la accionante tenía 29 semanas de gestación, y el procedimiento se realizó en la semana 31 de gestación. En consecuencia, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

114. La Sala Octava de Revisión profirió luego la sentencia T-627 de 2012, en la que se ocupó de “las supuestas violaciones o amenazas que los demandados [el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, y la Procuradora Delegada para la Función Pública, María Eugenia Carreño Gómez] han hecho, en ejercicio de sus funciones, a los derechos reproductivos de las mujeres, uno de los cuales es el derecho a la información en materia reproductiva”. En esta providencia se reiteró la línea jurisprudencial antes reseñada, en especial los contenidos de la sentencia C-355 de 2006, T-388 de 2009 y T-585 de 2010. Dentro de lo más relevante para el caso sub judice, de esta providencia destaca la configuración de un derecho a la información en materia reproductiva[109], y la reiteración la naturaleza del derecho al aborto como fundamental, en los casos delimitados en la sentencia C-355 de 2006.

115. Posteriormente, la Sala Tercera de Revisión profirió la sentencia T-532 de 2014, que se ocupó del caso de una mujer de 31 años, madre de una menor de 6 años, que afirmaba no encontrarse “ni psicológica ni económicamente preparada para afrontar lo que significa tener otro hijo”. Ya con 17 semanas de embarazo, la accionante acudió a una IPS, solicitando la realización del aborto por encontrarse en riesgo su salud emocional, atravesando varias fases de evaluación de su condición. Finalmente, cuando la accionante ya contaba con 22 semanas de gestación, obtuvo la autorización de parte de su EPS para la realización del procedimiento, pero este no se pudo llevar a cabo por cuando se argumentó en el hospital al que la remitieron que el procedimiento a realizar era un feticidio, y no un aborto, que inicialmente había solicitado. Durante el trámite de revisión se verificó la carencia actual de objeto, dada la imposibilidad de la madre de acceder a los servicios de

salud en oportunidad, recordando las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2009 y T-585 de 2010[110].

En consecuencia, la Sala Tercera encontró que se ha exigido que este tipo de solicitudes “deben ser resueltas con la mayor prontitud y celeridad posibles, dada la naturaleza y complejidades propias que plantea de este asunto”[111] y estimó que cinco días resultaban, en principio, un plazo razonable para hacerlo; determinó también que, para dar respuesta eficiente a las solicitudes para la realización del aborto, era importante considerar la edad gestacional, pues entre más avanzado el embarazo, más pronto debería atenderse la solicitud de la mujer, teniendo en cuenta que “cada día que pasa en el desarrollo del embarazo hace más riesgosa y compleja su interrupción”[112].

Por lo demás, recordó la Corte que la sentencia C-355 de 2006 no definió un criterio temporal para la realización del procedimiento, y conceptuó que “este es un asunto que debe ser fijado por el legislador al momento de dictar las reglas a las que se sujeta este tema”; y reiteró lo dispuesto en la jurisprudencia en el sentido de que se debe dejar al criterio científico de los médicos o profesionales tratantes y al consentimiento de la madre, los potenciales efectos de la práctica del aborto en la etapa gestacional que se encuentre la madre.

G. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

116. Es necesario destacar que SaludCoop EPS se abstuvo de contestar la tutela y guardó silencio durante el trámite, circunstancia que activa la presunción de veracidad dispuesta en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, en lo referente a ella. Por lo anterior, se destaca en esta sentencia que los hechos que se presentan reflejan lo probado en el proceso, sea vía medio de prueba, o bien por aplicación de la presunción de veracidad antes aludida.

117. El 22 de diciembre de 2014, Rosa acudió a la EPS SaludCoop para determinar si se encontraba embarazada. Luego, en desarrollo de los controles prenatales a cargo de la EPS, se enteró que el niño que esperaba sufría de malformaciones compatibles con hidrocefalia. El diagnóstico se realizó el 28 de mayo de 2015 y, 14 días después, el 11 de junio de 2015, citaron a la accionante a control en la Unidad de Alto Riesgo Materno de la EPS demandada. En dicho control se ordenó la realización de una ecografía de detalle, que se practicó 25

días después, es decir, el 7 de julio de 2015, y se verificó la existencia de malformaciones en el feto. Para ese momento, la accionante ya contaba con 27 semanas de embarazo y fue informada de la posibilidad de acudir al aborto.

118. En lugar de recibir atención en la Unidad de Alto Riesgo Materno de SaludCoop EPS, o ser formalmente remitida a otra institución prestadora de salud, una ginecóloga de la institución instruyó a la señora Rosa para que acudiera por el servicio de urgencias al Hospital de San José para que atendieran la solicitud de aborto.

119. Esta circunstancia obligó a la accionante a dirigirse a una nueva institución y a reiniciar el procedimiento de diagnóstico y atención. El Hospital de San José, el 9 de julio de 2015, evaluó a la paciente, y le brindó información sobre el procedimiento a seguir, indicándole que debía realizar una solicitud formal para la realización del procedimiento y tramitar ante la EPS la respectiva autorización. Ahora bien, el mismo día, la accionante radicó la solicitud para la realización del aborto argumentando la ocurrencia de dos de las causales de exclusión de tipicidad delineadas por la sentencia C-355 de 2006: (i) la “[g]rave afectación mental” que impactaría su salud; y (ii) la inviabilidad del feto “[p]or la grave malformación [...] que se evidencia en las distintas ecografías y diagnósticos”. Hay que destacar que la accionante advirtió en su escrito a la EPS que requería la realización de un procedimiento especial y ágil, dado lo avanzado de su embarazo.

120. La definición del asunto por parte del Hospital de San José se dio el 13 de julio de 2015, momento en el que la accionante fue atendida simultáneamente por los servicios de trabajo social, psiquiatría y urgencias, que la orientaron sobre el aborto, la evaluaron médicamente, y con base en ello, determinaron la conducta a seguir en su caso, identificando que se configuraba la causal de grave afectación a la salud mental de la accionante. Sin embargo, informó el Hospital de San José que el procedimiento no se podía realizar en dicha institución porque por lo avanzado del embarazo se requería la práctica de un “feticidio”, frente al cual el Hospital no contaba con capacidad técnica. Verificado lo anterior, el Hospital de San José informó a la EPS respecto de la imposibilidad de realizar el procedimiento aborto y remitió a la accionante a SaludCoop, para que se le asignara otro prestador que si estuviera capacitado para la realización del procedimiento en avanzada edad gestacional.

121. El 21 de julio de 2015, mediante comunicación escrita la EPS SaludCoop informó a la accionante que no contaba en su red con prestadores que pudieran atender la solicitud de IVE, dadas las condiciones de la gestante, y que tampoco había logrado que un prestador externo programara la realización del aborto.

122. En el presente caso, como se expuso, la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales y solicitó en su acción de tutela como medida cautelar que SaludCoop EPS procediera a realizar de forma inmediata la interrupción voluntaria del embarazo en una IPS donde realicen dicho procedimiento. Como pretensión principal solicitó que: (i) se le ordene a SaludCoop EPS que le garantice el acceso real e inmediato a la salud en condiciones integrales; (ii) el servicio solicitado sea prestado por urgencias desde el ingreso hasta su culminación, con incapacidad y entrega de los medicamentos que requiera en su recuperación; y (iii) SaludCoop EPS le brinde todo el acompañamiento anterior y posterior al procedimiento, que llegara a requerir.

123. Como se puede verificar del recuento de los hechos, el 9 de septiembre de 2015, antes de proferida la sentencia de segunda instancia, el parto tuvo lugar, naciendo producto del mismo un niño. Esta circunstancia fue comunicada a la Corte Constitucional por la apoderada de la accionante y La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres en escrito radicado el 27 de abril de 2016. Teniendo en cuenta lo anterior, debe la Corte proceder a analizar si existe una carencia actual de objeto.

124. En virtud de lo dispuesto en el numeral 123, determina la Sala que se configura en este caso particular una carencia actual de objeto, dada la imposibilidad de la accionante de acceder a los servicios médicos requeridos a tiempo. De conformidad con lo dispuesto en la Sección II.D de esta sentencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que en aquellos eventos en los cuales la pretensión fue satisfecha o se consumó la vulneración de derechos fundamentales, la acción de tutela pierde eficacia, inmediatez y justificación constitucional, razón por la cual, en este caso la Sala declarará la carencia actual de objeto.

125. En este mismo sentido, dando aplicación a los precedentes jurisprudenciales a esta situación -en especial lo dispuesto en las sentencias T-946 de 2008, T-585 de 2010, T-841 de 2011 y T-532 de 2014, esta Sala debe indicar que ante el nacimiento del niño se

presenta en este caso una carencia actual de objeto[113], por lo mismo, no resulta posible “emitir orden judicial alguna para retrotraer la situación”[114] a su estado anterior, y procede la negación del amparo frente a la realización del procedimiento médico conducente al aborto.

126. No obstante, como se dijo, por no compartir la Sala lo decidido en su totalidad en las sentencias de instancia impugnadas, de conformidad con el criterio que ha venido siendo aplicado en varias sentencias de esta Corte[115], según el cual, no se puede confirmar un fallo que se aparta de los postulados de la Constitución, en la parte resolutive de esta sentencia procederá a confirmar parcialmente los fallos mencionados y declarará la carencia actual de objeto. En este sentido, la sentencia T-271 de 2001 expresó:

“(…) 4. Sobre la sustracción de materia. La Sala no comparte la argumentación hecha por el juez de instancia para denegar la tutela solicitada por la señora Ana Hermencia Solano Jiménez, y procederá a revocar el fallo objeto de revisión. No confirma el fallo porque la tutela ha debido ser concedida. No obstante, la Corte no se pronuncia de fondo, pues en el presente caso hay carencia de objeto por sustracción de materia, toda vez que el Instituto de Seguros Sociales ya expidió la autorización para la práctica de la cirugía requerida por la madre de la peticionaria. No existe al momento en que se produce este fallo, razón alguna para impartir una orden al ente accionado.

“En estos casos, la técnica empleada es que la decisión de instancia es confirmada, pero por las razones expuestas por la Corte. Pero confirmar un fallo contrario a la Carta no es lo procedente. Por eso, la técnica que se empleará en la parte resolutive será la de revocar y declarar la carencia de objeto.”

127. Lo anterior, por cuanto, como ha quedado claro de la reiteración de jurisprudencia, el derecho fundamental a la IVE no se reduce a la realización de un procedimiento médico, sino que también supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad, que tienen que ver directamente con la oferta de los servicios por parte de los agentes del sistema de salud. En este sentido, procederá la Sala a analizar el caso concreto frente a dichos componentes, teniendo en cuenta las circunstancias relacionadas con la atención médica y administrativa de la solicitud del procedimiento por parte de la accionante.

Configuración y titularidad del derecho fundamental a la IVE por parte de la accionante

128. Como quedó expuesto en el recuento de los hechos de la presente tutela, en el caso concreto se alegaron dos de las causales contempladas en la sentencia C-355 de 2006: (i) la existencia de malformaciones del feto que harían inviable su vida, y (ii) el peligro para la salud mental de la madre. Siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte, cada una de las causales invocadas por la accionante para la realización del procedimiento, será analizada de manera independiente, ya que las situaciones delimitadas en la sentencia C-355 de 2006, tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir la concurrencia de causales, sin que esto quiera decir que no puedan coexistir.

129. Frente a la inviabilidad del feto, conviene destacar que con base en lo expuesto en la jurisprudencia esta causal tiene dos requisitos para su configuración: (i) la verificación de la existencia de una malformación; y (ii) la inviabilidad de la vida de la criatura por causa de la misma. En este sentido, la sola verificación de la existencia de una malformación no es suficiente para la activación de la causal de atipicidad de la sentencia C-355 de 2006, y tampoco lo es la mera expresión de la voluntad de la mujer para terminar su embarazo, requiriéndose como requisito sine qua non para la configuración de la causal el concepto médico que indique la inviabilidad del feto, pues sólo con esta verificación se puede decir que el deber de protección de la vida del nasciturus pierde peso, al ser evidente médicamente que es improbable su supervivencia[116].

Ahora bien, este concepto médico, ha establecido la Corte, debe atender a los estándares éticos de la medicina, y ser completo, en el sentido de comprender los dos requisitos exigidos para la configuración de la causal, es decir, la verificación de la existencia de la malformación, y la calificación de la misma como incompatible con la vida del feto. Los médicos en estos casos, como bien lo estableció la sentencia C-355 de 2006, deben sopesar las circunstancias médicas del nasciturus y determinar una probabilidad razonable de que no sobrevivirá por causa de las afecciones que padece. Esta doble verificación asegura la eficacia de la ponderación establecida por la Corte en la sentencia C-355 de 2006, donde el derecho a la vida de la madre prima sobre una expectativa razonablemente lejana de vida de la criatura.

Con base en lo anterior, bajo esta causal los operadores o prestadores del servicio de salud, sólo podrán exigir una certificación médica otorgada conforme a los estándares éticos de su profesión, verificando que en la misma se evidencie la malformación del feto y la inviabilidad de la vida de la criatura por sí misma.

En el caso sub judice, la certificación médica a la que se refieren las sentencias C-355 de 2006, T-209 de 2008, T-388 de 2009 y T-585 de 2010[117], nunca se expidió, pues aunque se aportaron pruebas y diagnósticos clínicos que muestran la existencia de la malformación, ninguno de los médicos tratantes expuso cómo la malformación del feto implicaría su inviabilidad. Aún más, el hecho de que la criatura naciera y sobreviviera, permite a la Corte apreciar que en este caso, esta primera causal alegada no se configuró. Por lo anterior, no resultaba posible ni para la EPS SaludCoop, ni para los jueces de instancia, dar por cumplido el requisito de la certificación médica, para activar el derecho fundamental a la IVE bajo la causal de grave malformación del feto que haga inviable su vida.

130. Sin embargo, como se anotó en el recuento de los hechos, la accionante invocó una segunda causal para la realización del aborto, a saber, la existencia de un peligro para su salud mental que representaba su embarazo, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del nasciturus.

Respecto de esta causal conviene destacar que el peligro para la vida o la salud de la mujer a la que se refirió la Corte en la sentencia C-355 de 2006, comprende no solo los aspectos físicos sino también el aspecto mental o psicológico de la madre. Desde un principio, la jurisprudencia incluyó dentro del concepto de vida y salud algo más que lo material, físico o biológico, pues la Corte consideró que “el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física”[118]. En este sentido, las afectaciones que se proyectan sobre el plano psicológico de una mujer embarazada, tienen relevancia desde el punto de vista del derecho fundamental a la IVE, como lo reconoció esta Corte no solo en la sentencia de constitucionalidad a partir de la que se configuró el derecho fundamental al aborto, sino en providencias de tutela que posteriormente precisaron las circunstancias y requisitos exigibles para la aplicación de esta causal como excluyente de tipicidad.

131. Tal como ocurre con la causal de inviabilidad del feto, la causal de peligro para la vida o salud de la madre requiere de un concepto médico para la verificación de la

circunstancia que activa el derecho fundamental a la IVE, pues solo mediante la misma “se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado”[119]. No basta entonces con la expresión de la voluntad de la mujer embarazada para la activación del derecho, sino que esa voluntad positiva para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, debe estar acompañada por un concepto médico para proceder a la realización del procedimiento.

132. En el caso concreto se verifica que fue la médica psiquiatra Juana Atuesta, adscrita al Hospital de San José, quien emitió un concepto positivo para la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, pues de acuerdo con los estándares éticos de su profesión determinó que existía una afectación de la salud mental de la madre[120] que implicaba la necesidad de realizar el procedimiento, lo que aunado al consentimiento de la madre para la realización del mismo, perfeccionó el derecho fundamental a la IVE que reclamaba la accionante. En este sentido, encuentra la Sala que se cumplió el requisito para la configuración de la causal de peligro para la salud y la vida de la madre, invocada por la accionante, y por lo mismo, surgió el derecho fundamental invocado y cuya protección se solicitó mediante de la acción de tutela que se analiza.

133. No obstante en el presente caso, no se configuraron los requisitos para demostrar la causal referente a la inviabilidad del feto, la Sala considera de relevancia mencionar que en aquellos casos en los que se evidencie una coexistencia de causales, los operadores o prestadores del servicio de salud, no podrán imponer exigencias no previstas o dilaciones para proteger el derecho fundamental a la IVE. Así mismo, cuando una mujer desea interrumpir su embarazo, los operadores o prestadores del servicio de salud tienen la obligación de identificar si su situación se enmarca en alguna de las causales contempladas en la sentencia C-355 de 2006, y en el evento en el que se evidencie la coexistencia de dos o más causales, deberá proceder a dar aplicación a aquella que exija menos requisitos y/o que suponga menos cargas para las mujeres. Esto es, ante la coexistencia de dos o más causales, es necesario que el operador o el prestador del servicio de salud aplique aquella que resulte más favorable y oportuna para la mujer[121].

134. Verificada la configuración y la titularidad del derecho fundamental a la IVE por parte de la accionante, bajo la causal de peligro para la vida o salud de la mujer, a

continuación la Sala analizará el cumplimiento de las cargas derivadas del derecho fundamental a la IVE que surgen para los prestadores del servicio de salud, y adoptará las medidas correspondientes a los hallazgos con respecto a las obligaciones y su cumplimiento por parte de agentes del sistema de salud.

Información, disponibilidad y accesibilidad del aborto en el sistema de salud

135. Dos fueron los agentes del sistema de salud que tuvieron que ver con la atención de la accionante en el caso analizado: (i) el Hospital de San José, y (ii) la EPS SaludCoop. Como se evidenció anteriormente, la atención en el Hospital de San José inició por una consulta a través del servicio de urgencias, en la que la accionante planteó su situación y mostró su intención de practicarse el aborto.

136. Ante la solicitud, el Hospital atendió a la accionante, la informó y orientó sobre los procedimientos internos a agotar pidiéndole realizar una solicitud formal a su EPS y obtener una autorización por parte de esta. Posteriormente, y menos de cinco días después de acudir por primera vez a consultar al Hospital sobre el aborto, este atendió a la señora Rosa por parte de tres de sus servicios, a saber, trabajo social, psiquiatría y la atención médica por urgencias. En dicha atención no solo la valoró de manera muy completa, sino que la ilustró sobre el derecho al aborto. Producto de la atención se certificó la ocurrencia de la causal de peligro para la salud psicológica de la madre y conceptuó, siguiendo un criterio científico razonable, que no podrían realizar el procedimiento por incapacidad técnica del Hospital, dado lo avanzado de la gestación, y no ser prestador del servicio requerido para la red de la EPS SaludCoop. Por lo cual, puso en conocimiento de la EPS SaludCoop dicha situación, para que ésta pudiese asignar otro prestador del servicio de salud, para atender la solicitud de la accionante.

137. Conviene en este punto anotar que no son los jueces de tutela, ni la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, los capacitados para evaluar la suficiencia y corrección de las razones científicas alegadas por el Hospital para no proceder a la realización del procedimiento. Lo que se conoce en esta sede es que el Hospital no contaba con la capacidad técnica para la atención de la paciente, situación que expuso de manera oportuna frente a la solicitud de la accionante, destacándose que la EPS SaludCoop no cuestionó las razones expuestas por el Hospital de San José, por lo que se entiende que

aceptó las razones expuestas por él para abstenerse de practicar el aborto solicitado.

138. Hasta aquí, la Sala considera que el Hospital cumplió con la carga que le imponía el componente de accesibilidad e información, al: (i) atender oportuna y adecuadamente la solicitud de aborto por parte de la accionante; (ii) brindar a la solicitante los caminos de la evaluación física, de salud mental y de trabajo social para verificar la intención expresada por la mujer embarazada para la realización del procedimiento; (iii) al exponer de manera razonada las causas científicas para no realizar el procedimiento, destacando la incapacidad técnica del Hospital para realizar el procedimiento que requería la señora Rosa dado lo avanzado de su gestación; (iv) no haber discriminado a la demandante por razón de su solicitud de aborto, brindándole lo necesario para el diagnóstico adecuado; y (iv) al transferir la solicitud de aborto de la accionante a la EPS SaludCoop, para que esta entidad la atendiera a través de otros prestadores de su red que si estuvieran capacitados para realizar dicho procedimiento.

139. En cuanto al componente de disponibilidad del servicio destaca la Sala que el Hospital se mostró dispuesto a evaluar la situación de la accionante e incluso a practicar el procedimiento. Sin embargo, ante las circunstancias del caso determinó la imposibilidad técnica de realizar la interrupción voluntaria del embarazo por lo avanzado de la gestación, situación que no se opone al componente de disponibilidad, puesto que la EPS, debe contar con una amplia red de prestadores, y por consiguiente en el caso concreto, SaludCoop EPS debería haber tenido otros prestadores con capacidad técnica para realizar el procedimiento.

140. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, es posible concluir que en la atención llevada a cabo por el Hospital de San José a la accionante, se atendieron los requisitos jurisprudenciales predicables al caso concreto, y por lo mismo, se respetó el derecho fundamental al aborto de la señora Rosa, por parte de dicha entidad.

141. Otra situación muy diferente se tiene con respecto a la EPS SaludCoop. De acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, dicha entidad a través de sus profesionales adscritos conoció de las malformaciones del feto en el embarazo de la señora Rosa desde la semana 20 de la gestación, sin que conste en el expediente prueba de un manejo diligente de la situación. Según la accionante, la siguiente atención relevante, teniendo en cuenta la

solicitud de aborto, ocurrió 7 semanas después, cuando ya el embarazo se encontraba en una fase en la que el procedimiento representaba un mayor riesgo para la madre.

En el relato de la accionante, que se presume cierto dado que la EPS SaludCoop guardó silencio en el presente trámite, el diagnóstico se dio el 28 de mayo de 2015 y luego se le brindó atención en la Unidad de Alto Riesgo Materno de la EPS, que ordenó una ecografía de detalle que solo se realizó 25 días después de ordenada. Esta atención es a todas luces inoportuna e inadecuada dada la situación de la accionante, que desde el punto de vista de la realización de un aborto se agrava el 8 de julio de 2015, ya bastante tarde en la gestación, cuando a la accionante la envían a otro prestador con la excusa de acudir por vía de urgencias a la realización del procedimiento.

142. En el presente caso, la EPS SaludCoop evidenció una de total desatención a las reglas que de manera precisa y reiterada se han elaborado por parte de esta Corte, para la atención de las solicitudes de realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, en las que se predica la oportunidad en la atención como uno de los principales deberes de parte de los agentes del sistema para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres que tengan derecho a la IVE. La atención primaria en este caso falló por completo, derivando de ello falta de información y accesibilidad del mencionado derecho a la IVE, pues para el momento del diagnóstico de la hidrocefalia del nasciturus por parte de la entidad, ésta dio un manejo que impidió a la accionante conocer el verdadero alcance de la situación del feto, los riesgos para su salud y entender el impacto de la situación desde el punto de la mujer embarazada.

143. Sumando a que la ausencia de diagnóstico adecuado impedía a la accionante reconocer su verdadera situación, la EPS y sus profesionales, conocedores de la gravedad del caso, se abstuvieron de orientar adecuadamente a la señora Rosa frente a las posibilidades a su alcance, y en concreto, omitieron cualquier referencia a la posibilidad de practicarse una interrupción voluntaria del embarazo. Más adelante, cuando la gravedad del caso fue evidente y la accionante por sus propios medios obtuvo la información que requería sugiriendo para indagar sobre la posibilidad de practicarse un aborto, la respuesta de la EPS SaludCoop fue la de desentenderse de la situación, pues contrario a lo que dictarían los protocolos razonables de atención médica –que obligarían a una remisión directa a un prestador de la red que estuviera en capacidad de diagnosticar y atender un

aborto-, se la libró a su suerte, obligándola a reiniciar la atención a través de un servicio de urgencias. Por fortuna para la accionante, el Hospital de San José la atendió adecuadamente, pero por decir lo menos, la EPS SaludCoop arriesgó la salud y la vida de la paciente al cesar su atención y eludir un manejo directo de su situación, obligándola a retirarse de una unidad especializada en riesgo materno, para en su lugar acudir a un servicio de urgencias que podía o no estar capacitado para el manejo de su caso. Lo adecuado en este caso hubiera sido iniciar un manejo integral de la paciente desde el momento mismo de la verificación del diagnóstico, no así someterla a esperas ilógicas e incompatibles con su situación, y mucho menos sacarla del servicio para reiniciar su atención por vía de un prestador que se enteró del caso no por remisión formal, sino por la presentación de la paciente en el servicio de urgencias ya demasiado tarde para la realización del aborto de acuerdo a las condiciones técnicas del centro asistencial.

144. Adicionalmente, del acervo probatorio se puede evidenciar que la EPS SaludCoop incumplió el requisito de disponibilidad en la atención de la solicitud de aborto, pues cuando el Hospital de San José le comunica su incapacidad de atender el requerimiento de la accionante, se revela la insuficiencia de la red de prestadores de la entidad, que no cumple con los requisitos jurisprudenciales en tanto no cuenta con un agente en condiciones para dar trámite a una solicitud de aborto de una mujer en avanzado estado de gestación, pero que cuenta con un concepto médico que evidencia el peligro que su embarazo representaba para su salud mental.

145. Frente a la disponibilidad de prestadores del servicio de salud, es necesario recordar que desde la sentencia C-355 de 2006 se estableció para las EPS la obligación de contar en su red con prestadores capacitados para la realización del aborto en las condiciones delineadas en la jurisprudencia, y que la sentencia T-209 de 2008 fue clara en señalar que las EPS “deben tener de antemano claro, y definida la lista correspondiente, que profesionales de la salud y en que IPS se encuentran, están habilitados para practicar el procedimiento de IVE, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaces los derechos fundamentales de las mujeres”[122]. Así mismo, hay que reiterar que la jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de aborto, siendo esta una circunstancia que deben prever las EPS, y por lo mismo, es su deber contar en su red con prestadores capacitados para la realización del procedimiento en cualquiera de las etapas del embarazo.

146. En este sentido, el hecho de que la accionante estuviera en una etapa avanzada del embarazo y que uno de los prestadores de la red no estuviera en incapacidad de realizar el procedimiento requerido, no es excusa válida para relevar a la entidad de su deber de realizar el procedimiento cuando se reúnan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, así como tampoco de tener previamente identificados los prestadores para atender abortos en etapas iniciales o tempranas del embarazo, y también en etapas avanzadas, teniendo en cuenta los protocolos adecuados científicamente a cada uno de los escenarios.

147. Las omisiones que se mencionaron anteriormente, por parte de la EPS SaludCoop, implicaron que en el presente caso ocurriera aquello que buscó prevenir la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y es que por el paso del tiempo en la búsqueda de un prestador del servicio de salud, se denegó injustificadamente el derecho fundamental al aborto de una mujer, cobijada bajo una de las causales descritas en la sentencia C-355 de 2006[123].

148. Como resultado de lo anterior, considera la Sala que la EPS SaludCoop vulneró en este caso el derecho fundamental a la IVE de la accionante, en tanto no atendió los componentes de información, accesibilidad y disponibilidad, que han sido perfilados por esta Corte en su jurisprudencia de tutela y en la sentencia C-355 de 2006.

La medida a adoptar ante la verificación de la vulneración del derecho fundamental a la IVE, por parte de SaludCoop EPS

149. Ahora bien, considera esta Sala que en el caso concreto debe aplicarse a la EPS SaludCoop la regla de decisión que orientó la jurisprudencia de la Corte, cuando verificó la existencia de una vulneración por parte de los prestadores del servicio de salud, que al incumplir sus cargas y deberes mínimos, impidieron a mujeres que tenían derecho al aborto su realización. En este sentido en las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-841 de 2011, la Corte Constitucional encontró que cuando se presentaba la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, pero resultaba imposible restablecer el derecho vulnerado como consecuencia de la carencia actual de objeto, lo conducente era dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, ordenando la indemnización en abstracto a cargo de los responsables de la vulneración.

151. Ahora bien, respecto al caso concreto se tiene que se ha verificado que: (i) la señora Rosa fue afectada de manera manifiesta en su derecho fundamental a la IVE, puesto

que se configuró en su caso la causal de peligro para la salud mental de madre por causa del embarazo, debidamente certificada por una médica psiquiatra, pero este no se pudo realizar por la demora en el diagnóstico por parte de la EPS SaludCoop, el manejo inoportuno del caso de la accionante, la falta de prestadores en la red para la atención de solicitudes de aborto en mujeres con avanzado estado de gestación, y la falta de identificación previa de prestadores para atender estos últimos casos; (ii) la vulneración del derecho a la IVE de la señora Rosa fue consecuencia de una acción clara y arbitraria de parte de la EPS SaludCoop, entidad que sin explicación alguna demoró la atención requerida para un diagnóstico oportuno, se abstuvo de realizar una remisión de la accionante a un prestador capacitado para atender su solicitud de aborto, no previó incluir en su red a prestadores capacitados para atender solicitudes de aborto en estados avanzados del embarazo, y no identificó previa y adecuadamente agentes del sistema que pudieran atender dichos requerimientos; (iii) la señora Rosa no dispone de otro medio de defensa judicial eficaz para solicitar los perjuicios que se le causaron por negársele el acceso al servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-355 de 2006.

152. De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que resulta procedente la condena en abstracto, siendo responsable de la indemnización a la que haya lugar la EPS SaludCoop. No corresponde en este caso declarar la solidaridad con otros prestadores involucrados en el caso, esto es con el Hospital San José, puesto que como se evidenció anteriormente, fue únicamente la EPS SaludCoop y los profesionales de la salud adscritos a dicha entidad, quienes con sus omisiones desconocieron de manera arbitraria los mínimos definidos por la jurisprudencia, necesarios para la eficacia del derecho fundamental a la IVE en el caso concreto.

En consecuencia, en la parte resolutive de la presente sentencia, se dispondrá la condena en abstracto, que implica que a través del trámite incidental, el juez administrativo competente proceda a realizar la liquidación correspondiente.

153. Sin embargo, no puede dejarse de lado el hecho de que luego de la atención deficiente de la accionante por parte de la EPS SaludCoop, e incluso luego de la sentencia de primera instancia en tutela revisada en esta oportunidad, la Supersalud procedió a la toma de posesión de esta entidad, para su liquidación.

Con miras a garantizar el pago de la obligación derivada de la condena en abstracto que prevé la jurisprudencia en casos como el presente, resulta necesario ordenar al Agente Especial Liquidador a cargo del proceso, la constitución de una “reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían”[125] a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental al aborto, como mecanismo para asegurar el reconocimiento y pago del monto tasado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, luego del trámite incidental que deberá surtirse dentro de los seis meses siguientes al fallo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Esta reserva deberá hacerse respetando la prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, y el pago de la misma deberá ser realizado por el Agente Especial Liquidador a la accionante de forma preferente frente a los demás reclamantes de la misma clase en el proceso de liquidación de dicha entidad.

Esta interpretación de las normas aplicables al proceso, busca que la especial circunstancia de la liquidación de la EPS SaludCoop no constituya una limitante para la eficacia de las medidas de indemnización de los perjuicios que se le causaron a la accionante, ante la ocurrencia del nacimiento del niño y la imposibilidad de restablecer el derecho fundamental al aborto. En consecuencia, las normas aplicables al proceso liquidatorio deberán ser interpretadas teniendo en cuenta lo dispuesto en la presente sentencia, y la obligación de dar vigencia a los derechos fundamentales, entendiendo que en este caso las medidas de reparación son esenciales para la realización de los mismos.

154. Por lo demás, como consecuencia de la liquidación de la EPS SaludCoop resalta la Sala que dentro de las órdenes proferidas por el juez de segunda instancia, los ordinales segundo, tercero y quinto se refrieren a la prestación del servicio de salud, tanto para la madre como para su hijo. Respecto de la realización de este derecho fundamental, la Sala se permite reiterar la aplicabilidad del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud a aquellas ocasiones en las que la EPS a la que se le ha ordenado la atención en sede de tutela es liquidada, o su licencia de funcionamiento ha sido revocada, según dicho principio se plasmó en la sentencia T-681 de 2014:

“5. El principio de continuidad en la prestación del servicio cuando se presenta un traslado excepcional de los afiliados de una E.P.S. debido a que se le ha revocado la licencia de funcionamiento o cuando ha sido ordenada su liquidación.

El artículo 1º del Decreto 055 de 2007[126], dispone como objetivo central el de “establecer las reglas para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, cuando a una entidad promotora de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud. Igualmente, aplicará a las entidades públicas y a las entidades que fueron autorizadas como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional y a aquellas entidades que adelanten procesos de liquidación voluntaria”.

A su turno, el numeral 2º del artículo 4º del mencionado decreto consagra que la entidad promotora de salud objeto de la medida que revoca la autorización de funcionamiento decidirá a cual institución deben ser trasladados los afiliados, decisión que debe adoptar y comunicar a la entidad receptora en un término de 4 meses, plazo en el cual deberá implementar los medios para realizar los procedimientos de salud que se encuentren aun pendientes y autorizados, por lo que esta última, debe garantizar la prestación del servicio a partir del momento en que se haga efectivo el traslado (numeral 3º)[127].

Sobre este punto la Corte ha sostenido que los afiliados al sistema no pueden verse afectados por los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesen las E.P.S., porque los pacientes no deben ver obstaculizado su procedimiento médico en razón de los trámites internos que a nivel administrativo adelanten las entidades de salud[128].

En esa medida, una E.P.S. que entra en liquidación debe asegurar la continuidad en la prestación del servicio de sus beneficiarios, hasta que el traslado a otra entidad se haya hecho efectivo y opere en términos reales[129]. Por su parte, la entidad receptora tiene la obligación de continuar con la prestación de los servicios pendientes y autorizados.

Lo anterior obedece a que los afiliados no deben ver afectados sus derechos fundamentales por la negligencia y falta de previsión de la entidad prestadora del servicio de salud, como tampoco pueden asumir por cuenta de la imprevisión administrativa la obligación de desarrollar una serie de procedimientos con el fin de obtener autorización para el suministro de medicamentos o tratamientos médicos que requieran con urgencia o con ocasión de

una enfermedad ruinosa o catastrófica[130].

En esa medida, debe entenderse que cuando se traslada a un usuario de una entidad encargada del servicio de salud a otra, en razón de la liquidación de aquella, y exista una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo decretada por un juez de tutela, la E.P.S. receptora debe asumir la obligación impuesta y no puede justificar su negativa a suministrar el servicio, con base en el argumento de que al no haber sido parte en el proceso de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso” (subrayado fuera del texto original).

155. En el caso concreto se verifica que las medidas antes citadas fueron dispuestas por el a quo mediante sentencia del 31 de agosto de 2015, es decir, antes de la toma de posesión de SaludCoop EPS. En virtud de lo anterior, las mismas constituyen “una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo decretada por un juez de tutela”[131], que la EPS receptora de la madre y del niño ya nacido, debe asumir, y dicha EPS receptora “no puede justificar su negativa a suministrar el servicio, con base en el argumento de que al no haber sido parte en el proceso de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso”. Igualmente, esta Sala considera importante destacar que la interpretación del alcance de la orden segunda, antes citada, comprende no solamente la atención inicial del niño, sino que ha de aplicarse a su situación el principio de continuidad en materia de atención en salud. Así, la atención en salud derivada de su situación al momento del nacimiento deberá ser atendida por la EPS a la que se encuentre afiliado el niño ya nacido, en cumplimiento de la presente sentencia de revisión de tutela.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

156. En este caso particular, le correspondió a la Sala determinar si ¿Se vulneró el derecho fundamental a la IVE invocado por la accionante, al no practicarse el procedimiento que permitiese la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de que la accionante había alegado la ocurrencia de las siguientes causales (i) grave peligro para la vida de la madre por afectación psicológica, e (ii) inviabilidad del feto? Así mismo, la Sala debe determinar ¿Sí persiste la vulneración del derecho fundamental invocado por la accionante, teniendo en cuenta que el niño ya nació? Al respecto es importante mencionar que la accionante acudió a su EPS buscando atención médica producto de su embarazo. Durante el mismo, y al

acreditar mediante concepto de médico psiquiatra el peligro que la gestación representaba para su salud mental, solicitó la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, la cual no pudo realizarse por el incumplimiento de las cargas jurisprudenciales mínimas para la efectividad del derecho fundamental a la IVE, identificadas en la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia C-355 de 2006.

157. En concreto, SaludCoop EPS desconoció sus deberes mínimos para la atención de solicitudes de aborto y vulneró el derecho fundamental a la IVE de la accionante en tanto, de manera clara y arbitraria: (i) demoró injustificadamente la atención completa y oportuna de la paciente, evitando que conociera un diagnóstico en el momento adecuado. Esto implicó que la solicitud de aborto sólo pudiera ser atendida en una etapa avanzada de su embarazo, lo que dificultó la atención de la paciente; (ii) se abstuvo de dar un manejo adecuado a la accionante, obligándola a reiniciar el procedimiento de atención ante prestadores de la red de urgencias, omitiendo atenderla de manera directa o remitirla a un prestador de su red capacitado para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en etapas avanzadas de gestación; (iii) no disponía la EPS en su red de prestadores de los profesionales y entidades con la capacidad de realizar dicho procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo a los que tienen derecho las mujeres en los términos de la sentencia C-355 de 2006; y (iv) no había cumplido el deber de identificar de antemano los prestadores de su red capacitados para realizar dicho procedimiento a los que tienen derecho las mujeres en los términos de la sentencia C-355 de 2006, para que con las demoras administrativas no se impidiera el acceso al derecho a la IVE.

158. Se analizó también el manejo del caso a cargo del Hospital de San José como institución prestadora del servicio de salud, encontrándose que se acogió razonablemente a los lineamientos jurisprudenciales aplicables al derecho a la IVE, cumpliendo especialmente los deberes de diagnóstico, información, asesoría y atención adecuada de la solicitante, emitiendo un concepto médico que daba cuenta de su incapacidad técnica para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo dado lo avanzado de la gestación de la paciente, que sin embargo, no implicó la vulneración de los derechos de la señora Rosa, en tanto la atención fue oportuna y se le transfirió el caso a la EPS SaludCoop, que como quedó expuesto, no pudo dar respuesta a una exigencia válida de realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo por un actuar negligente y culpable.

159. De otro lado, se verificó en sede de revisión que la señora Rosa dio a luz a su hijo el 9 de septiembre de 2015.

160. Como resultado de la aplicación de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta sentencia, observa la Sala lo siguiente:

(a) En tratándose de acciones de tutela que busquen la protección del derecho fundamental a la IVE identificado por la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia C-355 de 2006, el nacimiento de la criatura conlleva la declaratoria de carencia actual de objeto frente a la protección solicitada y la denegación del amparo por esta causa. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte y atendiendo el derecho a la dignidad del menor ya nacido, se reitera que “el alumbramiento de una criatura, así sea en circunstancias adversas o indeseadas, no puede ser calificada, bajo ningún supuesto, como el acaecimiento de un daño”[132].

(b) No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte (ver supra. Sección II.D) señaló que si bien opera la carencia actual de objeto, la Corte puede mantener la potestad de pronunciarse en el caso concreto si considera que se deben incluir observaciones a los hechos del caso, manifestar su disconformidad con los fallos de instancia, advertir la inconveniencia de repetición, o revocar o confirmar los fallos de instancia si así lo considera.

Con base en lo anteriormente expuesto, en la medida en que la vulneración del derecho fundamental a la IVE por parte de la EPS SaludCoop es manifiesta, se hace necesario proceder a confirmar parcialmente las decisiones de instancia, y realizar algunas advertencias adicionales a la entidad prestadora de servicios de salud que debe dar estricto cumplimiento a los tratamientos que sean requeridos.

(c) Sin perjuicio de las regulaciones de rango legal o reglamentario que se produzcan frente al procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo por parte de las autoridades competentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido al alcance del derecho fundamental a la IVE en las circunstancias descritas en la sentencia C-355 de 2006[133], brindando tanto a sus titulares como a las entidades y personas involucradas en su atención, lineamientos suficientes para acomodar su actuar de manera que este derecho goce de verdadera eficacia. Los parámetros jurisprudenciales permiten entonces,

en sí mismos, guiar la atención, e identificar si la misma ha sido adecuada.

(d) Dentro de estos parámetros, se destaca que los operadores o prestadores del servicio de salud tienen la obligación de dar un trámite ágil a solicitudes de procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en especial, en casos en los que el embarazo se encuentre en una etapa de gestación avanzada. En estos casos, el diagnóstico oportuno de las condiciones de la mujer y el nasciturus y de la viabilidad del procedimiento por parte de los profesionales de la salud, deberá realizarse en el menor tiempo posible. En el mismo sentido, ha identificado la jurisprudencia de la Corte que los operadores o prestadores del servicio de salud, deben abstenerse de imponer obstáculos o barreras a la práctica del derecho fundamental a la IVE, incluyendo pero sin limitarse, la realización de juntas médicas que dilaten tiempos, requerir consentimiento de los padres, requerir órdenes adicionales de jueces, alegar objeción de conciencia colectiva, entre otros.

(e) En el momento no existe limitación de carácter temporal para la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo en las causales dispuestas en la sentencia C-355 de 2006, siendo exigible incluso en etapas avanzadas del embarazo. En estas circunstancias, el criterio médico es relevante para la determinación de la procedencia de la realización del procedimiento, en especial frente al peligro que para la mujer puede representar la realización del procedimiento, y el conocimiento informado por parte de la madre de dicho peligro. En cualquier caso, las EPS deben estar preparadas para atender solicitudes de aborto que se encuadren en las situaciones identificadas en la sentencia C-355 de 2006, que tengan que ver con embarazos en etapas avanzadas. Esto supone la disponibilidad en sus redes de prestadores que estén en capacidad de atender esta eventualidad, y por supuesto, la identificación previa de los mismos, para de ser conducente, realizar el procedimiento en el menor tiempo posible.

(f) Siempre que los operadores o los prestadores del servicio de salud, verifiquen la coexistencia de dos o más causales de las establecidas en la sentencia C-355 de 2006, es necesario que el operador o el prestador del servicio de salud aplique aquella que resulte más favorable y oportuna para la mujer[134].

(g) Así mismo, se debe destacar que el derecho fundamental a la IVE identificado por la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia C-355 de 2006 no se agota en la

realización de un procedimiento médico; este derecho tiene también componentes referidos a: (i) la información adecuada sobre el derecho para la mujer; (ii) la accesibilidad a los servicios médicos, psicológicos y de trabajo social, entre otros, necesarios para la realización del mismo; y (iii) la disponibilidad de los servicios en caso de configurarse las causales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006. En caso de encontrarse que los componentes de información, accesibilidad y disponibilidad del derecho han sido desconocidos, procede la declaración del daño consumado respecto de los mismos.

(h) En caso de identificarse que la causa de la imposibilidad para la realización del procedimiento a la interrupción voluntaria del embarazo es atribuible al actuar negligente y arbitrario de las EPS, prestadores o médicos involucrados en la atención de la mujer que solicita la realización de dicho procedimiento en las causales delimitadas por la sentencia C-355 de 2006, habrá de analizarse si se reúnen las condiciones de aplicación del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que se refiere a las indemnizaciones en abstracto que puede ordenar el juez de tutela. En caso de que se acrediten las condiciones del referido artículo, resulta procedente ordenar la indemnización en abstracto de los daños causados por la vulneración del derecho fundamental a la IVE.

(i) Como se mencionó, en el caso concreto se encontró que el actuar negligente y arbitrario de la EPS SaludCoop causó un daño consumado frente a los componentes de información, accesibilidad y disponibilidad del derecho fundamental a la IVE, por lo que, en aplicación del precedente decantado de las decisiones de las Salas de Revisión de la Corte (ver sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-841 de 2011), considera la Corte pertinente condenar en abstracto a SaludCoop, con el fin de reparar los perjuicios derivados de un actuar culposos que generó la vulneración del derecho fundamental a la IVE. Esta orden no excluye la posibilidad de que la EPS condenada, a través de las acciones ordinarias correspondientes, repita contra los funcionarios involucrados en las omisiones antes identificadas.

(j) Teniendo en cuenta el estado de liquidación en el que se encuentra la EPS SaludCoop, la Sala ordenará al Agente Especial Liquidador a cargo del proceso a constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración al derecho fundamental a la IVE.

Así mismo, advierte la Corte que la prestación del servicio de salud, tanto a la accionante como a su hijo nacido, debe ser continua, y no puede excusarse la EPS obligada a la prestación del servicio, con base en el argumento de no haber sido parte en el proceso de tutela.

161. En consecuencia, aun cuando la Corte Constitucional declarará la carencia actual de objeto dada la imposibilidad de la accionante de acceder a los servicios médicos requeridos en oportunidad, la Sala confirmará parcialmente los fallos de instancia en lo que respecta a la denegación del amparo. Dada la manifiesta vulneración de los componentes de información, disponibilidad y accesibilidad del derecho fundamental a la IVE, procederá la Sala en la parte resolutive a condenar en abstracto a la EPS SaludCoop. Finalmente, teniendo en cuenta la condición de liquidación en la que se encuentra la mencionada EPS, llama la atención la Corte a la necesidad de que el Agente Especial Liquidador constituya una reserva, y a la EPS receptora a que garantice la continuidad en la prestación del servicio de salud, tanto para la accionante como para su hijo menor nacido.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- DECLARAR la carencia actual de objeto de conformidad con los términos explicados en la parte considerativa de esta sentencia, en la acción de tutela interpuesta por Rosa contra SaludCoop EPS.

Segundo.- CONFIRMAR PARCIALMENTE por las razones y en los términos expuestos en esta sentencia, los fallos del Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, del 30 de noviembre de 2015, y del Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá 31 de agosto de 2015, que denegaron la tutela solicitada por la señora Rosa.

Tercero.- CONDENAR en abstracto a SaludCoop E.P.S., a pagar y reparar integralmente todos los perjuicios causados a la accionante, la señora Rosa, por la violación del derecho

fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto al que tenía derecho por reunir las condiciones exigidas en la sentencia C-355 de 2006. Se dará en consecuencia aplicación al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose la reparación integral de los perjuicios sufridos por la accionante, en especial, el daño ocasionado a su salud mental.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de Bogotá -reparto, por trámite incidental que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los tres (3) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copia la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Una vez proferida la sentencia condenatoria en concreto, SaludCoop E.P.S. y el Agente liquidador de dicha entidad deberán dar cumplimiento inmediato a lo dispuesto en esta providencia dentro del término que antecede a la fecha de la terminación del proceso de liquidación de la entidad. Una vez finalizado el término concedido, deberán informar al juez de primera instancia de esta acción de tutela, si ha dado cumplimiento efectivo a la condena en abstracto dispuesta en esta providencia.

Para asegurar el pago de la suma tasada por el juez administrativo, el Agente Especial Liquidador a cargo del proceso de liquidación de SaludCoop E.P.S. constituirá una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto. Esta reserva deberá hacerse respetando la prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, y su pago deberá realizarse de inmediato una vez proferida la sentencia condenatoria, de forma preferente frente a los demás reclamantes de la misma clase en el proceso de liquidación de dicha entidad.

Cuarto.- CONFIRMAR las órdenes vigentes dictadas por el juez de primera instancia en la presente actuación, entendiendo que las referidas al nasciturus, comprenden en la actualidad al menor ya nacido. Las órdenes que se confirman son las siguientes:

“Segundo. Se ordena a la accionada SALUDCOOP E.P.S., que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y efectúe el tratamiento

médico quirúrgico que requiere el que está por nacer, esto es, que haga un estudio interdisciplinario, conformado por todos los médicos especialistas que se requieran, sean nacionales o internacionales, para que determinen la posibilidad de intervenir quirúrgicamente intra útero o inmediatamente luego de nacido, al menor de las anomalías que padece. Para lo cual se debe autorizar el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos, cirugías, medicamentos, transporte, pañales y/o alimentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, además del acompañamiento de personal especializado para cada una de los procesos mencionados anteriormente, a pesar de que éstos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En la forma y términos indicada por su médico tratante.-

Tercero. Se ordena, frente a la madre gestante a la accionada SALUDCOOP E.P.S., que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y efectúe el tratamiento médico psicológico o psiquiátrico que requiere. Para lo cual se debe autorizar el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos, cirugías y/o medicamentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, a pesar de que éstos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En la forma y términos indicada por su médico tratante -

Cuarto. Se ordena a la accionada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, establezca un grupo interdisciplinario de profesionales en el campo de la medicina y con especial conocimiento de la adopción, para que den a conocer y orienten a la accionante en la posibilidad de dar en adopción al que está por nacer, y le brinden el acompañamiento necesario que requiere la madre.

Quinto: Ordenar, frente a la madre gestante a la accionada SALUDCOOP E.P.S., que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y efectúe el tratamiento médico psicológico o psiquiátrico que requiere. Para lo cual se debe autorizar el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos, cirugías y/o medicamentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, a pesar de que

éstos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En la forma y términos indicada por su médico tratante.-

[...]

Séptimo. PREVENIR a SALUDCOOP E.P.S. para que, en adelante, responda con la celeridad requerida a las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se le formulen, en los términos señalados en esta sentencia.

Octavo. COMPULSAR copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las posibles faltas en las que pudo incurrir SALUDCOOP E.P.S.”[135]

Quinto.- ADVERTIR como parte de la protección al derecho fundamental a la salud de la accionante y el menor ya nacido, a la EPS SaludCoop en Liquidación y a quien haya asumido la prestación del servicio de salud por dicha entidad, que deben garantizar la eficiente, oportuna y continua prestación de los servicios de salud que sean ordenados por los médicos especialistas, a la accionante y a su hijo menor nacido. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS, sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.

Sexto.- RECOMENDAR al juez de primera instancia (Juzgado 28 Civil Municipal de Bogotá) la vigilancia en el cumplimiento de lo establecido en este fallo.

Séptimo.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-301/16

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Falta regulación por parte del legislador para establecer
límite de tiempo para realizar la interrupción voluntaria del embarazo (Salvamento de voto)

CONDENA EN ABSTRACTO EN TUTELA-Requisitos para que proceda (Salvamento de voto)

CONDENA EN ABSTRACTO EN TUTELA-Facultad oficiosa del juez constitucional, siempre y
cuando no exista otro mecanismo que sea adecuado para asegurar el goce efectivo del
derecho (Salvamento de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-No se debió condenar en abstracto, por incumplir
requisitos (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-5.331.547

Acción de tutela instaurada por Yuli Saldana Leyton Romero contra Saludcoop EPS.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

Mi discrepancia con la decisión adoptada en el expediente de la referencia obedece a las siguientes razones: En el presente asunto se declara la carencia actual de objeto en razón de la imposibilidad de la accionante de acceder a los servicios médicos requeridos dirigidos a lograr la interrupción voluntaria del embarazo, por cuanto el parto tuvo lugar el 9 de septiembre de 2015. Se confirmó la orden de primera instancia en cuanto se autorizó la práctica del tratamiento quirúrgico, la realización de un estudio interdisciplinario en lo que tiene que ver con la intervención intra útero o inmediatamente luego de nacido el menor en relación con las anomalías que padece. Y se condenó en abstracto a Saludcoop EPS, a pagar y reparar integralmente todos los perjuicios causados a la accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

Considero que en el caso concreto, se examinan dos temas complejos, que a mi juicio, ameritan regulación por parte del legislador. El primero, tiene que ver con el límite de tiempo en que debe practicarse el IVE y, el segundo, lo relativo a la hidrocefalia y su incompatibilidad con la vida del feto. En relación con el procedimiento de IVE, a mi juicio, se encuentra limitado por aspectos médicos y, por consiguiente, exige la adopción de medidas legislativas por parte del Congreso de la República. Hasta el momento, existe una falta de regulación en el tema, y no se ha fijado un término límite que establezca hasta qué semana de gestación puede ser interrumpido el embarazo. Asimismo, existen interrogantes científicos que si bien pueden dirimirse en cada caso concreto siempre y cuando exista una suficiente valoración probatoria, necesitan de una regulación legal, por comprometer o generar tensión con otros derechos fundamentales.

A mi modo de ver, en el caso sub examine, la decisión debió circunscribirse a declarar la carencia de objeto, pues existió un daño consumado y, ante la complejidad de los problemas jurídicos planteados en lo que tiene que ver con el límite para practicar el IVE y la patología de hidrocefalia presentada por el feto, se han debido omitir los pronunciamientos adicionales por ausencia de bases constitucionales y legales que los sustentan. Así las cosas, ante la carencia de normas que regulen dichas situaciones, estimo, que no podía prosperar el incidente de liquidación de perjuicios ordenado en el punto tercero de la parte resolutive.

En relación con lo anterior, y en atención a los presupuestos que ha exigido el precedente constitucional para aplicar la indemnización en abstracto de los perjuicios ocasionados con la vulneración de los derechos fundamentales, contemplada en el Decreto 2591, artículo 25, debo precisar, que es una facultad oficiosa del juez constitucional, siempre y cuando no exista otro mecanismo que sea adecuado para asegurar el goce efectivo del derecho, es decir, que la misma constituya la única forma de reparar el daño derivado de una vulneración de un derecho fundamental protegido en sede de tutela.[136]

Ahora bien, teniendo en cuenta que la tutela no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de protección de los derechos fundamentales, la procedencia de la indemnización requiere que: (i) se cumpla con el requisito de subsidiariedad, (ii) debe existir una violación o amenaza evidente, (iii) debe asegurar el derecho de defensa del accionado y (iv) se trata de una indemnización que cubre el daño emergente, la cual debe precisar el perjuicio y la razón por la cual la indemnización es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho, así como el nexo causal entre el accionado y el daño causado.[137]

En el contexto que antecede, no se observa que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que proceda la indemnización en abstracto. Considero que existen mecanismos[138] que permitirían obtener la indemnización de perjuicios ocasionada por el supuesto actuar negligente y arbitrario de Saludcoop. Por lo demás, si bien esta indemnización puede ordenarse de manera oficiosa, deben verificarse los supuestos necesarios para su procedencia, análisis que en el presente caso no se realiza.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] Ver, sentencia T-209 de 2008.

[2] Nombre cambiado para proteger la identidad de la accionante (Ver infra. II. B. Num. 64).

[3] Hechos de la demanda (según se evidencia a Folio 1 al 28 del cuaderno No.1). Se anexaron como pruebas apartes de la Historia Clínica de la paciente en el Hospital de San

José, autorización de consulta de ginecología de IV nivel remitiendo al Hospital de San José, emitida por SaludCoop EPS, derechos de petición del 9 de julio de 2015, en el que se solicita la interrupción voluntaria del embarazo, Informe de la Junta de Malformaciones Congénitas, Unidad de Medicina Materno Fetal grupo SaludCoop, órdenes médicas impartidas por el médico tratante de la accionante para la realización de exámenes diagnósticos, reportes de ecografías, valoración por trabajo social del Hospital de San José, valoración por psiquiatría del Hospital de San José, carta de la Coordinadora de Promoción y Prevención de SaludCoop EPS, y acta del Comité de Malformaciones del Departamento de Ginecobstetricia del Hospital de San José.

[4] La accionante había atendido a controles en las siguientes fechas (Cfr. Según consta en el cuaderno No.1 fl.10):

- 29/12/2014 en el que se consigna la situación médica “EMBARAZO NO PROGRAMADO”.
- 22/04/2015 control con 16.2 semanas de embarazo.
- 28/05/2015 control con 20.6 semanas de embarazo.
- 11/06/2015 control programado.
- 06/07/2015 en la que tuvo lugar la Junta de Malformaciones Congénitas.
- 07/07/2015 con 27.1 semanas de embarazo.

[5] Según consta en el cuaderno 1, fl. 3.

[6] Según consta en el cuaderno 1, fl. 6.

[7] Según consta en el cuaderno 1, fl. 7 a 9.

[8] Según consta en el cuaderno 1, fl. 17.

[9] Según consta en el cuaderno 1, fl. 20.

[10] Según consta en el cuaderno 1, fl. 20.

[11] Según consta en el cuaderno 1, fls. 18-19.

[12] Según consta en el cuaderno 1, fl. 27.

[13] Según consta en el cuaderno 1, fl. 28.

[14] Según consta en el cuaderno 1, fls. 30-80.

[15] El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, dispone que “Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

[16] Según consta en el cuaderno 1 fl. 79.

[17] Según consta en el cuaderno 1, fl 80.

[18] La SED tiene colegios que integran a niños y jóvenes con: “- Discapacidad cognitiva, síndrome de Down y autismo. – Ceguera y baja visión diagnosticada. – Sordera e Hipoacusia diagnosticada. – Sordo Ceguera y/o Multidéficit. – Lesión neuromuscular. – Talentos y excepcionales”.

[19] Respuesta de la Sociedad de Cirugía de Bogotá del Hospital de San José suscrita por la Dra. Gineth Mabel Rodríguez Pinzón de servicio de Trabajo Social, según la misma consta a folio 70, del cuaderno No. 1.

[20] Según consta en el cuaderno 1, folios 81-100.

[21] Artículo 86, Código Penal de la Nación Argentina.

[22] Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

[23] Según consta en el cuaderno 2, folios 29 y siguientes.

[24] Según consta en el folio 28 al 53 del cuaderno principal.

[25] Según consta en el folio 58 al 64 del cuaderno principal

[26] Según consta en el folio 80 al 85 del cuaderno principal.

[28] Según consta en el folio 95 al 111 del cuaderno principal.

[29] Folio 194 al 223 del cuaderno principal.

[30] Folio 226 al 229 del cuaderno principal.

[31] Folio 255 al 261 del cuaderno principal.

[32] Según consta a folio 109 del cuaderno principal.

[33] Según consta a folio 108 del cuaderno principal.

[34] Intervención del Centro de Derechos Reproductivos, según consta a folio 83 del cuaderno principal.

[35] Según consta a folio 197 del cuaderno principal.

[36] Según consta a folio 54 al 57 del cuaderno principal.

[37] Según consta a folio 266 del cuaderno principal.

[38] Según consta a folio 66 al 76 del cuaderno principal.

[39] Según consta a folio 74 al 76 del cuaderno principal.

[40] Según consta en el cuaderno principal, folio 263.

[41] Al respecto, la mencionada sentencia estableció que: “(...) 4.- En esta oportunidad la Sala estima pertinente resaltar la necesidad de que, tal como lo han hecho las diferentes Salas de Revisión de esta Corte[41], los jueces de tutela en todo caso reserven la identidad de las mujeres –incluidas las niñas- que solicitan el amparo su derecho fundamental a la IVE, sin importar si el amparo es finalmente concedido o negado. Ello tiene como base varios derechos fundamentales. 5.- En primer lugar la reserva explicada busca proteger el derecho fundamental a la intimidad personal reconocido por el artículo 15 de la Constitución. 6.- Además de la protección del derecho a la intimidad, esta reserva también tiene como razón de ser la creación de condiciones que favorezcan el acceso a la justicia

por parte de las mujeres. [...] 7.- Resta exponer un último argumento relacionado íntimamente con el anterior. Esta reserva busca además garantizar el derecho fundamental a la IVE en sí mismo y los derechos a la vida y a la salud de las mujeres que se encuentran en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006. 8.- Las razones ofrecidas llevan a la conclusión de que todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió. Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva. En el caso de que se alegue la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante o la hipótesis de malformaciones graves del feto que hagan inviable su vida, existe una razón adicional para restringir el acceso al expediente por personas o autoridades ajenas al proceso de tutela pues en estos casos, por lo general, el expediente contendrá apartes de la historia clínica de la mujer, la cual goza de reserva legal por sí misma” (Subrayado fuera de texto original)

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

[43] Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.” Ver, sentencia T-896 de 2007, entre otras.

[44] Cfr. Sentencia T-402 de 1992. En ella se indicó que “[e]l constituyente ha querido consagrar, aunque de forma negativa, el derecho de toda persona a su integridad física y moral. El artículo 12 de la Carta prohíbe la desaparición forzada, la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

[45] Cfr. Sentencias T-121 de 2015 y C-313 de 2014.

[46] Cfr. Sentencia C-313 de 2014.

[47] Cfr. Sentencia T-585 de 2010.

[48] Según consta en el cuaderno 1 del folio 1.

[49] Ver, sentencia T-603 de 2015.

[50] Ibíd.

[51] Frente a esta norma, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-119 de 2008 encontrando que la creación de un mecanismo de esta naturaleza y su puesta en funcionamiento “en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente”, por lo que resultaba compatible con la Constitución.

[52] Ley 1122 de 2007, artículo 41, lit. a).

[53] Ver, sentencia T-603 de 2015.

[54] L.1438/2011, Art. 126, lit. e).

[55] Ver, sentencia T-603/2015. Al respecto, estableció la Corte que: “(...) En armonía con lo expuesto, en esta oportunidad se reitera el criterio de la Corte sobre la prevalencia de la vía judicial que se adelanta ante la Superintendencia de Salud expuesto en la sentencia C-119 de 2008, en atención a: i) los principios que irradian el trámite: celeridad, eficacia, economía y prevalencia del derecho sustancial; ii) la sencillez del proceso, que exige una petición que cuente con unas indicaciones mínimas respecto a la identidad del accionante y la afectación del derecho, de acuerdo con las competencias que se le asignaron a la referida superintendencia; iii) las vías a través de las que se ejerce la acción: por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito; iv) la especialidad de los jueces, v) la celeridad del trámite y vi) la promoción y difusión del mecanismo como vía principal de solución de los conflictos suscitados en torno a la prestación del servicio de salud. Dichos elementos, en conjunto, develan un mecanismo ordinario, adecuado y eficaz para la protección del derecho a la salud y de las demás prerrogativas que puedan resultar afectadas en el marco de la prestación de los servicios de salud”.

[56] Ver sentencias T-486 de 2011 y T-703 de 2012.

[57] Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-267 de 2008, T-576 de 2008, T-091 de 2009, T-927 de 2013 y T-098 de 2016.

[58] Ver, sentencia T-570 de 1992.

[59] Como lo señaló la Corte en su sentencia SU-225 de 2013 “(...) cuando la situación fáctica que motiva la presentación de la acción de tutela, desaparece o se modifica en el sentido de que cesa la presunta acción u omisión que, en principio, podría generar la vulneración de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo pierde eficacia en la medida en que desaparece el objeto jurídico sobre el que recaería una eventual decisión del juez de tutela. En consecuencia, cualquier orden de protección sería inocua.”

[60] Ver, sentencia T-498 de 2012.

[61] Ver, sentencia T-612 de 2009, y entre otras, ver las sentencias T- 442 de 2006, T-486 de 2008, T-1004 de 2008, T-506 de 2010 y T-021 de 2014.

[62] El artículo 49 de la Constitución dispone que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control (...)”.

[63] Ver, entre otras, sentencias T-134 de 2002, T-544 de 2002, T-361 de 2014 y T-131 de 2015.

[65] Artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

[66] Sentencia T-576 de 2008 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[67] En la sentencia T-859 de se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la

atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 y en la T-148 de 2007.

[68] Se demandaron en aquella oportunidad los arts. 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. El contenido de estos artículos era el siguiente (lo demandado se subraya): “ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando [...] 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. [...] ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. 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 sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses. 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”.

[69] Ver, sentencia C-563 de 1995.

[70] Ver, sentencia C-355 de 2006.

[71] Al respecto dijo la Corte, en la sentencia C-355 de 2006 que: “se debe señalar, que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal”.

[72] Sobre el particular, manifestó la Corte en la sentencia C-355 de 2006 que ““debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado. || Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión”.

[73] Dijo la Corte que “[s]i bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí 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”.

[74] Cfr. Sentencia C-355 de 2006. En la providencia se siguió la línea trazada por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, para afirmar que obligar a la madre a continuar con un embarazo en el que el feto presenta malformaciones

que hacen inviable su vida.

[75] *Ibíd.*

[76] *Ibíd.*

[77] *Ibíd.*

[78] *Ibíd.*

[79] *Ibíd.*

[80] *Ibíd.*

[81] Ver, entre otras, sentencia C-355 de 2006, T-732 de 2009 y T-585 de 2010: “(...) 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. (...) 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”.

[82] Ver, sentencia C-754 de 2015.

[83] La Corte Constitucional se ha pronunciado en sede de revisión sobre el derecho al aborto, como tema principal, en las sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-841 de 2011, T-959 de 2011 y T-532 de 2014.

[84] Ver, sentencia T-171 de 2007.

[85] Ibíd.

[86] Ibíd.

[87] Ibíd.

[88] Ver, sentencia T-988 de 2007.

[89] Al respecto se dijo en la sentencia T-988/2007: “En este lugar acentúa la Sala lo ya afirmado en líneas precedentes: las entidades prestadoras de salud que exijan el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncia para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada – con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento – la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, incurren en un grave desconocimiento de la protección que se deriva para las personas con discapacidad de la Constitución Nacional así como de lo consignado en el ámbito internacional. Bajo esas circunstancias, las autoridades públicas y los particulares que obren en calidad de tales, han de interpretar las normas de modo que más favorezca a estas personas pues, de lo contrario, al dilatar en el tiempo la práctica del aborto inducido las pondrán en un absoluto estado de indefensión en contravía de lo dispuesto por el artículo 13 superior [Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1993] así como de la jurisprudencia sentada en la sentencia C-355 de 2006”.

[90] Ver, sentencia T-788 de 2007.

[91] Ibíd.

[93] Ibíd.

[94] En este sentido, manifestó la Corte que existe una obligación en cabeza de las EPS de “realizar las gestiones conducentes a individualizar de antemano la ubicación de las IPS donde se encuentran los profesionales habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE, para poder así dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicita legalmente dicho procedimiento, y no hacer que el transcurso del tiempo corra en contra de sus derechos fundamentales. En efecto, las EPS deberán remitir directamente a la mujer solicitante al profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVE; y, en caso de que la mujer acuda directamente a una IPS a solicitar dicho procedimiento, el profesional de la salud que atienda el caso y presente objeción de conciencia debe proceder a remitir de manera inmediata a la mujer al profesional habilitado para el efecto, cuya disponibilidad debe conocer de antemano según la lista determinada por las entidades de salud públicas y privadas”.

[95] Ibíd.

[96] Ver, sentencia T-946 de 2008.

[97] Ibíd.

[98] Ibíd.

[99] Ver, sentencia T-009 de 2009.

[100] Ibíd.

[101] Actuó en nombre de la mujer su esposo, actuando como agente oficioso. Cfr. Sentencia T-388/2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

[102] Sentencia T-388/2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

[103] Ibíd.

[104] La sentencia T-388 de 2009 establece que: “(...) Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho”.

[105] Ver, sentencia T-841 de 2011.

[106] Ibíd.

[107] Ibíd.

[108] Ibíd.

[109] Al respecto se dijo en la sentencia T-627 de 2012: “la jurisprudencia constitucional en materia de derechos reproductivos, con base en la CEDAW y el PIDESC, incluye dentro de los servicios de salud reproductiva la educación e información sobre métodos anticonceptivos. La Sala aprovecha esta oportunidad para ampliar el contenido de esta categoría de derechos en el sentido de incluir no solo la información sobre anticoncepción sino, en general, sobre salud reproductiva. Ello con fundamento, una vez más, en tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tal como han sido interpretados por sus organismos de vigilancia”. Se incluyó dentro de los contenidos de este derecho a la información, el atinente al derecho al aborto.

[110] Ibíd. En dicha sentencia En realidad, en estos casos el daño vendría dado por la circunstancia de que la mujer no tuvo la posibilidad de acceder a un servicio que debía serle prestado en un espacio de tiempo determinado, agotado el cual, éste resulta de imposible satisfacción. A esto se refiere precisamente la doctrina alemana, la cual, a través de la teoría de la separación o Trennungslehre, ha planteado que en estos casos el daño se encuentra precisamente en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce en determinadas circunstancias”. En la sentencia T-532/2014 se especificó que “Esta doctrina recibe su nombre a partir de la obra de Harrer, H., Zivilrechtliche Haftung bei durchkreutzter

Familienplanung, Editorial Verlag Peter Lang, y surge en respuesta a la corriente que negaba la posibilidad de reconocimiento de indemnización en estos casos, bajo el argumento de que con ello se lesiona la dignidad de la persona, a la que se reduce a términos meramente económicos. La doctrina de la separación aboga por establecer una distinción entre el niño que ha nacido y el daño reclamado (Unterhaltsaufwand)".

[111] Ibíd.

[112] Ibíd.

[113] Reitera esta Sala la regla establecida en la sentencia T-532 de 2014, en la que se dijo: "en este punto, la Sala encuentra necesario precisar que en tales eventos lo que se define como daño no es el hecho mismo del nacimiento, ya que, a la luz de los principios y valores de la Carta Política de 1991, el alumbramiento de una criatura, así sea en circunstancias adversas o indeseadas, no puede ser calificada, bajo ningún supuesto, como el acaecimiento de un daño. Aducir lo contrario, constituiría una grave lesión del derecho a la dignidad del menor, reduciendo su existencia a las cargas personales y económicas que su crianza puede generar, y desconociendo que el ordenamiento constitucional identifica la vida como un derecho y un valor fundamentalmente protegidos". Por lo anterior, la categoría que mejor se acomoda a la situación del alumbramiento de un niño desde el punto de vista del derecho al aborto es una carencia actual de objeto propiamente dicha, que no debe acomodarse a ninguna otra clasificación y que tiene como efecto que no se pueda retrotraer la situación a su estado originario.

[114] Ver, sentencia T-532 de 2014.

[115] Cfr. Ver, entre otras sentencias T-271 de 2001 y T-265 de 2004.

[116] Vale la pena reiterar la el contenido de la sentencia C-355 de 2006 que indica que "desde el punto de vista constitucional las [malformaciones] que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la

vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí 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” (subrayado fuera del texto original).

[117] En esta sentencia se indicó que “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” (subrayado fuera del texto original).

[118] Ver, sentencia C-355 de 2006.

[119] Ibíd.

[120] Considera la Sala que es importante resaltar que a partir de la sentencia T-388 de 2008, con reiteración en las sentencias T-585 de 2010, T-841 de 2011 y T-532 de 2014, se ha admitido que la exigencia del concepto de un profesional de la salud, requerido en la sentencia C-355 de 2006 para la activación de la cual de peligro para la vida y la salud de la madre, puede ser cumplido a través del concepto técnico de un psicólogo, en tanto profesional de la salud de acuerdo a lo definido en la Ley 1090 de 2006.

[121] Ver, en este sentido, decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer -Comité de la CEDAW, Dictamen Caso LC vs. Perú, 27 de octubre de 2011.

[122] Ver, sentencia T-209 de 2008.

[124] En la sentencia T-209 de 2008 para determinar la aplicabilidad de la indemnización en abstracto, se realizó la siguiente verificación: “(i) la menor fue afectada de manera manifiesta en sus derechos fundamentales; (ii) la vulneración fue consecuencia de una acción clara y arbitraria; y, (iii) la menor no dispone de otro medio de defensa judicial para solicitar los perjuicios que se le causaron por negársele el acceso al servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-255 de 2006”. Estas determinaciones fueron reiteradas en la sentencia T-585 de 2010, cuando se analizó la

carencia actual de objeto en los casos de derecho fundamental al aborto.

[125] Decreto 2555 de 2010, Art. 9.1.3.5.10.

[126] “Por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[127] “Artículo 4°. Procedimiento para la afiliación a prevención. 1. En el acto administrativo que revoca la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, en la decisión de intervención para liquidar, en la decisión de suprimir o liquidar una entidad pública o en la decisión de liquidación voluntaria, debe constar que se adopta el mecanismo de traslado excepcional de afiliación a prevención.

2. La Entidad Promotora de Salud objeto de la revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria, decidirá a cuál o cuáles Entidades Promotoras de Salud públicas o en donde el Estado tenga participación se deben trasladar los afiliados, decisión que deberá adoptar y comunicar a la Entidad receptora en un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto de revocatoria o de ordenada la intervención para liquidar o de proferida la orden de supresión o liquidación voluntaria, plazo en el cual implementará los mecanismos para realizar las actividades, procedimientos e intervenciones de salud que se encuentren aún pendientes y autorizados.

El traslado a la Entidad Promotora de Salud receptora se hará efectivo a partir del primer día calendario del mes subsiguiente a la decisión que resuelva a qué Entidad se hace el traslado.

En el traslado excepcional de afiliación a prevención se deberá considerar la unidad del grupo familiar en la misma Entidad Promotora de Salud, el lugar del domicilio de los afiliados y la capacidad de afiliación informada a la Superintendencia Nacional de Salud por cada Entidad Promotora de Salud a la cual se haría el correspondiente traslado.

3. Las Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los

servicios de salud a los afiliados a partir del momento en que se haga efectivo el traslado conforme lo señalado en el inciso segundo del numeral anterior. Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la Entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria”.

[128] Sentencia T-270 de 2005.

[129] Ídem.

[130] Sentencias T-270 de 2005 y T-170 de 2002.

[131] Sentencia T-681 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio.

[132] Ver, sentencia T-532 de 2014, entre otras.

[133] La sentencia C-355 de 2006 estableció que las mujeres tienen derecho al aborto cuando su vida o salud física y/o mental estén en riesgo, y/o el feto presente malformaciones que por su gravedad hacen inviable su vida extrauterina, y/o que el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusiva o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. La Corte ha establecido claramente qué requisitos pueden exigirse para verificar la ocurrencia de cualquiera de las causales mencionadas, a saber, la voluntad de la madre, junto con la presentación de un certificado médico de un profesional de la salud (incluidos psicólogos); para el caso de riesgo de la salud de la madre; para los casos de una malformación del feto incompatible con la vida extrauterina, el certificado médico deberá dar cuenta de la malformación y su imposibilidad de sobrevivir; y finalmente, para el caso de violación o incesto se requiere de la copia de la denuncia penal debidamente presentada.

[134] Ver, en este sentido, decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –Comité de la CEDAW, Dictamen Caso LC vs. Perú, 27 de octubre de 2011.

[135] Cuaderno No. 1, fls. 99-100. El ordinal Sexto de la sentencia de primera instancia fue revocado por el juez de segunda instancia en el trámite de la acción de tutela, Juez Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 31 de agosto de 2015 (Cuaderno No. 2, fls. 29-33)

[136] T-1029 de 2010

[137] -465 de 2013

[138] Acción de responsabilidad civil contractual